

APLICAÇÃO DO REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL EM FACE DA
AUTONOMIA CONSTITUCIONAL DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS: UMA LEITURA
CONSTITUCIONAL

*THE FISCAL RECOVERY REGIME APPLICATION FACING THE
CONSTITUTIONAL AUTONOMY OF PUBLIC UNIVERSITIES: A CONSTITUTIONAL
READING*

Ricardo Lodi Ribeiro;¹

Henrique Couto da Nóbrega.²

Resumo: O artigo pretende analisar, a partir da experiência vivida no Estado do Rio de Janeiro, as implicações entre o novo Regime de Recuperação Fiscal, destinado a sanar as contas dos entes subnacionais em dificuldade fiscal, e a regra de autonomia de gestão financeira das universidades públicas, que tem previsão no art. 207, da Constituição Federal.

Palavras-chave: Regime de Recuperação Fiscal. Autonomia universitária. Orçamento público. Supremacia da Constituição.

Abstract: The article intends to analyze, based on the experience of the State of Rio de Janeiro, the implications between the new Fiscal Recovery Regime, designed to remedy the accounts of subnational entities in fiscal difficulty, and the rule of financial management autonomy of public universities, which is provided in Article 207 of the Federal Constitution.

Keywords: Fiscal recovery regime. University autonomy. Public budget. Constitutional supremacy.

1 A CRISE FISCAL DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO E O REGIME DE RECUPERAÇÃO FISCAL

¹ Mestre em Direito Tributário pela Universidade Cândido Mendes, Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Professor Associado de Direito Financeiro da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

² Mestrando em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Pós-graduado em Direito do Estado pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Procurador da Universidade do Estado do Rio de Janeiro.

Em junho 2016, como decorrência de uma série de fatos econômicos³, o Estado do Rio de Janeiro decretou a calamidade pública em suas finanças⁴. Isso foi necessário, dentre outros aspectos, para flexibilizar alguns dos parâmetros estabelecidos pela Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF)⁵ e manter os serviços em funcionamento. Esse estado de calamidade foi reconhecido pelo parlamento fluminense, por meio da Lei estadual 7.483/17 que em seu art. 4.º determinou: “os créditos orçamentários abertos durante a vigência do Estado de calamidade pública deverão considerar *prioritariamente* as despesas com Saúde, Educação, Assistência Social, Segurança, Ciência e Tecnologia e o pagamento de servidores ativos, inativos e pensionistas”. Essa situação tem sido sucessivamente prorrogada até os dias atuais⁶.

Para solucionar essa crise, ainda em 2017, o Congresso Nacional elaborou a Lei Complementar 159, de 19 de maio de 2017, que instituiu o Regime de Recuperação Fiscal dos Estados e do Distrito Federal e alterou a Lei Complementar 101, de 04 de março de 2000 (LRF). Em julho desse mesmo ano, o Estado do Rio de Janeiro ingressou oficialmente no novo regime⁷, uma vez que cumpria os requisitos estabelecidos no art. 3.º da lei⁸.

Ao optar pelo ingresso no RRF, o ente político assumiu uma série de obrigações ao mesmo tempo em que passou a conviver com um feixe de restrições legais impostas pelo art. 8.º, da LC 159/17. Tais restrições, como se analisará adiante, por vezes entram em rota de colisão com direitos fundamentais e outras normas constitucionais. Esse confronto entre as normas da LC 159/17 e as da Constituição exigirá do intérprete um maior cuidado na busca

³ Para uma análise dos fatores que contribuíram para a crise fiscal do Estado consultar o recente “Diagnóstico da Situação Fiscal do Estado do Rio de Janeiro produzido pela Secretaria de Fazenda do Estado: <http://www.fazenda.rj.gov.br/transparencia/content/conn/UCMServer/uuid/dDocName%3aWCC42000021429>. Acesso em 08/07/2021.

⁴ Decreto 45.692/16, e reconhecido pela lei estadual 7.483/16.

⁵ O artigo 65 da LRF previu mecanismos específicos para aplicação nas hipóteses de calamidade pública, Estado de defesa e de sítio, situações que sobrevêm de forma imprevisível e que causam desequilíbrio na gestão, afetando a situação dos entes públicos.

⁶ Em 2017, a Lei estadual 7.627/17 prorrogou o regime de exceção até o fim de 2018. A Lei estadual 8.272/18 o prolongou até o final de 2019. A Lei estadual 8.647/2019 prorrogou até o fim de 2020 e, por fim, a atual Lei estadual 9.163/2020 prorrogou até o fim de 2021.

⁷ Lei Complementar n.º 159, de 19 de maio de 2017⁷, regulamentada pelo Decreto federal 9.109, de 27 de julho de 2017 (alterado pelo atual Decreto federal 10.681, de 20 de abril de 2021).

⁸ O art. 3.º foi alterado pela LC 178/21 e, atualmente, exige os seguintes requisitos: i) possuir dívida consolidada líquida (DCL) superior à receita corrente líquida (RCL); ii) despesas correntes superiores a 95% (noventa e cinco por cento) da RCL aferida no exercício financeiro anterior ao do pedido de adesão ao Regime de Recuperação Fiscal; iii) despesas com pessoal, de acordo com os art. 18 e 19 da LRF, que representem, no mínimo, 60% (sessenta por cento) da RCL aferida no exercício financeiro anterior ao do pedido de adesão ao Regime de Recuperação Fiscal; iv) valor total de obrigações contraídas maior que as disponibilidades de caixa e equivalentes de caixa de recursos sem vinculação, a ser apurado na forma do art. 42 da LRF.

de soluções e sentidos que não comprometam o plano de recuperação, ao tempo que mantenham hígidas as regras previstas na Constituição, sem que causem prejuízo ou paralise serviços públicos essenciais, especialmente, os serviços de educação e saúde.

As proibições impostas pelo RRF que serão adiante analisadas neste estudo e que, na prática, implicam maiores controvérsias, são aquelas direcionadas ao controle de gastos com pessoal, em especial, em áreas em que o Estado não pode suspender os serviços, *v.g.*, educação e saúde. Dentre as proibições mais polêmicas está a aquela que veda o *provimento* de cargos já existentes, mas que se tornaram vagos por aposentadoria ou exoneração, a realização de novos concursos públicos e a admissão de pessoal a qualquer título, salvo para reposições de contratação temporária ou cargos de chefia e direção.

Essas restrições, ao serem estendidas a alguns entes com autonomia financeira dentro da estrutura político-administrativa do Estado geram perplexidades e, especialmente no âmbito do ensino, causam problemas que, se não devidamente equacionados, podem resultar na interrupção de serviços essenciais ou no retrocesso de conquistas que violam a Constituição e outras leis.

Apesar de a LC 159/17 ter previsto um mecanismo de *compensação* financeira para situações tais, conforme dispõem os §§2.º, 3.º e 4.º, do art. 8.º, onde o eventual aumento dos gastos proibidos possa ser ajustado financeiramente, com a conseqüente redução ou anulação de despesas, tais soluções, considerando o complexo feixe de atribuições e obrigações constitucionais do Estado brasileiro, nem sempre é possível ou realizável a curto prazo. Ademais, a própria lei não define por quem e como essa compensação deverá ser realizada e ainda (no atual modelo) impõe que seja previamente autorizada pelo Conselho de Recuperação do Regime de Recuperação Fiscal.

Ademais, como se analisará nas linhas seguintes, em muitos casos quem impõe a restrição ao gasto público é quem impõe a obrigatoriedade de prestação de serviços públicos que somente podem ser implementados com o incremento do gasto, o que torna ainda mais complexa a função de adaptar o RRF.

O presente artigo, portanto, visa a demonstrar, sem pretensão de esgotar as inúmeras situações de tensão, que a norma infraconstitucional de recuperação dos entes subnacionais, embora de louvável iniciativa, deve ser interpretada e aplicada caso a caso, à luz dos

princípios e regras da Constituição e sempre com vistas à defesa de conquistas sociais básicas, em especial à prevenção dos direitos fundamentais sociais⁹.

Parte-se da premissa de que toda norma financeira é *instrumental*, não constituindo um fim em si mesma, porque o que ela visa é permitir que os gestores atinjam os objetivos constitucionais, com o melhor aproveitamento dos recursos públicos postos à sua disposição, e sua interpretação, por óbvio, não poderia subverter a lógica dos ideais da Constituição, em especial os do art. 3.º, que objetivam, dentre outros, a redução das desigualdades sociais, a erradicação da pobreza, a garantia do desenvolvimento social e a construção de uma sociedade justa e solidária.

No que toca às universidades públicas, por serem entes públicos com relativa autonomia e gestão financeira e patrimonial garantidos na Constituição, caberá ao intérprete, ao averiguar as situações de vedação da norma de recuperação, efetuar uma filtragem constitucional, respeitando o núcleo básico de liberdade financeira, tão essencial às universidades, e que foi idealizado pelo constituinte originário, a fim de permitir o pleno funcionamento da universidade e a consecução dos seus objetivos, que são indissociáveis da ciência, da tecnologia, da inovação e da melhoria da vida da população.

O esforço hermenêutico de adequar as normas restritivas de recuperação fiscal às balizas constitucionais envolve um trabalho conjunto e coordenado entre os envolvidos diretamente na recuperação do ente político, como os gestores públicos; os Tribunais de Contas, as Controladorias-Gerais, as Procuradorias e, principalmente, o colegiado federal formado para o acompanhamento do regime, o Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal (art. 6.º, da LC 159/17), porque são esses atores que, em última análise, conduzirão as ações, emitirão pareceres e executarão, na prática, os atos necessários ao cumprimento do regime, sem paralisar as ações do Estado em crise.

2 MÉTODO (OU PERSPECTIVAS SOB AS QUAIS SERÁ O TEMA ANALISADO)

Antes de analisar as restrições legais e a suas particularidades, é necessário delimitar algumas premissas metodológicas desse estudo. Uma primeira observação é feita, a de que

⁹ Ingo Wolfgang Sarlet, “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988”, in Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

ele trata, primordialmente, da questão do provimento dos cargos vagos, tal como estabelecido no art. 8.º, da LC 159/17.

Parte-se do princípio de que a Constituição contém normas que incidem sobre todo o ordenamento jurídico e, por isso, toda legislação infraconstitucional deve ser interpretada (filtrada) à luz das suas diretrizes.

Num segundo momento, tem-se que os institutos do Direito não devem ser interpretados isoladamente (em tiras), sem observar ou correlacionar seus enunciados com o arcabouço normativo no qual estão inseridos. Assim, as normas financeiras devem ser sempre analisadas sob o ângulo das normas constitucionais que regulamentam as finanças públicas e, além disso, daquelas que têm relação com as finanças dos entes autônomos, especialmente os que detêm capacidade para gerir seus próprios recursos, posto que essa autonomia serve justamente à preservação de suas finalidades, porque garante relativo livre-arbítrio no uso de suas verbas, valores e dotações que lhes são entregues anualmente.

Esse artigo pretende, ainda, usar exemplos práticos já vivenciados e situações ocorridas na experiência do Estado, para enriquecer o debate e suscitar reflexões mais próximas da realidade.

Por fim, usa-se o método *analítico* que procura avaliar os institutos a partir dos seus conceitos e das suas finalidades, tornando a construção dos sentidos normativos o mais próximo da realidade e da sua estrutura funcional, o que preserva a finalidade para a qual foi criada. Na conclusão serão sugeridas proposições interpretativas para auxiliar o intérprete no manejo dessas normas.

3 SUPREMACIA DA CONSTITUIÇÃO

A Constituição, na maioria dos sistemas jurídicos, é o texto normativo de maior hierarquia¹⁰. Dela decorrem as normas mais importantes do ordenamento, além das chamadas *normas de produção normativa* que vão ordenar o meio pelo qual o ordenamento infraconstitucional vai ser produzido. Poucos são os juristas atuais ou Tribunais que não

¹⁰ Kelsen, Hans, 1881-1973. Teoria pura do direito / Hans Kelsen; [tradução João Baptista Machado]. 6ª ed. - São Paulo: Martins Fontes, 1998. Pág. 135: "O fundamento de validade de uma norma apenas pode ser a validade de uma outra norma. Uma norma que representa o fundamento de validade de uma outra norma é figurativamente designada como norma superior, por confronto com uma norma que é, em relação a ela, a norma inferior".

reconhecem, no esquema verticalizado de Kelsen, a ideia de um sistema escalonado e hierarquicamente organizado, de onde as normas inferiores buscam seu fundamento de validade (em normas superiores), sendo a Constituição a norma que está no ápice desse sistema¹¹.

Como ensina a Doutrina¹², o principal traço distintivo das constituições modernas é justamente sua posição hierárquica e superior às demais normas do sistema. As constituições, por isso mesmo, são dotadas de *supremacia* e prevalecem, de regra, sobre os processos políticos majoritários – isto é, sobre a vontade do poder constituído e sobre as leis em geral – porque fruto de uma manifestação especial da vontade popular, em uma conjuntura própria, em um momento constitucional. Costuma-se dizer que, enquanto o princípio democrático consubstancia o respeito à vontade da maioria, a Constituição limita essa vontade, preservando, em seu corpo, um rol de direitos fundamentais mínimos que não podem ser suprimidos pelas maiorias da ocasião. A ideia de supremacia da Constituição, portanto, constitui um dos pilares mais importantes do modelo constitucional contemporâneo, que se tornou dominante em relação ao modelo inglês de supremacia do parlamento, ainda residualmente praticado em determinados países democráticos¹³.

Dessa concepção de supremacia, surge um outro fenômeno, tão ou mais caro ao estudo aqui desenvolvido, e que se convencionou chamar de *filtragem constitucional*. Esse fenômeno de construção dos sentidos das normas compreende que a Constituição não é um sistema em si, isolado – ainda que guarde ordem, unidade e harmonia – mas igualmente um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno consiste em que toda a ordem jurídica subjacente deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados¹⁴. A constitucionalização do direito infraconstitucional busca reinterpretar os institutos do Direito sob uma ótica constitucional.

¹¹ RE 396386/ Sp - São Paulo Recurso Extraordinário Relator: Min. Carlos Velloso Julgamento: 29/06/2004 Publicação: 13/08/2004. Órgão Julgador: Segunda Turma Publicação RE 348827, REe 420784; STJ: REsp 52842.

¹² BARROSO, Luís Roberto, Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. 7. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2018. *E-book* (p.185).

¹³ Inglaterra e Nova Zelândia.

¹⁴ Sobre o tema, v. a tese de doutoramento do Professor Jorge Miranda, A Constituição de 1976, 1978, p. 20-22. V. tb. Raul Machado Horta, Direito constitucional, 2002, p. 34.

A ideia de leitura do Direito a partir das lentes da nova Constituição tem sido largamente aceita e adotada no Brasil, seja pela Doutrina¹⁵, seja pelos Tribunais¹⁶. Aqui, a partir de 1988, houve uma grande mudança de paradigma hermenêutico, na medida em que todos os ramos do Direito passaram pelo fenômeno da interpretação constitucional. Boa parte disso também decorre do fato de que a Constituição brasileira, porque advinda de um momento de ruptura do modelo político, absorveu em seu texto normas em demasia e que não são materialmente constitucionais. Trata-se do fenômeno da *constitucionalização* do Direito Civil¹⁷, Administrativo¹⁸, Financeiro¹⁹, Trabalho²⁰, etc.

Partindo do pressuposto de que o Direito de um país deve ser lido à luz do que disponha a sua Constituição, podemos admitir que, embora seja possível ao parlamento criar por lei um regime normativo-financeiro que vise a adequar e recuperar os entes políticos em dificuldade financeira, positivando na lei a máxima o ideal de um *federalismo de cooperação*, obviamente que essa norma deve respeito às regras constitucionais, como a da separação de poderes (art. 2.º) e da autonomia financeira de alguns entes (artigos: 51, IV, 52 IV, 99, 127, §§2.º e 3.º, 134, §2.º e 207).

O que se quer admitir aqui é que para debelar uma enfermidade (crise fiscal momentânea) não se deve matar o doente (paralisando o serviço público).

4 A AUTONOMIA DAS UNIVERSIDADES PÚBLICAS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

A Constituição de 1988 atribuiu a diversos entes algum grau de autonomia, em especial, a autonomia voltada à elaboração de seus orçamentos ou para executá-los com

¹⁵ Sobre o tema, v. Luís Roberto Barroso, Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito, in Revista de Direito Administrativo 240: 1, 2005.

¹⁶ (...) 3. A imposição, pelo Estado, de penalidade de qualquer natureza, inclusive na esfera administrativa, subordina-se à observância do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal (art. 5º, LIV e LV, da Constituição da República), pena de nulidade do ato administrativo sancionador. (ADI 4338, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 23/08/2019).

¹⁷ TEPEDINO, Gustavo, Premissas metodológicas para a constitucionalização do direito civil, in Temas de direito civil, 3. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 2-3.

¹⁸ BINENBOJM, Gustavo, “Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização”. - 3ª ed. revista e atualizada -Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

¹⁹ TORRES, Ricardo Lobo. Tratado de direito constitucional financeiro e tributário, vol. I - Constituição financeira, sistema tributário e Estado fiscal. Renovar, 2009. Pág. 253/261.

²⁰ SÜSSEKIND, Arnaldo. Direito Constitucional do Trabalho. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

relativo grau de liberdade em relação à Lei Orçamentária²¹. Nesse contexto se insere a universidade pública que, embora não tenha sido contemplada com a autonomia orçamentária, foi garantida com a *gestão financeira*, visando a não apenas gerir, mas gerar recursos para suas finalidades²².

A autonomia das universidades, portanto, não é algo isolado no texto da Constituição ou novo no Brasil, nem tampouco desconhecido. As universidades brasileiras foram idealizadas sob o manto da autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, com vistas à garantia da liberdade de pensar, agir e de se auto-organizar. Portanto, a primeira constatação, que nos parece óbvia, é a de que nada adiantaria prever que a universidade pública é autônoma, livre e com gestão de seu patrimônio se o Estado não lhe conferisse meios para, na prática, exercer essa liberdade e autonomia.

Como se analisará adiante, salvo alguns exemplos, como o das universidades paulistas, no Brasil, boa parte das universidades não goza de autonomia plena. Essa garantia, aliás, nunca foi muito bem compreendida ou assimilada pelos demais Poderes ou pelos órgãos de controle que, não raro, esquecem que essa autonomia tem base na Constituição e buscam diminuir seu campo de incidência, muitas vezes legando às universidades públicas um papel inferior, submisso e equivalente ao de um órgão administrativo-burocrático da sua estrutura.

Esse amesquinamento da autonomia se perde dentro da complexa máquina administrativa do Estado brasileiro e isso é facilmente perceptível no cotidiano desses entes. São comuns, por exemplo, a criação de normas infraconstitucionais (Leis, Decretos, Resoluções, Portarias, decisões administrativas) que objetivam, por exemplo, controlar os recursos públicos destinados pelo Parlamento ao orçamento das universidades.

Um exemplo clássico ilustrará o caso. No Estado do Rio de Janeiro, em 2014, foi editado o Decreto nº 44.899/14, que modificou o decreto que implantara o SIAFEM. O referido diploma legal estabeleceu, em seu art. 1º, a seguinte redação para o art. 3º do Decreto nº 22.939/97:

Art. 3º - O Estado do Rio de Janeiro utilizará a Conta Única como instrumento para a unificação dos recursos financeiros do Estado.

²¹ Constituição: art. 51, IV (Câmara dos Deputados) e art. 52, IV (Senado Federal); Poder Judiciário – artigo 99, CF; Ministério Público – artigo 127, §§ 2º e 3º, CF; Defensoria Pública – artigo 134, §2º; Universidade Pública – artigo 207.

²² Art. 207. As universidades gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, e obedecerão ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão.

§ 1º - Os recursos financeiros de todas as fontes de receitas vinculadas aos órgãos do Poder Executivo e de suas *autarquias e fundações públicas* (grifo nosso), inclusive fundos por elas administrados, serão movimentados exclusivamente por intermédio dos mecanismos da conta única do Tesouro Estadual, na forma regulamentada pela Secretaria de Estado de Fazenda.

§ 2º - As disponibilidades financeiras referentes aos recursos tratados no §1º, existentes nas contas de depósito à vista ou de fundos de aplicação, serão transferidas pela instituição depositária oficial para a conta única do Tesouro Estadual, gradualmente, conforme cronograma a ser estabelecido pela Secretaria de Estado de Fazenda. (RIO DE JANEIRO, 2014)

Esse mecanismo significou, à época, a transferência dos recursos depositados nas contas das universidades estaduais para a Conta Única do Tesouro. Sem qualquer ressalva, até mesmo quanto às receitas próprias das universidades e aos recursos gerados por elas, como aqueles decorrentes da locação de bens próprios, serviços prestados pela própria universidade a outros entes, além de recursos destinados a projetos científicos. Todos esses recursos gerados passaram a ser, obrigatoriamente, transferidos para o Tesouro Estadual e movimentados apenas por este.

Na prática, esse e outros modelos significaram o aniquilamento da liberdade da universidade para gerir seus próprios recursos, passando a depender, integralmente, do governo para pagar suas próprias despesas.

A atualidade desse tema é evidente, porque as investidas dos entes centrais, nos recursos gerados pelos entes autônomos, são recorrentes. Mais recentemente, no ano de 2020, tão atípico pelas consequências da pandemia e paralisação da economia, a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo colocou em pauta a discussão do Projeto de Lei 529/2020, de iniciativa do Governo de São Paulo, que previa, dentre outras medidas de austeridade, a interferência direta na autonomia financeira das universidades paulistas²³. O projeto previa, em seu artigo 14, que: “o superávit financeiro apurado, em balanço patrimonial das autarquias, inclusive as de regime especial, e das fundações, será transferido ao final de cada exercício à Conta Única do Tesouro Estadual (...), para o pagamento de aposentadoria e pensões”.

A proposta, se fosse aprovada, implicaria o recolhimento de todas as reservas financeiras das três universidades de São Paulo e da Fapesp, já a partir do ano de 2020.

Além dessas medidas que recorrentemente são ressuscitadas e interferem na autonomia universitária, vê-se que a omissão legislativa ou governamental na criação e

²³ <https://jornal.usp.br/institucional/conselho-universitario-aprova-manifestacao-sobre-projeto-de-lei-529/>. Acesso em: 06 jul. 2021.

mecanismos que permitam a movimentação direta de recursos pelo próprio ente autônomo também constitui uma das vertentes da violação à autonomia das universidades, garantida pelo art. 207 da CF.

Alguns argumentos são sempre utilizados pelos governos para criação e utilização de mecanismos de controle externo sobre as receitas e os gastos das universidades: i) a autonomia constitucional não é soberana, nem independente em relação ao ente que instituiu a universidade e a mantém; ii) a necessidade de controle, nas mãos do ente central, dos gastos públicos; iii) o necessário respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal; iv) a necessidade de atender à política de austeridade e submissão da universidade às normas que impõem a redução de gastos em tempos de escassez de recursos públicos, notadamente, quando verificada a queda de arrecadação tributária.

Nenhum desses argumentos, entretanto, possui coerência.

Em primeiro lugar, não se deve, à evidência, confundir a autonomia universitária com soberania, porque todos os entes públicos estão sujeitos às leis e à Constituição. As universidades estão sim, sujeitas a limites, em especial, aqueles fixados pelas normas financeiras, como a Lei federal 4.320/64, de 17 de março de 1964, ou a Lei Complementar n.º 101, de 04 de maio de 2000. De todo modo, a hierarquia constitucional conferida à autonomia universitária visa justamente a impedir que os poderes políticos interfiram diretamente nas decisões políticas e financeiras das universidades, se substituindo aos dirigentes dessas entidades.

Além disso, o argumento de manter nas mãos do ente central o controle de gastos, em respeito à Lei de Responsabilidade Fiscal, especialmente, quando a arrecadação cai, também não se sustenta. A LRF possui mecanismo de contingenciamento para entes autônomos (art. 9.º). Assim, como está descrito na norma, se constatado, ao final de um bimestre, que a realização da receita poderá não comportar o cumprimento das metas de resultado primário ou nominal estabelecidas no Anexo de Metas Fiscais, os Poderes e o Ministério Público (aqui também deve ser compreendida a Universidade) promoverão, por *ato próprio* e nos montantes necessários, nos trinta dias subsequentes, *limitação de empenho e movimentação financeira*, segundo os critérios fixados pela Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Portanto, constatando-se, ao longo do exercício fiscal, uma redução percentual das expectativas de arrecadação, por exemplo, em 10%, todos os entes, incluídos os autônomos, deverão reduzir os seus empenhamentos e seus gastos proporcionalmente à diminuição da

arrecadação. A decisão sobre quais despesas deverão ser contingenciadas, contudo, não pode ficar nas mãos do ente central, mas sim nas mãos do gestor do ente autônomo. É ele quem deverá decidir, na hipótese de frustração de receitas, qual despesa terá prioridade de pagamento, postergando, para momento futuro, despesas menos importantes. Esse raciocínio, como se verificará adiante, também se aplica às hipóteses de contratação de pessoal e realização de concursos, posto que o gestor do ente autônomo, por estar mais próximo do problema, é a pessoa mais adequada para decidir sobre as suas necessidades.

Por isso, não há razão, nem necessidade, para que o Estado tenha o controle direto ou indireto dos gastos dos entes. Essa decisão deve ser deixada a cargo do próprio ente que terá que contingenciar suas próprias despesas, a partir da sua própria realidade.

Na prática, entretanto, isso nem sempre ocorre. Em muitos casos, o Estado se vale da tecnologia como mecanismo de limitação dessa autonomia. Não é incomum a imposição de sistemas que controlem as liberações de dotações orçamentárias, que limitem empenhos e liquidação da despesa ou que impeçam os registros em folhas de pagamento dos servidores, como, v.g, simples atos rotineiros de lançamentos de rubricas, concessões de direitos, como licenças, férias, afastamentos, aposentadorias, promoções, etc. Além dos sistemas computacionais, o controle de publicações dos atos oficiais na imprensa é outro meio de impedir a liberdade de atuação dos entes que se tornam controlados, subvertendo a garantia de autonomia prevista na Constituição.

Todos esses mecanismos, de uma forma ou de outra, subvertem a lógica imaginada pelo constituinte e garantida no texto da Constituição e, por isso, devem ser sempre combatidos. Para isso, é necessário que o ente autônomo possua corpo jurídico próprio e apartado do ente central para, como já reconheceu o STF, buscar a garantia de sua autonomia (ADI 5.215 e 5.262).

As situações anteriormente citadas demonstram a necessidade de sempre se recorrer à Constituição, que é o instrumento legal de maior hierarquia do sistema, para exigir e lembrar aos Poderes do Estado, a não subordinação das universidades às interferências externas que possam inviabilizar o seu pleno funcionamento.

A autonomia permite que as universidades desenvolvam suas potencialidades, o que lhes confere um papel singular no desenvolvimento econômico do país, através do ensino,

da pesquisa e da extensão, a partir de uma perspectiva pluralista, democrática e emancipatória²⁴.

Do ponto de vista político, a manutenção da autonomia nas universidades tem extraordinária relevância. No caso brasileiro, a universidade é, por excelência, espaço de reflexão crítica, cujas atividades, exatamente por isso, podem desagradar aos governantes e poderosos, porque é desses espaços de pensamento que nasce a consciência crítica à conjuntura política do subdesenvolvimento, e que Darcy Ribeiro²⁵ chamou de “*rebeldia contra o atraso, percebida antinatural e causada por fatores sociais erradicáveis*”.

No que se refere à autonomia financeira, sua necessidade reside, pois, no fato de que a universidade somente poderá atingir, de forma plena, suas finalidades, se forem garantidos os seus recursos financeiros, a gestão do seu pessoal e a liberdade de auto-organização. Ademais, a manutenção dos recursos para esse ente sem interferência política tem o objetivo de impedir o controle de governos sobre a universidade ou a sua utilização com propósitos estranhos ao que foram definidos pela Constituição.

É relevante observar que, na atualidade, a universidade pública é um dos mais importantes instrumentos no desenvolvimento econômico de uma sociedade. Basta verificar que os países mais ricos e poderosos do mundo são também aqueles que detêm os melhores índices de educação e os centros universitários mais ricos e bem aparelhados. Para se ter uma ideia das disparidades de recursos colocados ou garantidos a esses entes, a Universidade de Harvard, nos EUA, declarou, em 2017, um orçamento de 36 bilhões de dólares²⁶.

No Brasil, as universidades públicas são financiadas, essencialmente, com recursos do orçamento do ente ao qual estão vinculadas, muito embora todas elas gerem recursos por meios próprios, através das pesquisas realizadas para empresas, da prestação de serviços, do uso de seu patrimônio e do recebimento de subvenções e doações.

Embora seu principal papel seja o de instrumentalizar o desenvolvimento científico e produzir o saber para a sociedade brasileira, nos dias atuais os centros universitários não são mais apenas centros de ensino, mas sim verdadeiros complexos que compreendem uma gama multifacetada de serviços públicos postos à disposição da população e que, em última análise,

²⁴ Ribeiro, Ricardo Lodi, A autonomia financeira da universidade pública: <http://www.direitodoEstado.com.br/colonistas/Ricardo-Lodi-Ribeiro/a-autonomia-financeira-da-universidade-publica>. Acesso em: 06 jul. 2021.

²⁵ RIBEIRO, Darcy. *A universidade necessária*. Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1969, p. 02.

²⁶ Revista Forbes: <https://forbes.com.br/negocios/2018/09/universidade-de-harvard-arrecada-recorde-de-us-96-bilhoes-em-fundos/>. Acesso em: 27 jul. 2021.

promovem direitos fundamentais aos cidadãos, como, v.g, o direito à saúde e à educação básica.

Os grandes centros universitários do país, para além do fornecimento de cursos de graduação, pós-graduação *lato sensu* e *stricto sensu*, cursos de extensão, formação de professores, realizam políticas públicas, produzem tecnologia de ponta, elaboram projetos inovadores para o Estado e para a iniciativa privada, ajudam no combate ao subdesenvolvimento. As universidades deixaram, há muito, de ser apenas locais de formação de mão de obra qualificada, onde se criava a cultura intelectual do país, como médicos, engenheiros, advogados, professores, jornalistas e tantos outros profissionais. A universidade moderna atua ao lado do Estado prestando serviço de saúde de baixa e alta complexidade à população mais carente; realizando exames laboratoriais de alta relevância (ex.: DNA); promovendo pesquisas científicas em diversas áreas, como aquelas voltadas ao desenvolvimento de novos tratamentos médicos, fármacos, vacinas, componentes elétricos e mecânicos, estudos de engenharia de petróleo, geologia, computação, além de uma gama de estudos nas áreas biológicas, ambientais e aeroespaciais, estudos que, cedo ou tarde, acabam beneficiando toda a sociedade. Muitas universidades ainda possuem centros de incubadoras de pequenas empresas, com vistas ao aprimoramento da administração de pequenos negócios.

Um exemplo recente da importância da atuação da universidade no contexto da pandemia que assolou o mundo em 2020, foi o Hospital Universitário da UERJ, no Estado do Rio de Janeiro, que protagonizou esse cenário, como principal centro de referência no tratamento de doentes infectados pelo novo Coronavírus. O Complexo de Saúde da UERJ também executou, em paralelo às atividades rotineiras de pesquisa científica e laboratorial, milhares de exames de detecção do novo coronavírus na população fluminense, para fins de controle da disseminação do vírus.

Apesar de sua importância, as universidades brasileiras, há anos, sofrem com ataques externos e tentativas de ingerência sobre seus recursos e, por isso, precisam buscar o reconhecimento de sua autonomia na Justiça. Desde os idos de 1974, quando a USP teve que ir à Justiça para garantir sua autonomia, esse embate entre as universidades e a administração central, tem sido recorrente em Tribunais país afora²⁷.

²⁷Vide: ADPF 548, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 15-5-2020, P, DJE de 9-6-2020; ADI 2.367, rel. min. Marco Aurélio, j. 10-10-2019, P, DJE de 24-10-2019; ADI 5.215, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28-3-2019, P, DJE de 1º-8-2019; ARE 1057577 RG, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2019, Processo

Naquele paradigmático julgado de 74, a Universidade de São Paulo recorreu ao Tribunal contra uma decisão do Tribunal de Contas do Estado (TCE) que havia questionado *remanejamentos* financeiros feitos inteiramente pela universidade a partir de suas dotações orçamentárias. Naquele tempo, ainda não havia sido editada a LDB (Lei federal 9.394/96), nem sido promulgada a Constituição de 1988. Entendeu o TCE, à época, que tais movimentações orçamentárias da USP teriam que ser *previamente* aprovadas pelo governo do Estado de São Paulo.

A universidade impetrou um mandado de segurança, ao argumento de que sua autonomia lhe permitia remanejar o orçamento. Inicialmente, a universidade teve negado seu pedido. Quando o caso chegou ao STF, em 1979, por meio do RE 83.962, cujo relator foi o Min. Soares Muñoz, o julgamento se alterou. O plenário STF aprovou, por unanimidade, o voto do relator, que destacou tratar-se de um caso com:

(...) *magna transcendência para a Administração Pública Estadual*, merecendo a palavra final do Excelso Pretório a seu respeito, porquanto envolve a exegese definitiva de dois *princípios constitucionais*, que devem ser harmonizados, embora com prevalência de um sobre o outro, sem prejuízo de sua respectiva grandeza: o da autonomia política do Estado frente ao da autonomia financeira absoluta da Universidade.²⁸

Importante observar que, à míngua de uma regra expressa na Constituição sobre as movimentações do seu orçamento, o STF já fazia alusão a um “princípio constitucional” relativo à autonomia das universidades. No seu voto, o ministro relator, citando o entendimento do eminente Prof. José Frederico Marques, destacou que:

essa auto-gestão é indispensável, para que os recursos financeiros se distribuam em tempo oportuno e para atender às exigências de pesquisas, cursos, trabalhos, atividades científicas e culturais que se façam necessárias a fim de que a universidade atenda a seus altos objetivos e finalidade.²⁹

E concluiu:

É de se ver que se tais ações e atividades ficam subordinadas cada vez que se façam necessárias, ao crivo aprovador ou não do Chefe do Poder Executivo, a universidade ficará despojada da sua independência financeira e da rapidez imprescindível à consecução de seus objetivos. A autonomia, à evidência, não é absoluta, porque

Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-071 Divulg 05-04-2019 Public 08-04-2019; STF. ARE 696934 AgR / DF. Relator(a): Min. Luiz Fux. Julgamento: 27/11/2012. Publicação: 11/12/2012; TRF4ª R. - AMS 97.04.24646-3 - RS - 4ª T. - Rel. Juiz José Germano da Silva - Unânime - DJU 14.07.1999, p. 581; AC 89.01.23440-8/MG, Rel. Juiz Plauto Ribeiro, Primeira Turma, DJ p.74274 de 30/10/1995; TJRJ Décima Quarta Câmara Cível Mandado De Segurança Nº 0025334-41.2017.8.19.0000, Rel. Desembargador Cleber Ghelfenstein; TJSP: Ação Direta De Inconstitucionalidade nº 2195004-43.2020.8.26.0000, Rel: Des. Alex Zilenovski.

²⁸ RE 83.962, rel. min. Soares Muñoz, DJ de 17-4-1979.

²⁹ Ibidem.

sujeita à aprovação do orçamento previsto pela universidade à consideração do Poder Executivo e subsequente aprovação do Poder Legislativo. No entanto, na sua relatividade, *deverá ser respeitada a capacidade de decisão da entidade de ensino em relação ao seu próprio orçamento, sem interferência de outros órgãos*.³⁰

O voto ainda citou o parecer da lavra do jurista e Professor de Direito Administrativo da UERJ, Caio Tácito, que esclareceu:

Subordinar cada uma dessas mutações internas das despesas de custeio à aprovação do governador do Estado, como decorrerá da exegese esposada pelo Tribunal de Contas do Estado, é condenar a USP a uma subordinação intolerável, jungindo-a em atos comezinhos de sua economia ao alvedrio do Poder Executivo. Será a mutilação ou a castração de sua autonomia, despojando-a de uma qualidade indispensável ao regular o eficaz funcionamento da universidade, ao arrepio da lei e do sistema federal do ensino superior.³¹

A matéria, ao tempo de sua apreciação, foi analisada sob a égide de normas infraconstitucionais o que, nem por isso, impediu o reconhecimento pelo STF da autonomia da universidade. Essas foram as normas analisadas: Art. 11, §2.º do Estatuto da USP (aprovado pelo Decreto n.º 52.326, de 16/12/69)³²; do art. 132 da Constituição do Estado de São Paulo³³; do art. 3.º, da Lei federal 5.540, de 1969³⁴; o art. 80, da Lei federal 4.024/61³⁵; o Decreto-lei 464/69 e o art. 8.º, XVII, letra “q”, e seu parágrafo único, da Constituição Federal de 1967³⁶, com redação que lhe deu a EC 01/1969.

Mesmo não havendo ainda o amparo constitucional do artigo 207 da atual Constituição, a importância dessa autonomia já havia sido definida na Lei da Reforma do Ensino Superior, sancionada em novembro de 1968 pelo então Presidente da República, General Arthur da Costa e Silva (pouco tempo antes da edição do AI-5). Essa referência histórica parece relevante para demonstrar que, mesmo nos momentos mais difíceis da república, a sociedade e o Poder Judiciário compreenderam que não existe universidade pública e livre sem um mínimo de autonomia de suas finanças, de sua autogestão

³⁰ RE 83.962, rel. min. Soares Muñoz, DJ de 17-4-1979.

³¹ *Ibidem*.

³² § 2º – O orçamento, as transposições orçamentárias e a abertura de crédito, com recursos à disposição da Universidade, serão aprovados por ato do Reitor, cumprindo aos responsáveis pela aplicação das verbas prestar contas aos órgãos competentes.

³³ As universidades oficiais serão organizadas com observância da legislação estadual, assegurada a sua autonomia nos termos da lei federal”.

³⁴ Art. 3º As universidades gozarão de autonomia didático-científica, disciplinar, administrativa e financeira, que será exercida na forma da lei e dos seus estatutos.

³⁵ Art. 80 As Universidades gozarão de autonomia didática, administrativa, financeira e disciplinar, que será exercida na forma de seus estatutos

³⁶ Art. 8º. Compete à União: (...) q) diretrizes e bases da educação nacional; normas gerais sobre desportos; *Parágrafo único*. A competência da União não exclui a dos Estados para legislar supletivamente sobre as matérias das alíneas c, d, e, n, q, e v do item XVII, respeitada a lei federal.

administrativa e liberdade de pensamento, devendo a universidade estar protegida dos possíveis ataques externos, que possam aniquilar sua liberdade e sua função.

Por isso mesmo a Constituição de 1988 assegurou, de forma tão clara e expressa, a autonomia universitária, dividindo-a em três campos de incidência: didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial. Essa garantia constitucional vem sendo reafirmada em diversos precedentes do STF³⁷, que exigem não só ações *positivas* do Estado brasileiro para a plena realização da função social da universidade, mas, também, negativas, constituindo um parâmetro de limitação constitucional contra investidas indevidas do Executivo (ou mesmo Legislativo) que possam, de alguma maneira, aniquilar, inviabilizar ou reduzir esse espaço de liberdade garantido pelo texto da Constituição.

Por essas razões, a transposição, em 1988, da autonomia, que até então gravitava na legislação infraconstitucional, para o texto da Constituição, demonstrou uma inequívoca vontade do legislador de configurar uma garantia institucional relacionada aos direitos fundamentais, porque ela configura um mecanismo de proteção reforçada conferidas pela Constituição à universidade, a partir da compreensão da sua relevância para a sociedade.

É nessa perspectiva, portanto, que devem ser analisadas as limitações impostas no art. 8.º, da LC 159/17, posto que muitas dessas restrições, por melhores que possam parecer seus objetivos, acabam por invadir um núcleo essencial reservado às universidades, aniquilando sua liberdade de atuação que foi protegida pela Constituição como verdadeira garantia fundamental.

5 A VEDAÇÃO AO PROVIMENTO DE CARGOS VAGOS DA UNIVERSIDADE PÚBLICA

O enfrentamento de qualquer crise financeira passa pelo equacionamento da despesa em relação à previsão e realização da receita. O regime instituído pela LC 159/17 tratou dessas duas linhas de enfrentamento. Uma das frentes objetivou conferir maior liberdade ao fluxo de caixa do Estado por meio da suspensão e do alongamento da dívida com a União e,

³⁷ ADI 2.367, rel. min. Marco Aurélio, j. 10-10-2019, P, *DJE* de 24-10-2019. ADPF 548- MC-Ref, Rel. Min. Cármen Lúcia, j. 31.10.2018. RMS 22.047, Rel. Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 31.3.2006. ADI 5.215, rel. min. Roberto Barroso, j. 28-3-2019, P, *DJE* de 1º-8-2019. ADI 5.215, Rel. Min. Roberto Barroso, j. 28-3-2019, P, *DJE* de 1º-8-2019; ARE 1057577 RG, Relator(a): Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, julgado em 01/02/2019, Processo Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-071 Divulg 05-04-2019 Public 08-04-2019

a outra frente impôs restrições às situações potencialmente causadoras de incremento da dívida, em especial, aquela relacionada ao aumento de despesa da folha de pessoal.

Na busca do equilíbrio fiscal, o ente que ingressa voluntariamente no RRF passa a gozar de alguns benefícios, como aqueles disciplinadas pelo art. 9.º-A, que tratam do refinanciamento da dívida com a União, como, por exemplo, o diferimento da dívida, a possibilidade de (novamente) realizar operações de crédito, além da suspensão de dispositivos da LRF.

Para liberação do refinanciamento da dívida e a consequente suspensão de cobrança da dívida com a União, o Estado endividado deverá desistir das ações contra a União relativamente às dívidas com a Secretaria do Tesouro Nacional (inciso III, do art. 9.º-A), além de vincular as futuras operações de crédito a contragarantias por meio de recursos de impostos que são recolhidos pela União e repassados aos Estados, nos casos em que a operação de crédito for assegurada pela União.

Na outra vertente, a lei se dirige ao gasto de pessoal do Estado, o que faz por meio do art. 8.º, que revela um rol de restrições que atingem não só o ente central, mas, também, os demais Poderes e os entes com autonomia financeira (Poder Judiciário, Ministério Público, Poder Legislativo, Universidades Públicas, Defensoria Pública etc.).

É exatamente nesse ponto que devemos buscar a conciliação do texto da lei com as balizas constitucionais, uma vez que tais órgãos, a despeito de estarem sujeitos às regras do RRF, colhem sua autonomia financeira direto das normas constitucionais e, por isso, não podem sofrer, sem qualquer critério, ingerência infraconstitucional que aniquile ou subverta essa garantia.

Em relação aos entes autônomos e aos Poderes, a LC 159/17 foi expressa, no inciso I, do §3.º, do art. 1.º, ao equipará-los, para fins de aplicação do RRF, ao próprio Estado. Esse dispositivo deve, entretanto, ser compatibilizado com a autonomia das Universidades públicas (art. 207 da CF), dos demais Poderes (art. 2.º), do Judiciário (art. 99, *caput*), do Ministério Público (art. 127, §2.º) e da Defensoria Pública (art. 134, §2.º).

Doravante, serão analisadas algumas situações ocorridas entre 2017 e 2020, período que permeou os primeiros anos do RRF, sob a égide da redação original. Num segundo momento, analisar-se-ão as perspectivas futuras do novo RRF (NRRF), já com as alterações introduzidas pela LC 179/81.

Na sua redação original, o art. 8.º, inciso IV, da LC 159/17³⁸, dispunha ser vedado aos Estados, sob o regime de recuperação fiscal, a admissão ou a contratação de pessoal, a qualquer título, *ressalvadas as reposições* de cargos de chefia e de direção que não acarretassem aumento de despesa e aquelas decorrentes de *vacância* de cargo efetivo ou vitalício.

A leitura inicial do inciso IV, do art. 8.º, não causou, num primeiro momento, qualquer problema, seja com o Estado, seja com os entes autônomos e os Poderes, na medida em que esses entes poderiam manter o mesmo quantitativo de pessoal existente ao tempo do ingresso no regime de recuperação. A vedação de provimento se dirigiu, assim, à expansão da folha do serviço público.

As reposições de vacâncias prevista no inciso IV, do art. 8.º do RRF se harmonizou ao comando da alínea “b”, do inciso IV, art. 167-A, da CRFB, introduzido pela EC n.º 109/2021 que previu, mesmo para situações de crise financeira, a possibilidade de reposição de pessoal no serviço público³⁹.

O objetivo de austeridade perseguido pela lei foi atendido, posto que preencher cargos “vagos”, em regra, não gera aumento de despesa da folha dos ativos, uma vez que novos servidores recebem remuneração menor do que aqueles que se aposentam com vantagens incorporadas aos seus ganhos. Não havendo aumento de despesa, a providência, prevista pela norma do inciso IV, pareceu atender a um critério de razoabilidade.

No Estado do Rio de Janeiro, a Lei estadual 7.629/17 que autorizou o ingresso do Estado no RRF, dispôs de forma semelhante à Lei Complementar nacional, estabelecendo, em seu art. 4.º, que:

Durante a vigência do Regime de Recuperação Fiscal, fica vedada a admissão ou a contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa, aquelas decorrentes de vacância de cargo efetivo ou vitalício, bem como da convocação dos aprovados em

³⁸ Regulamentado pelo já revogado Decreto Federal nº 9.109/17.

³⁹ Art. 167-A. Apurado que, no período de 12 (doze) meses, a relação entre despesas correntes e receitas correntes supera 95% (noventa e cinco por cento), no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é facultado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, aplicar o mecanismo de ajuste fiscal de vedação da:

(...)

IV - admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas:

(...)

b) as reposições decorrentes de *vacâncias de cargos efetivos* ou *vitalícios*; (grifo nosso).

concursos públicos realizados ou homologados antes da edição do Decreto nº 45.692, de 17 de junho de 2016. (RIO DE JANEIRO, 2017)

Não obstante a aparente clareza das normas, o Conselho Superior de Revisão do Regime de Recuperação Fiscal provocou a Procuradoria da Fazenda Nacional sobre um possível *marco temporal* para a incidência do inciso IV, do art. 8.º, da LC 159/17.

Em seu parecer jurídico⁴⁰, a PGFN, entendeu que:

Assim, as vacâncias de que trata a norma são, também, aquelas ocorridas a partir da vigência do RRF. Em outras palavras, a partir do momento do ingresso no RRF, consubstanciado no ato de homologação, o Estado estará proibido de admitir ou contratar pessoal ou de realizar concurso público para ingresso na carreira, exceto para repor as vacâncias que ocorrerem durante a vigência do RRF.⁴¹

A preocupação exposta no parecer da PGFN se dirigiu ao possível estoque (oculto) de cargos vagos existentes na estrutura administrativa do Estado em momento anterior ao ingresso no regime e que, na avaliação da União, poderiam causar incremento de despesas com pessoal durante a execução do RRF. Assim, se naquele momento de ingresso no RRF (retrato financeiro do Estado), mesmo com as vacâncias consideradas abertas, o ente se encontrava em dificuldade, a ideia de preenchê-las, ao longo do plano de recuperação implicaria aumento de gastos.

No âmbito das Universidades públicas, a partir da interpretação manifestada no parecer, o provimento dos cargos vagos de professores ou técnicos passou a sofrer ingerência dos órgãos externos, que somente autorizavam o preenchimento daquelas vacâncias que tivessem ocorrido após o ingresso do ente no RRF, depois de julho de 2017, impedindo, assim, qualquer provimento de cargos de professores, médicos, enfermeiros ou técnicos universitários que estivessem vagos antes desta data, ainda que a Universidade estivesse em processo de contratação ou de homologação do concurso público. Eventual provimento, nessa hipótese, caracterizaria uma violação ao RRF e obrigaria o ente político a apresentar compensação financeira.

A hipótese acima, de fato, ocorreu e a questão colocada na mesa do gestor, diante de tal situação, exigia uma, dentre as possíveis soluções: i) negociar, com o órgão central, o provimento do cargo com alguma compensação financeira em outra área da Universidade;

⁴⁰ PARECER SEI Nº 44/2018/CPN/PGACA/PGFN-MF. http://www.transparencia.rj.gov.br/transparencia/content/conn/UCMServer/path/Contribution%20Folders/transparencia/RecuperacaoFiscal/docs/item%207/Pareceres%20PGFN/PARECER%20SEI-0362163-%2044_2018_CPN_PGACA_PGFN-MF.pdf?lve. Acesso em: 27 jun. 2021.

⁴¹ Ibidem.

ii) suspender o serviço público que aquele servidor estava prestando, independentemente da sua essencialidade; ou iii) contratar, precariamente, um trabalhador, por meio de contrato temporário (essa hipótese não estava prevista na redação original da LC 159/17).

Se optasse pela compensação, a primeira dificuldade era decidir quem deveria compensar a despesa dessa contratação. Qual unidade orçamentária deveria ter sua dotação cancelada para adequar a despesa? porque a lei não foi clara quanto a que órgão deveria realizar a compensação, dadas as peculiaridades dos órgãos (autônomos) que gerem seus próprios recursos. Um raciocínio imediato conduziria à ideia de que o órgão que efetivou a contratação deveria reduzir seu orçamento. Entretanto, as prioridades num Estado devem ser consideradas a partir da *essencialidade* do serviço e, no caso do ensino público, essa essencialidade se sobrepõe, por exemplo, àquelas despesas menos prioritárias, como, por exemplo, gastos com propaganda governamental. Seria coerente, portanto, exigir que essas despesas, menos prioritárias fossem anuladas para permitir um melhor serviço de educação.

Além disso, uma segunda perplexidade foi percebida na interpretação realizada pela PGFN. Porque a lei, na sua redação original, não fixou qualquer marco temporal para o preenchimento de cargos vagos, disse apenas que esses cargos poderiam ser preenchidos. A lei, em nenhuma passagem, deu a entender que somente poderiam ser providos cargos “após o ingresso no regime” o que, segundo uma regra elementar de hermenêutica, “onde a lei não fez distinção, não cabe ao intérprete fazê-lo”.

Essa discussão acabou na Justiça. Em Mandado de Segurança⁴² impetrado pela Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, contra ato do poder executivo, se discutiu a possibilidade de vedação à publicação de edital de concurso para prover cargos vagos antes da homologação do regime de recuperação fiscal. O Tribunal do Rio de Janeiro decidiu que não cabia ao Poder Executivo efetuar qualquer restrição (com base nessa interpretação da LC 159/17), porque a Defensoria Pública, por ser um órgão autônomo, com orçamento próprio,

⁴² “Registre-se, que destinado o certame à reposição de cargos vagos, na forma declarada expressamente no edital, inexistente o óbice instituído pelo Regime de Recuperação Fiscal dos Estados, na Lei Complementar Federal nº 159/2017, porquanto ao vedar a criação de cargos, ressaltou expressamente a possibilidade de contratação de pessoal decorrentes de vacância de cargo efetivo ou vitalício, conforme exegese extraída de seu art. 8º, IV e V, in verbis: [...] Desse modo, se o legislador desejasse exprimir limitação/restrrição na forma interpretada, constante da resposta sob forma de parecer à consulta formulada à Procuradoria da Fazenda Nacional, anexado aos autos a fls. 182/189, assim também teria se expressado, bastando inserir que as vacâncias de que tratam os citados incisos IV e V, do art. 8º, da Lei Complementar nº 159/2017, haveriam de estar compreendidas no período de vigência do regime instaurado. Porém, assim não o fez, sendo impossível ao intérprete ampliar normas restritivas, como pretende a d. Procuradoria do Estado, com base em consulta formulada a outro órgão, sob pena de se ferir de morte princípios de hermenêutica.” (TJ/RJ: MS 0004031-34.2018.8.19.0000, rel. Desembargador Mauro Dickstein, 16ª Câmara Cível).

não poderia sofrer essa ingerência externa, além do fato de que a LC 159/17 não teria feito qualquer distinção temporal relativamente ao provimento dos cargos vagos, em sua redação original.

Dessa experiência do TJRJ, que parece óbvia, por preservar a autonomia constitucional de um ente, outras poderiam ser extraídas a fim de subsidiar uma interpretação mais consentânea com a CRFB. A primeira é a de que um dos elementos essenciais à autonomia constitucional é, exatamente, a livre gestão de seu pessoal, de modo que não é possível proibir o preenchimento de cargos vagos, quando esses sejam essenciais à manutenção das atividades. Por isso, a restrição pura e simples de preenchimento de cargos vagos de Poderes ou órgãos autônomos parece conflitar com a norma de autonomia prevista na Constituição e com a regra da alínea “b” do inciso IV, do art. 167-A da CF.

Uma segunda conclusão, que parece igualmente evidente, é a de que a capacidade de autogestão conferida a esses órgãos autônomos tem por escopo permitir o cumprimento das atividades específicas que lhes foram atribuídas pela carta constitucional, justamente para o atendimento de suas finalidades, sem interferências ou imposições hierárquicas externas, caso contrário, não lhes teria garantido qualquer autonomia. A autonomia financeira, administrativa e de gestão é, pois, da essência desses órgãos e quaisquer restrições a essa autonomia criadas por normas infraconstitucionais deve ser interpretada de forma restrita, adotando-se o critério do escrutínio mais rígido (*strict scrutiny*), aplicável, em regra, às limitações dos direitos fundamentais.

Em acréscimo, a Constituição, no final do §1.º, do inciso V, do art. 167-A⁴³ foi igualmente clara ao preservar a autonomia financeira e administrativa dos entes autônomos, ressaltando que cabe a esses, em última instância, decidir sobre a implementação das medidas de ajuste fiscal.

Como consignou o Prof. Luís Roberto Barroso (2001):

se é a Constituição que confere a autonomia, cabe-lhe definir o seu alcance. (...) O que não é legítimo é a legislação infraconstitucional impor limites indevidos à autonomia conferida pela Constituição, sem respeitar o significado mínimo nela contido.⁴⁴

⁴³ § 1º Apurado que a despesa corrente supera 85% (oitenta e cinco por cento) da receita corrente, sem exceder o percentual mencionado no caput deste artigo, as medidas nele indicadas podem ser, no todo ou em parte, implementadas por atos do Chefe do Poder Executivo com vigência imediata, *facultado aos demais Poderes e órgãos autônomos implementá-las em seus respectivos âmbitos* (grifo nosso).

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. “Prefácio”. In: Alexandre Santos de Aragão. *A autonomia das universidades no Estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. XVI-XVII.

Portanto, em que pese ao entendimento inicialmente formulado pela PGFN e pelo CSRRF sobre o tema, a criação, por interpretação da lei, vedando o preenchimento de cargos vagos anteriores ao ingresso no RRF, não se coadunou com a lei ou com a autonomia constitucional desses órgãos.

Um segundo problema foi enfrentado. Dessa vez, decorrente de decisão judicial. Em relação à carreira docente, encontra-se vigente no âmbito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, um Termo de Ajustamento de Conduta firmado pela Universidade com o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro e homologado nos autos de ação civil pública⁴⁵. A finalidade desse TAC foi a de garantir o cumprimento de sentença transitada em julgado que exigia a realização de concurso público para o preenchimento de cargos de professor em diversas áreas, com base no art. 37, I da CRFB/88.

Para implementar o comando da sentença, a Universidade assumiu o compromisso de realizar concursos públicos para provimento dos cargos vagos anteriormente à sua celebração. Por ter sido homologado em juízo, o TAC estava acobertado pela garantia da coisa julgada, insculpida no art. 5º, XXXV da CRFB/88. Portanto, a universidade não poderia, como ainda não pode, abster-se de cumpri-lo. Entretanto, em algumas manifestações, os órgãos de controle do RRF resistiram quanto à necessidade de compensação das despesas decorrentes do cumprimento dessa decisão judicial.

Ressalte-se que a LC 159/17, no seu art. 8.º, inciso I, fez ressalva expressa ao cumprimento de decisões judiciais transitadas em julgado para os casos de aumentos salariais. Logo, não haveria necessidade de efetivar compensação financeira nas hipóteses de cumprimento de decisões judiciais que determinam a contratação de pessoal, ainda que fossem anteriores ao ingresso no RRF.

Como se pode perceber, a leitura acrítica da LC 157/17 pode levar a situações de conflito com a Constituição e de potencial prejuízo a um serviço essencial e ininterrupto.

Passamos agora a analisar as contratações e o provimento de cargos de acordo com o novo regime (NRRF), em razão das diversas mudanças realizadas no modelo original da LC 159/17, especialmente promovidas pelas Leis Complementares 178 e 181, ambas aprovadas em 2021.

5.1 O NOVO RRF

⁴⁵Processo n.º nº 0153645-96.2007.8.19.0001.

Em junho de 2021, o Estado do Rio de Janeiro solicitou adesão ao novo Regime de Recuperação Fiscal. Em 02 de junho de 2021 foi publicada, no Diário Oficial da União, a decisão de habilitação do Estado. A partir dessa data, portanto, iniciou-se para o Estado do Rio o novo regramento implementado pela LC nº 178/21.

Da mesma forma, passou a vigor, para o Estado, o novo regulamento do Decreto Federal nº 10.681, de 20 de abril de 2021, que traz uma espécie de *regime de transição*, com fundamento no art. 4º-A da LC nº 159/17, instituindo em seu art. 7º, as normas que devem ser observadas durante o período de elaboração do novo Plano.

Nesse novo regime de recuperação é relevante analisar as regras do arts. 7º-D e 8º, da LC nº 159/17, que preveem não só o dever de os titulares dos órgãos autônomos e entidades da Administração indireta enviarem relatórios mensais ao Conselho de Supervisão do Regime de Recuperação Fiscal, contendo informações sobre os concursos públicos realizados e os servidores nomeados, bem como a vedação da realização de atos de admissão de pessoal a qualquer título, ressalvadas apenas as hipóteses de reposição de *cargos de chefia* e de *direção e assessoramento* que não acarretem aumento de despesa e de *contratação temporária*, sendo vedado, segundo a literalidade da lei, a reposição de vacâncias.

Se a situação anterior, sob o regime da redação original da LC 159/17, já causava uma série de confusões, com a nova redação do inciso IV, do art. 8.º, dada pela LC 178/21, a situação tende a piorar, porque o NRRF não previu o preenchimento de cargos em caso de vacância. Essa proibição decorreu do Veto presidencial à alínea “c”, do inciso IV. Em suas razões, a Presidência da República alegou o receio de preenchimento de cargos vagos anteriores ao RRF. Eis o trecho do veto:

(...) Entretanto, contraria interesse público ao desmembrar a possibilidade em alíneas, pois possibilita que sejam admitidas ou contratadas reposições de pessoal para o caso de vacância de cargo efetivo ou vitalício mesmo que acarretem aumento de despesa, *tendo em vista que não foi definida a data base para calcular o estoque de vacâncias que deve ser repostas*, abrindo margem para aquelas anteriores ao ingresso ao Regime de Recuperação Fiscal (RRF), o que poderia aumentar as contratações no RRF, considerando cargos que foram vagos ao longo das últimas décadas, aumentando-se, assim, as despesas com pessoal, que correspondem à maior parte das despesas correntes dos Estados. (BRASIL, 2021, grifo nosso)

Embora o dispositivo da proposta de alteração da lei tenha sido vetado pela Presidência da República, esta, nas mesmas razões, assinalou que não está vedado o preenchimento dos cargos vagos. Eis o trecho:

Ressalta-se, que o veto não é impedimento absoluto para a contratação de pessoal para reposição de vacância de cargo efetivo ou vitalício, uma vez que o § 2º do mesmo artigo dispõe que as vedações, desde que expressamente previstas no plano, poderão ser excepcionalmente ressaltadas, a partir do 4º exercício de vigência, sendo que ato do Ministro de Estado da Economia disciplinará a aplicação do referido dispositivo. (BRASIL, 2021, grifo nosso)

Embora as razões do veto à lei demonstrem a possibilidade do preenchimento das vacâncias expressamente previstas no plano e àquelas que forem ressaltadas a partir do 4.º exercício, o fato é que, pela literalidade do texto, a contratação de qualquer servidor está proibida, mesmo para os cargos que vagarem durante NRRF, estando o ente autônomo, conforme essa nova redação, sujeito à regulamentação do ato a ser publicado pelo Ministro da Economia.

Tanto as razões do veto, quanto a ideia da lei de submeter toda e qualquer contratação de um professor ou técnico à disciplina de uma autoridade federal de outro ente, cf. §7.º, do art. 8.º, nos remete novamente a questão central desse artigo que é sua compatibilidade com a Constituição, posto que nos parece absurda a ideia de que todo e qualquer movimento de servidor esteja submetido a um outro ente.

Pior do que essa previsão é o fato de que o NRRF dispõe que a eventual compensação financeira para esses casos deverá ser *previamente aprovada* pelo CSRRF. Como se vê, além de a nova redação do art. 8º, inciso IV, da LC nº 159/21 não mais excepcionar a hipótese de reposição de vacâncias, impedindo, praticamente, de todas as formas, qualquer contratação de pessoal para o serviço público, ainda condiciona a eventual compensação a uma autorização prévia do colegiado, salvo se essa contratação já contar expressamente do Plano em vigor.

A prevalecer esse entendimento, puramente literal, nenhuma contratação ou somente aquelas submetidas ao alvedrio do Ministro da Economia poderão ser implementadas e, ainda assim, após o consentimento da compensação que será analisada pelo CSRRF (§3.º, do art. 8.º), mesmo que o cargo a ser preenchido seja essencial.

Essa situação, contudo, não parece se compatibilizar com as normas financeiras constitucionais, em especial aquelas que preveem a autonomia financeira para os órgãos e a cláusula de separação dos Poderes, dado que essa interpretação impedirá, por exemplo, o provimento de cargos de Juízes, Promotores, Defensores, cujas atividades, por isso mesmo poderão ser prejudicadas com base nessas regras que serão definidas pelo Ministro da Economia.

Como se pode intuir, o novo regime é sensivelmente mais rigoroso no plano dos gastos com pessoal do que o regime anterior e, de certa forma, até mesmo incoerente, posto que os novos servidores, quando preenchem os cargos vagos recebem salários de início de carreira, o que é normalmente inferior aos dos servidores que se aposentam, o que demonstra não haver, ao menos na folha salarial dos servidores ativos, aumento de despesa.

Se a proibição do preenchimento de vacâncias já se mostrava deveras problemática quando autorizada na lei, o que se pode esperar da nova redação é mais disputa nos Tribunais, posto que o puro e automático cumprimento dessa lei poderá levar gestores a uma situação de inconstitucionalidade flagrante e até ao cometimento de crime de responsabilidade ou ato de improbidade, especialmente se deixarem vagos cargos e serviços essenciais ao cidadão.

Imaginemos, pois, a hipótese de aposentadoria de um professor do nível fundamental ocorrida após junho de 2021. Como não se pode mais prover esse cargo, ao menos não antes de se ofertar uma compensação financeira de acordo com as regras editadas pelo Ministro da Economia e, ainda, após analisada *previamente* pelo CSRRF, a situação poderia levar a uma paralisação – ainda que temporária – do serviço de ensino básico, o que é evidentemente contrário à Constituição (Art. 208, I, CRFB). Nesse caso, o gestor ficará com a incumbência de escolher entre descumprir o regime ou verificar, na complexa estrutura da administração, uma fonte de gastos correntes que possa eliminar ou deixar o serviço temporariamente sem um servidor. E mesmo que o gestor apresente uma compensação, sempre haverá o risco de o CSRRF não aceitar a compensação, impondo sanções ao Estado pelo descumprimento do RRF.

Esse mesmo raciocínio do professor do ensino fundamental pode ser levado para os cargos de médicos, enfermeiros, professores ou até mesmo juízes que, ao se aposentarem durante os anos do NRRF, obrigarão os entes públicos a suprir sua falta de alguma maneira. Se não providos, Municípios podem ficar sem médicos, enfermeiros, comarcas podem ficar sem juízes, o que é uma situação, para um Estado com situação econômica fragilizada, extremamente grave.

Se essas situações já causam tensão entre a lei do RRF e a Constituição, o que dizer, por exemplo, de situações outras que são usualmente enfrentadas pelos entes públicos que prestam serviços de educação, como, por exemplo, a alteração de grade curricular de um curso de nível superior, impostas por um órgão regulador. Nesse caso, havendo uma nova disciplina a ser incorporada ao curso, por determinação da lei ou por regulamento do

Ministério da Educação, estaria a universidade obrigada a efetuar a contratação de professor para manter o seu curso em funcionamento? E como fazer isso se a própria norma do RRF veda essa contratação? Qual lei cumprir, a que implementa um direito fundamental ou aquela que privilegia uma regra de caráter meramente financeiro?

Nem mesmo a ideia de contratação temporária de pessoal, agora admitida expressamente, parece ser razoável, como está no art. 8, inciso IV, alínea “b”, porque por serem temporárias, essas contratações não servem para resolver problemas de cargos de natureza permanente, mas apenas para suprir situações emergenciais (art. 37, IX CRFB). Ademais, se a ideia é não aumentar os gastos para resolver a situação de desequilíbrio financeiro, a contratação temporária prevista na lei não atenderá a esse fim, já que mesmo a contratação precária, como estabelecido na constituição, também gera gastos financeiros.

Como se vê, cabe ao intérprete, na análise de cada caso concreto, construir sentidos para as normas de modo a compatibilizar seu texto com a Constituição, de modo a preservar, o quanto for possível, seus objetivos.

Na conclusão do estudo, serão propostos alguns enunciados interpretativos para compatibilizar a norma com a Constituição.

5.2 ALTERAÇÕES ORÇAMENTÁRIAS E PARTICIPAÇÃO NO PLANO DE RECUPERAÇÃO

O STF já teve oportunidade de afirmar que o Poder Executivo, em regra, não pode sofrer sanções financeiras em razão da inadimplência fiscal de órgãos autônomos⁴⁶. Se isso é uma verdade, também não pode a Universidade ser penalizada, a qualquer custo, pelo descontrole financeiro do ente central.

Assim, parece curiosa a proibição genérica de provimento de cargos, no RRF, porque ela não leva em consideração, para efeito de sua aplicação, o aspecto orçamentário da unidade que, como visto, colhe sua autonomia direto da Constituição. Assim, do ponto de vista puramente financeiro, seria possível ter uma situação inusitada com um possível *superávit* orçamentário no exercício para um órgão, o que ocorre por vezes por aumento de arrecadação por conjunturas econômicas e a consequente destinação de um percentual dessa receita para a educação (art. 212 da CRFB) e, mesmo assim, não se poder contratar.

⁴⁶ ACO 3047 AgR, Relator(a): Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 31/08/2018, Processo Eletrônico Dje-189 Divulg 10-09-2018 Public.11-09-2018. RE 770149, Relator(a): MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2020.

Por razões tais, defendemos que, nessas hipóteses, seria possível se admitir a admissão de pessoal para suprir deficiências, desde que o preenchimento do cargo vago não viole as regras do art. 16 e 17 da LRF.

Esse raciocínio decorre do fato de que, obedecida a lei orçamentária anual, as unidades orçamentárias autônomas possuem um relativo controle dos recursos que são postos à sua disposição. Sejam esses recursos financeiros (dinheiro) ou apenas dotações orçamentárias. As escolhas devem apenas o respeito à lei e à Constituição, notadamente quando o assunto é remanejamento de recursos ou corte de gastos, não podendo, por tal razão, sofrer ingerências externas à minguada de autorização constitucional.

O simples fato de o executivo controlar a arrecadação e o tesouro do Estado, e por ter a maior parcela da administração dos recursos, não o permite interferir nas finanças dos entes autônomos como já decidiu o STF⁴⁷, salvo nas hipóteses legalmente permitidas (§3.º, do art. 9, da LRF) e desde que implemente um diálogo institucional entre os entes a fim de não violar a cláusula de separação dos poderes⁴⁸. Com os recursos das universidades é forçoso o raciocínio de que sua autonomia exige respeito a suas escolhas.

Como já decidiu o STF:

O desenho de autonomia financeira é voltado para a proteção da interferência indevida do Chefe do Poder Executivo em outros Poderes e órgãos (ou instituições) de Estado. O argumento de contingenciamento de gastos públicos não pode ser usado como instrumento de barganha política contra outros poderes e instituições, sob pena de deturpação e captura do Estado de Direito. (ADPF 504, Relator(a): Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 20/10/2020)

Por certo, devemos sempre considerar que a autonomia de gestão financeira das Universidades públicas possui um âmbito de proteção (mínimo) para assegurar um espaço de liberdade próprio para o desenvolvimento das demais autonomias, didático-científica e administrativa. A autonomia das universidades é diferenciada e reforçada. Embora não seja “ilimitada”, como já lembrou o STF⁴⁹ em diversas ocasiões, podendo ser regulada, tal situação não poderia levar o intérprete à falsa conclusão de que qualquer lei possa violar o núcleo dessa autonomia constitucional, subvertendo a estrutura de hierarquia das normas.

⁴⁷ A retenção do repasse de duodécimos por parte do Poder Executivo configura ato abusivo e atentatório a ordem constitucional brasileira. ADPF 384, rel. min. Edson Fachin, j. 6-8-2020, P, DJE de 8-10-2020.

⁴⁸ STF: MS 34.483 rel. min. Dias Toffoli, j. 22-11-2016, 2ª T, DJE de 8-8-2017.

⁴⁹ Nesse sentido: RE 561.398 AgR, rel. min. Joaquim Barbosa, j. 23/6/2009, 2ª T, DJE de 7/8/2009; RE 331.285, rel. min. Ilmar Galvão, j. 25/3/2003, 1ª T, DJ de 2/5/2003; ADI 1599. rel. min. Maurício Correa, j. 26/02/1998, Plenário, DJ 18/05/2001.

Por isso, somente o órgão autônomo pode aferir se o provimento de um cargo vago será ou não essencial a seu funcionamento. No caso da Universidade, caberá a ela dizer se o provimento do cargo vago é ou não essencial para manter algum serviço em atividade e, caso não seja possível ou haja espaço orçamentário para essa compensação, tal anulação de gasto deverá ser equacionada pelo ente central.

A ideia de que os entes externos, como o Governo do Estado ou Governo Federal ou o CSRRF possa definir ou determinar quais cargos públicos da estrutura da universidade poderão ou não ser preenchidos, obviamente que viola o núcleo de autonomia garantido constitucionalmente a esses entes.

É importante lembrar que, quando da elaboração do plano, em 2017, nenhum ou quase nenhum dos entes com orçamento autônomo próprio foi chamado a dialogar com o chefe do Executivo, para negociar o ajuste de seu orçamento ou planejar o futuro após a implementação do RRF. Talvez a lei devesse prever que os entes autônomos participassem ativamente no plano, colaborando com o Executivo na sua elaboração, já que seus orçamentos são diretamente atingidos.

Essa providência, portanto, parece ter sido apenas percebida pelo legislador que, quando da alteração da LC 159/17 pela LC 178/21, fez inserir o §1.º, do art. 4.º, que assim dispõe: “O Poder Executivo estadual *solicitará aos demais Poderes e órgãos autônomos as informações necessárias para a elaboração do Plano de Recuperação Fiscal* segundo os prazos definidos pela Secretaria do Tesouro Nacional⁵⁰”.

Se esses órgãos possuem sua autonomia financeira derivada diretamente da Constituição e, mais ainda, se detêm, por essa autonomia, a gestão plena dos recursos que lhes são repassados, é contraditório imaginar que o Plano de Recuperação possa ser idealizado e formalizado à sua revelia e, mais ainda, obrigar os entes autônomos a seguir as regras determinadas por quem não tem ingerência sobre o seu orçamento.

Por isso nos parece que caberia ao Executivo, sob pena de não poder vincular os órgãos autônomos, empreender um diálogo institucional com tais órgãos, a fim de que eles participem do esforço conjunto de recuperação, colocando, em evidência, as peculiaridades e a essencialidade dos seus serviços públicos.

⁵⁰Incluído pela Lei Complementar nº 178, de 2021.

Esse, aliás, é o espírito da nossa Constituição, como já destacou o eminente Ministro Alexandre de Moraes⁵¹: “os poderes de Estado devem atuar de maneira harmônica, privilegiando a cooperação e a lealdade institucional”.

6 CONCLUSÃO

Em razão do que foi acima exposto, podemos concluir esse estudo com algumas proposições interpretativas a fim de contribuir com o esforço de adaptação que compatibilize as normas da LC 159/17 com a autonomia constitucional da Universidade pública e dos demais entes autônomos:

A Lei Complementar 159/17 não cria óbice às reposições de admissão/contratação de pessoal para preenchimento de cargos vagos que não acarretem aumento de despesa, incluindo aí as decorrentes de contratações de pessoal necessário à manutenção de serviços essenciais, em decisão fundamentada do dirigente do órgão. (BRASIL, 2017)

Adotando-se essa premissa, mantém-se hígido o objetivo da lei de recuperação, que é o de atingir o equilíbrio das contas públicas, sem acréscimo de despesa, mantendo, da mesma forma, o serviço essencial do órgão, sem geração de prejuízo para a população que dele se utiliza.

Uma segunda construção interpretativa pode ser feita a partir de situações constatadas à luz do orçamento do ente autônomo: “A Lei Complementar 159/17 não exige compensação financeira para as hipóteses de cumprimento de decisão judicial transitada em julgado, relativamente às reposições de pessoal”. Esta proposição compatibiliza a LC 159/17 com o comando do art. 5º, XXXV da CRFB/88.

Uma terceira interpretação, com vistas a compatibilizar a lei, poderia ser assim redigida: “A Lei Complementar 159/17 não cria óbice à contratação de pessoal para preenchimento de serviços obrigatórios determinados por força de leis ou atos normativos externos ao órgão contratante, devidamente justificado”.

Esta proposição atende às hipóteses em que os entes autônomos sejam impelidos a ampliar ou incrementar os seus serviços públicos, por determinação legal ou regulamentar, como, por exemplo, a obrigação da abertura de um curso novo na universidade ou, ainda, a necessidade da criação de um posto de saúde ou a abertura de um for determinada comarca.

⁵¹ADI 6025, Plenário, julg. 20/04/2020.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. “Prefácio”. In: Alexandre Santos de Aragão. *A autonomia das universidades no Estado contemporâneo e no direito positivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BRASIL. *Constituição (1988)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

_____. *Lei complementar 159 de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp159.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

_____. *Lei complementar 178 de 2021*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp178.htm#art31. Acesso em 30 jul. 2021.

_____. Presidente (2018-atual: Jair Bolsonaro). *Despacho do Presidente da República*. Diário Oficial da União, 2021. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/despachos-do-presidente-da-republica-298899544>. Acesso em: 30 jul. 2021
MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018.

PARECER SEI Nº 44/2018/CPN/PGACA/PGFN-MF. Disponível em: http://www.transparencia.rj.gov.br/transparencia/content/conn/UCMServer/path/Contribuicao%20Folders/transparencia/RecuperacaoFiscal/docs/item%207/Pareceres%20PGFN/PARECER%20SEI-0362163-%2044_2018_CPN_PGACA_PGFN-MF.pdf?lve. Acesso em: 30 jul. 2021.

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

SECRETARIA DE ESTADO DE FAZENDA, 2021. Diagnóstico da situação fiscal. Disponível em: <http://www.fazenda.rj.gov.br/transparencia/content/conn/UCMServer/uuid/dDocName%3aWCC42000021429>. Acesso em: 30 jul. 2021.

SARLET, I. Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988 in Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1999.

RIO DE JANEIRO. *Decreto 45.692 de 2016*. Disponível em: http://www.age.fazenda.rj.gov.br/age/faces/oracle/webcenter/portalapp/pages/navigation-renderer.jspx?_afLoop=82681914151554493&datasource=UCMServer%23dDocName%3AWCC310494&_adf.ctrl-state=jpz99e26i_9. Acesso em: 30 jul. 2021.

_____. *Decreto 44.899 de 2014*. Disponível em:
http://www.silep.planejamento.rj.gov.br/decreto_44_899_-_050892014_-__.htm. Acesso em: 30 jul. 2021.

_____. *Lei 7629 de 2017*. Disponível em:
<http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/CONTLEI.NSF/c8aa0900025feef6032564ec0060dfff/9a0490a99a2b0d6e8325813d0069556f>. Acesso em: 30 jul. 2021.

RIBEIRO, D. *A universidade necessária*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1969

_____. *A autonomia financeira da universidade pública*, 2017. Disponível em:
<http://www.direitodoestado.com.br/colunistas/Ricardo-Lodi-Ribeiro/a-autonomia-financeira-da-universidade-publica>. Acesso 6 jul. 2021.

MOTIVAÇÃO NOS LANÇAMENTOS DE OFÍCIO DO ICMS/RJ CONTEMPLANDO PERÍODOS COBERTOS PELA DECADÊNCIA

MOTIVATION IN ICMS/RJ OFFICIAL RELEASES CONTEMPLATING PERIODS COVERED BY DECADENCE

João Luís de Souza Pereira¹

Resumo: Apesar de já estar consolidada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça acerca da contagem do prazo decadencial em matéria tributária, a decadência ainda é tema que merece ser revisitado. Os lançamentos de ofício, exigindo ICMS, realizados pela Secretaria de Fazenda do Estado do Rio de Janeiro não justificam o porquê de não ser observado o art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, quando se referem a fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos da ciência do auto de infração. Consequentemente, a discussão acerca do afastamento do art. 173, I, do CTN, inicia com claro prejuízo ao direito de defesa do contribuinte. Daí, o porquê de se investigar a necessidade de o lançamento de ofício conter todas as informações úteis para o pleno exercício do direito de defesa pelo contribuinte no âmbito de um processo administrativo justo.

Palavras-chave: ICMS. Decadência. Homologação. Motivação. Direito de defesa.

Abstract: Although the jurisprudence of the Superior Court of Justice has already been consolidated regarding the counting of the decadent term in tax matters, decadence is still a topic that deserves to be revisited. The administrative assessment, requiring ICMS, carried out by the Rio de Janeiro State Finance Department do not justify the reason for not observing art. 150, §4, of the National Tax Code, when they refer to taxable events that occurred more than five years ago from the notice of the tax assessment. Consequently, the discussion about the removal of art. 173, I, of the CTN, starts with a clear prejudice to the taxpayer's right of defense. Hence, the reason for investigating the need to issue an official letter contains all the information useful for the taxpayer to fully exercise their right of defense in the context of a fair administrative procedure.

keywords: ICMS. Decadence. Launching by approval. Motivation. Right of defense.

1 INTRODUÇÃO

¹ Advogado no Rio de Janeiro. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor convidado da Pós-graduação Lato Sensu da FGV Direito Rio. Professor convidado do IAG/PUC-Rio.

Entre as modalidades de lançamento tributário disciplinadas no Código Tributário Nacional (CTN), seguramente a mais utilizada é o lançamento por homologação.

Presente na grande maioria de tributos, do ISS ao IPI, passando pelo ICMS, PIS, COFINS, IRPJ e IRPF, o lançamento por homologação consiste na apuração e pagamento do tributo pelo sujeito passivo da obrigação tributária por sua conta e risco.

Nesta modalidade de lançamento, cabe ao sujeito passivo interpretar a lei tributária e aplicá-la ao caso concreto realizando, *sponte sua*, o pagamento do tributo devido a partir da ocorrência do fato gerador.

Nunca e demais lembrar que, nos termos do art. 142 do CTN, o lançamento tributário é ato privativo da autoridade administrativa. Aliás, a necessidade de um ato administrativo para formalizar a exigência surge do próprio conceito de tributo, vez que o art. 3º, do CTN, afirma a necessidade de a prestação pecuniária compulsória ser cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Diante disso, é lógico que o pagamento realizado pelo sujeito passivo no lançamento por homologação não é definitivo, não extingue o crédito tributário respectivo. A fim de compatibilizar o pagamento realizado pelo sujeito passivo com a necessidade de um ato privativo da autoridade administrativa competente, o Código criou a figura do pagamento antecipado.

Assim, o pagamento realizado pelo sujeito passivo a que alude o art. 150, do CTN, é um pagamento antecipado, sujeito a posterior homologação pela autoridade administrativa. Exatamente por isso é que o art. 156, VII, do CTN, elenca o pagamento antecipado seguido da homologação como uma das modalidades de extinção do crédito.

Portanto, diversamente dos lançamentos de ofício e por declaração, no lançamento por homologação o pagamento antecede a atividade administrativa.

2 A DECADÊNCIA NOS TRIBUTOS SUJEITOS AO LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO STJ

Considerando que no lançamento por homologação cabe ao sujeito passivo promover o pagamento do tributo antes de qualquer ação do sujeito ativo, pode acontecer deste pagamento antecipado, por motivos de ordem diversa, não ser realizado, total ou parcialmente.

Neste caso, a diferença ou a totalidade do tributo não pago será exigida do sujeito passivo através de um lançamento de ofício. Consequentemente, a questão que se coloca é: qual o prazo à disposição do fisco para realizar este lançamento de ofício em razão de um tributo sujeito ao lançamento por homologação não pago a contento?

Antes de mais nada, não custa lembrar que, como se trata de prazo para a constituição de crédito tributário, cuida-se de prazo decadencial.

Após muita discussão judicial e verdadeiras bibliotecas escritas sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça assentou jurisprudência fixando tese no Tema 163 dos Recursos Repetitivos ao julgar o Recurso Especial 973.733 (DJe de 18/09/2009):

O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo incorre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito.

Como se vê, à luz da jurisprudência consolidada do STJ, tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação e havendo pagamento apenas parcial do tributo, a diferença não paga será exigida, mediante lançamento de ofício, em cinco anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Embora não exista recurso julgado pelo STJ sob o rito dos Repetitivos, a jurisprudência do Tribunal da Cidadania é pacífica no sentido de que, não tendo havido qualquer pagamento (antecipado) pelo sujeito passivo, a totalidade do tributo não pago deverá ser exigida no prazo de cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Isto porque, não havendo pagamento antecipado, não há o que ser homologado e, então, aplica-se a regra geral do artigo 173, I, bastando citar entre muitos, o acórdão decorrente do Recurso Especial 1.798.274, DJe de 14/10/2020, julgado pela Primeira Turma, que recebeu a seguinte ementa na parte que interessa:

2. Tratando-se de tributo sujeito a lançamento por homologação, a obrigação tributária não declarada pelo sujeito passivo no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo Fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no (prazo) referido no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte ou responsável de apurar e pagar o crédito tributário está sujeita à verificação pelo ente

público pelo prazo de cinco anos, sem a qual ela (a atividade) é tacitamente homologada. Precedentes.

Também será o caso de aplicação do art. 173, I, do CTN, quando nos casos de tributos submetidos à modalidade homologatória, o sujeito passivo deixar de pagar o tributo ou realizar pagamento parcial, mas desde que sua conduta, comprovadamente, aponte para o cometimento de dolo, fraude ou simulação, como decidiu o Superior Tribunal de Justiça no Tema 163 dos Repetitivos e em inúmeros outros casos, destacando-se o julgamento pela Segunda Turma do Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial 1.078.194, DJe de 25/09/2017:

1. Quanto a alegada a decadência parcial da obrigação tributária a conclusão do acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência desta Corte no sentido de que, nos casos de tributos sujeitos a lançamento por homologação em que ocorre pagamento antecipado a menor, havendo fraude, o prazo decadencial rege-se pelas disposições do art. 173, inciso I, do CTN, ou seja, será de 5 anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

É plenamente seguro afirmar que a jurisprudência do STJ sobre a contagem do prazo decadencial nos tributos sujeitos ao lançamento por homologação é mansa, pacífica e consolidada sem alterações desde 2009.

Conseqüentemente, tratando-se de tributo sujeito ao lançamento por homologação opera-se um fenômeno de mão dupla: o sujeito passivo tem a firme expectativa de que será observada a jurisprudência do STJ na contagem do prazo decadencial e a autoridade competente igualmente sabe como deve proceder à contagem do período ainda disponível para a exigência fiscal.

No entanto, não é o que se verifica nos autos de infração lavrados pelos Auditores Fiscais da Receita Estadual do Rio de Janeiro, que, sabe-se lá porque, aplicam indistintamente o art. 173, I, do CTN, na contagem do prazo decadencial em relação ao ICMS.

Agindo desta forma, os auditores fiscais estaduais cometem clara e indevida violação à lei, na medida em que ignoram dispositivos expressos de leis estaduais. Além disso, a omissão no auto de infração quanto ao porquê do afastamento do art. 150, §4º, do CTN, importa em clara violação do direito e defesa.

Finalmente, o silêncio do auto de infração acerca dos motivos do afastamento do art. 150, §4º, do CTN, acabam por suprimir uma instância do processo administrativo fiscal estadual e, em última análise, empurram para autoridades julgadoras o dever de explicitar a aplicação do art. 173, I, do CTN, na hipótese, resultando em verdadeiro vício de competência

do lançamento original.

Tudo isto é o que se passa a expor.

3 NORMAS ESTADUAIS QUE IMPÕEM O DEVER DE JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DO ART. 150, §4º, DO CTN

Diante da expressão literal do art. 142, do CTN, é fundamental recordar que o lançamento tributário é uma espécie de ato administrativo.

Aliomar Baleeiro (2003, p. 782) já afirmava que “o lançamento tem sido definido como o ato, ou a série de atos, de competência vinculada, praticado por agente do Fisco, para verificar a realização do fato gerador em relação a determinado contribuinte...”.

No mesmo sentido é a conclusão de Misabel Abreu Machado Derzi (1998, p. 363) pontuando que “o lançamento é ato jurídico-administrativo vinculado e obrigatório, de individualização e concreção da norma tributária ao caso concreto...”.

Tratando-se de ato administrativo vinculado, o lançamento tributário sempre deverá ser praticado quando presentes os pressupostos legais. Por isso mesmo é que também se torna obrigatório, como nos ensinou o saudoso mestre pernambucano José Souto Maior Borges (1999, p. 171):

A atividade administrativa do lançamento é não só vinculada, mas também obrigatória. Nesse sentido, o Fisco está obrigado, vale dizer, tem o dever jurídico de uma vez ocorridos os pressupostos fáticos da tributação, praticar o lançamento. (BORGES, 1999, p. 171)

Mas a vinculação à lei possui uma outra nuance além da obrigatoriedade de realização do lançamento: o ato administrativo vinculado deve ser praticado em fiel obediência à lei.

Por esta razão, Ricardo Lobo Torres (2010, p. 279) deixou o legado de um princípio da vinculação à lei, segundo o qual “a autoridade administrativa deve proceder ao lançamento nos estritos limites da lei, sempre que, no mundo fático, ocorrer a situação previamente descrita na norma.”

Conseqüentemente, ao praticar o lançamento tributário, o servidor competente não pode deixar de observar os diversos dispositivos das leis estaduais que regulam o ato e o processo administrativo em que está inserido.

A primeira norma estadual que impõe ao auditor fiscal o dever de declinar as razões pelas quais deixou de aplicar o art. 150, §4º, do CTN, ao exigir o ICMS é o art. 221, III e IV, do Decreto-Lei nº 05/75 (Código Tributário Estadual - CTE):

Art. 221. O auto de infração e a nota de lançamento conterão:

.....
III - a descrição circunstanciada do fato punível ou dos fatos concretos que justifiquem a exigência do tributo;

IV - a capitulação do fato, mediante citação do dispositivo legal infringido e do que lhe comine a sanção ou do que justifique a exigência do tributo; (BRASIL, 1975)

Com efeito, o dispositivo acima transcrito é de tal relevância que foi reproduzido no art. 74, III e IV, do Decreto nº 2.473/79, que regula o Processo Administrativo Fiscal Estadual.

Tais dispositivos da legislação tributária estadual são categóricos ao afirmar que o auto de infração deve indicar os fatos que ensejaram a exigência fiscal de forma circunstanciada, vale dizer, pormenorizada, detalhadamente. Além disso, a legislação tributária estadual prevê que deve ser precisamente indicada a fundamentação legal que justifique a exigência do tributo.

Tudo isto quer dizer que, tratando-se de exigência de ICMS relativo a fatos geradores ocorridos há mais de cinco anos da lavratura do auto de infração, é dever da autoridade competente relatar expressamente os motivos pelos quais deixou de aplicar o art. 150, §4º, do CTN, na contagem do prazo decadencial.

Portanto, cabe o autuante, antes de formalizar a exigência fiscal, verificar se o sujeito passivo efetuou recolhimentos do imposto no período objeto da autuação. Além disso, havendo cometimento de dolo, fraude ou simulação, é imperativo que o Auditor Fiscal da Receita Estadual utilize o campo próprio do auto de infração para declinar os motivos que o levaram a concluir desta maneira.

Consequentemente, a legislação tributária estadual impõe ao autuante – e somente a ele – o ônus de indicar com precisão os motivos e o(s) dispositivo(s) legal(is) que fundamenta(m) a contagem do prazo decadencial.

Mas não é só.

Além das previsões expressas do art. 221, III e IV, do CTE e do art. 74, III e IV, do Decreto nº 2.473/79, não se pode perder de vista o que dispõe a Lei nº 5.427/2009, que regula o processo administrativo estadual em geral.

Embora respeitando as normas específicas que disciplinam determinados processos

administrativos, a Lei nº 5.427/2009 é expressa ao dispor sobre sua aplicação a todos os processos administrativos no que se refere aos princípios veiculados pela lei geral:

Art. 75. Os processos administrativos específicos continuarão a reger-se por legislação própria, aplicando-se-lhes os princípios e, subsidiariamente, os preceitos desta Lei. (BRASIL, 2009)

Pois bem. O artigo 2º, da Lei nº 5.427/2009 elenca a motivação no rol dos princípios aplicáveis ao processo administrativo:

Art. 2º O processo administrativo obedecerá, dentre outros, aos princípios da transparência, legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, impessoalidade, eficiência, celeridade, oficialidade, publicidade, participação, proteção da confiança legítima e interesse público. (BRASIL, 2009, grifo nosso)

Como bem esclarece José dos Santos Carvalho Filho (2001, p. 51), “Motivação é a justificativa que o agente menciona no ato administrativo. Cuida-se da forma de expressar as razões que conduziram o agente à prática do ato”. Portanto, também por imposição da Lei nº 5.427/2009 é dever do fiscal atuante expressar de forma explícita o porquê do afastamento do art. 150, §4º, do CTN, ao proceder à lavratura de auto de infração exigindo ICMS do sujeito passivo.

4 NÃO JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DO ARTIGO 150, §4º, DO CTN, IMPORTA EM VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E CERCEAMENTO DO DIREITO DEFESA.

Partindo da premissa de que o lançamento de ofício é ato administrativo cuja impugnação inaugura a fase litigiosa do processo administrativo fiscal estadual, é fora de dúvida que a omissão do fiscal atuante quanto ao(s) motivo(s) que o levou(ram) a afastar o art. 150, §4º, do CTN, prejudicará o contraditório e o pleno exercício do direito de defesa do sujeito passivo.

Com efeito, os princípios do contraditório e da ampla defesa estão intimamente ligados, já que ambos decorrem do exercício do direito ao devido processo legal e do direito de petição aos Poderes Públicos. Contraditório e ampla de defesa são institutos do processo, que conferem garantia de justiça aos envolvidos na solução de um litígio.

Acerca da íntima relação entre contraditório e ampla defesa, convém trazer a lição de Marcelo Harger (2001, p. 150):

Os princípios do contraditório e da ampla defesa são princípios que decorrem do devido processo legal. Ressaltam diferentes aspectos do due process. Apesar de ser possível separá-los mediante uma abstração, pode-se dizer que eles estão intimamente relacionados. Um não existe sem o outro. Não há ampla de defesa, se o contraditório inexistir. A inexistência de possibilidade ampla de defesa, por outro lado, acarreta no mínimo um contraditório imperfeito. Esse fato acabou sendo até reconhecido implicitamente pelo constituinte, no momento em que colocou ambos no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal que, em decorrência disso, acabou sendo o dispositivo chave em matéria de processo administrativo. (HARGER, 2001, p. 150)

Alberto Xavier (2001, p. 163) também observou a íntima relação existente entre o contraditório e a ampla defesa, chegando à conclusão que o contraditório é o meio pelo qual se exercita a ampla defesa:

O princípio do contraditório encontra-se relacionado com o princípio da ampla defesa por um vínculo instrumental: enquanto o princípio da ampla defesa afirma a existência de um direito de audiência do particular, o princípio do contraditório reporta-se ao modo de seu exercício. Esse modo de exercício, por sua vez, caracteriza-se por dois traços distintos: a paridade das posições jurídicas das partes no procedimento ou no processo, de tal modo que ambas tenham a possibilidade de influir, por igual, na decisão ('princípio da igualdade de armas'); e o caráter dialético dos métodos de investigação e de tomada de decisão, de tal modo que a cada uma das partes seja dada a oportunidade de contradizer os fatos alegados e as provas apresentadas pela outra. (XAVIER, 2001, p. 163)

Deste modo, o legislador constituinte determinou que a autoridade tributária deverá garantir ao interessado a oportunidade de ser ouvido (*opportunity to be heard*) sobre todos os atos que possam repercutir desfavoravelmente em sua esfera de interesses, bem como deverá garantir que deste direito de audiência resultará a plena manifestação do interessado, trazendo todos os elementos necessários à comprovação de suas razões. Somente assim estarão assegurados o direito de petição e suas decorrências na ampla defesa e no contraditório.

Ora, se não é possível saber porque não se contou a decadência a partir do fato gerador da obrigação tributária, como exercer adequadamente o direito de defesa à exigência fiscal quanto a esta matéria desde a impugnação?

Nesta ordem de ideias, o silêncio do fiscal atuante quanto aos motivos do afastamento do art. 150, §4º, do CTN, na exigência do ICMS inviabiliza o exercício do contraditório, porque não haverá como o sujeito passivo manifestar-se sobre aquilo que desconhece, resultando em total prejuízo ao direito de defesa na sua primeira manifestação de inconformidade face à exigência fiscal.

5 A OMISSÃO DO FISCAL AUTUANTE NA MOTIVAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO IMPORTA EM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA E VÍCIO DE NULIDADE QUANTO À COMPETÊNCIA

Como todo ato administrativo, o lançamento tributário possui elementos ou requisitos de validade, destacando-se entre eles a necessidade de ser praticado por agente dotado de competência atribuída pela lei.

Como bem observa Odete Medauar (2004, p. 160), “Nenhum ato administrativo pode ser editado validamente sem que o agente disponha de poder legal para tanto.”

Carvalho Filho (2002, p. 104) é ainda mais enfático, afirmando que: “praticado o ato sem a observância de qualquer desses pressupostos (e basta a inobservância de somente um deles), estará ele contaminado de vício de legalidade, fato que o deixará, como regra, sujeito à anulação.”

Considerando que o lançamento tributário é típico ato administrativo e que como tal deve ser praticado por agente competente, é preciso saber quem é aquele ao qual a legislação tributária estadual atribuiu aptidão para a realização deste importante ato jurídico.

Nos termos do art. 220, do Decreto-lei nº 05/75 (Código Tributário Estadual-CTE), os lançamentos de ofício realizados no âmbito do Estado do Rio de Janeiro exteriorizam-se por meio de auto de infração ou nota de lançamento.

Já os artigos 73 e 96 do Decreto nº 2.473/79, deixam claro que o auto de infração e a nota de lançamento são atos a serem praticados privativamente por servidores que tenham competência para a fiscalização do tributo.

Ainda mais claro é o art. 2º, da Lei Complementar nº 69/90-RJ:

Art. 2º - O Fiscal de Rendas é a autoridade administrativa competente para, privativamente, exercer a fiscalização e efetuar o lançamento dos tributos estaduais e outras receitas não-tributárias deste Estado, decorrentes da exploração de recursos hídricos e minerais, inclusive petróleo e gás natural. (BRASIL, 1990)

Com efeito, os fiscais de rendas passaram a ser denominados Auditores Fiscais da Receita Estadual, por força do art. 1º, da Lei Complementar nº 136/2010.

Portanto, somente Auditor Fiscal da Receita Estadual é quem detém competência para realizar lançamento de tributo estadual.

Conseqüentemente, se o Auditor Fiscal da Receita Estadual não indicar no auto de

infração o porquê da não utilização do art. 150, §4º, do CTN para a contagem do prazo decadencial, e havendo impugnação - ainda que precária - do sujeito passivo sobre esta questão prejudicial, somente na decisão de primeira instância é que surgirá a resposta sobre o porquê da contagem do prazo decadencial segundo a regra do art. 173, I, do CTN.

Assim ocorrendo, estar-se-á diante de flagrante vício de legalidade. Isto porque, a Junta de Revisão Fiscal e os Auditores Tributários que a compõe são autoridades estritamente julgadoras, vale dizer, não podem formalizar a exigência de tributos. Portanto, se a Junta de Revisão Fiscal apresentar a motivação para o afastamento do art. 150, 4, do CTN, omitida pelo fiscal autuante, estar-se-á diante de hipótese em que uma autoridade julgadora exigira tributo estadual, sendo certo que lhe falece competência para tanto.

Ademais, a indicação dos fatos e a fundamentação legal para a contagem decadencial trazidos somente na decisão de primeira instância importam em verdadeira supressão de instância, já que subtrai do sujeito passivo o direito de, desde a sua primeira manifestação nos autos, contradizer os motivos pelos quais não concorda com o afastamento do art. 150, §4º, do CTN.

Considerando que o processo administrativo fiscal estadual possui, ao menos, duas instâncias, é imprescindível que já na impugnação o sujeito passivo possa manifestar todos os motivos pelos quais se opõe à exigência fiscal, incluindo, obviamente, a discussão quanto à extinção do crédito tributário pela decadência.

Então fica fácil perceber que a ausência de expressa justificativa do afastamento do art. 150, §4º, do CTN, já no auto de infração, acaba por deslocar a manifestação da matéria para autoridade incompetente (o Auditor Tributário da Junta de Revisão Fiscal) e suprime uma fase da discussão do tema, porque caberá à Segunda Instância administrativa analisar a irresignação do contribuinte acerca de motivação do lançamento que só surgiu a partir da decisão de Primeira Instância.

6 CONCLUSÕES

Após as observações desenvolvidas neste estudo, conclui-se que o lançamento tributário perfeito, acabado e juridicamente válido é aquele em que conste expressa justificativa dos motivos que levam o fiscal autuante a deixar de aplicar o art. 150, §4º, do CTN, na contagem do prazo decadencial para a exigência do ICMS.

Caso isto não ocorra, o auto de infração consistirá em ato administrativo inválido por violação às leis estaduais, ao Código Tributário Nacional e ao art. 5º, LV, da Constituição da República.

Conseqüentemente, o processo administrativo fiscal não se desenvolverá com observância da Justiça Fiscal e dos direitos e garantias dos contribuintes.

De modo a contribuir para o desenvolvimento de um processo administrativo fiscal justo, seria de todo conveniente que o Secretário de Estado de Fazenda adotasse ato normativo determinando que todos os Auditores Fiscais da Receita Estadual observem o art. 5º, LV, da Constituição; o art. 221, III e IV, do CTE; o art. 74, III e IV, do Decreto nº 2.473/79 e o art. 2º, da Lei nº 5.427/2009, quando realizarem lançamentos de ofício exigindo o ICMS relativamente a períodos superiores a cinco anos, contados dos respectivos fatos geradores.

REFERÊNCIAS

BALEEIRO, Aliomar. *Direito Tributário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BORGES, José Souto Maior. *Lançamento Tributário*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

DERZI, Misabel Abreu Machado. In: NASCIMENTO, Carlos Valder do (Coord.). *Comentários ao Código Tributário Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p. 341-421.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Processo Administrativo Federal – Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2001.

_____. *Manual de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2002.

HARGER, Marcelo. *Princípios Constitucionais do Processo Administrativo*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

TORRES, Ricardo Lobo. *Curso de Direito Financeiro e Tributário*. Rio de Janeiro-São Paulo: Renovar, 2010.

XAVIER, Alberto. *Do Lançamento: teoria geral do ato, do procedimento e do processo tributário*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2001.

A CLÁUSULA SOCIAL NO COMÉRCIO INTERNACIONAL ATUAL: DO MULTILATERALISMO AO REGIONALISMO

THE SOCIAL CLAUSE IN THE CURRENT INTERNATIONAL TRADE: FROM MULTILATERALISM TO REGIONALISM

Rebecca Paradellas Barrozo¹

Resumo: A interação entre comércio e direitos trabalhistas nem sempre foi considerada harmoniosa. Por um lado, a busca pela obtenção de vantagens comerciais a menores custos é, algumas vezes, conflitua com os ideais de promoção de padrões laborais. Por outro, a não conciliação entre esses dois fatores é classificada por alguns países, no âmbito do contexto multilateral do comércio, como uma prática de *dumping social*. O objetivo do presente trabalho é estudar o atual tratamento das cláusulas sociais nas sistemáticas comerciais da União Europeia e dos Estados Unidos, por meio da análise textual dos acordos. Para alcançar essa finalidade, a primeira seção do artigo analisará o conceito de cláusula social, realizará o histórico do tema no âmbito multilateral, discutirá os motivos de sua não adoção pela OMC e avaliará quais os perigos de sua inserção ou não inserção no contexto multilateral do comércio; na segunda seção, investigar-se-ão quais são os *standards* trabalhistas existentes em acordos comerciais da União Europeia; e, na terceira seção, os padrões laborais nos acordos dos Estados Unidos. Objetiva-se, por meio de um trabalho descritivo e de revisão bibliográfica, identificar quais dos textos preveem a utilização de cláusulas sociais e trabalhistas e qual é o alcance da proteção desses direitos.

Palavras-chave: Cláusula social. Comércio internacional. Padrões trabalhistas. *Dumping social*.

Abstract: The interaction between trade and labor rights has not always been considered harmonious. On the one hand, the search for commercial advantages at lower costs is sometimes conflicting with the ideals of promoting labor standards. On the other hand, non-conciliation between these two factors is classified by some countries within the multilateral context of trade as a practice of social dumping. The objective of this work is to study the current treatment of social clauses in the European Union and the United States, through a textual analysis of the agreements. The first section will analyze the concept of a social clause, conduct the history of the issue at the multilateral level, discuss the reasons for its non-adoption by the WTO and assess the dangers of its insertion or non-insertion into the multilateral context of the WTO. In the second section, we will investigate what labor standards exist in trade agreements celebrated by the European Union, and in the third section, these standards in the agreements signed by the United States. The objective, through

¹ Doutoranda em Direito na Universidade de Coimbra (Portugal), mestre em Relações Internacionais e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Uberlândia.

descriptive work and bibliographic review, is to identify which of the texts provide for the use of labor clauses and what is the scope of protection of these rights.

Keywords: Social clause. International trade. Labor standards. Social dumping.

1 INTRODUÇÃO

A interação entre comércio e direitos trabalhistas nem sempre foi considerada harmoniosa. Por um lado, a busca pela obtenção de vantagens comerciais a menores custos é, algumas vezes, conflituosa com os ideais de promoção de padrões laborais. Longas jornadas de trabalho, baixos salários e outras condições de trabalho inadequadas seriam formas de aumentar as exportações pela diminuição dos custos de produção. Por outro, a não proteção de direitos trabalhistas mínimos por alguns países é considerado por outros Estados, no âmbito do contexto multilateral do comércio, como uma prática de *dumping social*.

A partir desses conceitos, concebeu-se a ideia de inserir-se em acordos comerciais internacionais as chamadas cláusulas sociais. As cláusulas sociais disciplinariam os padrões trabalhistas mínimos a serem observados pelos Estados negociantes e pelas empresas exportadoras.

Nessa conjuntura, os Estados Unidos e outras nações desenvolvidas defenderam por muito tempo a inclusão de cláusulas sociais nos acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC), com o objetivo de evitar que a diferença de padrões trabalhistas entre os Estados promovesse uma vantagem comercial injusta aos países menos protetivos e ameaçasse a existência dos direitos já existentes nas nações que os possuísem.

Algumas nações em desenvolvimento, por outro lado, afirmam que a tentativa de aumentar os custos salariais não contribuiria para a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores em seus países, mas geraria efeitos adversos, como mais desemprego e mais miséria. É um debate complexo.

Devido a críticas promovidas por países em desenvolvimento, entre as quais de que a cláusula social serviria como um instrumento protecionista pelas nações mais ricas, essa discussão nunca resultou em um real acordo no âmbito da OMC. A Organização indicou que não é o foro indicado para tratar o tema e que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) é o órgão competente para versar sobre questões trabalhistas internacionais.

Apesar de frustradas as discussões no âmbito multilateral, as nações interessadas na implementação de *standards* trabalhistas o fazem no contexto de seus acordos comerciais internacionais. Os Estados Unidos e a União Europeia são nações que prezam pela inserção de cláusulas sociais em seus acordos regionais (USMCA e UE), nos Acordos de Comércio Livre e como requisito para o oferecimento de benefícios no âmbito de seus Sistemas Gerais de Preferências (SPG).

Nesse contexto, o objetivo do presente trabalho é estudar o atual tratamento das cláusulas sociais nas sistemáticas da União Europeia e dos Estados Unidos por meio da análise textual dos acordos. Para alcançar essa finalidade, a primeira seção do artigo analisará o conceito de cláusula social, realizará o histórico do tema no âmbito multilateral, discutirá os motivos de sua não adoção pela OMC e avaliará quais os perigos de sua inserção ou não inserção no contexto multilateral do comércio. Na segunda seção, investigar-se-ão quais são os *standards* trabalhistas existentes em acordos comerciais da União Europeia e, na terceira seção, no contexto dos acordos dos Estados Unidos.

Pretende-se realizar um trabalho descritivo por meio da análise do texto dos acordos apontados e da revisão bibliográfica de artigos acadêmicos escritos sobre estes acordos. Objetiva-se identificar quais dos textos preveem a utilização de cláusulas sociais e trabalhistas e qual é o alcance da proteção desses direitos.

2 CLÁUSULA SOCIAL: CONCEITO E SEU TRATAMENTO NO ÂMBITO MULTILATERAL DO COMÉRCIO

Desde o século XIX verificam-se esforços para vincular comércio internacional e direitos humanos. Pode-se datar como um dos primeiros esforços nesse sentido o empenho para banir o tráfico internacional de escravos e o trabalho forçado. A partir do século XX, a conexão entre direitos humanos e comércio internacional reside principalmente nos questionamentos de que grandes discrepâncias entre regimes trabalhistas levariam a uma vantagem comparativa de uns países em relação a outros em matéria comercial. Longas jornadas de trabalho, baixos salários e outras condições de trabalho inadequadas seriam formas de aumentar as exportações pela diminuição dos custos de produção (AMARAL JR, 1999, p. 132).

A não observância de padrões mínimos trabalhistas em países participantes de acordos comerciais é considerada por alguns Estados como uma prática desleal ao comércio. Entre as práticas classificadas como desleais encontra-se a do “*dumping*”, que significa “a colocação de produtos no mercado do país importador por preço inferior ao cobrado dos consumidores no mercado do país exportador” (PRATES, 2000, p. 223). Um preço inferior de produção pode ser conseguido por meio da baixa valorização da mão de obra e do pagamento de salários extremamente baixos. Desse modo, há países que consideram essa prática como *dumping* social que, assim como o *dumping*, seria passível de medidas retaliatórias (PRATES, 2000, p. 223).

A partir desses conceitos, concebeu-se a ideia de inserir-se nos acordos comerciais internacionais as chamadas cláusulas sociais². Essa expressão designa a inclusão de normas trabalhistas fundamentais em tratados e acordos internacionais de comércio. As cláusulas sociais disciplinariam os padrões trabalhistas mínimos a serem observados pelos Estados negociantes e pelas empresas exportadoras, de modo a proteger os trabalhadores contra a exploração e evitar o *dumping* social (DI SENA JR, 2003, p. 97).

Segundo Dalton Rocha, a cláusula social é a

imposição de normas em tratados internacionais de comércio internacional que objetivam assegurar a proteção ao trabalhador, estabelecendo padrões mínimos a serem observados pelas normas que regulam o contrato de trabalho nos processos de produção de bens destinados à exportação, podendo assumir a forma de uma cláusula especial ou mesmo um acordo secundário que impõe restrições em aditamento a um tratado já existente. (ROCHA, 2002, p. 326)

No mesmo sentido, Terezinha Prates também define o termo e considera a cláusula social como “a autorização estabelecida em tratado para a adoção, por um país, de medidas voltadas para a restrição das importações de produtos de outro país com base em descumprimento, pelo último, de padrões mínimos de condições de trabalho” (PRATES, 2000, p. 223).

As cláusulas sociais podem ser divididas entre negativas e positivas. É negativa a cláusula que prevê a aplicação de sanções ao país exportador que não cumpre os padrões trabalhistas mínimos estabelecidos. É positiva, por sua vez, a cláusula que traz benefícios aos Estados que obedecem as condições preestabelecidas (ROCHA, 2002, p. 326). As cláusulas

² No presente trabalho, os termos cláusula social, *standards* sociais, *standards* trabalhistas e padrões trabalhistas são tratados como sinônimos.

positivas, no entanto, não apresentam grande relevância, uma vez que são muito raras na prática comercial (SILVA, 2013, p. 26).

A respeito do histórico do estabelecimento do conceito de cláusula social ou de *standards* sociais, as primeiras ações intergovernamentais com o objetivo de harmonizar comércio internacional e padrões trabalhistas tornaram-se notáveis a partir do final do século XIX, quando se começou a preocupar-se em proibir o trabalho infantil e reduzir as longas jornadas de trabalho no continente europeu. Nesse contexto, surgiu também a preocupação de que esses avanços nos padrões trabalhistas europeus levassem a uma perda de vantagens comparativas, o que poderia resultar em um futuro retraimento das conquistas normativas já alcançadas (SILVA, 2013, p. 12).

Essas preocupações ecoaram no Tratado de Versalhes, de 1919, o qual criou a Organização Internacional do Trabalho (OIT). No Tratado de Constituição da OIT, seu preâmbulo afirma que as partes contratantes, “movidas por sentimentos de justiça e de humanidade” devem adotar “um regime de trabalho realmente humano” de modo a não ser obstáculo para que outras nações melhorem o “futuro dos trabalhadores nos seus próprios países”³. A OIT, concentrada em estabelecer padrões trabalhistas fundamentais (*core labour standards*), estipulou-os em oito convenções: a) Convenção n.º 29, de 1930, sobre abolição do trabalho forçado; b) Convenção n.º 87, de 1948, sobre liberdade sindical e proteção ao direito de sindicalização; c) Convenção n.º 98, de 1949, sobre direito de sindicalização e de negociação coletiva; d) Convenção n.º 100, de 1951, sobre salário igual para trabalho de igual valor entre o homem e a mulher; e) Convenção n.º 105, de 1957, sobre a abolição do trabalho forçado; f) Convenção n.º 111, de 1958, sobre discriminação em matéria de emprego e ocupação; g) Convenção n.º 138, de 1973, sobre idade mínima para admissão em emprego; h) Convenção n.º 182, de 1999, sobre piores formas de trabalho infantil (SILVA, 2013, p. 19).

Esses padrões trabalhistas são compostos por direitos humanos básicos e podem ser aplicados por todos os países, uma vez que são considerados o mínimo essencial no campo do direito laboral. Tais assuntos gozam de uma aceitação mais ampla por parte dos países negociantes. Por outro lado, temas como salário mínimo, férias e jornada de trabalho,

³ Constituição da Organização Internacional do Trabalho. Preâmbulo: “Considerando que a não adoção, por parte de qualquer nação, de um regime de trabalho realmente humano se torna um obstáculo aos esforços de outras nações empenhadas em melhorar o futuro dos trabalhadores nos seus próprios países; As Altas Partes Contratantes, movidas por sentimentos de justiça e de humanidade, assim como pelo desejo de assegurar uma paz mundial duradoura, e tendo em vista alcançar os objectivos enunciados neste preâmbulo, aprovam a presente Constituição da Organização Internacional do Trabalho:”

denominados de *cash standards*, possuem uma complexidade maior e, para serem aplicados, dependem que o Estado possua um nível de desenvolvimento mais elevado (ELLIOT; FREEMAN, 2003, p. 13).

No âmbito do sistema mundial de comércio, entretanto, o tema da inserção de cláusulas sociais nos tratados comerciais adquiriu relevância a partir da Carta de Havana, de 1948, que visava a criação da Organização Internacional do Comércio (OIC). Seu artigo 7º previa que todos os Estados-partes reconheçam que as condições injustas de trabalho prejudicam as relações comerciais e que estes se comprometiam a eliminá-las de seu território. A OIC, no entanto, nunca entrou em funcionamento, principalmente devido a recusa do Congresso dos EUA em aprovar o ingresso do país na Organização. Apenas foi colocado em prática o Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio (GATT 1947), mas este não tratava do tema da proteção de direitos trabalhistas (AMARAL JR, 1999, p. 134).

A partir de então, os Estados Unidos têm batalhado pela inserção de normas de cunho laboral no âmbito dos acordos multilaterais do comércio. Em 1979, durante a Rodada Tóquio, os EUA propuseram a criação de um código de direitos trabalhistas, iniciativa que não teve sucesso e que recebeu o apoio de apenas algumas nações escandinavas. Em 1983, foi rechaçada a proposta americana de inserir no GATT uma cláusula sobre direitos trabalhistas, devido a falta de consenso entre as partes do que se deveria entender por práticas desleais nesse domínio (AMARAL JR, 1999, p. 134).

Em 1987, no âmbito da Rodada Uruguai, o governo americano submeteu ao Conselho do GATT um pedido de criação de grupo de trabalho para analisar questões trabalhistas, o que lhe foi negado. Fez esse pedido novamente em 1990, mas não foi atendido novamente, por falta de consenso. Então, em 1994, pouco antes da Conferência Ministerial de Marrakesh, os EUA, com o apoio de alguns países europeus, pediram a inclusão de cláusula social no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC), a qual seria fundada pouco tempo depois (SILVA, 2013, p. 14). A proposta teve a oposição de nações em desenvolvimento, que argumentavam, dentre outras coisas, que a inclusão desses padrões iria diminuir sua vantagem competitiva no mercado internacional (ROCHA, 2002, p. 330).

Apenas em 1996, durante a primeira Reunião Ministerial da OMC, é que o tema foi relativamente enfrentado. A Declaração Ministerial de Singapura afirmou que os Estados-partes possuem o compromisso de respeitar as normas trabalhistas internacionalmente

reconhecidas, mas que a OMC não era órgão competente para tratar de matérias trabalhistas, mas sim a OIT. Segundo o documento:

Renovamos nosso compromisso de respeitar as normas trabalhistas internacionalmente reconhecidas. A Organização Internacional do Trabalho é o órgão competente para ocupar-se delas e afirmamos nosso apoio ao seu trabalho de promoção das mesmas. Acreditamos que o crescimento e o desenvolvimento econômico impulsionados pelo aumento do comércio e maior liberalização comercial contribuirão para a promoção dessas normas. Rejeitamos a utilização das normas de trabalho com fins protecionistas e estamos de absoluto acordo quanto ao questionamento da vantagem comparativa dos países, particularmente dos países em desenvolvimento com salários baixos. A esse respeito, tomamos nota de que as Secretarias da OMC e da OIT prosseguirão com a sua atual colaboração.

O assunto foi levantado novamente pelos EUA no encontro da OMC em Seattle, em 1999, e na Conferência de Ministros em Doha, em 2001, mas no último foi consolidado o que se afirmou na declaração de Singapura, transferindo para a OIT a responsabilidade do tratamento de questões trabalhistas, não cabendo à OMC discutir essa matéria (ROCHA, 2002, p. 331).

Diante todos esses reveses, até os dias atuais não se conseguiu promover a normatização de regras trabalhistas no contexto multilateral do comércio. O principal motivo está relacionado com as divergências que nações desenvolvidas e em desenvolvimento têm a respeito desse assunto. Países desenvolvidos, em especial os EUA e algumas nações europeias, defendem que a expansão comercial deve ser acompanhada da proteção aos direitos trabalhistas e que a OMC seria o foro adequado para tratar do tema da cláusula social, uma vez que dispõe de métodos de solução de litígios e de aplicação de sanções. Nações em desenvolvimento, por outro lado, contestam esses argumentos e alegam que o estabelecimento de *standards* é, na verdade, uma estratégia protecionista dos países mais ricos e que esses padrões trabalhistas reduziriam suas vantagens comparativas no comércio internacional, resultando em menor acesso a mercados, menos exportações, menor crescimento e mais pobreza (ELLIOT; FREEMAN, 2003, p. 74).

De todo modo, corre-se alguns riscos ao introduzir a cláusula social no âmbito do comércio multilateral. A imposição de *standards* trabalhistas consolidaria o conceito de *dumping* social, o que abriria a possibilidade de se utilizar instrumentos de natureza retaliatória (como a aplicação de tributação antidumping ou compensadora) com objetivos de restringir a importação de produtos de países em desenvolvimento. A respeito desses instrumentos, Cunha explica que é conhecida a facilidade com que se aplicam abusivamente impostos antidumping e impostos compensadores. Isso, “associado às elevadas taxas desses

impostos, demonstra bem a capacidade de assim se proteger ilegítima, mas eficazmente indústrias senescentes ou em dificuldades conjunturais” (CUNHA, 2001, p. 623).

Além disso, a aplicação desse tipo de política comercial (como impostos retaliatórios ou proibição de importação) produz outros efeitos adversos, como a provocação de uma degradação ainda maior nas condições de vida dos trabalhadores do país exportador e uma imposição de uma perda de bem-estar no país importador (CUNHA, 2001, p. 624).

Em segundo lugar, *standards* sociais podem vir a ser confundidos com custos salariais. Os custos salariais devem ser estabelecidos internamente, observando-se a dotação em fatores de produção do país. A tentativa de aumentar os custos salariais pode não contribuir para a melhoria da qualidade de vida dos trabalhadores, mas gerar efeitos adversos, como desemprego e mais miséria. Cunha ilustra uma situação em que isso acontece: “imagine-se que se fixa um salário mínimo relativamente elevado em PVD com baixa produtividade e baixo rendimento per capita. Provocar-se-á um aumento de desemprego de trabalhadores não qualificados, o que, associado a fortes insuficiências no sistema de segurança social, gerará uma ainda maior pobreza” (CUNHA, 2001, p. 624).

Uma última questão tem a ver com a dificuldade de harmonização entre as legislações de países desenvolvidos e em desenvolvimento. Essas nações possuem muitas diferenças entre si, como na dotação em fatores de produção, rendimento *per capita*, preferências individuais de consumo, normas de cunho trabalhistas e ambientais, entre outros. Como é impossível igualar essas diversidades, tanto os países desenvolvidos quanto os em desenvolvimento, poderão apresentar resistências a tentativas de harmonização, que representarão, para os primeiros, uma cedência nos padrões já estabelecidos, e, para os segundos, condições excessivas (CUNHA, 2001, p. 626).

A não implementação de *standards* sociais, por outro lado, também não põe fim ao dilema. Tal omissão contribui para uma maior liberalização do comércio internacional, o que pode obrigar a países com padrões trabalhistas mais elevados a baixá-los, de modo a manter sua competitividade internacional frente às nações com menor desenvolvimento nessa área (CUNHA, 2001, p. 620).

O facto é que se deve incentivar a implementação de *standards* mínimos em todas as nações do mundo, conforme pretenderam as oito convenções fundamentais da OIT. Questões como trabalho forçado ou a falta de regulamentação do trabalho infantil devem ser extintos do mundo de hoje. Mas a proibição de importação ou a imposição de sanções a nações menos

favorecidas, como ocorreria se esses *standards* fossem sedimentados âmbito da OMC, causaria diversos outros problemas sociais a países em desenvolvimento. É um debate complexo.

Apesar da impossibilidade atual da normatização de regras trabalhistas no contexto multilateral do comércio, esta se faz presente em alguns acordos regionais e bilaterais do comércio internacional, como é o caso de diversos tratados comerciais no contexto da União Europeia e dos Estados Unidos da América.

Os Estados Unidos e a União Europeia optaram por inserir em seus acordos regionais, nos acordos de comércio livre e nos benefícios dos SGPs a obrigatoriedade da observância de *standards* laborais. Nas seções abaixo, objetiva-se realizar revisão bibliográfica desses acordos comerciais que preveem cláusulas sociais no âmbito dos tratados assinados pela União Europeia e pelos Estados Unidos.

3 A CLAUSULA SOCIAL E A SISTEMÁTICA COMERCIAL DA UNIÃO EUROPEIA

Considera-se que o início da ligação entre comércio internacional e o estabelecimento de normas trabalhistas na política comercial europeia deu-se nos anos de 1970, especificamente em 1978, quando a Comissão Europeia defendeu a incorporação de cláusula social nas relações comerciais externas da Europa. A Comissão emitiu dois documentos em que defende a ligação entre comércio e o cumprimento de normas internacionais do trabalho, baseados em convenções da OIT. A comunicação de novembro de 1978, no entanto, caiu no esquecimento (ORBIE, 2005, p. 160-161).

Nos anos seguintes, após avanços e recuos nas negociações desse tema, em 2000, durante a reunião do Conselho da Europa, foi aprovada a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia, em que os Estados-partes se comprometeram a respeitar direitos trabalhistas fundamentais, como a promoção de condições de trabalho justas e equitativas, a proibição de trabalho escravo e forçado, proibição de trabalho infantil, direito de ação coletiva, entre outros.

A Carta de Direitos Fundamentais foi inserida no contexto do Tratado de Lisboa, em 2007, e assumiu “a condição de catálogo dos direitos a que todos os cidadãos da UE têm direito”, vinculando as instituições da União Europeia e os seus Estados-membros. (SILVA, 2013, p. 67). Ou seja, por ser juridicamente vinculante, o Tratado de Lisboa e a União

Europeia passaram a contar com a existência de uma “cláusula social”, que valeria também no contexto comercial interno da UE.

Os direitos que passam a ser protegidos na União Europeia, com base na Carta dos Direitos Fundamentais, são: o direito a condições de trabalho justas e equitativas (artigo 31.º da Carta); a proibição do trabalho infantil e proteção dos jovens no trabalho (artigo 32.º da Carta); o direito de negociação e o direito à greve (artigo 28.º da Carta); a proteção, em caso de despedimento sem justa causa (artigo 30.º da Carta); a segurança social (artigo 34.º da Carta); a proteção da saúde (artigo 35.º da Carta); proibição da escravidão e do trabalho forçado (artigo 5.º da Carta); e igualdade de trabalho entre homens e mulheres (artigo 23.º da Carta).

Ainda no contexto europeu, é importante mencionar o documento elaborado pela Comissão Europeia, “*Trade for all: Towards a more responsible trade and investment policy*”, adotado após a criação da Agenda 2030 da ONU, que trabalha como a União Europeia pretende implementar o crescimento econômico e comercial europeu aliado a um desenvolvimento sustentável, que inclui a promoção de emprego, proteção de normas laborais e ambientais, não só na região, mas também nos países com quem a UE mantém relações comerciais. O documento também cita a importância do estabelecimento de normas fundamentais laborais no âmbito dos acordos do Sistema Geral de Preferências e dos capítulos sobre “Comércio e Desenvolvimento Sustentável (TSD)” nas negociações de acordos de comércio livre, o que será analisado mais a frente neste trabalho.

Essa introdução de parâmetros sociais é, sem dúvida, importante e louvável. No entanto, alguns autores (SILVA, 2013; DI SENA JR, 2003) criticam o facto de que, mesmo com esses *standards*, ainda existem sérios problemas na harmonização de condições de trabalho e de políticas sociais na região. Além disso, nenhum acordo na União Europeia prevê sanções comerciais para obrigar os Estados-partes a cumprirem esses padrões sociais mínimos. A única forma de controle existente são as diretivas do Conselho Europeu que, segundo Di Sena Jr, servem muito mais para orientar os Estados-Membros do que para puni-los (DI SENA JR, 2003, p. 155).

3.1 O SISTEMA GERAL DE PREFERÊNCIAS

Entre as políticas comerciais da União Europeia com Estados terceiros destaca-se o Sistema Geral de Preferências (SGP), pelo qual a União Europeia permite acesso preferencial aos produtos importados de países em desenvolvimento, garantindo-lhes tarifa zero ou redução tarifária, a depender do acordo com o país beneficiário. Para que o benefício seja concedido, o país exportador deve comprovar que põe em prática as principais convenções⁴ de direitos humanos das Nações Unidas e da Organização Internacional do Trabalho⁵.

O SGP está sujeito às normas da OMC e à chamada "*Enabling Clause*", que permite uma exceção ao "princípio da nação mais favorecida" da OMC (isto é, tratamento igual deve ser concedido a todos os Membros da OMC)⁶. Atualmente, 82 países são beneficiados por esse regime.

Existem 3 tipos de SGP: o "SGP padrão", para países de renda baixa e média baixa; o "SGP +" para países vulneráveis de baixa e média baixa renda; e o EBA (*Everything But Arms*) para países menos desenvolvidos. O primeiro, "concede reduções de direitos para cerca de 66% de todas as linhas tarifárias da UE para países de renda baixa ou média baixa, que não beneficiar de outro acesso comercial preferencial ao mercado da UE"⁷. O segundo (SGP+) "concede a suspensão total de taxas direitos para essencialmente as mesmas 66% linhas tarifárias que o SGP padrão para países vulneráveis em termos de diversificação e volumes de exportação". Em contrapartida, "os países beneficiários devem ratificar e implementar efetivamente 27 convenções internacionais fundamentais, conforme listadas no Regulamento, que abrangem direitos humanos e laborais, proteção do meio ambiente e boa governança"⁸. Por fim, o acordo "*Everything But Arms*" (EBA) concede acesso, isento de

⁴Convenções relevantes para o SGP disponíveis em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2013/december/tradoc_152024.pdf. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

⁵Informação extraída do sítio eletrônico da Comissão Europeia. Disponível em: http://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/development/generalised-scheme-of-preferences/index_en.htm. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

⁶Informações extraídas do sítio eletrônico da Comissão Europeia. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/december/tradoc_150164.pdf. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

⁷ Relatório sobre o Sistema Geral de Preferências Generalizadas do período 2016-2017. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/january/tradoc_156536.pdf. Acesso em jan. 2021. Livre tradução da autora. Texto original: *The general arrangement ('Standard GSP') grants duty reductions for around 66% of all EU tariff lines to low-income or lower-middle income countries, which do not benefit from other preferential trade access to the EU market.*

⁸ Ibid. Livre tradução da autora. Texto original: *The special incentive arrangement for Sustainable Development and Good Governance ('GSP+') grants full duty suspension for essentially the same 66% of tariff lines as Standard GSP to eligible countries vulnerable in terms of economic diversification and export volumes. In return, beneficiary countries must ratify and effectively implement 27 core international conventions, as listed in the GSP Regulation, which cover human and labour rights, environmental protection and good governance.*

impostos e livre de quotas, “a todos os produtos, exceto armas e munições, a países classificados pela ONU como Países Menos Desenvolvidos”⁹.

A respeito do “SGP+”, são concedidos benefícios tarifários extras em comparação ao SGP “padrão”. No entanto, as nações beneficiárias devem comprometer-se com requisitos adicionais. Como dito, os países devem ratificar e implementar efetivamente 27 convenções internacionais (de direitos humanos, trabalhistas e ambientais) listadas em regulamento; devem cooperar com órgãos internacionais de monitoramento, sem reservas; o monitoramento do país será feito a cada 2 ou 3 anos, pelo escrutínio do Conselho e do Parlamento Europeu; o ônus da prova será revertido: quando as evidências apontarem para problemas de implementação, o país deverá mostrar uma contraprova positiva. Os Estados que desejem aderir ao “SGP +” (como também os atuais beneficiários) devem apresentar um pedido formal que demonstre o cumprimento dos requisitos do regulamento¹⁰.

Espera-se que os beneficiários do SGP+ demonstrem o compromisso em modificarem suas políticas e normas internas de modo a evoluírem na proteção dos direitos elencados nas convenções. Mesmo quando deficiências são identificadas, a UE, no controle do “SGP +”, colabora com o Estado beneficiário nas áreas em que a implementação é insatisfatória¹¹. O Relatório do SGP de 2017 trouxe o exemplo do trabalho da Bolívia nos esforços de implementação das exigências do programa. Segundo o relatório:

A Bolívia continuou a fazer progressos substanciais na implementação efetiva dos compromissos de direitos humanos em 2016-2017, apesar da situação socioeconômica geral. Em particular, a Bolívia tem feito esforços para erradicar a pobreza, melhorar o acesso à educação, saúde, alimentação e habitação e abordar questões de saúde reprodutiva. No entanto, uma grande preocupação continua sendo a idade mínima para admissão ao trabalho, o que não é compatível com a Convenção da OIT¹².

3.2 ACORDOS DE COMÉRCIO LIVRE

⁹ Ibid. Livre tradução da autora. Texto original: *The special arrangement Everything But Arms ('EBA') grants full duty-free, quota-free access for all products except arms and ammunition to countries classified by the UN as Least Developed Countries ('LDCs'). Other than for Standard GSP and GSP+, countries do not lose EBA status by entering into a Free Trade Agreement (FTA).*

¹⁰ Informações extraídas do sítio eletrônico da Comissão Europeia. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2012/december/tradoc_150164.pdf. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

¹¹ Relatório sobre o Sistema Geral de Preferências Generalizadas do período 2016-2017. Disponível em: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/january/tradoc_156536.pdf. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

¹² Ibid.

A União Europeia possui acordos de comércio livre com terceiros países nas seguintes formas: “Nova geração” de Acordo de Comércio Livre (ACL); “Primeira geração” de ACL; Zonas de comércio livre abrangente e aprofundado (ZCLAA); e Acordos de Parceria Económica (APE)¹³. Os Acordos de Comércio Livre permitem a abertura recíproca do mercado com países desenvolvidos e economias emergentes, concedendo acesso preferencial aos mercados; os Acordos de Parceria Económica apoiam o desenvolvimento de parceiros comerciais dos países da África, Caribe e Pacífico¹⁴; e as Zonas de comércio livre abrangente e aprofundado, por sua vez, são acordos com parceiros específicos que reforçam acordos políticos mais amplos¹⁵.

Nos últimos anos, a União Europeia tem buscado assegurar, de modo mais enfático, que os seus acordos de comércio livre recém-assinados possuam o compromisso de proteção a normas laborais e ambientais. Desse modo, a Comissão Europeia tem incluído capítulos sobre “Comércio e Desenvolvimento Sustentável (TSD)” nas negociações de Acordos de Comércio Livre, como forma de proteção de seus valores em sua agenda comercial¹⁶.

Os capítulos sobre TSD nos acordos comerciais da UE contêm disposições vinculativas, que estão ancoradas em normas multilaterais, nomeadamente as convenções da Organização Internacional do Trabalho e os acordos multilaterais em matéria de meio ambiente. No âmbito trabalhista, as disposições do TSD buscam promover a implementação efetiva das convenções laborais internacionais mais importantes e implementar melhores condições de trabalho nos países signatários do acordo comercial¹⁷.

O Acordo de Comércio Livre com a Coreia do Sul foi o primeiro em que se incluiu um capítulo de TSD, e que agora está em seu nono ano de implementação¹⁸. Outros acordos

¹³ Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões sobre a Aplicação dos Acordos de Comércio Livre, 2017. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0654&from=EN>. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

¹⁴ Informações disponíveis no sítio eletrônico: <http://www.consilium.europa.eu/en/policies/trade-policy/trade-agreements/>. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

¹⁵ Em vigor, a “nova geração” de ACL compreende acordos de comércio livre com a Coreia do Sul, Colômbia, Peru e América Central; as Zonas de comércio livre abrangente e aprofundado contém acordo com a Ucrânia, Moldávia e Geórgia; os Acordos de Parceria Económica são formados com países da África, das Caraíbas e do Pacífico (ACP); A “primeira geração” de ACL, por sua vez, contém acordos antigos que abrangem apenas o comércio de mercadorias. Os acordos de comércio livre desse grupo são bem diversos e englobam a União Aduaneira com a Turquia, os ACL com Islândia, Noruega e Suíça, os ACL com as Ilhas Faroé, México, Chile e África do Sul, e os ACL com os parceiros mediterrânicos da União Europeia.

¹⁶ Informação disponível no sítio eletrônico: http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2017/july/tradoc_155686.pdf. Acesso em 03 de janeiro de 2021.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

que também possuem capítulo de TSD são, por exemplo, os com a América Central, Colômbia e Perú, Moldávia e Geórgia, Ucrânia, Canadá e Comunidade de Desenvolvimento da África Austral (HARRISON et al., 2018, p. 2).

A título de exemplo, o capítulo de TSD do acordo de comércio livre entre União Europeia e Coreia do Sul prevê em seu artigo 13.3 que “as Partes reiteram o compromisso de aplicar efectivamente as convenções da OIT que a Coreia e os Estados-Membros da União Europeia respectivamente ratificaram. Além disso, as Partes também “envidam esforços contínuos e sustentados no sentido de ratificarem as convenções fundamentais da OIT, bem como outras convenções classificadas como actualizadas pela OIT”¹⁹. Ou seja, assumem o compromisso de aplicar as convenções da OIT que ambas as partes já ratificaram e de ratificar futuramente as outras convenções fundamentais da OIT, caso alguma das partes não já tenha feito.

O capítulo reforça, no entanto, o compromisso das partes em respeitarem, promoverem e aplicarem os seguintes direitos fundamentais: “a) Liberdade de associação e reconhecimento efectivo do direito à negociação colectiva”; “b) Eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório”; “c) Eliminação efectiva do trabalho infantil”; e “d) Eliminação da discriminação no emprego e na actividade profissional”²⁰.

Uma vez que as disposições da TSD são vinculantes, estão previstos métodos resolução de litígios e implementação dos dispositivos dos capítulos como: consultas entre governos; criação de um painel composto por especialistas em comércio, trabalho e meio ambiente; elaboração de um relatório do painel que seja público e que nenhuma das partes possa bloquear; monitoramento da implementação do relatório do painel. Além disso, a estrutura institucional dos capítulos da TSD prevê a inclusão de plataformas em que a sociedade civil possa desempenhar um papel consultivo. Eles participam do monitoramento da implementação do TLC e dos relatórios dos painéis, por meio de consultas aos governos

¹⁹ Acordo de Comércio Livre entre União Europeia e Coreia do Sul. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2011:127:FULL&from=EN>. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

²⁰ Acordo de Comércio Livre entre União Europeia e Coreia do Sul. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2011:127:FULL&from=EN>. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

signatários do acordo comercial. Apesar dessas previsões, esse modelo atual não inclui sanções caso os países não cumpram com as obrigações laborais ou ambientais.²¹

A partir do estabelecimento das cláusulas de TSD, acadêmicos vêm debatendo a respeito da eficácia dessas cláusulas na promoção de direitos sociais nos países com quem a União Europeia possui acordo de comércio livre. A maioria, segundo James Harrison e outros, acredita que não houve mudanças significativas nesses países. Aqueles também realizaram suas pesquisas e entrevistas e concluíram que não encontraram “evidências de que a existência de capítulos de TSD tenha levado a melhorias na governança de padrões trabalhistas”²² em nenhum de seus estudos de caso, nem encontraram evidências de que a institucionalização e socialização entre as partes houvesse criado uma perspectiva significativa de mudanças a longo prazo. Segundo os autores, essas descobertas oferecem a refutação da hipótese de que as disposições trabalhistas nos ACL da UE estão promovendo ativamente os direitos dos trabalhadores (HARRISON et al., 2018, p.14).

Ademais, salientam que se nas cláusulas de TSD estivesse previsto o uso de sanções, talvez os parceiros comerciais da União Europeia fossem persuadidos a engajarem-se em um diálogo mais sério e em uma ação mais ativa em prol do estabelecimento de direitos laborais (HARRISON et al., 2018, p.14).

Alguns dos exemplos que os autores trazem é a Coreia do Sul e a Moldávia. Segundo o estudo, a Coreia do Sul assinou e ratificou apenas quatro das oito convenções fundamentais da OIT e durante os primeiros cinco anos do TLC, o governo coreano foi acusado de reprimir os sindicatos de modo a prejudicar gravemente a liberdade de associação, atestada por denúncias apresentadas à OIT em 2013 e 2015 por coalizões de sindicatos nacionais e internacionais. Na Moldávia, por sua vez, o governo assinou e ratificou todas as convenções fundamentais da OIT. No entanto, o país ainda possui sérios problemas em relação a condições de emprego, e os relatórios da OIT indicam que existem sérias falhas, como a existência trabalho infantil, especialmente no setor agrícola (HARRISON et al., 2018, p.12).

Por outro lado, há autores que acreditam que os acordos comerciais com previsões sociais promoveram mudanças positivas nos países em que a UE negociou acordos comerciais. Garcia e Masselot (2015), por exemplo, argumentam que a negociação do acordo

²¹ Acordo de Comércio Livre entre União Europeia e Coreia do Sul. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2011:127:FULL&from=EN>. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

de comércio livre entre União Europeia e Malásia criou a oportunidade para que este país ratificasse as convenções da OIT sobre liberdade de associação e discriminação, e que isso, por si só, deve ser visto como uma ação importante (GARCIA; MASSELOT, 2015, p. 250).

4 A CLAUSULA SOCIAL E A SISTEMÁTICA COMERCIAL DOS ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA

Os Estados Unidos da América, o país com maior interesse na adoção de normas trabalhistas a nível multilateral, também o faz a nível bilateral e regional. Seus acordos no âmbito do USMCA (Acordo Estados Unidos-México-Canadá), de acordos de comércio livre, e do SGP, possuem cláusulas de compromisso de adoção de *standards* trabalhistas pelos Estados-partes do tratado.

A preocupação dos EUA em inserir cláusulas trabalhistas em seus acordos comerciais é antiga. Um dos primeiros compromissos a consagrar essa previsão foi o *Caribbean Basin Economic Recovery Act* (CBERA), de 1983, que isenta de tributos de importação os objetos originários de Estados da região do Caribe. Essa isenção está condicionada ao facto de o país garantir o exercício de liberdade de associação e de participação em negociações coletivas, proibir o trabalho forçado e o uso abusivo da mão-de-obra infantil (AMARAL JÚNIOR, 1999, p.134).

Outro instrumento importante a ser destacado, mas que versa sobre a imposição de sanções comerciais a nações que mantenham regimes trabalhistas abaixo dos níveis considerados aceitáveis pelos Estados Unidos, é o *Omnibus Trade and Competitiveness Act* de 1988 (OPCA), que introduziu modificação a secção 301 do *Trade Act* de 1974. Esta autoriza o *United States Trade Representative* (USTR) a implementar medidas contra qualquer ato ou política que limite ou impeça o comércio dos Estados Unidos com outros países. O OPCA compreendeu o desrespeito aos direitos trabalhistas entre as causas que ocasionam a atuação do USTR (AMARAL JÚNIOR, 1999, p.134). Assim, se um país não implementa medidas básicas trabalhistas, como proibição de trabalho infantil e liberdade de associação, o USTR pode “aumentar tarifas ou impor restrições quantitativas às importações, se mantida a prática limitadora do comércio dos EUA com outras nações, ou se comprovada a ocorrência de prejuízos ao desenvolvimento econômico americano” (SILVA, 2013, p. 70). Esse instrumento é bastante criticado por alguns países em desenvolvimento, que entendem ser uma imposição forçada dos valores norte-americanos a suas nações (SILVA, 2013, p. 70).

4.1 O SISTEMA GERAL DE PREFERÊNCIAS

Ainda a respeito do *Trade Act* de 1974, esse instrumento criou o Sistema Geral de Preferências (SGP) norte-americano, contido nas suas Secções 501-5. O programa oferece a liberação do pagamento de tarifas de produtos específicos a países em desenvolvimento. O *Trade and Tariff Act* de 1984, por sua vez, introduziu requisitos ao SGP que, dentre eles, está a necessidade de os países beneficiários promoverem ações para respeitar “direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos”²³ (TSOGAS, 2000, p.352).

Segundo a secção 2462 do *Trade and Tariff Act* de 1984, os “direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos” compreendem os seguintes: “o direito de associação; o direito de organizar e negociar coletivamente; proibição do uso de qualquer forma de trabalho forçado ou compulsório; idade mínima para o emprego de crianças; condições aceitáveis de trabalho com respeito ao salário mínimo, horas de trabalho e segurança ocupacional e saúde”²⁴. Essa mesma secção 2462 estipula a inserção ou retirada de um país no SGP. Segundo o diploma legal, o Presidente dos EUA designa quem serão os países beneficiados e também retira, suspende ou limita os benefícios do SGP a países participantes.

Alguns críticos afirmam que essa breve lista de “direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos” é vaga e voltada apenas para a perspectiva norte-americana de o que são direitos trabalhistas. Além disso, não se faz referência a nenhuma convenção da OIT. O SGP, dessa forma, usa a terminologia da OIT mas sem desenvolver um compromisso com os *standards* e as negociações promovidas pela Organização. Isso habilita os Estados Unidos a impor, segundo Alston, “seus próprios padrões convenientemente flexíveis e até elásticos sobre outros estados”. (ALSTON, 1996, p.71)

Esse modelo de SGP, para além da vantagem de conferir aos Estados Unidos um julgamento unilateral sobre as políticas internas de outros países, trata-se, segundo Silva, de um sistema bastante cômodo para os EUA, uma vez que “como estabelece normas de adesão

²³ Livre tradução da autora. Texto original: *internationally recognized worker rights*. Disponível em: Omnibus Tariff and Trade Act of 1984. <https://www.govtrack.us/congress/bills/98/hr3398/text/enr>. Acesso de 1 de junho de 2018.

²⁴ Ibid. Livre tradução da autora. Texto original: “(4) For purposes of this title, the term ‘internationally recognized worker rights’ includes— (A) the right of association; (B) the right to organize and bargain collectively; (C) a prohibition on the use of any form of forced or compulsory labor; (D) a minimum age for the employment of children; and (E) acceptable conditions of work with respect to minimum wages, hours of work, and occupational safety and health.”.

voluntária, não atadas a nenhum tratado comercial, as vantagens que concede podem ser facilmente canceladas sem que o país prejudicado possa vir a alegar alguma violação a uma lei internacional” (SILVA, 2013, p.71).

Essa legislação criada em benefício de si mesmo, no entanto, não passa despercebida aos críticos, que afirmam que o SGP norte-americano possui motivações claramente políticas (SILVA, 2013, p.71). No início da década de 1990, por exemplo, a ameaça da retirada da Guatemala do SGP ajudou a enfraquecer o regime político vigente, apesar de os direitos trabalhistas continuarem em situação de constante violação. Essa posição dos Estados Unidos teve mais motivações políticas do que a necessidade de proteger direitos trabalhistas (GIUMELLI; VAN ROOZENDAAL, 2017, p. 45-46).

Por outro lado, há autores que afirmam que o SGP norte-americano promove a implementação de direitos trabalhistas, uma vez que fomenta a visão de que esses direitos são bens jurídicos que precisam ser protegidos (VAN DAELE, 2004, p.456; BELANGER, 1996, p. 111-112). Ademais, alguns exemplos positivos podem ser citados. O Chile implementou melhorias em suas práticas trabalhistas com o objetivo de ser reinserido no SGP, e El Salvador alterou seu código trabalhista em resposta ao aceite dos EUA de uma petição²⁵ sobre direitos laborais contra aquele país (VAN DAELE, 2004, p.456).

4.2 ACORDOS DE COMÉRCIO LIVRE

Os Estados Unidos possuem acordos de comércio livre com 20 países²⁶. A maior parte destes foram negociados após 1993, apenas o ACL com Israel é anterior, de 1985. Cronologicamente, após o ACL com Israel, foram pactuados o Acordo de Livre Comércio da América do Norte (NAFTA) com o México e o Canadá; acordos bilaterais com a Jordânia, Chile, Singapura, Austrália, Marrocos, Bahrein e Omã; um acordo regional conhecido como CAFTA-DR, com a República Dominicana e os cinco países da América Central (Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras e Nicarágua); e ACLs bilaterais com o Peru, Colômbia, Panamá e Coreia do Sul. Dos acordos citados, os últimos quatro acordos, também

²⁵ Todo ano é feita uma revisão a respeito da manutenção ou não dos países beneficiários no SGP. Qualquer pessoa pode fazer uma petição com o objetivo de solicitar que seja feita uma revisão em um desses países acerca da implementação interna de direitos trabalhistas, até 1 de junho de cada ano (VAN DAELE, 2004, p.452).

²⁶ Informação disponível em: <https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>. Acesso em 02 de janeiro de 2021.

denominados de Acordo Comercial Bipartidário ou Acordo de 10 de Maio, possuem exigências trabalhistas adicionais em comparação aos outros acordos de comércio livre. O ACL com Israel, ao contrário, é o único que não possui nenhum requisito nesse sentido. Por fim, o Acordo Estados Unidos-México-Canadá (USMCA) substituiu o NAFTA em 1 de julho de 2020 e é o acordo atualmente em vigor entre os três países da América do Norte.

O renegociado NAFTA, denominado Acordo Estados Unidos-México-Canadá (USMCA), é considerado o acordo que contém disposições trabalhistas mais fortes e mais abrangentes do que qualquer acordo comercial antes assinado pelos Estados Unidos²⁷. Uma novidade do USMCA é que este contém um capítulo que regula exclusivamente obrigações trabalhistas, o capítulo 23 do Acordo. Esta é uma grande mudança em relação ao NAFTA, que continha apenas um acordo paralelo sobre trabalho, o NAALC (Acordo de Cooperação Trabalhista da América do Norte, ou *North American Agreement on Labor Cooperation*) (SILVA, 2013, p. 72). O NAALC, segundo alguns autores, possuía uma estrutura pouco eficaz em compelir os Estados a cumprirem as obrigações trabalhistas nela estabelecidas (KAUFMANN, 2007, p. 192; SILVA, 2013, p. 73).

O capítulo trabalhista do USMCA exige que as Partes adotem em suas legislações nacionais e na prática os direitos trabalhistas reconhecidos pela Organização Internacional do Trabalho (OIT)²⁸. Além disso, requer dos Estados-membros a tomada de medidas para proibir a importação de bens produzidos por trabalho forçado e trabalho infantil²⁹, enfrentar a discriminação baseada no sexo no local de trabalho³⁰, garantir que os trabalhadores migrantes sejam protegidos sob leis trabalhistas³¹, entre outros.

O capítulo inclui um Anexo sobre a Representação dos Trabalhadores na Negociação Coletiva no México, segundo o qual o México se compromete com ações legislativas específicas para proporcionar o reconhecimento efetivo do direito à negociação coletiva. Para cumprir esse compromisso, o México promulgou reformas trabalhistas históricas em 1º de maio de 2019 e vem implementando ações positivas em seu regime trabalhista, como a

²⁷ Informação disponível em: <https://www.dol.gov/agencies/ilab/our-work/trade/labor-rights-usmca>. Acesso em 01 de janeiro de 2021.

²⁸ Artigo 23.3 do USMCA

²⁹ Artigo 23.6 do USMCA

³⁰ Artigo 23.9 do USMCA

³¹ Artigo 23.8 do USMCA

criação de novas instituições independentes para registrar sindicatos e acordos coletivos de trabalho³².

Além do capítulo 23, outra previsão destaca-se no âmbito do USMCA: a cláusula de Conteúdo do Valor de Trabalho (*Labour Value Content clause*), que se encontra no Apêndice ao Anexo 4-B, Art. 4-B.7. Esta tem por objetivo melhorar diretamente os salários na indústria automobilística americana. O acordo exige que 40-45% do conteúdo automotivo seja produzido por trabalhadores que ganham pelo menos US\$ 16 por hora. Ou seja, o *Labour Value Content clause* requer que as montadoras demonstrem que pelo menos 40% do conteúdo de um carro (e 45% para um caminhão) sejam provenientes de instalações de alto salário. Caso contrário, uma taxa de 2,5 por cento deve ser paga na importação de um país para outro. Segundo Scherrer, esta é a primeira cláusula de um acordo de comércio livre que estipula um nível salarial específico (SCHERRER, 2020, p. 294-295).

A respeito dos outros acordos de comércio livre que os EUA possuem, podem-se identificar algumas pequenas diferenças no que tange a proteção de direitos trabalhistas entre uns e outros. Como forma de ilustrar essa afirmação, serão analisados os acordos com a Jordânia e o “Acordo 10 de Maio”.

O acordo com a Jordânia entrou em vigor em 2001 e um dos elementos mais importantes no contexto laboral é a referência expressa à Declaração sobre Princípios e Direitos Fundamentais do Trabalho da OIT e a determinação de que os Estados-partes assegurem a implementação dos direitos trabalhistas internacionalmente reconhecidos, dentre eles o “direito de associação; de organização e negociação coletiva; proibição ao trabalho forçado; direito a uma idade mínima para o emprego de crianças; e condições aceitáveis de trabalho com relação a salários mínimos, horas de trabalho, e segurança e saúde ocupacional”³³ (SILVA, 2013, p. 76). Além disso, o tratado também afirma que as partes reconhecem que é inapropriado relaxar as normas trabalhistas com o objetivo de incentivar o comércio³⁴, e que as partes possuem a obrigação de reforçar as leis internas de modo a evitar que violações dos direitos laborais afetem o comércio entre as partes³⁵.

³² Informação disponível em: <https://www.dol.gov/agencies/ilab/our-work/trade/labor-rights-usmca>. Acesso em 01 de janeiro de 2021.

³³ Artigo 6,6 do Acordo de Comércio Livre entre os Estados Unidos da América e o Reino Hashemita da Jordânia.

³⁴ Artigo 6,2 do Acordo de Comércio Livre entre os Estados Unidos da América e o Reino Hashemita da Jordânia.

³⁵ Artigo 6,4,a, do Acordo de Comércio Livre entre os Estados Unidos da América e o Reino Hashemita da Jordânia.

A respeito da previsão sobre resolução de litígios, as disposições comerciais e trabalhistas compartilham os mesmos procedimentos (BOLLE, 2016, p. 3). Quando as partes enfrentarem algum conflito, em primeiro lugar tentarão chegar a um acordo por meio de consultas³⁶. Caso não resulte, qualquer das partes poderá remeter a questão ao Comitê Misto, que buscará resolver o litígio³⁷. Se qualquer das partes não seguir as recomendações do Comitê Misto, outra parte poderá requerer a abertura de um painel³⁸, que fará recomendações para a resolução da disputa³⁹. Se a controvérsia não chegar a um fim por meio dos procedimentos especificados, a parte afetada terá o direito de tomar “qualquer medida apropriada e proporcional⁴⁰”.

O Acordo de 10 de Maio ou Acordo Comercial Bipartidário, que são ACLs bilaterais com o Peru, Colômbia, Panamá e Coreia do Sul, enuncia que as partes devem “adotar e manter em seus estatutos e regulamentos e práticas, os seguintes direitos, conforme estabelecido na Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho [...]”⁴¹ (segue-se, então, uma lista de direitos, em alguns pontos semelhantes e em outros diferentes ao do ACL da Jordânia). A principal diferença entre esses acordos e o anterior é que enquanto este prevê que as partes devem “adotar e manter em seus estatutos e regulamentos e práticas, os seguintes direitos”, outros acordos, como o da Jordânia, preveem apenas que os Estados devem “esforçarem-se para garantir”⁴² esses direitos. Percebe-se, então, que os ACL mais recentes possuem uma linguagem mais enfática quanto a responsabilidade das partes de promoverem a proteção de direitos trabalhistas em seu território, e que estes devem estar previstos em suas normas domésticas.

A respeito dos procedimentos de solução de controvérsias, observam-se algumas diferenças entre esses acordos e o ACL com a Jordânia, mas os mesmos mecanismos de

³⁶ Artigo 17,1, a do Acordo de Comércio Livre entre os Estados Unidos da América e o Reino Hashemita da Jordânia.

³⁷ Artigo 17,1,b do Acordo de Comércio Livre entre os Estados Unidos da América e o Reino Hashemita da Jordânia.

³⁸ Artigo 17,1,c do Acordo de Comércio Livre entre os Estados Unidos da América e o Reino Hashemita da Jordânia.

³⁹ Artigo 17,1,d do Acordo de Comércio Livre entre os Estados Unidos da América e o Reino Hashemita da Jordânia.

⁴⁰ Artigo 17,2,b do Acordo de Comércio Livre entre os Estados Unidos da América e o Reino Hashemita da Jordânia.

⁴¹ Livre tradução da autora. Texto original: *Each Party shall adopt and maintain in its statutes and regulations, and practices thereunder, the following rights, as stated in the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-Up*. Artigo 17,2,1 do Acordo de Comércio Livre entre os Estados Unidos da América e a República do Peru.

⁴² Artigo 6 do Acordo de Comércio Livre entre os Estados Unidos da América e o Reino Hashemita da Jordânia.

solução de litígios e aplicações de penalidades são usados para as questões comerciais e as violações de direitos trabalhistas que atinjam o comércio entre os Estados-partes, tal como no ACL com a Jordânia (BOLLE, 2016, p. 3-4).

Diversos estudos foram realizados a fim de avaliar a eficácia das previsões dos ACL entre EUA e terceiros países que contenham cláusulas laborais e em que medida estes promovem uma real mudança nos padrões trabalhistas nos Estados-partes. Giumelli and Van Roozendaal, em um trabalho publicado em 2017, fizeram uma sistematização desses estudos e apresentaram os resultados encontrados.

Segundo os autores, alguns estudos apoiam o facto de que os ACLs estimularam mudanças laborais positivas em alguns Estados, apesar de esse apoio ser limitado. As evidências positivas mais fortes são encontradas na fase de pré-ratificação, uma vez que neste período as partes querem demonstrar aos EUA que estão dispostas a comprometerem-com com os termos do tratado como também realizar reformas para preencherem os requisitos que o acordo impõe. Um estudo da OIT publicado em 2013⁴³ afirma que há evidências de que alguns países promoveram mudanças importantes em suas normas trabalhistas (como Marrocos, Omã e Bahrein), enquanto outros criaram reformas específicas (como Colômbia, Perú e Panamá) como consequência das condições de pré-ratificação dos ACL. Vogt (2014) faz afirmação semelhante ao dizer que, apesar da linguagem fraca dos acordos, as condições de pré-ratificação dos ACL com Bahrein e Omã promoveram mudanças normativas, embora efeitos práticos ainda não foram identificados (GIUMELLI; VAN ROOZENDAAL, 2017, p 45).

Ao realizar pesquisa própria, os autores concluíram que a existência de cláusulas laborais mais rígidas nos ACL não está diretamente correlacionada com a melhoria dos padrões trabalhistas nos Estados-partes. Na opinião de Giumelli e Van Roozendaal, entretanto, a única situação em que houve certa melhoria foi na Colômbia, mas que “este caso necessita de uma investigação mais aprofundada” (GIUMELLI; VAN ROOZENDAAL, 2017, p 56).

A respeito dos efeitos dos mecanismos de sanção e de solução de litígios dos ACL, a literatura também não aponta apenas para uma direção. O estudo da OIT de 2013 sugere que o cumprimento de leis trabalhistas podem ser a consequência uso do mecanismo de

⁴³ ILO. Social Dimensions of Free Trade Agreements (preprint). Geneva: ILO, International Institute for Labour Studies, 2013.

reclamação e / ou do mecanismo de solução de controvérsias. No entanto, os dados para fundamentar esta afirmação são ainda escassos, uma vez que queixas foram apresentadas em apenas quatro dos ACLs (NAFTA, CAFTA-DR, Peru e Bahrain) (GIUMELLI; VAN ROOZENDAAL, 2017, p 45).

No mesmo sentido, Hafner-Burton sustenta a importância dos mecanismos de sanção. A autora diz, em artigo de 2009, que “acordos comerciais com padrões de conduta ‘rígidos’ - obrigações vinculantes, regras precisas e delegação de fiscalização - às vezes são mais bem-sucedidos no incentivo às reformas do que muitos acordos de direitos humanos com medidas de implementação ‘brandas’”⁴⁴ (GIUMELLI; VAN ROOZENDAAL, 2017, p 45). No entanto, seu sucesso é limitado, uma vez que não requer demonstração de mudanças políticas em larga escala, mas sim de pequenas adaptações. Em outro artigo (2014), Hafner-Burton aponta que há pouco consenso sobre se as sanções têm efeitos desejados, pois normalmente elas são dirigidas a países que estão em dificuldades econômicas e que são economicamente dependentes (em termos de exportações) do país que aplica as sanções (GIUMELLI; VAN ROOZENDAAL, 2017, p 45).

Por outro lado, Greenhill et al. (2009) são menos positivos a respeito da eficácia dos mecanismos de sanção. Os autores apontam que os acordos com previsão de sanções ao comércio não levam a um cumprimento estatisticamente significativo de disposições trabalhistas nos Estados-partes (GIUMELLI; VAN ROOZENDAAL, 2017, p 45-46).

Em suma, os autores não possuem um consenso a respeito da eficácia das sanções nos acordos comerciais dos Estados Unidos. Alguns acadêmicos afirmam que acordos comerciais com padrões de conduta mais rígidos são mais bem-sucedidos na implementação dos acordos; outros que o sucesso do modelo norte-americano é limitado, uma vez que não requer mudanças políticas de larga escala; e há ainda quem defenda que não se sabe se as sanções têm os efeitos desejados, uma vez que os casos de cumprimento são estatisticamente pouco relevantes.

5 CONCLUSÃO

⁴⁴ Livre tradução da autora. Texto original: *trade agreements with “hard” standards of conduct – binding obligations, precise rules, and delegation of enforcement – are sometimes more successful in encouraging reforms than are many human rights agreements with “soft” implementation measures.*

A proposta de incorporação da cláusula social no regime da OMC não resultou em sucesso. No entanto, alguns países desenvolvidos ainda defendem que a imposição de regras trabalhistas mínimas nos acordos comerciais não é apenas uma exigência jurídica com o objetivo de evitar que algumas nações obtenham vantagens comparativas advindas da violação de padrões laborais, mas também corresponde a uma postura ética exigível ao desenvolvimento da atual economia globalizada.

Nesse sentido, Estados Unidos e União Europeia têm a política de inserir cláusulas sociais em seus acordos regionais, nos acordos de comércio livre e nos compromissos de concessão dos SGPs. A partir do estudo realizado neste trabalho, pôde-se chegar a algumas conclusões a respeito da utilização de *standards* trabalhistas no âmbito dos acordos referidos.

Em primeiro lugar, tanto a União Europeia quanto os Estados Unidos incluem cláusulas sociais em seus acordos comerciais, no entanto, eles usam diferentes abordagens para implementar essas normas. Alguns acordos dos EUA preveem sanções em caso de descumprimento, enquanto a União Europeia não. No âmbito da UE, as formas de controle existentes estão ligadas apenas aos métodos de solução de litígios (como consultas entre governos e implementação de painel), no caso dos acordos de comércio livre; ao monitoramento pelo Conselho e Parlamento Europeu do cumprimento dos requisitos, no caso do SGP; e às diretivas do Conselho Europeu, no âmbito regional da União Europeia. Estes mecanismos têm mais a função de orientar os Estados do que os punir. No contexto dos Estados Unidos, nos acordos de comércio livre, em caso de falha dos métodos de consulta e de instauração de painel, podem ser aplicadas sanções comerciais; no SGP, os EUA podem retirar, suspender ou limitar os benefícios aos países participantes.

Mas esses métodos são eficazes em promover a melhoria de padrões trabalhistas nos Estados parceiros? Alguns acadêmicos sugerem que se houvesse a previsão de sanções na sistemática da União Europeia, talvez os parceiros comerciais da UE fossem persuadidos a engajarem-se em um diálogo mais e sério e em uma ação mais ativa em prol do estabelecimento de direitos laborais. No âmbito dos EUA, apesar de existir a previsão de sanções nos acordos comerciais, os autores não possuem um consenso a respeito da eficácia do método. Alguns apontam que acordos comerciais com padrões de conduta mais rígidos são mais bem-sucedidos na implementação dos acordos, no entanto, o sucesso do modelo norte-americano é limitado, uma vez que não requer mudanças políticas de larga escala, apenas pequenas adaptações. Outros estudos indicam que não se sabe se as sanções têm os

efeitos desejados, uma vez que os casos de cumprimento são estatisticamente pouco relevantes. Em suma, há evidências de que as sanções são instrumentos úteis, mas provavelmente sob condições específicas.

A respeito dos tipos de *standards* trabalhistas previstos nos acordos da União Europeia e dos Estados Unidos, estes também se distinguem em alguns aspectos. No contexto da União Europeia, todos os acordos ou estabelecem o compromisso das partes em ratificar as oito convenções fundamentais da OIT (como acontece nos ACL mais recentes) ou trazem os direitos protegidos por essas oito convenções fundamentais no corpo do texto e estabelece que as partes se obrigam a cumprir aqueles direitos em seus territórios. Esse último caso está presente na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, a qual todos os Estados-membros da UE comprometem-se a cumprir.

Na sistemática americana, por sua vez, seus acordos possuem alguns dos direitos das oito convenções fundamentais, mas não todos. Tal facto pode-se dar pelo motivo de os Estados Unidos não terem ratificado todas essas convenções, apenas duas. A lista de *standards* sociais nos tratados de comércio na sistemática americana é, na verdade, uma descrição do que é a perspectiva dos EUA de o que são direitos trabalhistas.

Por fim, a respeito da eficácia das cláusulas sociais nos acordos comerciais discutidos, o que a maior parte dos autores concordam é que o momento em que há mais disposição dos Estados-partes em promoverem mudanças positivas em seus territórios é no momento da pré-ratificação do acordo. Nessa ocasião, como forma de demonstrar que estão comprometidas em cumprir os termos contratados, criam normas ou aderem a tratados internacionais. Após esse momento, não há consenso sobre a eficácia dessas cláusulas, mas a maior parte dos autores parece concordar que a eficácia é muito baixa ou quase inexistente.

Mesmo que a introdução de cláusulas sociais seja um sistema imperfeito e algumas vezes polêmico, a presença de normas trabalhistas nesses acordos, principalmente os que fazem menção às convenções da OIT, tem o papel de reafirmar a importância da proteção de *standards* laborais e lembrar aos países de que o comércio não é mais importante que a proteção à dignidade da pessoa humana. Formas precárias de trabalho precisam ser abolidas do mundo, mas este é um trabalho complexo e que requer o comprometimento de todos os países, tanto na promoção de políticas comerciais quanto não comerciais.

REFERÊNCIAS

ALSTON, Philip. Labor Rights Provisions in U.S. Trade Law. In: COMPA, Lance A.; DIAMOND, Stephen F. *Human Rights, Labor Rights and International Trade*. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1996, p. 73-83.

AMARAL JR. Cláusula social: um tema em debate. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, ano 36, n. 141, jan./mar. 1999, p. 129-141.

BELANGER, Amy E. Internationally Recognized Worker Rights and the Efficacy of the Generalized System of Preferences: A Guatemalan Case Study. *American University Journal of International Law and Policy*, Washington, vol 11, n.1, 1996, p. 101-136.

BOLLE, Mary Jane. *Overview of labor enforcement issues in free trade agreements*. Report for Congress, Order No. RS22823. Washington: Congressional Research Service, 2016. Disponível em: <https://fas.org/sgp/crs/misc/RS22823.pdf>. Acesso em: 10 jun. 2018.

CUNHA, Luís Pedro. Standards sociais e ambientais no comércio internacional. *Boletim de Ciências Económicas*, Coimbra, v. XLIV, 2001, p. 615-631.

DI SENA JR, Roberto. *Comércio Internacional & Globalização*. A Cláusula Social na OMC. Curitiba: Juruá Editora, 2003.

ELLIOTT, Kimberly Ann; FREEMAN, Richard B. *Can Labor Standards improve under globalization?* Washington: Institute for International Economics, 2003.

GARCIA, Maria; MASSELOT, Annick. EU–Asia Free Trade Agreements as Tools for Social Norm/Legislation Transfer. *Asia Europe Journal*, Vol. 13, No. 3, 2015, pp. 241–252.

GIUMELLI, Francesco; VAN ROOZENDAAL, Gerda. Trade agreements and labour standards clauses: Explaining labour standards developments through a qualitative comparative analysis of US free trade agreements. *Global Social Policy*, Vol. 17(1), 2017, p. 38–61.

HARRISON, James, et. Al. Governing Labour Standards through Free Trade Agreements: Limits of the European Union’s Trade and Sustainable Development Chapters. *Journal of Common Market Studies*, EarlyView, doi: 10.1111/jcms.12715, 2018, p. 1-18.

KAUFMANN, Christine. *Globalisation and Labour Rights: The Conflict Between Core Labour Rights and International Economic Law*. Oxford/Portland: Hart Publishing, 2007.
ORBIE, Jan. et al. EU Trade Policy and a Social Clause: a Question of Competences? *Politique européenne*, n° 17, Paris, 2005/3, p. 159-187.

PRATES, Terezinha Matilde Licks. Não intervenção do Estado nas relações de trabalho: cláusula social nos tratados internacionais. *Rev. TST*, Brasília, vol. 66, n. 4, out/dez 2000, p. 219-234.

ROCHA, Dalton Caldeira. Cláusula social. In: Welber Barral (org). *O Brasil e a OMC*. Curitiba: Juruá Editora, 2 ed., 2002, p.325-338.

SCHERRER, Christoph. Novel Labour-related Clauses in a Trade Agreement: From NAFTA to USMCA. *Global Labour Journal*, Hamilton, 11(3), 2020, pg. 291–306.

SILVA, Eveline de Andrade O. *A cláusula social no Direito Internacional contemporâneo*. 2013. 110f. Dissertação de Mestrado (Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas). Centro Universitário de Brasília, Brasília.

TSOGAS, George. Labour Standards in the Generalized Systems of Preferences of the European Union and the United States. *European Journal of Industrial Relations*, London, vol 6, n. 3, 2000, p. 349-370.

VAN DAELE, Ame. *International Labour Rights and the Social Clause: Friends Or Foes*. London: Cameron May, 2004.

A DINÂMICA DE CONJUGAÇÃO ENTRE CONTROLE DE RISCOS E PROMOÇÃO DA
SAÚDE: O DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL À SAÚDE EM TEMPOS DE
SOCIEDADE GLOBALIZADA

*THE DYNAMICS OF CONJUGATION BETWEEN RISK CONTROL AND HEALTH
PROMOTION: THE FUNDAMENTAL HUMAN RIGHT TO HEALTH IN TIMES OF
GLOBALIZED SOCIETY*

Janaína Machado Sturza;¹

Aline Michele Pedron;²

Carolina Andrade Barriquello.³

Resumo: A sociedade contemporânea vive significativas transformações, oriundas do fenômeno da globalização. Neste cenário surgem inúmeras discussões contraditórias e até mesmo eufemísticas sobre o mundo contemporâneo, sintetizando-se o problema de pesquisa da seguinte forma: em nossa sociedade atual, é possível perceber os riscos que se intensificam de maneira mais abrangente e trazem à tona a necessidade de se (re)pensar a proteção e garantia da saúde, enquanto interesse comum a todos os indivíduos e não apenas a grupos isoladamente considerados da humanidade? A partir deste ideário, o presente estudo bibliográfico, que segue o método hipotético dedutivo, tem como objetivo fomentar a discussão reflexiva sobre a dinâmica de conjugação entre o controle dos riscos e a promoção da saúde na sociedade globalizada. Deste modo, verifica-se a eminente urgência de apontar-se uma nova maneira de contemplar a realidade social, isso porque os problemas e os riscos de âmbito global no contexto da saúde – enquanto um direito humano fundamental – passam a integrar as vidas cotidianas dos indivíduos e das estruturas de governança mundial. Portanto, na atual conjuntura da sociedade moderna, pode-se afirmar que avançamos rumo a uma nova era: tardia, reflexiva e globalizada, a qual nos conecta em uma mesma experiência mundial que distribui e socializa os riscos de uma civilização que ameaça a si mesma, ao Estado de bem-estar social e, especialmente, à saúde pública.

¹ Pós Doutora em Direito pela UNISINOS. Doutora em Direito pela Escola Internacional de Doutorado em Direito e Economia Tullio Ascarelli, da Universidade de Roma Tre/Itália. Mestre em Direito e Especialista em Demandas Sociais e Políticas Públicas pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC. Professora no curso de graduação em Direito e no curso de Pós Graduação *Stricto Sensu* – Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos, na Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Integrante do Grupo de pesquisa Biopolítica e Direitos Humanos (certificado pelo CNPq).

² Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Curso de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI, com bolsa da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - CAPES; Integrante do Grupo de Pesquisa do CNPq: Direitos Humanos, Globalização e Equidade; Graduada em Direito pela UNIJUI.

³ Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito - Curso de Mestrado e Doutorado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Graduada em Direito pela UNIJUI. Advogada.

Artigo recebido em 22/04/2019 e aprovado para publicação em 10/02/2021.

Palavras-chave: Direito à saúde. Globalização. Sociedade de risco.

Abstract: Contemporary society is experiencing significant transformations, stemming from the phenomenon of globalization. In this scenario, there are many contradictory and even euphemistic discussions about the contemporary world, summarizing the research problem as follows: in which situations the risks intensify more comprehensively and bring to the surface the need to (re)think about protection and assurance of health, as a common interest for all individuals and not only for isolated groups of humanity? Based on this idea, the present bibliographic study, which follows the hypothetical deductive method, aims to foster a reflexive discussion about the dynamics of the combination of risk control and health promotion in a globalized society. Thus, there is an urgent need to identify a new way of looking at social reality, because the problems and risks of a global scope in the health context - as a fundamental human right - begin to integrate the daily lives of individuals and structures of global governance. Therefore, in the current conjuncture of modern society, one can affirm that we are moving towards a new era: late, reflective and globalized, which connects us to the same world experience that distributes and socialises the risks of a self-threatening civilization, the welfare state and, in particular, public health

Keywords: Right to health. Globalization. Society of risk.

1 INTRODUÇÃO

A condição humana estabelecida no início do século XXI, em virtude das transformações perpassadas pela sociedade contemporânea por influência do fenômeno da globalização do mundo, caracteriza-se pela presença de riscos incalculáveis e inseguranças que se instalaram de forma generalizada. As ameaças aos direitos humanos geram consequências que escapam ao controle das ordens governamentais e tornam-se assunto na ordem do dia. Isso significa que passamos a compreender que vivemos, de fato, numa sociedade de risco global.

O resultado dos riscos e incertezas presentes no mundo globalizado é que nunca se teve tanto medo e, tampouco se assumiu neste uma dimensão tão onipresente. O certo é que, quando o medo pauta a razão frente aos riscos da contemporaneidade, a noção da busca pela proteção dos direitos humanos é, muitas vezes, esquecida pelo jogo político. Portanto, este é o momento de reconhecer que a existência humana não vai bem, aliás, nada bem.

Deste modo, os inúmeros acontecimentos em escala global, marcados pelas crises, tragédias e catástrofes que se sucedem, inquietam e intrigam continuamente a vida dos indivíduos, causando um verdadeiro mal estar cotidiano. O processo civilizatório secular da

sociedade ocidental demonstra que este mal estar não é recente, mas resultado de uma continuidade de fatores e paradigmas em que a comunidade global se é criou inseriu ao longo dos séculos. Enfrentar esta problemática implica saber trabalhar com a desilusão, ou seja, despir-se da ilusão de que os planos da pós-modernidade, especialmente aqueles de reconhecimento igualitário e de proteção dos direitos humanos, poderão se concretizar da forma como a agenda mundial os têm gerido nos últimos anos.

Neste ínterim, a proteção do direito à saúde não permanece ilesa frente aos processos de produção de perigos que impregnam a sociedade global repleta de incertezas, trazendo à tona doenças que se acreditava estarem controladas, novas moléstias e epidemias crônicas, ou até mesmo incuráveis. Tais problemas de saúde vêm, cada vez mais, desafiando a ótica dos processos sócio-políticos e de conhecimento, em virtude da distribuição e do incremento massivo dos riscos globais.

Na atual sociedade contemporânea, as questões suscitadas revestem-se de uma profunda relevância, isso porque os impasses que ameaçam os direitos humanos e a saúde pública são globalizados, de modo que interessam a todos os indivíduos e não apenas a grupos isoladamente considerados da humanidade. Assim, a soma dos riscos e das inseguranças, sua intensificação ou neutralização recíproca, exige uma consciência universal de responsabilidades com vistas à proteção da saúde pública no Estado de bem-estar social e, por conseguinte, da própria vida humana na Terra.

São evidentes, portanto, as correlações existentes entre os riscos oriundos da nova ordem mundial com as questões enfrentadas em prol da proteção da saúde pública, o que justifica a análise realizada ao longo deste estudo, a fim de que o direito humano fundamental à saúde não permaneça à margem dos atuais processos de produção e multiplicação dos riscos existentes. Assim, o presente artigo enfrenta a temática e as hipóteses levantadas através do emprego do método de abordagem hipotético-dedutivo e da técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Objetiva-se, desta forma, identificar a interferência da sociedade de risco formulada por Ulrich Beck na proteção dos direitos humanos e, em especial, compreender como o surgimento destes riscos mundiais influenciam direta e/ou indiretamente na proteção do direito à saúde frente à atual sociedade globalizada.

2 O FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO E A SOCIEDADE DE RISCO

No cenário emprestado à sociedade contemporânea a partir da segunda metade do século XX e do início do século XXI, que agora passa a tomar forma de uma verdadeira aldeia global, as relações mundiais contraíram relevante complexidade, polaridade incerta e um evidente vínculo de cooperação e interdependência entre os povos. Tais mudanças alicerçaram novas possibilidades e alternativas mundiais mais integradas, corroborando para a construção de uma nova ordem mundial mais justa e solidária, mas também repleta de riscos e contradições planetárias.

De fato, a própria dinâmica da evolução que impulsiona a trajetória da civilização faz com que os direitos humanos e os riscos globais não percam a atualidade, tendo em vista os novos contextos da convivência social e do ambiente mundial. Deste modo, o breve retorno secular às transformações histórico-sociais deixa claro que o fenômeno da globalização se constituiu no mais relevante evento político, econômico e social das últimas décadas. Ou seja, foi um verdadeiro marco simbólico-referencial da emergência de uma nova era dotada de complexidades, caracterizando-se enquanto um acontecimento intenso e com dimensões bastante abrangentes. Nesse contexto, vivencia-se:

[...] à redução das distâncias, à aceleração do tempo, à quebra das identidades nacionais, à ruptura das fronteiras e à conformação de novas relações políticas. Com isto, é gerado um novo horizonte de sentido para a vida na Terra e produzido um rompimento das relações internacionais centradas apenas nos Estados soberanos [...] (BEDIN, 2011, p. 130)

Por conseguinte, não resta a menor dúvida de que a configuração do planeta enquanto um sistema global consiste num dos mais expressivos acontecimentos da história humana. O referido fenômeno da globalização distingue-se por ser a causa e o efeito, simultaneamente, da unificação do planeta em todos os sentidos e com diversos graus de intensidade. Portanto, faz-se coerente a afirmação de Milton Santos (1997, p. 48) de que “a Terra se torna um só e único ‘mundo’ e assiste-se a uma refundição da totalidade-terra”, a qual adquire um novo status: de território comum da humanidade.

Jesús Lima Torrado (2000) entende a globalização como:

[...] aquel «proceso amplio, contradictorio, complejo, heterogéneo y profundo de cambio en las relaciones entre sociedades, naciones y culturas que ha generado una dinámica de interdependencia en las esferas económica, política y cultural, en las que se desenvuelve el actual proceso de mundialización y que hace posible que acontecimientos, decisiones y actividades ocurridas en un determinado lugar del planeta repercutan de forma muy significativa en otros lugares, en otras sociedades y en otras personas. (TORRADO, 2000, p. 47)

Essas mudanças que influenciam as civilizações podem, de fato, ser sentidas em toda parte do globo, isso porque, conforme Octavio Ianni (1996), através do fenômeno da globalização, o planeta transformou-se

[...] em um território de todo o mundo. Tudo se desterritorializa e reterritorializa. Não somente muda de lugar, desenraíza-se circulando pelo espaço, atravessando montanhas e desertos, mares e oceanos, línguas e religiões, culturas e civilizações. As fronteiras são abolidas ou tornam-se irrelevantes ou inócuas, fragmentam-se e mudam de figura, parecem, mas não são [...] (IANNI, 1996, p. 169-170)

É notório, portanto, que os processos de globalização provaram que o poder dos Estados nacionais, em relação aos inúmeros problemas que sobrecarregam a agenda internacional – como os relacionados à tutela dos direitos humanos –, caracterizam-se como funcionalmente desequilibrados e fora de escala. Isto posto, pode-se afirmar que vivemos atualmente em um mundo que se caracteriza “pelo aparecimento de um conjunto de possibilidades concretas, que modificam equilíbrios preexistentes e procuram impor sua lei e suas determinações” (SANTOS, 1997, p. 48). Nesta esteira de pensamento, Wagner Menezes (2005) compreende que a aldeia global é

[...] constituída por um conjunto de coincidências históricas, tecnológicas, científicas, políticas, culturais, econômicas que, ao atuarem ao mesmo tempo no mesmo palco, formam a realidade da sociedade mundial contemporânea. Por esse motivo não pode ser vista de forma isolada, sob um único ponto de vista econômico ou político, mas de forma multifacetada, contendo todos os elementos de uma sociedade contemporânea que está a se desenhar. (MENEZES, 2005, p. 107-108)

Além disso, o novo século traz à tona um intenso paradoxo jamais vivido em âmbito mundial: por um lado, evidencia-se o extraordinário avanço das renovadas e complexas tecnologias; por outro lado, destaca-se a contradição existente na mundialização da vida humana, pela qual dois opostos se atraem inevitavelmente – a homogeneização política, econômica e cultural, bem como a desagregação dos centros de referência da sociedade globalizada, cujas fronteiras são mais facilmente permeáveis e transponíveis –. Neste sentido, Bedin (2001) destaca que

[...] tanto quanto os últimos séculos da história humana foram dominados por problemas relacionados com o surgimento, a construção e a supremacia dos Estados-nação, o início do século XXI está envolvido com o surgimento e a consolidação de fluxos que não respeitam fronteiras. Em outras palavras, está preocupado com os problemas oriundos da emergência e da estruturação do domínio da política e da economia mundiais. (BEDIN, 2001, P. 32)

Isto posto, verifica-se que o clima de crises e incertezas acompanham a história da civilização e, tornam o mundo cada vez mais inseguro e ávido para abarcar novos paradigmas de cooperação planetária e de ações coordenadas, capazes de enfrentar os inúmeros riscos de caráter global. Portanto, a soma dos perigos e das inseguranças, sua intensificação ou neutralização recíproca, constitui a dinâmica social e política da sociedade mundial repleta de riscos, na qual sucede uma consciência universal de responsabilidades em prol dos direitos inerentes a todos os seres humanos, dentro e fora das fronteiras nacionais.

Assim, a conhecida Sociedade de Risco, termo cunhado por Ulrich Beck, pode ser percebida em face das inúmeras e constantes transformações perpassadas pela sociedade contemporânea globalizada. Em termos de percepção, pode-se afirmar que a complexidade a qual a atualidade está arraigada é, de fato, imensurável. Como já dito, alterou-se em larga escala as noções de tempo e espaço, de tal modo que as relações se evidenciam cada vez mais confusas, como também os perigos com os quais nos defrontamos.

Neste sentido, Zygmunt Bauman e Ezio Mauro (2016, p. 75) advertem que, na sociedade de risco ou da insegurança, a “diferença dos perigos antiquados dos períodos anteriores, os riscos que assombram os habitantes da modernidade tardia não são visíveis a olho nu”. Destarte, os seres humanos vivem hoje em meio a uma constante ansiedade e a ameaça de perigos que sondam a realidade e podem, notoriamente, se concretizar em qualquer lugar e a qualquer momento. Essas sensações permanentes e difusas, que permeiam um cenário de medo, constituem as principais características da sociedade de risco globalizada, cada vez mais vinculada à crescente percepção de insegurança que advém do irrefreável avanço científico-tecnológico.

Fato é que, o presente modifica-se celeremente em face de um futuro, através do qual pretendemos compreender o aumento considerável dos riscos em uma dimensão cada vez mais global e antecipada diante do mundo transfronteiriço. A atual sociedade de risco diferencia-se, portanto, pela potencialização dos riscos oriundos da modernização e pelas ameaças e fragilidades que arquitetam um futuro incerto (BECK, 2010). Assim, pode-se afirmar que a sociedade contemporânea, a qual se configura a partir do denso processo da globalização, acarreta um constante sentimento de insegurança no que diz respeito à proteção dos direitos humanos, em virtude do surgimento contínuo de novas formas de riscos diante da imprevisibilidade das relações sociais.

Ademais, o nosso planeta encontra-se estreitamente envolto em uma rede de interdependência humana, na qual nada do que os outros façam nos deixa seguros da não afetação em relação as nossas esperanças, chances ou sonhos (BAUMAN, 2008). Desta forma, o conceito de risco “apreende e transmite a verdadeira novidade inserida na condição humana pela globalização”, representando de modo indireto e reafirmando tacitamente “o pressuposto da regularidade essencial do mundo” (BAUMAN, 2008, p. 129). Por conseguinte, pode-se afirmar que

[...] a sociedade se vê, ao lidar com riscos, confrontada consigo mesma. Riscos são um produto histórico, a imagem especular de ações e omissões humanas, expressão de forças produtivas altamente desenvolvidas. Nessa medida, com a sociedade de risco, a autogeração das condições sociais de vida torna-se problema e tema (de início, negativamente, na demanda pelo afastamento dos perigos). Se os riscos chegam a inquietar as pessoas, a origem dos perigos já não se encontrará mais no exterior, no exótico, no inumano, e sim na historicamente adquirida capacidade das pessoas para autotransformação, para autoconfiguração e para autodestruição das condições de reprodução de toda a vida neste planeta. (BECK, 2010, p. 275)

Com o reconhecimento dos riscos como um produto histórico da civilização, as questões comunitárias fundamentais como o *Welfare State* (Estado de bem-estar social) e a proteção dos direitos humanos ficam, de fato, ameaçadas. Isso porque, os perigos ou riscos que sondam o panorama da sociedade de risco globalizada, não são alternativas que possibilitam uma escolha ou rejeição no curso do debate político. Ao contrário, o risco configura-se enquanto uma condição estrutural do avanço da industrialização, na qual a produção dos perigos pode, de fato, anular o estado de segurança instituído pela previsibilidade estabelecida no sistema de proteção e de seguridade social (BECK, 2008).

Além disso, ressalta-se que os riscos

[...] são sempre acontecimentos futuros, com os quais podemos vir a ser confrontados, que nos ameaçam. Porém, como esta ameaça permanente determina as nossas expectativas, ocupa as nossas cabeças e orienta a nossa ação, transforma-se numa força política que muda o mundo (BECK, 2015, p. 32).

Neste contexto, ressalta-se que o termo risco é bastante recente e fundamentalmente contemporâneo, sendo o reflexo da reorientação das relações existentes entre as pessoas com os possíveis eventos futuros. Se anteriormente à contemporaneidade e à era da globalização o perigo implicava inúmeras fatalidades, agora ele passa a ser ressignificado em controle possível, ou seja, o risco surge, enquanto conceito, no momento em que o futuro passa a ser compreendido como um evento passível de controle (BECK, 2008). Neste sentido, Olinda do Carmo Luiz e Amélia Cohn (2006) advertem que:

A incorporação da noção de risco foi fruto de transformações sociais e tecnológicas. Está articulada à laicização da sociedade e às transformações nas relações econômicas do capitalismo comercial, à abertura do comércio e ao concomitante desenvolvimento de estruturas políticas inéditas, como a soberania sobre territórios nacionais. É nesse contexto que emerge também a teoria da probabilidade, outro fenômeno associado à noção de risco. “O pensamento probabilístico favoreceu o terreno necessário para pensar os riscos como passíveis de gerenciamento”. O cálculo de risco está intimamente relacionado à conformação e valorização da segurança. (COHN, 2006, P. 2.339)

Portanto, é notório que a humanidade vem enfrentando, cada vez mais, inúmeros perigos de ordem mundial, os quais se encontram articulados de forma irrestrita, na atual sociedade de risco globalizada, com os processos técnicos e científicos. Destarte, evidencia-se que os riscos assumiram dimensões globais, entretanto, muitas vezes podem ter manifestações em âmbito local, com efeitos nocivos, imprevisíveis e incalculáveis. Tais fatores fazem com que os mecanismos, como também os instrumentos constituídos pela sociedade, tornem-se insuficientes para o processo de identificação e controle dos perigos que assolam a realidade em que vivemos e agimos. Assim, é mais do que urgente a elaboração de novas teorias e de novos instrumentos para controle e avaliação dos riscos globais, de tal modo que os direitos humanos sejam assegurados em busca da segurança perdida.

3 A PROTEÇÃO DA SAÚDE FRENTE AOS RISCOS GLOBAIS

A saúde é um tema presente no dia a dia de toda a sociedade, seja pela busca de mecanismos para sua manutenção, seja em busca de tratamentos para cura de moléstias já adquiridas por variados fatores. Apesar disso, falar em saúde não é tão simples, pois pressupõe a existência de uma definição do que de fato é a saúde e do que é ser saudável. Propriamente dita, costuma ser tratada como a ausência de doenças, contudo o tema abarca um conjunto muito maior de fatores, tanto no que se refere a sua conceituação⁴, quanto no que se refere a sua consolidação enquanto direito.

É possível aduzir que o sistema que abarca a saúde sofre interferências da ciência, que está em constante modificação e descoberta com base nas aplicações e usos dos produtos e serviços de saúde, bem como da economia, que regula as relações econômicas e de mercado para atendimento da saúde. Contudo, a parte regulatória do sistema da saúde embasa-se em

⁴ Segundo a organização Mundial de Saúde – OMS, a Saúde é definida como: *Um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não apenas a ausência de doença ou enfermidade.*

questões normativas, através dos sistemas político e jurídico. O sistema político estabelece as políticas públicas a partir das normativas, portarias e decretos, enquanto que pelo sistema jurídico aplica-se as leis, normativas, jurisprudências, doutrinas, entre outros.

Todavia, pode-se afirmar que o tema da saúde (e todas as preocupações que o envolvem) não pertence exclusivamente à sociedade globalizada. Muito pelo contrário, a busca pela saúde remonta aos primórdios da humanidade, atingindo uma dimensão de preocupação por parte dos seres, exteriorizada pelo medo da morte e por uma série de fatos que indicam ações de proteção à saúde e, conseqüentemente à vida, sinalizando a evolução histórica e o percurso da saúde enquanto direito.

Refere Cury (2005, p. 30-31) que “A primeira atividade sanitária encontrada ao longo da história foi a construção de sistemas de suprimento e drenagem de água no antigo Egito, na Índia, na civilização creta-micênica, em Tróia e na sociedade inca.” Já o primeiro conceito de saúde, segundo Schwartz (2001) advém dos gregos, pela máxima *Mens Sana In Corpore Sano*, que significa o equilíbrio do corpo e da mente do ser. No século XVII, Descartes trouxe a primeira noção de saúde como ausência de doenças, que continuou sendo marco no século XVIII, com a Revolução Científica. No entendimento de Johann Peter Frank (*apud* CURY, 2005, p. 35), “o primeiro a discursar sobre questões sanitárias numa visão internacional” aduziu que a causa principal de doenças era a pobreza da população. Por outro lado, Rosen (*apud* CURY, 2005, p. 29), asseverava que os problemas de saúde enfrentados pela humanidade eram decorrentes justamente da vida em comunidade, provenientes da dificuldade de desenvolvimento da área da saúde pública.

A busca pelo conhecimento, pelas descobertas sobre o corpo humano e por métodos científicos durante o Renascimento, iniciou-se a partir da restauração das políticas comunitárias de saúde, sendo uma grande evolução que trouxe conceitos e métodos que hoje beneficiam as sociedades contemporâneas (FIGUEIREDO, 2007, p. 79). Porém, “apesar de a criação de mecanismos voltados para a manutenção da saúde pública datar do início dos séculos, a saúde pública moderna somente veio a existir durante a Revolução Industrial do século XIX, na Europa” (CURY, 2005, p. 35), momento em que se reforçou “a preocupação no trato científico da questão sanitária, sendo que em 1851 doze países assinaram a Primeira Conferência Internacional Sanitária” (SCHWARTZ, 2001, p. 34), e em 1864, foi criada a Cruz Vermelha Internacional.

A partir desse momento e com o início do *Welfare State* (Estado de Bem-estar Social ou Estado-Providência), o Estado passou a preocupar-se expressivamente com a proteção da saúde. “No século XX, a proteção sanitária seria finalmente tratada como saber social e política de governo [...] estabelecendo-se a responsabilização do Estado pela saúde da população” (FIGUEIREDO, 2007, p. 79-80). Nessa direção, nasceu, com o capitalismo, uma noção social de saúde, pois conforme relata Cury (2005, p. 36), “durante as décadas iniciais do capitalismo industrial, grande número de pessoas era submetido a péssimas condições de trabalho” e, por consequência, a péssimas condições de saúde também.

Com o trabalho em condições precárias, análogas a de escravos, surgiram grandes epidemias como a cólera, que assolou o mundo europeu nos anos de 1830. Dessa forma, “diante do terrível quadro de uma sociedade doente, os políticos se tornaram cômicos de que deveriam ser tomadas medidas de saúde pública a fim de se melhorar as condições de vida dos trabalhadores” (CURY, 2005, p. 36). A partir dessa problemática abordada em relação ao direito à saúde, depreendeu-se “a necessidade de intervenção estatal para assegurar as condições mínimas de sobrevivência digna do homem”, o que culminou com a criação dos direitos sociais, entre eles, o Direito à saúde (CURY, 2005, p. 38).

Compreende-se, portanto, que a preocupação e o senso de responsabilidade no que tange ao direito à saúde pública, existem desde as antigas civilizações, dando início a políticas comunitárias de saúde, o que trouxe melhorias, no decorrer da história da humanidade. Nesse ínterim, mister destacar que “o conceito de saúde perpassou por várias hipóteses, basicamente a tese “curativa” (cura das doenças) e a “tese preventiva” (mediante serviços básicos de atividade sanitária). Em verdade, ambas as teses têm como base a visão de que a saúde é a ausência de doenças (uma visão organicista)” (SCHWARTZ, 2001, p. 35). Diante disso, o direito à saúde é visto como o direito da pessoa de ter a saúde garantida pelo Estado, e não só pelo viés de curar as doenças, como também de assegurar meios para prevenção de doenças.

Após a percepção do dever estatal de intervenção no direito à saúde da população, esta passou a ser objeto de inúmeras convenções internacionais na Europa e outras tantas na América. Foi a partir daí que surgiu o que se conhece hoje por Organização Mundial da Saúde (OMS ou WHO). Após a OMS, surgiram a OIT, a UNESCO, a OUA, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, a Organização Pan-Americana de Saúde (OPAS), entre outras. No texto da Constituição da OMS “a responsabilidade governamental pela saúde pública é

explicitamente reconhecida e o direito à saúde é expressamente mencionado. A saúde é considerada o fator essencial na realização dos direitos fundamentais e até mesmo para se alcançar a segurança individual e dos Estados” (CURY, 2005, p. 44).

Foi justamente a Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS) de 1946 que designou o primeiro conceito de saúde, como “estado de completo bem-estar físico, mental e social e não apenas a ausência de doenças”. A partir daí, criou-se a noção de que além de curar os doentes, deveria haver cuidado com todos os seres humanos, a fim de evitar o adoecimento, além de manter o equilíbrio do homem, entre seu corpo e sua mente, justamente o que preconizavam os gregos. Esse conceito de saúde alvitado pela Constituição da Organização Mundial de Saúde (OMS), retoma a ideia de qualidade de vida.

Diante disso, Duarte (apud SCHWARTZ, 2001, p. 40) aduz que a saúde remete à ideia de “qualidade de vida, porque as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permite dar à luz, crescer, trabalhar e morrer”. Nesse sentido, Schwartz (2001, p. 39-40) assevera que como a saúde, “meta a ser alcançada e que varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas com os quais se relaciona, em especial o Estado e a própria sociedade”, a qualidade de vida também consiste em um processo sistêmico⁵, sendo que “o conceito de saúde age diretamente sobre o conceito de qualidade de vida”.

Conforme Dallari (1988, p. 59 apud SCHWARTZ, 2001, p. 42-43) “a saúde é antes de tudo um fim, um objetivo a ser alcançado. Uma ‘imagem-horizonte’ da qual tentamos nos aproximar. É uma busca constante do estado de bem-estar”, podendo ser conceituada como

um processo sistêmico que objetiva a prevenção e cura de doenças, ao mesmo tempo que visa a melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de aferição a realidade de cada indivíduo e pressuposto de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar. (SCHWARTZ, 2001, p. 43)

Resta evidente, portanto, que a saúde é vista e estudada enquanto qualidade de vida, garantida através da promoção, prevenção e cura de doenças por um sistema que age em prol

⁵ Esse processo sistêmico advém da teoria sistêmica apresentada por Niklas Luhmann, um método de observação social que se funda na ideia de que a organização de um sistema é autorreferencial e autorreprodutiva. Através dos estudos de Luhmann, entende-se o direito, em seu viés autopoietico, como uma ciência que se cria ou recria com base nos seus próprios elementos. Sua autorreferência permite que o direito mude a sociedade e se altere ao mesmo tempo movendo-se com base em seu código binário (direito/não-direito), permitindo a construção de um sistema jurídico dinâmico e adequado à sociedade atual.

da sociedade e do cidadão. Além disso, a noção de proteção do direito à saúde pelo Estado, “é resultado de uma longa evolução na concepção não apenas do direito, mas da própria ideia do que seja a saúde, em si mesma considerada” (FIGUEIREDO, 2007, p. 77).

Contudo, não se pode esquecer que nesta atual sociedade globalizada a saúde, em muitas situações, é tratada como mercadoria⁶ e tal fato ocasiona o aumento da seletividade ao acesso a serviços de saúde, além de priorizar o lucro e o consumo ao invés do cuidado e da atenção. Isso faz com que, ao invés de a saúde ser tratada como um direito dos indivíduos para garantia de sua cidadania e equidade aos demais membros da sociedade, implique no aumento da exclusão, pois uma sociedade economicamente seletiva é, por conseguinte, altamente excludente (CINTRA, 2009, p. 441-442).

Em um cenário mundial que tem passado por crises severas de todas as ordens, altos custos para atendimentos em saúde tendem a ser gravíssimos, pois limitam o acesso a saúde como resultado das crises, agravando doenças, epidemias e número de mortes. Isso porque o encarecimento dificulta o acesso pelos indivíduos propriamente, bem como pelos governos, que precisam garantir acesso à saúde a milhares de cidadãos. É justamente por conta disso que se reclama o fato do alto custo para acesso aos serviços de saúde, pois diante da limitação de recursos financeiros, ocorre a inefetividade do atendimento em saúde adequado e, por consequência, da garantia da qualidade de vida e cidadania aos indivíduos. Uma clara violação dos direitos humanos e fundamentais, inclusive ao direito à vida, que se vê afetado quando a saúde não é plenamente garantida.

Portanto, percebe-se que o atual modelo de saúde – vinculado à modernidade e à globalização, com altos custos, não tem promovido a inclusão e equidade dos cidadãos, mas pelo contrário, sua exclusão e distinção de acordo com inúmeros fatores sociais e econômicos. É necessário que se promova um atendimento humanizado e inclusivo, afinal, saúde é um direito vinculado diretamente à manutenção da vida.

Hoje, mais do que nunca, a ideia de risco e incertezas se fazem presentes na vida cotidiana e não restam dúvidas que a saúde é direito humano, uma vez que está ligada diretamente a dignidade da pessoa humana, enquanto proteção da pessoa, da sua

⁶ [...] nessa sociedade (contemporânea e de risco), o estado de urgência tende a tornar-se o estado normal, visto que a inovação e o desenvolvimento não podem ser barrados, mas devem ser trazidos a níveis de confiança, abstratos mínimos, o suficiente para que se relativize a indeterminação. [...] se a noção de risco se prolifera, os riscos também se proliferam, [...] a globalização dos circuitos econômicos, a intensificação dos intercâmbios comerciais e o progresso dos meios de transporte contribuem sobremaneira para a dita proliferação, mesmo que ela ocorra de forma oculta e imperceptível. Inexiste, pois, a possibilidade de risco zero (Schwartz, 2004, p. 42).

personalidade e da qualidade de “ser humano”. Ainda, o é direito humano inalienável, garantido principalmente pela Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que a elencou como elemento da cidadania, prevendo em seu art. 25 que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar, a si e a sua família, saúde e bem-estar”.

Diante disso, deve-se avaliar a dignidade da pessoa individualmente apreciada, não se desconsiderando a dimensão social que a dignidade abrange. Nesse ponto, a Corte Interamericana de Direitos Humanos – CIDH, em seu precedente *Niños de la calle* identifica o direito à vida com dignidade como sendo “não apenas a obrigação negativa de não privar a ninguém da vida arbitrariamente, senão também a obrigação positiva de tomar as medidas necessárias para assegurar que não seja violado aquele direito básico” (FIGUEIREDO, 2007, p. 55).

Diante do exposto até aqui, afere-se que a insegurança e a ameaça sempre estiveram presentes enquanto condições da existência humana, isso tanto no passado, como no presente. Neste sentido, Beck (2015, p. 22) ressalta que “a ameaça que as doenças e a morte representavam para o indivíduo e sua família, bem como a fome e as epidemias para as comunidades, eram maiores na Idade Média do que hoje em dia”. Entretanto, os riscos que assombram os ideais e os trabalhos voltados para a proteção da saúde, enquanto um direito humano fundamental, são avassaladores em virtude da crescente importância atribuída aos processos de modernização oriundos do fenômeno da globalização.

Ademais, Beck (2010) define a concepção do risco enquanto uma forma sistemática de lidar com as incertezas e os perigos da atualidade, introduzidos pelo processo de modernização em si. Deste modo, os riscos constituem-se como consequências relacionadas à força ameaçadora inserida na sociedade pelo fenômeno da globalização.

O referido autor estabelece cinco teses acerca da distribuição dos riscos como potenciais que auto ameaçam a civilização: 1) os riscos produzidos no estágio mais avançado do desenvolvimento das forças produtivas da modernidade tardia, diferenciam-se evidentemente das riquezas e são caracterizados em virtude da sua diversidade extrema e, também, pela capacidade de escapar da percepção humana; 2) a distribuição e o incremento dos riscos é assimétrica, surgindo situações sociais de ameaça e variando conforme a posição de classe social; 3) a expansão e comercialização dos riscos não rompem com a lógica do capitalismo, elevando-a a um outro estágio, onde sempre existem vencedores e perdedores no âmbito das definições de risco; 4) na sociedade de risco, a consciência é fator determinante

da existência, de tal modo que o conhecimento adquire uma nova relevância e um significado político; 5) a catástrofe oriunda dos riscos emerge enquanto um potencial político, fato que implica em uma reorganização do poder e da autoridade (BECK, 2010).

A radicalidade e o ritmo dos referidos processos da modernidade tardia e reflexiva, trazem à tona os riscos enquanto uma antecipação das catástrofes. Como já dito, “os riscos dizem respeito à possibilidade de acontecimentos e desenvolvimentos futuros, tornam presente um estado do mundo que (ainda) não existe” (BECK, 2015, p. 31). Deste modo, pode-se afirmar que essa categoria dos riscos se refere, por um lado, à realidade controversa existente na possibilidade especulativa e, por outro lado, da catástrofe incidida. Assim, “no momento em que os riscos se tornam realidade [...] transformam-se em catástrofes” (2015, p. 31).

Nessa sociedade de risco catastrófica, o direito humano fundamental à saúde não permanece ileso ao processo industrial civilizatório da modernidade. Pelo contrário, a saúde pública está totalmente comprometida e enredada nessa trama dos riscos globais. Desta forma, Luiz e Cohn (2006, p. 2340) afirmam que, “no campo da saúde, o risco individualiza-se no [...] “autogerenciamento”: supõe-se que as pessoas, valendo-se de informações suficientes, adaptem seus comportamentos, eliminando todos os riscos e assim alcancem a saúde plena”.

Neste contexto, a análise dos riscos é compreendida por Maria Ligia Rangel-S (2006), referindo-se à Mollak:

[...] como um conjunto de conhecimentos (metodologia) que avalia e deriva a probabilidade de acontecer um efeito adverso por um agente (químico, físico, biológico e outros), processos industriais, tecnologia ou processo natural. No campo sanitário, os efeitos adversos são quase sempre relacionados a algum dano à saúde, a doenças e, até mesmo, à morte. (RANGEL-S, 2006, p. 1.376)

Ademais, pode-se afirmar que existe uma profunda relação entre o fenômeno dos riscos à saúde na sociedade atual e a epidemiologia. Sinteticamente, o “risco epidemiológico pode ser definido como a probabilidade de ocorrência de um determinado evento relacionado à saúde, estimado a partir do que ocorreu no passado recente” (Luiz; Cohn, 2006, p. 2342). Enquanto uma disciplina específica do campo da saúde pública, a Epidemiologia consegue ampliar a sua vasta atuação através da conceituação de risco já estabelecida. Portanto, faz-se coerente a afirmação de que é “a epidemiologia que informa sobre quais são os fatores de

risco: a comida gordurosa, as tentações ricas em colesterol, a fumaça do cigarro” (2006, p. 2347).

Por outro viés, Luhmann (2006) considera que o rápido avanço tecnológico é assunto relevante para a temática do risco nas políticas públicas, no presente caso, mais especificamente, na área da saúde, motivo pelo qual trata da saúde e do conceito de risco afirmando que

[...] el concepto opuesto al riesgo, esto es, el concepto de seguridad, sigue siendo un concepto vacío, de manera similar al concepto de salud en la distinción enfermo/sano. Es decir, funge exclusivamente como un concepto de reflexión. O también como concepto-válvula-de-escape para las exigencias sociales que, según sea el nivel variable de la exigencia, se abre paso en el cálculo de riesgos. (LUHMANN, 2006, p. 65)

Um dos principais fatores que acomete a sociedade e obsta a garantia da saúde é, como já mencionado anteriormente, a pobreza, pois constitui um perigo à prosperidade dos cidadãos em âmbito geral. Além disso, conforme exposto pela Declaração de Filadélfia, a paz para ser duradoura e universal deve estar baseada na justiça social. Segundo Supiot (2014, p. 41), a contribuição dessa Declaração “foi dar uma definição de alcance universal da justiça social, e de fazer de sua realização um ‘objetivo fundamental’ ligando a política econômica de todos os Estados”. Nesse sentido, em análise a teoria dos riscos proposta por Ulrich Beck em relação à saúde, Sippert e Thomé (2016), mencionam que

Os riscos na saúde são constantes, pois toda prestação sanitária é passível de sofrer a incidência desses fatores de riscos, que podem e devem ser evitados ao máximo, porém quando e se ocorrerem, deve ser responsabilizado eventual dano ocasionado, o que nem sempre se torna possível em se tratando de vidas humanas. (SIPPERT; THOMÉ, 2016, P. 86)

Segundo Fortes e Ribeiro (2014), citando (Koplan, 2009), ao tratar de saúde internacional, retrocedemos ao século XIX, onde este se origina, nas tentativas de colaboração internacional para controlar e prevenir as moléstias alastradas na via marítima, aduz que

O termo Saúde Internacional foi cunhado em 1913, pela Fundação Rockefeller, nos Estados Unidos (EUA), e as ações desenvolvidas nesse âmbito foram prioritariamente em prevenção e controle de doenças infectocontagiosas, no combate à desnutrição, à mortalidade materna e infantil e em atividades de assistência técnica, principalmente nos países denominados menos desenvolvidos (Koplan e col., 2009). É, portanto, um conceito do século XX. (FORTES; RIBEIRO, 2014, p. 369)

Além disso, em 1978, durante a Conferência Internacional sobre Cuidados Primários de Saúde, foi ratificada a Declaração de Alma Ata, na qual estabeleceu-se que todos os governos, trabalhadores do setor da saúde e desenvolvimento e a comunidade mundial, deveriam propor uma ação urgente para promover a saúde de todos os povos, além de afirmar um alto nível de saúde como a meta social mundial mais importante, que requer a ação conjunta de diversos outros setores sociais e econômicos. Essa declaração representou um marco significativo na busca da promoção da saúde (STURZA; MARTINI, 2016).

Entretanto, o conceito de saúde internacional resta ultrapassado, pois tem sido mais correto e efetivo tratar a saúde enquanto Saúde Global, conforme Fortes e Ribeiro (2014, p. 370), a partir dos estudos de Beaglehole e Bonita (2010), mencionam a seguir:

Uma das principais características da Saúde Global, e que a diferencia das formas tradicionais da saúde internacional, é o reconhecimento dos contextos regionais e locais, das diferenças políticas, econômicas, sociais e culturais entre os países e as internas, em cada país, assim como as consequências e respostas diferenciadas a eventos globais. Por exemplo, as condições de pobreza se diferenciam internamente e entre os diversos países. Ou seja, a Saúde Global pode tratar de problemas que transcendem as fronteiras nacionais, mesmo que os efeitos na saúde sejam sentidos somente dentro de alguns países ou de regiões de países. (FORTES; RIBEIRO, 2014, p. 370)

A saúde, até bem pouco tempo, era tema a ser tratado no âmbito interno dos países. No entanto, com o alto desenvolvimento tecnológico e a crescente globalização, os horizontes se ampliaram, e a sociedade internacional passou a requerer soluções globais para seus problemas. “Nesse sentido, o Direito Internacional [...] se legitima como instrumento jurídico capaz de regular a sociedade que se desenha, assemelhando-se a um ordenamento jurídico interno [...]” (MENEZES, 2005, p. 114), tendente a elevar a garantia de saúde global a todos os povos.

Contudo, segundo Sarlet (1988, p. 21), “mesmo com os inegáveis avanços no sentido da busca da máxima efetivação de direitos fundamentais – saúde –, [...] a verdade é que estamos muito distantes – e isso no terceiro milênio – de ter solucionado a miríade de problemas e desafios que a matéria suscita”. Portanto, a importância desse trabalho, uma vez que embora busque-se a saúde plena, conforme assegurada pelo OMS, esta ainda está longe de ser alcançada, devido aos riscos frequentemente apresentados e avaliados em uma sociedade. Daí também a necessidade de se cuidar da promoção da saúde em âmbito global, não mais internacional, quanto menos em nível nacional, pois os riscos são generalizados e transcendem as fronteiras nacionais.

4 CONCLUSÃO

Frente ao atual cenário global preestabelecido nas últimas décadas, evidencia-se a existência de um verdadeiro desafio pressuposto pela discussão em estudo, com o intuito de conjugar o controle dos riscos e a promoção da saúde pública. Desta forma, na contemporaneidade, devemos levar em conta, em um primeiro momento, as lacunas oriundas da civilização industrial que contribuem para a existência dos riscos e inseguranças globais. Em um segundo momento, torna-se necessário o aprimoramento dos recursos teórico-metodológicos, científicos, econômicos e políticos, de tal modo que seja eficaz a proteção do direito humano fundamental à saúde frente à atual sociedade de risco globalizada.

A preocupação e o senso de responsabilidade em relação a saúde, portanto, remonta dos primórdios da humanidade, juntamente com os riscos que se faziam presentes naquele momento, e continuam na atualidade, sendo que não há qualquer garantia de que algum dia eles possam deixar de existir, pois inclusive a tecnologia tem sido um evidente risco para a sociedade, por conta de seu desenvolvimento acelerado. Isso se dá pelo fato de a saúde ser motivo de frequente preocupação dos cidadãos, caracterizados pelo medo das doenças e, principalmente, pelo medo da morte.

Certo é que, a direção para onde caminhamos torna-se uma incerteza. Entretanto, enquanto detentora de direitos e obrigações a serem seguidos por todos, a saúde deve visar garantir um certo patamar de igualdade de todos os cidadãos do mundo, não devendo os conflitos de poder refletir nos direitos de igualdade dos povos. Além disso, deve-se evitar a desigualdade baseada na economia e na gestão dos poderes e recursos dos Estados, que devem unir esforços para a efetivação de uma igualdade plena, para garantia da liberdade e da segurança mundial.

A saúde, como já dito, é entendida como um Sistema baseado na teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Portanto, daí a importância e a conveniência de tratar o Direito à Saúde enquanto um Sistema Social Global e, assim sendo, deve ser pensada e atingida como meio de garantia da cidadania de todos do povo, devendo-se tentar reduzir ou evitar os riscos existentes e vindouros neste século XXI, momento de movimento constante, em virtude do fenômeno da globalização que gera profundas inseguranças, medos e ameaças.

O pluralismo de direitos é uma realidade na sociedade atual, contemporânea, complexa e globalizada, e, portanto, é inevitável que ocorram conflitos de interesses. Daí parte a necessidade de o Estado intervir, no intuito de garantir uma melhor resolução para estes conflitos de interesses e de direitos, avaliando o caso concreto e prezando sempre pela garantia do direito à vida de seus cidadãos. Outrossim, tendo em vista que a economia ultrapassou as fronteiras territoriais e estabeleceu mercado em grande parte do globo, é necessário que o direito encontre meios de, da mesma forma, superar as barreiras nacionais a fim de garantir a efetividade de direitos essenciais à sobrevivência da humanidade, como acesso ao direito a saúde.

Vislumbra-se, portanto, a necessidade de tratar a saúde em âmbito global, por ser um meio garantidor inclusive da segurança dos Estados, os quais devem assegurar a seus cidadãos a qualidade de bem estar conforme previsto no Preâmbulo da Constituição da OMS. Assim, tendo em vista que os problemas que assolam continuamente a saúde pública atualmente transcendem as fronteiras nacionais, torna-se imprescindível o acordo e a cooperação de todas as nações para a redução dos riscos – sejam estes oriundos de catástrofes ambientais, distribuição desigual de riquezas, desequilíbrios ecológicos, conflitos civilizatórios, crises migratórias, dentre outros – afinal, o ponto comum não é outro, senão a promoção efetiva da saúde *de todos e para todos*.

REFERÊNCIAS

BAUMAN, Zygmunt; MAURO, Ezio. *Babel: Entre a incerteza e a esperança*. Tradução de Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Zahar, 2016.

_____. *Medo líquido*. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial: en busca de la seguridad perdida*. Traducción de Rosa S. Carbó. Barcelona: Paidós, 2008.

_____. *Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Ed. 34, 2010.

_____. *Sociedade de risco mundial: em busca da segurança perdida*. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2015.

BEDIN, Gilmar Antonio. *A sociedade internacional e o século XXI: em busca da construção de uma ordem mundial justa e solidária*. Ijuí: Unijuí, 2001.

_____. *A sociedade internacional clássica: aspectos históricos e teóricos*. Ijuí: Unijuí, 2011.

CINTRA, Guilherme. Saúde: direito ou mercadoria? In: COSTA, Alexandre Bernardino *et al* (organizadores). *O Direito achado na rua: Introdução crítica ao direito à saúde*. Brasília: CEAD/UnB, 2009. Série O Direito Achado na Rua, vol.4. 460p. Disponível em: <https://drive.google.com/folderview?id=0B26ERsgcjsV9fmt4SmlvRkVoVHY3ZmNmNzhqZWkxcUtYMUtnV25qVVhraU1oRVo0ZnplaU0&usp=sharing>. Acesso em: 10 nov. 2020.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde: Evolução, Normatização e Efetividade*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde: parâmetros para sua eficácia e efetividade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

FORTES, Paulo Antônio de Carvalho; RIBEIRO, Helena. Saúde Global em tempos de globalização. In: MORENO, Cláudia Roberto; FORTES, Paulo Antônio de Carvalho. (organizadores). *Saúde Global: tendências atuais*. São Paulo: Saúde Soc. São Paulo, v.23, n.2, p.366-375, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/sausoc/v23n2/0104-1290-sausoc-23-2-0366.pdf>. Acesso em: 28 mai. 2019.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996.

LUHMANN, Niklas. *Sociología del Riesgo*. México: Universidad Iberoamericana, 2006. Disponível em: <http://biblioteca.udgvirtual.udg.mx/eureka/pudgvirtual/Niklas.pdf>. Acesso em: 29 mai. 2019.

LUIZ, Olinda do Carmo; COHN, Amélia. Sociedade de risco e risco epidemiológico. In: *Cadernos de Saúde Pública*. Rio de Janeiro, vol. 22, n.º 11, p. 2339 - 2348, 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-311X2006001100008>. Acesso em: 25 mai. 2019.

MENEZES, Wagner. *Ordem global e Transnormatividade*. Ijuí: UNIJUÍ, 2005.

RANGEL-S, Maria Ligia. Comunicação no controle de risco à saúde e segurança na sociedade contemporânea: uma abordagem interdisciplinar. In: *Ciência & Saúde Coletiva*. Rio de Janeiro, vol.12, n.º 5, pp. 1375 - 1385, 2006. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1590/S1413-81232007000500035>. Acesso em: 26 mai. 2019.

SANTOS, Milton. *Técnica, espaço e tempo: globalização e meio técnico-científico*. São Paulo: HUCITEC, 1997.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 1988.

SCHWARTZ, Germano André Doederlein. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *O tratamento jurídico do risco no direito à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SIPPERT, Evandro Luis; THOMÉ, Livia. Direito fundamental à saúde: análise da (in)efetivação do direito à saúde pelo Estado e a judicialização das demandas sanitárias. p. 51-91. In: STURZA, Janaína Machado; SIPPERT, Evandro Luis; SANTOS, Juliana Oliveira. *Estado, Políticas Públicas e Direito à Saúde: Diálogos ao encontro dos Direitos Humanos*. Cabo Frio: Editora Visão, 2016.

STURZA, Janaína Machado; MARTINI, Sandra Regina. Para além do contexto jurídico e social interno: o direito à saúde na perspectiva internacional. p. 17-50. In: STURZA, Janaína Machado; SIPPERT, Evandro Luis; SANTOS, Juliana Oliveira. *Estado, Políticas Públicas e Direito à Saúde: Diálogos ao encontro dos Direitos Humanos*. Cabo Frio: Editora Visão, 2016.

SUPIOT, Alain. *O Espírito de Filadélfia: A justiça social diante do mercado total*. Tradução de Tânia do Valle Tschiedel. Porto Alegre: Sulina, 2014.

TORRADO, Jesús Lima. Globalización y Derechos Humanos. In: *Anuario de Filosofía del Derecho*. n.º 17, pp. 43 - 74. Madrid: Nueva época, 2000. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=142424>. Acesso em: 27 mai. 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. *Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS/WHO) – 1946*. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OMS-Organização-Mundial-da-Saúde/constituicao-da-organizacao-mundial-da-saude-omswho.html>. Acesso em: 01 jun. 2019.

A INSERÇÃO TAXATIVA DE NORMAS CONSTITUCIONAIS NO NOVO CÓDIGO DE
PROCESSO CIVIL E O CONFLITO DO ARTIGO 10 DA LEI 13.105/2015 COM A
RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO

*THE RATE INSERT OF CONSTITUTIONAL STANDARDS IN THE NEW CIVIL PROCESS
CODE AND THE CONFLICT OF THE ARTICLE. 10 OF LAW 13.105/2015 WITH THE
REASONABLE DURATION OF THE PROCESS*

Newton de Araújo Lopes Júnior¹

Resumo: Objetivou-se com este trabalho tratar sobre as situações controversas que as inovações legislativas do Novo Código de Processo Civil criaram sob o pretexto de tutelar princípios constitucionais. O problema da pesquisa cinge na antinomia existente entre a necessidade obrigatória da oitiva das partes, até mesmo em questões que poderiam ser decididas de ofício e a razoável duração do processo. O objetivo geral é demonstrar que o excesso de zelo com o princípio do contraditório não coaduna com a razoável duração do processo. Optou-se pela análise bibliográfica e jurisprudencial com suporte no método dedutivo. Como resultado, observou-se que em muitas situações a demasiada preocupação com a denominada não-surpresa das decisões, gera evidente conflito com o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Palavras-chave: Código de Processo Civil. Contraditório. Constitucional. Razoável duração do processo.

Abstract: The objective of this work was to deal with the controversial situations that the legislative innovations of the New Code of Civil Procedure created under the pretext of protecting constitutional principles. The problem of the research is based on the antinomy between the compulsory need of the oral examination of the parties, even on matters that could be decided ex officio and the reasonable length of the proceedings. The general objective is to demonstrate that the excess of zeal with the principle of adversary, is not in line with the reasonable duration of the process. We opted for bibliographical and jurisprudential analysis with support in the deductive method. As a result, it has been observed that in many situations too much concern with the so-called non-surprise of decisions, clearly conflicts with the constitutional principle of the reasonable duration of the process.

¹ Advogado, sócio de escritório de advocacia especialista em Direito Empresarial pela Puc/Minas, mestre em Direito Empresarial pela Faculdade Milton Campos-FDMC.

Keywords: Code of Civil Procedure. Contradictory. Constitutional. Reasonable duration of the process.

1 INTRODUÇÃO

Historicamente, o Processo Civil sempre teve papel de protagonismo em todas as relações jurídicas, inclusive porque a legislação processual disciplina de maneira subsidiária inúmeros procedimentos. Em virtude das diversas mudanças realizadas no Código de Processo Civil de 1973, tornou-se necessária a elaboração de um novo Código de Processo, aproveitando as importantes conquistas dos códigos anteriores, mas incluindo novas alterações, daí a crescente pressão para a elaboração de um novo Código de Processo Civil.

A comissão de juristas que elaborou o projeto, buscando harmonizar o processo civil com a Constituição Federal, objetivando tornar o procedimento mais justo e harmônico com a carta magna, entendeu que fosse necessária a inclusão de alguns princípios constitucionais de forma taxativa na legislação, como se vê no capítulo I da Lei 13.105/2015 denominado “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais”.

O assunto abordado no presente estudo desperta curiosidade e interesse em virtude da necessidade de se respeitar diversos institutos jurídicos em prol da efetividade processual, mas sempre nos limites das garantias constitucionais.

No Brasil a influência dos princípios da *Magna Carta* no processo civil e conseqüentemente na prática processual, é evidente, basta ver a judicialização crescente desde a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil.

Ao longo deste artigo, as referências aos dispositivos legais do Novo Código de Processo Civil-NCPC consideram a numeração do texto consolidado que entrou em vigor no dia 18 de março de 2016.

Destaca-se em especial no presente artigo, a inovação legislativa do artigo 10 do Novo Código de Processo Civil que disciplina: “O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, ou seja, o magistrado deverá intimar obrigatoriamente as partes para manifestar nos autos, o que na prática pode tornar o procedimento mais moroso.

O problema da pesquisa, cinge na antinomia existente entre a necessidade obrigatória da oitiva das partes, antes do magistrado proferir qualquer decisão, até mesmo em questões já pacificadas ou que poderiam ser decididas de ofício e a razoável duração do processo.

Diante de tal contradição, o trabalho sugere que haja uma alteração no texto da lei para possibilitar que o magistrado tenha autonomia para julgar se a manifestação de ambas as partes é realmente necessária em todas as situações.

Conjeturando sobre a antinomia entre a inovação legislativa e a práxis, resta a dúvida: qual seria o ponto de equilíbrio para garantir a razoável duração do processo e ao mesmo tempo respeitar o princípio do contraditório? Como alcançar real efetividade, mas sempre respeitando os procedimentos legais?

A sobreposição de princípios constitucionais na legislação processual civil é de extrema valia, mas o excesso de leis e normas, contrasta a todo tempo com a dinamização do mundo moderno, a necessidade de respostas cada vez mais rápidas do judiciário, somados ao excesso de formalidades pode gerar controvérsias. O trabalho se justifica a partir do momento em que inexistente coesão entre as disposições legais.

Partindo desse tema-problema (antinomia entre as normas fundamentais previstas no capítulo I da Lei 13.105/2015), o trabalho apresenta a hipótese para tentar-se atingir um processo justo, igual, mas que permita a parte vencedora alcançar a tutela satisfativa em tempo razoável.

O artigo tem como objetivo geral demonstrar que o Novo Código de Processo Civil, preocupou demasiadamente em harmonizar os princípios constitucionais em determinados procedimentos durante o trâmite processual, mas ao mesmo tempo visou a efetividade e celeridade do processo, ou seja, criou-se um evidente contrassenso em inúmeras situações, pois resta evidente que o excesso de zelo procedimental, impede uma solução rápida e justa ao litígio.

Os objetivos específicos do trabalho visam: apontar os problemas criados pela nova legislação processual no que tange a celeridade do processo, analisar as decisões judiciais que em prol da nova legislação acabam prejudicando a parte, além disso a nova lei favorece quem busca o fim do processo sem a utilização de subterfúgios e ainda apontar normas que acabam tornando o procedimento menos eficaz.

Metodologicamente, priorizou-se pela pesquisa hipotético-dedutivo do problema fático-jurídico, embasado de métodos jurídico-dogmáticos além da análise doutrinária.

O artigo adota como marco teórico basilar o axioma de Humberto Theodoro Júnior e sua reflexão sobre o aprimoramento do processo civil, seus fundamentos e sistematização.

Por fim é debatido ainda o julgamento do Recurso Especial 1.767.027/PR para confirmar a hipótese apresentada e comprovar que em determinadas situações, a preocupação demasiada com a forma e o procedimento previsto no Novo Código de Processo Civil, contrasta com a garantia constitucional da razoável duração do processo.

2 O FENÔMENO DO NEOCONSTITUCIONALISMO NA LEI 13.105/2015

Na sociedade contemporânea é cada vez mais forte a corrente doutrinária e jurisprudencial que defende a tese que o processo civil e suas normas devem ser regidos e guiados pelas garantias/direitos fundamentais constitucionais, bem como obedecer a forma normativa da Magna Carta.

Diante de tal situação um fenômeno denominado neoconstitucionalismo ganhou força entre os operadores do direito, fenômeno esse que nada mais é que garantir a Constituição Federal um protagonismo que a coloque no centro de todos os ramos do Direito e no processo civil não é diferente.

Esclarece sobre esse fenômeno Pedro Lenza (2012):

Não mais apenas atrelar o constitucionalismo à ideia de limitação do poder político, mas, acima de tudo buscar a eficácia da constituição, deixando o texto de ter um caráter meramente retórico e passando a ser mais efetivo, especialmente diante da experiência de concretização dos direitos fundamentais. (LENZA, 2012, p. 62)

O que se percebe é uma crescente preocupação em garantir que os direitos fundamentais sejam respeitados, mas não só isso, visa-se com essas alterações a preservação de direitos fundamentais, inclusive no âmbito do processo civil.

A promulgação da Lei 13.105/2015 (Novo CPC) em especial do Capítulo 1, denominado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”, coaduna com um fenômeno contemporâneo que emanou do neoconstitucionalismo e dos estudos do direito processual que são considerados uma nova fase evolutiva do processo civil, o chamado neoprocessualismo.

Nesse diapasão aponta Fredie Didier Júnior (2011):

A evolução histórica do direito processual costuma ser dividida em três fases: a) praxismo ou sincretismo, em que não havia distinção entre o processo e o direito material: o processo era estudado apenas em seus aspectos práticos, sem preocupações científicas; b) processualíssimo, em que se demarcaram as fronteiras

entre o direito processual e o direito material, com o desenvolvimento científico das categorias processuais; c) instrumentalismo em que, não obstante se reconheçam as diferenças funcionais entre o direito processual e o direito material se estabelece entre eles uma relação circular de interdependências: o direito processual concretiza e efetiva o direito material, que confere ao primeiro o seu sentido. Parece mais adequado, porém, considerar a fase atual como uma quarta fase da evolução do direito processual. Não obstante as conquistas do processualismo e do instrumentalismo a ciência teve de avançar e avançou. Fala-se então de um Neoprocessualismo. (DIDIER JÚNIOR, 2011, p. 31)

O neoprocessualismo que influenciou diretamente na elaboração do novo Código de Processo Civil tem como principal característica, a inserção taxativa dos princípios e normas constitucionais no direito processual.

Como consta no livro I da nova legislação, a constitucionalização do processo restou evidente, buscou-se dar protagonismo as normas constitucionais, sobre isso tratou Ronaldo Bretas de Carvalho Dias (2016, p.24):

O Livro I trata das normas processuais fundamentais, sem dúvida um de seus pontos de maior destaque e que o justificou como seu primeiro objetivo, vale dizer o de realizar a constitucionalização do processo civil em harmonia com a principiologia do processo Estado Democrático de Direito, arquitetada na Constituição Federal. (DIAS, 2016, p. 24)

No caso da nova legislação processual, a exposição de motivos esclareceu explicitamente o objetivo do legislador em incorporar textos da constituição federal, qual seja, aprimorar o processo jurisdicional brasileiro.

Nesse diapasão convém destacar apontamento relevante de Eduardo Cambi (2011, p. 21) “o neoconstitucionalismo, ao propor uma nova metodologia jurídica, e o neoprocessualismo, ao incorporar a necessidade de compreender e utilizar as técnicas processuais, a partir das bases constitucionais [...]”, ou seja, existe uma permanente preocupação em aprimorar o direito processual.

No mesmo sentido, Luiz Rodrigues Wambier em conjunto com Teresa Arruda Alvim Wambier (2016) – relatora do projeto do NCPC – aduz sobre a Lei 13.105/2015 e destaca a expressa inserção de princípios constitucionais no processo civil:

Modificação foram feitas no projeto original, para alterar rumos ou para dar respostas ao embate democrático que enfim, permitiu sua aprovação. Essas diretrizes estão elencadas na Exposição de Motivos: 1) estabelecer expressa implicitamente verdadeira sintonia fina com a Constituição Federal. (WAMBIER, 2016, p. 41-42)

Dessa forma, verifica-se que a Lei 13.105/2015, que substituiu a Lei 5.869/1973 (CPC/1973), buscou desde o início garantir que os princípios constitucionais fossem

respeitados, mas resta evidente que em determinadas situações, a preocupação excessiva com a forma, pode retardar o procedimento na prática.

Ainda assim, mesmo diante das inovações trazidas pela nova legislação, Humberto Theodoro Júnior que foi um dos membros da comissão que elaborou a referida lei, destacou que independente da constitucionalização do processo civil, o processo deve ser a ferramenta para tutelar direitos, sempre que lesados ou colocados sob risco.

Daí a importância do poder judiciário quando provocado dar a devida resposta com efetividade como se infere em Humberto Theodoro Júnior (2015):

A fonte imediata do processo civil não é mais apenas o Código, é, antes de tudo, a própria Constituição, em que se acham enunciados, como direitos fundamentais, os princípios sobre os quais se ergue o processo de atuação da jurisdição civil. Da constituição emergem os requisitos do *processo justo*, o qual supera, em profundidade, o feito preponderante procedimental da antiga visão do *devido processo legal*. Deixa esse moderno processo tipificado pelo novo constitucionalismo, construído pelo Estado Democrático de Direito, de ser tratado como simples instrumento técnico de aplicação da lei para tornar-se um sistema constitucional de *tutela de direito*, sempre que lesados ou ameaçados. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 69)

Resta demonstrado que o denominado novo constitucionalismo que emergiu do Estado Democrático de Direito, interferiu de maneira preponderante na nova legislação processual civil com o intuito de supostamente garantir direitos e permitir que o jurisdicionado tenha a proteção do poder judiciário quando necessário.

Nesse sentido, a comissão de Juristas responsável pela Elaboração do Novo Código de Processo Civil presidida pelo Ministro Luiz Fux elencou no “*Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil*”, que o novo Código prestigia o princípio da segurança jurídica e se hospeda nas dobras do Estado Democrático de Direito, visando proteger e preservar as justas expectativas das pessoas.

Deste modo, perante a entrada em vigor da Lei 13.105/2015 (Novo CPC) os jurisdicionados devem ser poupados de surpresas jurídicas, o chamado princípio da não surpresa, mas até certo ponto as modificações retiraram do juiz que preside o processo, a discricionariedade de proferir determinadas decisões sem a oitiva das partes, o que pode gerar um conflito entre os princípios da razoável duração do processo e a vedação a decisão surpresa.

3 A ANTINOMIA ENTRE A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO E O PRINCÍPIO DA NÃO SURPRESA NA LEI 13.105/2015

Com vistas a transformar o processo civil e a prestação jurisdicional mais harmônica com a Constituição Federal, objetivando a proteção dos jurisdicionados, o Novo Código de Processo Civil previu especificamente nos artigos 09 e 10 do Capítulo I que o juiz não proferirá qualquer decisão sem a oitiva das partes:

Lei 13.105/2015 – Capítulo I – DAS NORMAS FUNDAMENTAIS DO PROCESSO CIVIL

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício. (BRASIL, 2015, grifo nosso)

A imperiosa necessidade da oitiva das partes, antes de se proferir qualquer decisão, advém do denominado princípio da não surpresa, princípio do processo civil que protege ambas as partes. ao evitar que qualquer dos litigantes sejam surpreendidos durante o trâmite processual.

Nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2015):

As decisões judiciais não podem surpreender a parte que terá de suportar suas consequências, porque o contraditório moderno assegura o direito dos sujeitos do processo se não só participar da preparação do provimento judicial, como de influir na sua formulação. Aqui o código garante, com nitidez o princípio da não-surpresa no encaminhamento e na conclusão do processo. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 87)

O denominado princípio da não surpresa, preconiza que os magistrados não devem proferir decisões inesperadas que atinjam as partes, ou seja, sem a prévia manifestação dos litigantes.

Ao esclarecer sobre esta questão Cássio Scarpinella Bueno (2015):

A norma, seguindo os passos do art. 9º quer evitar o proferimento das chamadas 'decisões-surpresa', isto é, aquelas decisões proferidas pelo magistrado sem que tenha permitido previamente às partes a oportunidade de influenciar sua decisão e, mais do que isso, sem permitir a elas que tivessem conhecimento de que decisão como aquela poderia vir a ser proferida. (BUENO, 2015, p. 47)

Trata-se de preocupação justa e necessária, mas que em determinadas situações deveria ser mitigada, ou seja, a legislação anterior não vinculava o magistrado em todas as

situações, o cenário ideal deveria possibilitar que o magistrado fazendo uso de seu poder discricionário, decidisse determinadas questões sem a obrigatoriedade da oitiva das partes, fato que por si só garantiria maior efetividade e eficácia ao processo.

Sobre a necessidade da participação das partes afirma Medina (2016, p. 66) “às partes deve ser reconhecido o direito de participar ativamente no procedimento de tomada de decisão. Tal participação consiste em influir decisivamente nos destinos do processo”.

Ocorre que, existem inúmeras situações durante o trâmite processual que podem e devem ser decididas por quem preside o processo, o estado é o titular da jurisdição e conferiu ao juiz, poder para solucionar e decidir os conflitos, ou seja, para tornar o processo mais dinâmico, caberia ao juiz decidir se necessária ou não a intervenção da parte.

O magistrado é capaz de dirimir determinadas questões sem a obrigação legal de necessariamente esperar a manifestação das partes, como por exemplo em determinadas situações que a legislação anterior permitia a decisão *ex officio*.

Os princípios e garantias constitucionais não só podem como devem ser harmônicos entre si, sem que nenhum deles se sobreponha ao outro, mas resta evidente que o sistema judicial pátrio necessita de maior eficácia e celeridade.

A razoável duração do processo e a solução integral do litígio, são garantias que com a promulgação do novo Código de Processo Civil constam taxativamente na lei, especificamente no artigo 4º da Lei 13.105/2015 “Art. 4º As partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa (grifo nosso)”.

O artigo supracitado inclusive disciplina que não basta a solução de mérito no processo de conhecimento, mas também é essencial que a atividade satisfativa seja cumprida, ou seja, tenta evitar que ocorra o tão conhecido “ganhou, mas não levou” que infelizmente é recorrente no ordenamento jurídico brasileiro.

Sobre a importância da real celeridade da justiça assim preceitua Elpídio Donizetti (2015):

Apesar de a EC nº 45/2004 ter trazido diversos mecanismos visando à celeridade na prestação jurisdicional, como por exemplo, as súmulas vinculantes, a vedação de férias coletivos nos juízos e tribunais de segundo grau, a distribuição imediata de processos em todos os graus de jurisdição e necessidade de demonstração de repercussão geral nas questões levadas ao Supremo Tribunal Federal, ainda há muito que ser feito pelos três Poderes para que a Justiça seja efetivamente célere. (DONIZETTI, 2015, p. 40)

Entretanto, a inovação processual que torna obrigatória à intimação das partes para manifestar previamente atinge as decisões passíveis de conhecimento de ofício, o que na prática e em inúmeros casos torna o processo mais demorado, ou seja, criou-se evidente antinomia entre as normas dispostas na legislação processual civil.

A inovação legislativa do art. 10 do CPC/2015 visa objetivamente respeitar o binômio ciência/influência, assegurando as partes a possibilidade de questionar e contra-argumentar todos as questões postas nos autos.

O cerne da questão está na exigência legal da pronúncia das partes inclusive em questões que o magistrado apreciaria de ofício na legislação anterior, questão trabalhada em Marioni, Arenhat e Mitidiero (2015):

É certo que o juiz continua com o poder de aplicar o direito ao caso concreto, inclusive utilizando normas jurídicas invocadas pelas partes. No entanto a validade da aplicação ao caso concreto dessa inovação está condicionada ao prévio diálogo com as partes. Vale dizer: o juiz tem o dever de oportunizar as partes que o influenciem a respeito do acerto ou desacerto da solução que pretende outorgar ao caso concreto (art. 10, CPC) [...] O novo Código reconhece que as partes têm o direito de pronúnciar sobre o material jurídico de forma prévia à sua aplicação judicial. (MARIONI; ARENHAT; MITIDIERO, 2015, p. 162-163)

O Brasil pode e deve continuar avançando para garantir o contraditório as partes, mas o legislador deve ter em mente que dentre as funções da justiça, não basta garantir ao jurisdicionado um processo justo, mas além disso, um processo que permita aquele que recorre a justiça satisfazer seus direitos em tempo hábil.

4 O ACUMÚLO DE PROCESSOS NO SISTEMA JUDICIÁRIO BRASILEIRO

Atualmente resta evidente que o judiciário brasileiro está congestionado, inúmeros processos pendentes de julgamento, são milhares de processos de todos os tipos, classes e áreas aguardando uma solução.

De acordo com o relatório da justiça em números elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça em 2018, tendo como ano-base 2017, o poder judiciário finalizou o ano de 2017 com 80,1 milhões de processos em tramitação, além disso, analisando a série histórica no período de 2009-2017 o acumulado no período é de 31,9% de processos, ou seja, um acréscimo de 19,4 milhões de processos.

Verificando os dados por segmento de justiça, resta claríssimo que a Justiça Estadual é o grande gargalo dos processos pendentes, atingindo 79,3% dos autos pendentes de julgamento.

No ritmo atual das demandas restou comprovado que mesmo que não houvesse novas ajuizamentos de quaisquer ações e a produtividade dos servidores do judiciário continuasse no ritmo atual, somente após 31 meses o estoque de processos seria zerado, o número é alarmante.

O que chama a atenção é que as inovações legislativas fatalmente podem ocasionar maior morosidade no judiciário, afinal a oitiva obrigatória das partes cumuladas com a nova contagem de prazos em dias úteis são um risco para o princípio da razoável duração do processo.

Não é de hoje que a questão do congestionamento do judiciário é debatida, a inovação legislativa dos artigos artigo 09 e principalmente artigo 10 da Lei 13.105/2015 que são o tema central do presente estudo na prática pode afetar a resolução do grande problema atual do judiciário que sabidamente é a demora na resolução dos litígios.

Entre os operadores do direito, doutrinadores, servidores, juízes é unânime que alcançar a tutela satisfativa, é um dos grandes problemas do ordenamento pátrio, as execuções independentes se fiscais, penais, cíveis ou de títulos extrajudiciais em muitos dos casos não atingem seu fim.

São as execuções que correspondem a 53% dos processos pendentes no país, são várias as situações que a obrigatoriedade da oitiva das partes pode prejudicar o resultado útil do processo, basta ver que dos 53% dos processos pendentes 74% delas são execuções fiscais que sabidamente em muitas situações são extintas de ofício.

Historicamente as execuções fiscais têm sido apontadas como um dos protagonistas pela demora do judiciário brasileiro, o número a seguir é espantoso, a taxa de congestionamento das execuções fiscais, atinge o elevadíssimo patamar de 91,7%, o que quer dizer que a cada 100 processos dessa classe que tramitaram em 2017, somente o número irrisório de 8 processos foram baixados.

São centenas de milhares de processos que em sua maioria parecem andar em círculos infinitos, são atos repetidos, intimações desnecessárias, buscas sem sucesso, processos suspensos aguardando bens dos executados, dentre outros.

De acordo com o art.10 da lei 13.105/2015, o juiz não poderá “decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”, ou seja, eventuais decisões de ofício que poderiam ajudar a diminuir o estoque de processos, agora demandam a oitiva das partes e posterior manifestação do magistrado.

Sabe-se por exemplo que a exceção de pré-executividade que nas palavras de Barroso (2007, p.334) nada mais é que “um meio de defesa incidental, em que o executado, munido de prova documental e sem a necessidade de dilação probatória provoca o julgador dentro do processo de execução para arguir questão de ordem pública” garante ao processo de execução celeridade, afinal o juiz pode conhecer a qualquer tempo e tem o poder discricionário de extinguir a execução acolhendo a prescrição por exemplo.

Com a implementação da obrigatoriedade da oitiva das partes e infelizmente com a dificuldade dos magistrados em se adequar a nova legislação, o que se vê, são inúmeros casos em que a parte mesmo sabendo que não logrará êxito ao final do processo, recorre de acertada decisão, pelo simples fato de não ter sido intimada para manifestar e obtém a reforma da decisão para repetição do ato, na prática posterga o fim do litígio.

São inúmeras as decisões em que a jurisprudência nos Tribunais Superiores independente de adentrar no mérito da questão, anulam decisões consideradas acertadas e que na legislação anterior não teriam qualquer vício pelo simples fato de a outra parte não ter manifestado sobre a questão, obviamente o contraditório é importante, mas o a proibição de decisões até em questões de ofício sobrepõe o princípio do contraditório ao princípio da razoável duração do processo.

Senão vejamos, decisão no Recurso Especial de nº.1.676.027 em que o Ministro Relator Herman Benjamin determinou retorno dos autos a origem pela ausência de manifestação das partes em desrespeito ao artigo 10 do código de processo civil, entretanto até mesmo no acórdão decisório menciona a dificuldade existente na inovação legislativa:

Não se desconhece que a aplicação desse novo paradigma decisório pode enfrentar resistência e causar desconforto nos operadores acostumados à sistemática anterior. Nenhuma dúvida, todavia, quanto à responsabilidade dos tribunais de assegurar-lhe efetividade não só como mecanismos de aperfeiçoamento do judiciário como de democratização do processo e de legitimação decisória.

[...]Diante de todo o exposto, o retorno dos autos à origem para adequação do procedimento à legislação federal tida por violada, sem ingresso no mérito por esta Corte com supressão ou superação de instância, é medida que se impõe não apenas por tecnicismo procedimental, mas também pelo efeito pedagógico da observância

fiel do devido processo legal de modo a conformar o direito do recorrente e o dever do julgador às novas e boas práticas estabelecidas no Digesto Processual de 2015. Por isso dou provimento ao recurso especial para anular o julgamento recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para cumprimento do disposto nos art. 10 e 933, caput, do CPC/2015.

(Supremo Tribunal de Justiça, RESP 1.676.027/PR, Rel. Min. Herman Benjamin, J de 26.09.2017). "Num dos pólos desse binário de forças estão os pesos que inclinam o sistema para a efetividade do processo executivo. A efetividade do processo é uma das preocupações da moderna doutrina e corresponde à idéia instrumentalista de que o processo deve ser apto a produzir o melhor resultado possível, seja para a plena atuação do direito material, seja para a integral pacificação dos litigantes. Para obter esses bons resultados, o sistema arma-se de meios executivos e os aperfeiçoa, inclusive mediante repúdio a preconceitos tradicionais herdados, como os que empeciam a execução específica das obrigações infungíveis ou de dar coisa certa."

Conclui-se, portanto, que sem ingressar no mérito da questão, os autos deveriam retornar ao tribunal de origem, anulando todo o procedimento já realizado para que se observasse o chamado tecnicismo procedimental.

Trata-se de caso clássico de desperdício de dinheiro público, desperdício de tempo das partes, repetição de atos que prejudica toda a coletividade.

Aas regras processuais estabelecidas em respeito à justa composição da lide devem ser minuciosamente pensadas pelo legislador, para não se transformar a marcha processual num mártir para quem precisa de satisfazer seus direitos.

A demora para garantir a satisfação do direito via processo judicial, não deve e não pode gerar dano a quem precisou invocar o judiciário para resguardar seus direitos, o que se vê em Cândido Dinamarco (2002):

Num dos polos desse binário de forças estão os pesos que inclinam o sistema para a efetividade do processo executivo. A efetividade do processo é uma das preocupações da moderna doutrina e corresponde à idéia instrumentalista de que o processo deve ser apto a produzir o melhor resultado possível, seja para a plena atuação do direito material, seja para a integral pacificação dos litigantes. Para obter esses bons resultados, o sistema arma-se de meios executivos e os aperfeiçoa, inclusive mediante repúdio a preconceitos tradicionais herdados, como os que empeciam a execução específica das obrigações infungíveis ou de dar coisa certa. (DINAMARCO, 2002, p. 321)

Entendimento corroborado por Araken de Assis (2007):

Toda execução, portanto, há de ser específica. É tão bem-sucedida, de fato, quanto entrega rigorosamente ao exequente o bem perseguido, objeto da prestação inadimplida, e seus consectários, ou obtém o direito reconhecido no título executivo. Este há de ser o objeto fundamental de toda e qualquer função jurisdicional executiva, favorecendo a realização do crédito. (ASSIS, 2007, p. 101)

Resta evidente a dificuldade do poder judiciário em sobrepor os princípios constitucionais, entretanto, fica evidente que em muitos casos a razoável duração do processo

tem perdido protagonismo, o que se confirma que a preocupação exacerbada com o procedimento, torna o procedimento cada vez menos eficaz e conseqüentemente favorecendo o acúmulo de processos no judiciário.

5 O PRINCÍPIO DA NÃO-SURPRESA E O PODER DISCRICIONÁRIO DO MAGISTRADO

Primeiramente, imperioso mencionar que é evidente que inovações legislativas devem ocorrer em virtude das constantes mudanças na sociedade que a cada dia que passa tornam as relações mais dinâmicas.

Entretanto, o princípio constitucional que tanto em âmbito administrativo, quanto em âmbito judicial garante as partes a razoável duração do processo, vem sendo mitigado em virtude do protagonismo exagerado do princípio da não surpresa, como se vê nas palavras de Humberto Theodoro Júnior (2015).

Há, em semelhante conjuntura um confronto de princípios processuais de um lado, incidida a garantia constitucional de efetividade da tutela jurisdicional (CF, art. 5º XXXV) e de outro, a garantia também constitucional do contraditório (CF art. 5º, LV) [...] Sem dúvida o contraditório é da essência do processo democrático e justo. No entanto, a exigência de prévias audiências das partes não pode ser levada a um extremismo que comprometa a agilidade indispensável da prestação jurisdicional, também objeto da garantia constitucional. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 88)

A inclusão da disposição legal prevista nos artigos 09 e 10 do Novo Código de Processo Civil criou perigoso precedente para anular decisões que não possuem qualquer vício e que foram proferidas por juiz competente, somente porque não foi oportunizada a parte manifestar:

Art. 9º Não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida.

Parágrafo único. O disposto no caput não se aplica:

I - à tutela provisória de urgência;

II - às hipóteses de tutela da evidência previstas no art. 311, incisos II e III;

III - à decisão prevista no art. 701.

Art. 10. O juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício (grifos nosso). (BRASIL, 2015, grifo nosso)

A duração de um processo certamente não poderá ser delimitada, mas evidentemente, o que resta claro é que a conclusão do processo a tempo de se garantir a satisfação de direitos é medida que se impõe.

A inovação legislativa que deu protagonismo ao princípio do contraditório, ao prever a necessidade de oitiva das partes, foi defendida para evitar a chamada “decisão surpresa” no trâmite processual, entretanto, simultaneamente impediu o deslinde de questão que poderia *ex officio* ser decidida pelo magistrado, poupando tempo de ambas as partes, recursos e esforços do poder judiciário.

Ademais, a obrigatoriedade da intimação das partes disciplinada pelo artigo 10 da Lei 13.105/2015 vai na contramão do princípio do livre convencimento, é imperioso que a legislação processual não possibilite manobras meramente protelatórias de qualquer das partes, em prol da razoável duração do processo e do devido processo legal.

Aduz Humberto Theodoro Júnior (2015) sobre a necessidade de evitar dilações indevidas:

[...] O que se compreende nas garantias em questão, que se interligam umbilicalmente, não é o direito à celeridade processual à qualquer custo, mas a uma duração que seja contida no espaço de tempo necessário para assegurar os meios legais de defesa evitando “dilações indevidas”, mantido o equilíbrio processual no patamar do conjunto das garantias formadoras da ideia de processo justo na perspectiva da Constituição. (THEODORO JÚNIOR, 2015, p. 78)

O juiz como responsável por presidir o processo deve buscar a rápida solução do litígio e sempre que possível impedir que entraves prejudique o curso do processo, a inovação legislativa impede que o magistrado possa fazer o juízo de valor para intimar as partes quando se fizer necessário.

Pela instrumentalidade, diz-se que o processo deve servir como meio idôneo de realizar o direito das partes.

Resta claríssimo que o devido processo legal deve proteger as partes, o processo deve terminar o quanto antes, a efetividade da justiça está vinculada a celeridade da justiça, não se pode permitir manobras meramente protelatórias das partes, ou abrir “brechas” legais para a utilização artilosa da lei.

Vincular toda decisão judicial a manifestação das partes, é afrontar o poder discricionário do magistrado de julgar quando seria necessária ou não a intervenção dos integrantes da lide para proferir uma decisão, o sistema processual permite que no caso de insatisfação com qualquer decisão que a parte recorra e tenha sua reclamação novamente analisada, sobre o tema Humberto Theodoro Júnior (2004).

As questões incidentalmente discutidas e apreciadas ao longo do curso processual não podem, após a respectiva decisão, voltar a ser tratadas em fases posteriores do

processo. Não se conformando a parte com a decisão interlocutória proferida pelo juiz (art. 162, § 2º), cabe-lhe o direito de recurso através do agravo de instrumento (art. 522). Mas se não interpõe o recurso no prazo legal, ou se é ele rejeitado pelo tribunal, opera-se a preclusão, não sendo mais lícito à parte reabrir a discussão, no mesmo processo, sobre a questão. (THEODORO JÚNIOR, 2004, p. 488)

Deve-se evitar a todo custo que as inovações legislativas permitam que habilitados advogados utilizem de mecanismos no mínimo imorais para postergar a duração das ações, o princípio da não surpresa é muito importante, mas sua mitigação quando o juiz entendesse possível, cite-se casos que envolvam prescrição ou questões de ofício deveria ser permitido, em prol dos jurisdicionados que possuem a garantia constitucional da razoável duração do processo.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Apesar do Código de Processo Civil de 1973 ser considerado um bom diploma processual em virtude das inúmeras e necessárias mudanças da atualidade, tornou-se imperativo a adoção de uma nova legislação processual civil que abrangesse as diversas inovações e qualidades das legislações processuais já existentes no ordenamento jurídico, daí a criação de uma nova lei para regulamentar o processo civil nacional.

Nesse contexto, o fenômeno denominado neoconstitucionalismo que visa dar eficácia a Constituição da República ganhou destaque nas áreas do direito, inclusive no ramo do processo civil, influenciando no surgimento de uma nova fase do direito processual, o chamado neoprocessualismo que busca utilizar técnicas processuais a partir das bases constitucionais.

Conforme comprovado ao longo deste artigo, o Novo Código de Processo Civil inovou em diversos institutos, mas especialmente ao incluir de forma taxativa princípios constitucionais na nova legislação, especificamente no capítulo I “Das Normas Fundamentais e da Aplicação das Normas Processuais” com o intuito de harmonizar a legislação ordinária com a Constituição Federal da República.

No presente estudo, demonstrou-se que apesar da importante e necessária preocupação com os princípios do contraditório e não-surpresa, o zelo excessivo com o procedimento pode em determinados casos gerar um efeito antinômico com a razoável duração do processo, qual seja, tornar o procedimento mais moroso em prol de uma suposta garantia de ampla defesa.

Para melhor entendimento, esclarece-se que a nova legislação possui inúmeros avanços que tendem a garantir um processo mais justo para todas as partes, inclusive o viés garantista do novo código de processo civil é de se destacar juntamente com o protagonismo dado a Constituição Federal em relação a lei ordinária.

Ocorre que em específico nos artigos 09º e 10 da Lei 13.105/2015, o legislador ao se preocupar em demasia com a forma e tornar obrigatória a manifestação das partes antes de proferir qualquer decisão, sobrepôs o princípio do contraditório e da denominada não-surpresa em detrimento da razoável duração do processo que acertadamente foi de forma taxativa mencionada no artigo 4º da referida lei.

Nesse contexto, a harmonização de princípios constitucionais que inclusive estão taxativamente previstos no Novo Código de Processo Civil torna-se questão de extrema importância, afinal o Brasil possui milhares de processos que demandam solução, em nome da confiança do jurisdicionado no poder estatal de resolver os conflitos resta evidente a necessidade de um processo mais efetivo, incluindo a atividade satisfativa.

Como exposto neste artigo, caso algumas alterações na legislação com o intuito de dar mais dinamicidade ao processo, possibilitando que o juiz decida algumas questões como por exemplo: prescrição, ilegitimidade, falta de provas dentro outros, não sejam feitas, o procedimento pode-se tornar cada vez mais moroso.

Os números do Conselho Nacional de Justiça são alarmantes, afinal 80,1 milhões de processos em tramitação, somados com a intensa cultura de judicialização do país, tornará impossível uma solução em tempo razoável para as partes, inviabilizando o sistema judiciário brasileiro.

No ritmo atual das demandas, somente após 31 meses o estoque de processos seria zerado, o número é constrangedor e medidas devem ser tomadas pelo poder legislativo em conjunto com o poder judiciário.

O Estado tem e deve zelar pela razoável duração do processo, sustenta-se que uma pequena alteração legislativa nos artigos 09 e 10 da Lei 13.105/2015, possibilitando que o magistrado ao menos em questões a qual deva decidir de ofício possa proferir decisão sem a oitiva das partes, mitigando a obrigatoriedade de manifestação para proferir qualquer decisão.

Para solucionar a antinomia existente entre a razoável duração do processo e a obrigatoriedade taxativa da lei de manifestação das partes antes do juiz decidir, bastaria

realizar breve alteração na redação da lei, excepcionando no mínimo as questões as quais o juiz poderia decidir de ofício.

A hipótese mencionada na introdução dessa forma resta comprovada, pois apesar da necessidade de o processo judicial ser justo e com paridade de partes, é necessário relativizar algumas situações, como por exemplo: as questões que poderiam ser decididas de ofício, ou seja, imperioso seria mitigar princípios como forma de colaborar para que a parte vencedora do processo, alcance em tempo razoável a solução da demanda, impedindo manobras com caráter meramente protelatório.

Para tanto, a legislação processual deve ser o principal mecanismo para resolução do grave problema que atinge o judiciário brasileiro, qual seja: a morosidade na solução dos litígios, problema que está diretamente ligado ao sinuoso caminho que os jurisdicionados percorrem para alcançar o fim do procedimento e posteriormente a tutela satisfativa.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Areken de. *Manual da execução*. 11. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil* – Brasília: Senado Federal. – Subsecretaria de Edições Técnicas. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/496296>. Acesso em 15 abr. 2019.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm Acesso em 16 abr. 2019.

_____. *Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973*. Código de Processo Civil de 1973. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5869compilada.htm. Acesso em 15 abr. 2019.

_____. *Lei 13.105, de 16 de março de 2015*. Código de Processo Civil de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 15 abr. 2019.

_____. Superior Tribunal de Justiça-STJ. *Recurso Especial: REsp nº. 1.676.027*. Ministro Relator Herman Benjamin. DJE 11/10/2017. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201701314840&dt_publicacao=19/12/2017. Acesso em 15 abr. 2019.

BUENO, Cássio Scarpinella. *Manual de Direito Processual Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais*,

políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CARVALHO DIAS, Ronaldo Brêtas de; SOARES, Carlos Henrique; BRÊTAS, Suzana Oliveira Marques; DIAS, Renato José Barbosa, BRÊTAS, Yvonne Mól. *Estudo sistemático do NCPC (Com as alterações introduzidas pela Lei nº 13.256, de 4/2/2016)* – Belo Horizonte: Editota D'Plácido, 2016.

DINAMARCO, Cândido. *Execução civil*. São Paulo: Malheiros, 2002.

DIDIER JÚNIOR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao direito processual civil e processo de conhecimento*. Salvador: JusPodivm, 2011.

DONIZETTI, Elpídio. *Curso de direito processual civil. 19ª ed. Revisada e completamente reformulada conforme o novo CPC – Lei 13.105, de 16 de março de 2015 e atualizada de acordo com a Lei 13.256 de 04 de fevereiro de 2016*. São Paulo. Atlas 2016.

GONÇALVES, Claudia Simone. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17408. Acesso em 15 abr. 2019.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional esquematizado*. 16 ed. São Paulo. Saraiva, 2012.

MARIONI, Luiz Guilherme, ARENHART, Sérgio Cruz, MITIDIERO, Daniel. *Novo código de processo civil comentado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil comentando: com remissões e notas comparativas ao CPC/1973*. 4. ed.rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

MIGALHAS. *Comissão de Juristas trabalhos de elaboração do novo CPC*. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI98249,91041-Comissao+de+Juristas+comeca+hoje+trabalhos+de+elaboracao+do+novo+CPC>. Acesso em 15 abr. 2019.

SENADO FEDERAL. *Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil/Comissão de Juristas Responsável pela Elaboração do Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil* – Brasília: Senado Federal. 2010 – Subsecretaria de Edições Técnicas p.27. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496296/000895477.pdf?sequence=1>. Acesso em: 17 nov. 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*. v. I. 56 Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

_____. *Curso de direito processual civil*. v. I. 41. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____, NUNES Dierle, BAHIA, Alexandre Melo Franco, PEDRON, Flávio Quinaud. *Fundamentos e sistematização Lei 13.105 de 16.03.2015*. v. I. 41. Ed. Rio de Janeiro:

Forense, 2004.

WAMBIER, Luiz Rodrigues. ALVIM WAMBIER Teresa Arruda. *Temas essenciais do novo CPC: análise das principais alterações do sistema processual civil brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

A UTILIZAÇÃO DE PROGRAMA DE EXTENSÃO UNIVERSITÁRIA COMO
CONTRIBUTO AO ENSINO JURÍDICO: UMA ANÁLISE A PARTIR DA PARTICIPAÇÃO
DISCENTE DE PROGRAMA DE EXTENSÃO CURSO DE DIREITO NA UNIVERSIDADE
DE FORTALEZA

*THE USE OF UNIVERSITY EXTENSION PROJECT AS A CONTRIBUTE ON LEGAL
EDUCATION: AN ANALYSIS OF THE PARTICIPATION OF STUDENT IN THE
“PROGRAMA CIDADANIA ATIVA” OF THE LAW SCHOOL OF THE UNIVERSITY OF
FORTALEZA*

Monica Mota Tassigny;¹

Lucas Macedo Lopes.²

Resumo: O desafio de transpor a qualidade de ensino previsto para a realidade faz com que as universidades busquem soluções para a formação adequadas dos seus alunos. A preocupação em proporcionar vivências práticas com o que é visto na teoria estimulam a criação de projetos de extensão acadêmica. Tais soluções podem ser vistas como forma de combater à crise do ensino jurídico que, de tempos em tempo, mostram novos desafios. Discute-se e se contextualiza a crise do ensino jurídico da década de 1990 até o presente e formas de se atingir um ensino de qualidade. O presente artigo vem analisar em que medida projetos de extensão contribuem para a formação que é exigida dos operadores do direito no século XXI. Como estudo de caso, foi escolhido o Programa Cidadania Ativa (PCA), projeto de extensão criado no ano de 2001 no Curso de Direito da Universidade de Fortaleza, sendo este um programa voluntário aberto a todos os estudantes universitários e voltado ao atendimento social maneira extrajudicial. A metodologia da pesquisa foi pura, exploratória, descritiva, utilizando fontes bibliográficas e estudo de caso, sendo os dados mais sensíveis colhidos através de uma pesquisa quantitativa e qualitativas no período compreendido entre o dia 24 de outubro de 2018 ao dia 8 de novembro de 2018, por meio de um formulário elaborado no Google Forms, onde os participantes não foram identificados e disponibilizado por meio dos canais oficiais de comunicação interna da referido universidade e redes sociais. Evidenciou-se que os alunos envolvidos no PCA são mais propensos a se tornarem profissionais críticos e mais criativos, além de proporcionar melhor fixação dos conteúdos teóricos que são ensinados em sala de aula, sendo a vivência do projeto de extensão importante ferramenta para atingir os objetivos da legislação educacional vigente.

Palavras-Chave: Metodologia Ativa de Ensino. Ensino Jurídico. Programa Cidadania Ativa. Projeto de Extensão. Universidade de Fortaleza.

¹ Professora Dr^a Titular do do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (PPGD/UNIFOR). Doutorado em Sócio-Economie du développement - Ecole des Hautes Études en Sciences Sociales e doutorado em Educação pela Universidade Federal do Ceará.

² Advogado. Mestrando em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza. Bolsista da Fundação Cearense de Apoio ao Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FUNCAP).

Abstract: The challenge of transposing the quality of teaching provided for reality means that universities seek solutions for the appropriate training of their students. The concern to provide practical experiences with what is seen in the theory stimulates the creation of projects of academic extension. Such solutions can be seen as a way to combat the crisis of legal education that, from time to time, present new challenges. The crisis of legal education from the 1990s to the present and ways to achieve quality education is discussed and contextualized. This article examines the extent to which extension projects contribute to the training that is required of legal practitioners in the 21st century. As a case study, the Programa Cidadania Ativa (PCA) was created, an extension project created in 2001 at the Law Course of the University of Fortaleza, which is a voluntary program open to all university students aimed at social care extrajudicial way. The research methodology was pure, exploratory, descriptive, using bibliographical sources and case study, the most sensitive data being collected through a quantitative and qualitative research in the period between October 24, 2018 to November 8, 2018 through a form developed in Google Forms where the participants were not identified and made available through the official communication channels of said university and social networks. It was evidenced that the students involved in the PCA are more likely to become critical and creative professionals, besides providing better fixation of the theoretical contents that are taught in the classroom, being the experience of extension project an important tool to reach the objectives of current educational legislation.

Keywords: Active Teaching Methodology. Legal Teaching. *Cidadania Ativa* Program. University Extension project. University of Fortaleza.

1 INTRODUÇÃO

O ensino jurídico apresenta uma série de desafios que necessitam de uma aproximação da realidade para não formar bacharéis destoantes da realidade que se apresenta. A preocupação se agrava com o número autorizado³ de faculdades de direito pelo Ministério da Educação (MEC). Mais do que apresentar o ordenamento jurídico ao discente, é imperativo que a capacitação acadêmica ocorra de forma que o futuro profissional possa aplicar o que se aprendeu de acordo com as necessidades apresentadas pela sociedade.

Há um constante embate, para às ciências jurídicas, de permitir a autonomia do discente na construção do conhecimento e fugir da figura tradicional de que o professor detém o conhecimento. As aulas teóricas apresentam um desafio de irem além de métodos

³ Pelo portal e-MEC, é possível realizar busca utilizando a “consulta textual” por curso e colocando o nome “Direito”. Ao total, incluindo cursos em desativação, o número de graduações na seara jurídica gira em torno de 1.500 (hum mil e quinhentas). Disponível em: <http://emec.mec.gov.br/>. Acesso em 30 out. 2018.

expositivos do conteúdo. Os cursos de direito, pelos atuais regulamentos, são obrigados a dispor de estrutura para a realização prática de estágio jurídico, mas também de atividades complementares que auxiliem no processo de conhecimento.

A teoria (e a prática) expõe uma série de metodologias de ensino que podem ser aplicadas na realidade. Um dos desafios é conseguir adequar (e adaptar) o que a teoria expõe para a prática. Cada segmentação do saber possui peculiaridades não só na formação educacional do discente, mas existem desafios extra muros da universidade onde os profissionais que se formam precisam atender as mais diversas demandas de uma sociedade cada vez mais complexa.

Desta forma, a pergunta de partida foi: em que medida um projeto de extensão que utiliza a metodologia ativa é capaz, de acordo com os regramentos vigentes e com as perspectivas da necessidade que o futuro mercado de trabalho já exige, contribuir ou não com o ensino do futuro bacharel em direito?

Essa pergunta foi motivada pelos requisitos para o futuro advogado apontados por Cohen (2017)⁴ bem como o estudo *future of jobs* do Fórum Econômico Mundial. Além disso, o atual regramento sobre os cursos de direito (e o futuro que aguarda homologação) exige que a formação do discente contemple o caráter geral, humanística e axiológica, também buscando a valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica.

Para compreender as consequências do ensino pedagógico que utiliza metodologias ativas por meio de programas de extensão, escolheu-se o Programa Cidadania Ativa (PCA) como estudo de caso, criado no âmbito do curso de direito da Universidade de Fortaleza (UNIFOR) no ano de 2001, por se crer que a vivência prática ao longo da graduação tem a capacidade maior de que os conteúdos teóricos que são lecionados em sala de aula possam ser comparados à realidade, onde as incertezas e complexidades dos casos reais já são apresentadas aos futuros bacharéis em direito.

O programa de extensão foi escolhido em destaque. A metodologia da pesquisa utilizada foi de caráter exploratório e descritivo, bem como qualitativa e quantitativa. Foi realizada uma colheita de dados por meio de pesquisa bibliográfica, documental bem como

⁴ A fonte será melhor trabalhada na seção a seguir.

com o auxílio de aplicação de questionário para alunos que são (ou já foram) participantes do referido projeto. Tendo em vista que a obtenção das respostas foi feita nos moldes de “opinião pública” (*survey*), com a impossibilidade de identificação individualizada de quem respondeu bem como tendo sido devidamente esclarecido aos participantes os objetivos para os quais o questionário foi elaborado, não foi necessário submeter a pesquisa ao Conselho de Ética da UNIFOR⁵.

Ademais, o referido questionário foi elaborado utilizando a plataforma do Google Forms, sendo aplicado no período compreendido entre o dia 24 de outubro de 2018 ao dia 8 de novembro de 2018, o mesmo foi desenvolvido para contemplar os atuais participantes discentes bem como os anteriores (recebendo a participação de 118 – cento e dezoito – indivíduos). O endereço de acesso eletrônico foi disponibilizado inicialmente por meio dos canais de comunicação oficial entre o PCA e os (ex)participantes (e-mail e sistema interno de comunicação da universidade). Ademais, como meio de atingir um maior número de indivíduos, o questionário disponibilizado também foi divulgado através de grupos em redes sociais (Facebook e WhatsApp relacionados aos discentes do curso de direito).

Assim, com as respostas colhidas e analisadas, é possível extrair conclusões que possam dar o indicativo da influência de projetos de extensão - como o PCA - na formação do discente em direito e no possível contributo à chamada “crise do ensino jurídico” no Brasil. É certo que não serão apenas projetos extramuros que vão melhorar a qualidade do ensino no país, é preciso uma concatenação de ideias entre os as disposições legais que regulamentam os cursos de direito, os programas pedagógicos, o compromisso dos docentes e, principalmente, de um ensino que atenda às necessidades sociais e mercadológicas do formando.

2 DO COMBATE À CRISE DO ENSINO JURÍDICO NO BRASIL CONTEMPORÂNEO

⁵ O regramento que orienta as pesquisas envolvendo humanos é a Resolução nº 510, de 07 de abril de 2016 do Conselho Nacional de Saúde. Assim dispõe a referida resolução: “Art. 1º Esta Resolução dispõe sobre as normas aplicáveis a pesquisas em Ciências Humanas e Sociais cujos procedimentos metodológicos envolvam a utilização de dados diretamente obtidos com os participantes ou de informações identificáveis ou que possam acarretar riscos maiores do que os existentes na vida cotidiana, na forma definida nesta Resolução. Parágrafo único. Não serão registradas nem avaliadas pelo sistema CEP/CONEP: I – pesquisa de opinião pública com participantes não identificados; [...] Art. 2º Para os fins desta Resolução, adotam-se os seguintes termos e definições: [...] XIV – pesquisa de opinião pública: consulta verbal ou escrita de caráter pontual, realizada por meio de metodologia específica, através da qual o participante, é convidado a expressar sua preferência, avaliação ou o sentido que atribui a temas, atuação de pessoas e organizações, ou a produtos e serviços; sem possibilidade de identificação do participante; [...]”.

A busca pela formação adequada dos bacharéis em direito é uma preocupação constante na doutrina desde a década de 1970. O isolamento das escolas de direito foi uma tendência apontada por Bastos (1998, p. 238) antes delas se integrarem às universidades. O referido autor indica que as faculdades de direito perderam sua autonomia epistemológica ao se transformarem em departamentos bem como foram prejudicadas pela utilização de métodos de ensino considerados arcaicos com contradições entre a discussão nos primeiros ciclos da formação do estudante como uma ciência social e, posteriormente, no ciclo profissional, o ensino da norma positiva destoadada da realidade brasileira que se transformava (1998, p. 239).

O entendimento de uma crise do ensino pode ser compreendido como a capacidade de não transposição do ensino jurídico tradicional as condições da era moderna de aplicação e produção das normas (FILHO FREITAS, 2013, p. 72). É preciso ponderar também que as mudanças sociais e econômicas brasileiras ajudaram a transformar as necessidades apresentadas pela sociedade. Passou-se de um país predominantemente rural para urbano e, como consequência das aglomerações cada vez mais numerosas, dos conflitos dos mais diversos (segurança pública, questão da propriedade privada, os inter-relacionamentos, dentre outros).

Faria (1986, p. 48) já levantava que a estrutura de ensino do direito já não cabia mais ser construída sob uma estrutura excessivamente dogmática em sua grade curricular, além de depositar na figura do docente a autoridade máxima onde os discentes precisam se adaptar a ele (além de não haver espaço ao exercício crítico do conhecimento). Não foi intenção do autor menosprezar a figura do professor, mas tão logo ponderar que as transformações na década de 1980 eram dos advogados, liberais em sua maioria, estavam cada vez mais exercendo o trabalho assalariado e as exigências da sociedade estavam indo além do que era visto na faculdade.

Ademais, o ensino jurídico, de acordo com o modelo clássico, era construído sobre a “[...] supremacia de normas genéricas e abstratas [...]” onde os regramentos do ordenamento legal tinham um papel de destaque, onde a interpretação legal pelos juristas dos fatos concretos atendia, em certa medida, a prática social (CARRION, 1999, p. 73). Entretanto, as desigualdades, as crises sociais e intervenções do Estado em campos da economia (alguns dos elencados pelo referido autor), não mais se adequam as soluções interpretativas para a

sociedade que se foi construindo. Esses apontamentos incidem, diretamente, sobre a formação dos que operam o direito, que exigem do profissional capacidades e competências cada vez mais complexa para atender a sociedade cada vez intrincada.

As reformas do ensino evitavam (ou não abordavam) a questão do método que se era ensinado por tradição ao ensino português (Coimbra) que permeava os cursos até então. Bastos (1998, p. 249) frisou que “O modelo questionativo, o *case method*, divergente do modelo discursivo ou descritivo, utilizado principalmente nos países de origem anglo-saxônica, nunca foi incentivado no Brasil” (até então). Para se evitar anacronismos, é sabido que as reformas feitas a partir de 1994 (muito influenciadas pela Constituição Cidadã) buscaram incentivar, mesmo que de uma maneira mais tímida, o exercício de outros métodos de aprendizagem pelo exercício da prática.

Uma das maneiras concretas de se adequar o ensino jurídico à realidade social se dá por meio de vivências práticas pelo discente em projetos de extensão acadêmica bem como de atividades complementares à sua formação. Nessa esteira do pensamento, a Portaria Ministerial nº 1.886/1994 do Ministério da Educação e do Desporto era o último regramento jurídico que regulamentava os cursos jurídicos no Brasil. Dele, é possível extrair dos art. 3º e 4º que:

Art. 3º O curso jurídico desenvolverá atividades de ensino, pesquisa e extensão interligadas e obrigatórias, segundo programação e distribuição aprovadas pela própria Instituição de Ensino Superior, de forma a atender às necessidades de formação fundamental, sócio-política, técnico-jurídica e prática do bacharel em direito.

Art. 4º Independentemente do regime acadêmico que adotar o curso (seriado, crédito ou outro), serão destinados cinco a dez por cento da carga horária total para atividades complementares ajustadas entre o aluno e a direção ou coordenação do curso, incluindo pesquisa, extensão, seminários, simpósios, congressos, conferências, monitoria, iniciação científica e disciplinas não previstas no currículo pleno. (MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E DO DESPORTO, 1994, grifo nosso)

Percebe-se aqui, pelo teor da Portaria, que a formação do operador do direito estava mais volta a competências técnicas do que propriamente humanistas. Havia disposições sobre estágio jurídico, atendimento à população em escritórios de prática mantidos pelas instituições de ensino superior, porém incipientes quanto ao aprofundamento de outras habilidades necessárias aos bacharéis em direito.

Loiola e Tassigny (2017, p. 63) destacam que a atitude passiva da absorção do ensino pelos discentes do curso de direito em aulas expositivas não ajuda na potencialização das capacidades necessárias do futuro profissional. Isto se deve, entre outros motivos, devido ao

ensino da teoria sem a formação interdisciplinar necessária do aluno não consegue ser suficiente eficiente para desenvolver as capacidades de crítica, de raciocínio e de retórica.

Decerto, a Portaria estabelecia as bases necessárias ao funcionamento do curso de direito, porém não o fizera de maneira mais detalhada. Assim, como não havia padrão bem estipulado pelo regramento legal, o desenvolvimento de atividades de extensão que colocasse o aluno com a realidade jurídico-social ficava a cargo aos parâmetros de cada instituição de ensino. Holanda (2005, p 7) bem recobrou que era “[...] necessário ir além da norma e de suas fronteiras. O objetivo é construir um Projeto Pedagógico capaz de gerar profissionais aptos ao exercício das funções jurisdicionais, conjugando sua função a uma perspectiva de inclusão social”.

Gomes e Tassigny (2018, p. 167-168) apontam que a prática dos profissionais do direito, como o Juiz, é que a atuação se dá por meio dos “juristas práticos” que não tem costume de aplicar, à realidade social, a Lei como em um exercício de criticar e se adequar ao que acontece “no mundo real” motivados, muitas vezes, pela ausência ou falta de estímulo ao pensamento crítico. Se é necessário não ver o direito apenas como uma reprodução mecânica de dispostos normativos aos fatos, mas de uma adequação capaz de atender às reais necessidades da sociedade (onde aqui se revela, também, a necessidade da formação dos bacharéis em direito com maior capacidade de criatividade e raciocínio crítico dentro dos cursos de direito).

A redação ficou mais adequada com a adoção da Resolução do Conselho Nacional de Educação (CNE) e da Câmara de Educação Superior (CES) nº 9/2004 (posteriormente alterada pela Resolução CNE/CES nº 3, de 14 de julho de 2017). O art. 3º trouxe a seguinte redação:

Art. 3º. O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, adequada argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício da Ciência do Direito, da prestação da justiça e do desenvolvimento da cidadania. (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2017, grifo nosso)

Percebe-se aqui um maior cuidado com a formação futuro jurista para além da interpretação legal dos fatos ao ordenamento jurídico. Aqui, como salienta Castro (2013, p. 125), os cursos de direito têm como atual desafio [...] “‘transformar’ esses estudantes em seres filosóficos, éticos e políticos, responsáveis pela grande transformação social requerida,

para a garantia dos direitos de liberdade, igualdade, e justiça, promovendo a dignidade plena do ser humano e a almejada paz social”.

A formação doutrinária e com base nas leis não atendem mais às necessidades sociais e de mercado. É exigido transformações substanciais para aqueles que enveredam na graduação em direito e é dever das Instituições de Ensino Superior (IES) que proporcionem tal capacitação aos seus alunos. Da Resolução CNE/CES nº 9/2004 é possível perceber maior destaque a formação prática do discente:

Art. 5º O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação:

[...]

III - Eixo de Formação Prática, objetiva a integração entre a prática e os conteúdos teóricos desenvolvidos nos demais Eixos, especialmente nas atividades relacionadas com o Estágio Curricular Supervisionado, Trabalho de Curso e Atividades Complementares.

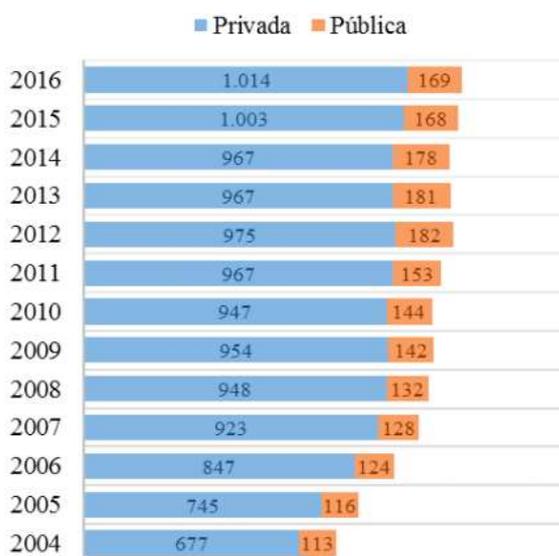
[...]

Art. 8º As atividades complementares são componentes curriculares enriquecedores e complementadores do perfil do formando, possibilitam o reconhecimento, por avaliação de habilidades, conhecimento e competência do aluno, inclusive adquirida fora do ambiente acadêmico, incluindo a prática de estudos e atividades independentes, transversais, opcionais, de interdisciplinaridade, especialmente nas relações com o mercado do trabalho e com as ações de extensão junto à comunidade. (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2004, grifo nosso)

Percebe-se a evolução de pensamento do ensino jurídico quando da adoção da nova disposição normativa. A norma, por ser generalista, tem o desafio de estabelecer as premissas pedagógicas que permeiam o curso de direito. Porém, ela precisa ter um conteúdo mínimo para que as faculdades de direito sejam obrigadas no sentido de se buscar uma formação de qualidade.

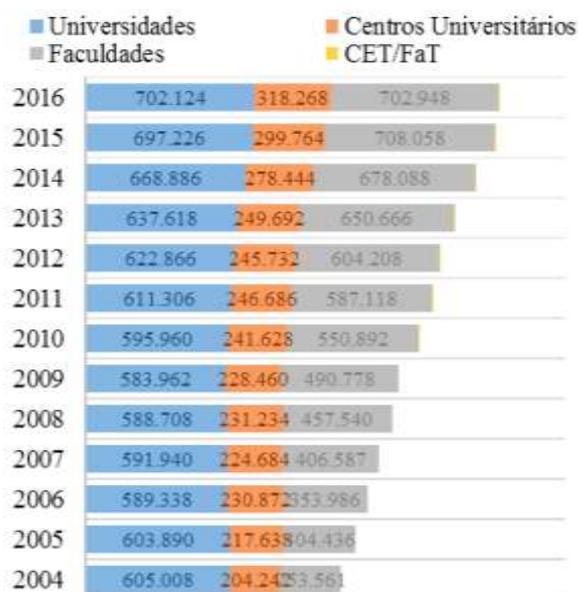
Tendo em vista a necessidade de compreensão do atual panorama do ensino jurídico no Brasil, o Parecer CNE/CES nº 635/2018, aprovado em 4 de outubro de 2018, aprovou a revisão das diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito no país. Ou seja, quatorze anos depois da norma vigente, estamos diante de um novo marco regulatório do ensino jurídico. O parecer trouxe, em seu relatório, dados do panorama macro do referido curso:

Gráfico 1 - INSTITUIÇÕES DE EDUCAÇÃO SUPERIOR (IES) QUE OFERTARAM CURSO DE DIREITO NO BRASIL DE 2004 A 2016



Fonte: CNE/CES (2018, p. 8)

Gráfico 2 - MATRÍCULAS NOS CURSOS DE DIREITO NO BRASIL DE 2004 A 2016



Fonte: CNE/CES (2018, p. 8)

Por esses números, é possível perceber que o total de ofertas de cursos de direito por IES passou de 790 no ano de 2004 para 1.183 em 2016 (conforme dado na nota de rodapé 3, esse número gira em torno de 1.500 graduações na seara jurídica). Ademais, o número de estudantes matriculados passou de 1.062.811 para 1.723.373 no ano de 2016 (o número deve ser maior, tendo em vista o maior número de cursos autorizados a funcionar pelo MEC desde 2016 até o presente momento).

Do retromencionado parecer (que está aguardando homologação) o mesmo assim vem a prescrever que:

Art. 2º No Projeto Pedagógico do Curso (PPC) deverão constar: [...]

V - formas de realização de interdisciplinaridade, de mobilidade nacional e internacional, de incentivo à inovação e de outras estratégias de internacionalização, quando pertinente;

VI - modos de integração entre teoria e prática, especificando as metodologias ativas utilizadas; [...]

IX - incentivo, de modo discriminado, à pesquisa e à extensão, como fator necessário ao prolongamento da atividade de ensino e como instrumento para a iniciação científica;

X - concepção e composição das atividades de prática jurídica, suas diferentes formas e condições de realização, bem como a forma de implantação e a estrutura do Núcleo de Práticas Jurídicas (NPJ);

XI - concepção e composição das atividades complementares; [...]

§ 3º As atividades de ensino dos cursos de Direito devem estar articuladas às atividades de extensão e de iniciação à pesquisa. [...]

Art. 7º Os cursos deverão estimular a realização de atividades curriculares de extensão ou de aproximação profissional que articulem o aprimoramento e a

inovação de vivências relativas ao campo de formação, podendo, também, dar oportunidade de ações junto à comunidade ou de caráter social, tais como clínicas e projetos. (CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO, 2004, grifo nosso)

Da leitura dos trechos destacados, percebe de maneira clara a necessidade de metodologias para o ensino do direito dentro das faculdades de direito, além do maior estímulo a práticas de programas de extensão. Sem a concatenação entre o que é visto na teoria e aplicação prática (ainda na faculdade), o futuro profissional tende a se destoar das necessidades que a realidade lhe impuser (o que é prejudicial não só para si, mas aos que buscam auxílio do operador do direito)

Aqui cabe um adendo no que concerne às habilidades necessárias dos profissionais do século XXI. De acordo com o Fórum Econômico Mundial (2018, p. 12), as habilidades que hoje estão em evidência pelo mercado de trabalho (como um todo) são (ordenados pela importância de maneira decrescente): Pensamento analítico e inovação; Resolução de problemas complexos; Pensamento crítico e análise; Aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem; Criatividade, originalidade e iniciativa; Atenção aos detalhes, confiabilidade; Inteligência emocional; Raciocínio, resolução de problemas e ideação; Liderança e influência social; Coordenação e gerenciamento de tempo.

Pelo mesmo estudo, a projeção para o ano de 2022 é que as três maiores habilidades serão (nessa ordem): Pensamento analítico e inovação; Aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem e; Criatividade, originalidade e iniciativa. Na mesma esteira, as competências que estão sendo paulatinamente decrescendo em importância (para daqui há 4 anos) são as seguintes: Destreza manual, resistência e precisão; Memória, habilidades verbais, auditivas e espaciais; Gestão de recursos financeiros e materiais; Instalação e manutenção de tecnologia; Leitura, escrita, matemática e escuta ativa; Gestão de pessoal; Controle de qualidade e conscientização de segurança; Coordenação e gerenciamento de tempo; Habilidades visuais, auditivas e de fala e; Uso, monitoramento e controle de tecnologia. Algumas dessas características atingem, de sobremaneira, o profissional jurídico, o que torna um agravante ao desafio de buscar a formação pautado nas necessidades do nosso tempo (e futuro).

No que tange ao futuro advogado, Cohen (2017) expõe que as habilidades do advogado do futuro (e, por que não, já do presente) são: entender a aplicação e o impacto da tecnologia na prestação de serviços jurídicos; a capacidade de gerenciamento de projetos e processos; uma habilidade de negociação básica (para além da litigância); a capacidade de gerenciamento de clientes; saber trabalhar de modo colaborativo e em equipe; saber realizar

vendas e marketing; ter a compreensão do desenvolvimento do mercado legal de espectro global; uma consciência cultural para identificar as formações de profissões globais e; a necessidade de se ter inteligência emocional bem como as chamadas habilidades interpessoais. Desta feita, é salutar se debruçar, de maneira breve, sobre as metodologias ativas na formação do bacharel em direito.

3 ANÁLISE DA ESTRUTURAÇÃO DO CURSO DE DIREITO DE UMA UNIVERSIDADE PRIVADA

O programa pedagógico do curso (PPC) de direito da UNIFOR se preocupa em encontrar um equilíbrio na formação discente entre o arcabouço teórico e o aprimoramento técnico buscando uma educação jurídica que possa atender as demandas locais e globais além de se coaduna com a pluralidade de ideias e os anseios inerentes à cidadania (2018, p. 11). A formação contemporânea do bacharel em direito vai além do que adequar fatos à uma legislação posta: significa materializar a função social do direito.

O curso se apoia nos três pilares da universidade a que está ligada: ensino, pesquisa e extensão. Essa tríade faz com que o aprendizado não fique restrito à sala de aula, mas oportuniza aos alunos e incentiva o engajamento na realização de pesquisas científicas (sejam elas voluntárias ou com bolsa de estudos) além do estímulo à participação de projetos de extensão (Monitoria; Núcleo de Mediação e Conciliação, o próprio Programa Cidadania Ativa, entre outros).

O curso é composto por três diretrizes centrais que estruturam o Projeto Pedagógico: a “integração dos saberes”; a “pesquisa” e; a “aprendizagem significativa” (este último pautado em uma aprendizagem que combate a perspectiva do ensino não reflexiva de aprendizagem e conteudista). Além disso, também possui três eixos de formação, quais sejam: a “fundamental”; a “profissional” e o “prático”, sendo materializando tantos nas atividades desenvolvidas no Escritório de Prática Jurídica (EPJ) como no Programa Cidadania Ativa (UNIFOR, 2018, p. 12). Aqui, também cabe destacar que as variadas formas de atendimento à comunidade desenvolvidas no âmbito do curso de direito são denominadas como “Sistema Multiportas de Atendimento”, uma vez que envolve a assistência psicológica, social, mediação familiar, entre outros, sendo os sujeitos ativos do aprendizado os alunos.

O projeto pedagógico busca formar o bacharel em direito com enfoque regionalista para se aproximar das situações sociais aos quais o direito busca regular. A graduação vai além da formação dogmática, se preocupando no desenvolvimento de habilidades que tenham contribuído para a formação de criticidade e autonomia do profissional que é exigido pela sociedade (UNIFOR, 2018, p. 13).

Dentro do arcabouço pedagógico, percebe-se a preocupação na formação discente enquanto ator de transformação social ao formar pessoas preocupadas com as necessidades sociais. (UNIFOR, 2018, p. 13). O direito, enquanto lei posta, não materializa a justiça social se os operadores não tiverem a sensibilidade para compreender o que a sociedade exige e como se pode utilizar do ordenamento jurídico na persecução de um bem-estar coletivo.

Tal programa pedagógico segue aos valores que a própria universidade possui (UNIFOR, 2018, p. 20 a 21) como, dentre os elencados, o “respeito ao homem e à sua diversidade, aos princípios democráticos e aos direitos humano”; a “responsabilidade social e ambiental” e “contribuição com as transformações científicas, econômicas, políticas e culturais e tecnológicas”.

Não é para menos que dentre os objetivos específicos do curso de direito (UNIFOR, 2018, p. 37) exista a preocupação de “habilitar o discente a investigar a problemática jurídica com base em uma visão interdisciplinar, por meio de pesquisa, da extensão e das atividades complementares desenvolvidas ao longo do Curso” e “articular teoria e prática a partir do eixo de formação fundamental [...]”.

O Projeto Pedagógico em questão prescreve uma formação discente pautado na formação de um aluno com capacidade crítica bem como proporcionar vivências práticas para perceber a materialização do direito sobre os fatos da realidade. Projetos de extensão (como o objeto de estudo) são laboratórios metodológicos que precisam periodicamente avaliados para identificar o que se precisa melhorar e o que precisa ser preservado.

4 DAS METODOLOGIAS DE ENSINO ATIVAS

O método tradicional de ensino é o expositivo, o qual o docente - supostamente detentor do conhecimento - expõe o conteúdo à ser absorvido pelos discentes. Decerto que essa visão simplista da maneira de passar o conhecimento pode, a priori, reduzir a visão que se tem do ensino. A base pode ser essa, desde que o professor possa se utilizar de

metodologias variadas dentro de sala de aula para lecionar de uma maneira mais empática com os alunos. De maneira ilustrativa, Diesel, Baldez e Martins (2017, p. 273) apontam quais sejam os princípios que constituem as metodologias ativas de ensino:

Figura 1 - PRINCÍPIOS QUE CONSTITUEM AS METODOLOGIAS ATIVAS DE ENSINO



Fonte: DIESEL; SANTOS BALDEZ; NEUMANN MARTINS, 2017.

Essa sistemática aponta as diretrizes de metodologias ativas aos quais o discente não só é o centro do processo de ensino e aprendizagem, como deve ser materializado de formas outras que a mera transcrição de conceitos. O conhecimento não é apenas lecionado dentro de uma sala de aula: as práticas de ensino que utilizam de pesquisa de campo e de vivências práticas não só devem ser oportunizadas como também estimuladas por parte das instituições à uma formação mais sólida dos futuros profissionais.

Para o ensino jurídico, Ghirard (2009) organizou obra onde são contempladas algumas metodologias para o ensino nas faculdades de direito. Dentre elas podemos destacar, de acordo com Ramos e Schorscher (p. 49) o Método de Caso que consiste na valorização da construção da solução do aluno a partir da apresentação de um caso real (no caso do ensino jurídico, a tendência é apresentar decisões judiciais aos discentes).

Também é possível destacar o *Problem-Based Learning* (PBL), o qual os discentes são os protagonistas do processo de aprendizado e detém todo o processo para buscar a solução ao problema proposto (tal qual como aconteceria com um caso real). A análise dos casos

pode se dar por meio de casos hipotéticos ou reais com elementos jurídicos ou não (PEREIRA, 2009, p. 69-70). Ademais, as Clínicas de Direito que vão além de escritórios de prática jurídica (EPJs).

A tendência natural ao estabelecer um “laboratório de prática” aos alunos do direito é fazer com que os mesmos vivenciem os problemas jurídicos sobre uma ótica processualista, recebendo os fatos concretos por usuários dos EPJs e dando os encaminhamentos tradicionais (elaboração de petições jurídicas e encaminhamento ao Poder Judiciário. Scabin e Acca (2009, p. 2 e 3), as clínicas lidam com causas reais, porém os discentes são encorajados a elaborar soluções para problemas que não tem resposta pronta ou que a resposta “tradicional” que se apresenta não seja satisfatória.

O docente ainda funciona como uma espécie de guia, onde ele não apresenta o certo ou errado ao aluno e sim encoraja e estimula múltiplas soluções onde o aluno irá aprender com seus erros e com acertos. Percebe-se, das metodologias ativas acima retratadas, que todas elas envolvem uma participação maior dos discentes com a presença de problemas reais. Projetos de extensão, como o Programa Cidadania Ativa, representam a materialização de apresentar questões reais que estão em consonância da realidade sociojurídica à qual os alunos irão lidar depois de formados.

5 SOBRE O PROJETO DE EXTENSÃO CIDADANIA ATIVA E A ANÁLISE DOS RESULTADOS COLHIDOS

A regulação mais recente sobre a temática foi a que adveio da Resolução do Conselho do Centro de Ciências Jurídicas (CONCENTRO/CCJ) nº 04/2013 que regulamenta a Assessoria de Projetos Especiais. A referida Assessoria tem como escopo realizar o ensino jurídico de maneira multidisciplinar, humanizado bem como proporcionando um meio a efetivação da melhor Produção de Justiça na sociedade contemporânea que é complexa.

A responsabilidade da supramencionada assessoria é de coordenar os projetos que são desenvolvidos no âmbito do CCJ que tenham relação com a conscientização da responsabilidade social que os operadores jurídicos possuem bem como da materialização dos direitos na sociedade. Isso se coaduna com o ensino voltado à uma formação humanística do discente para que possa vivenciar melhor as experiências de cidadania embasados no que estudam nas disciplinas teóricas.

O Projeto Cidadania Ativa (PCA) está diretamente ligado à assessoria, desenvolvendo uma série de projetos menores que abordam as mais variadas temáticas práticas para potencializar o aprendizado universitário. O cerne do programa é ofertar, dentro de projetos⁶ ligados ao PCA, atender questões que envolvem as demandas da sociedade sob um olhar para além da sala de aula. A participação dos docentes responsáveis por cada um dos projetos ligados ao PCA bem como dos estudantes que os integram é de caráter voluntário. Holanda (2005) afirmara que:

[...] ressalta a importância da história no processo de criação acadêmica, bem como a interdisciplinariedade, [...] a criação do Projeto Cidadania Ativa, posto em prática em 2001.1, visando à adoção de um novo modelo de Projeto Pedagógico democrático e participativo, a partir de uma educação desencadeadora da consciência de cidadania, viabilizada através deste novo modelo pedagógico, que serve de ponte entre a sociedade e a universidade. A partir 2001, o EPJ, conjuntamente com o Projeto Cidadania Ativa, implementou uma prática pedagógica revolucionária, tendo como Projeto Piloto o curso de capacitação jurídica de lideranças comunitárias, ocorrido na “Comunidade do Dendê”. A experiência vivenciada é inovadora em virtude de sua sistemática de implementação. A definição do Projeto Pedagógico do Curso de Direito da UNIFOR traz consigo a necessária consolidação da formação humanística, bem como a capacidade de argumentação jurídica e aplicação da moderna hermenêutica, vocacionando a atividade jurídica aos fenômenos sociais, econômicos e políticos de cada região, sem perder a dimensão nacional. (HOLANDA, 2005, p. 7)

Apesar do programa contar com quase 40 projetos, eles dependem de professores orientadores para orientar, o que faz com que nem todos os programas sejam ofertados por semestre. De acordo com o último Projeto Pedagógico (UNIFOR, 2018, p. 457), no primeiro semestre de 2018, foram ofertados 11 projetos e para o segundo semestre do mesmo ano, a previsão foi de abertura de 13 projetos. De acordo dados internos, tem-se:

⁶ Os projetos no PCA, de acordo com a Resolução CONCENTRO/CCJ nº 4/2013 e o que dispõe o perfil do programa no sítio eletrônico na UNIFOR, são os seguintes: A delegacia é nossa; A saúde no estado do ceará e o parâmetro com a rede de saúde particular; Acesso à justiça e mudança social; Agora País; Aspectos sociológicos e jurídicos da família no Brasil; Assistência e seguridade social; Brincando com livros; Carreiras jurídicas na função social; Casamento Feliz; Cidadania Animada; Comunidades indígenas; Conselhos de classe e sociedade; Construção da cidadania por meio da educação fiscal; Criança e adolescente de rua; Direito a felicidade; Direito do consumidor; Direito do terceiro setor; Direito e arte; Direito e comunicação para as comunidades; Direito empresarial e pequenos empreendedores; Direitos civis para o exercício da cidadania; Direitos humanos e segurança pública; Educação em direitos humanos; Educação jurídica comunitária; Educação para o trânsito; Ensino jurídico e concretização de direitos; Justiça em quadrinhos na sala de aula; Justiça restaurativa na execução penal e nas alternativas penais; Liberdade assistida com cidadania; Mediação e Conciliação; Mulher e ação afirmativa; O ambiente inteiro sadio; Poder político e cidadania; População em situação de risco; Porta de entrada; Prevenção a crimes sexuais na infância; Previdência e cidadania; Quinta literária; Resgate familiar; Sistema penitenciário e; Visita Jurídica. Disponível em: <https://www.unifor.br/projeto-cidadania-ativa>. Acesso em 30 out. 2018.

Gráfico 3 - RELATÓRIO DE PROGRAMAS 2009-2018

SEMESTRE	QUANTIDADE DE PROJETOS	ALUNOS PARTICIPANTES	TOTAL BENEFICIADOS
2009.1	13	266	700
2009.2	16	356	2032
2010.1	14	358	3357
2010.2	12	596	3342
2011.1	8	292	1650
2011.2	13	415	677
2012.1	11	202	651
2012.2	05	131	393
2013.1	08	60	492
2013.2	07	64	954
2014.1	06	67	428
2014.2	10	207	685
2015.1	13	410	733
2015.2	17	162	2744
2016.1	13	128	1901
2016.2	16	164	3109
2017.1	15	362	1350
2017.2	10	218	2401
2018.1	10	183	1037
2018.2	12	250	1139 (até 31/10/18)
TOTAL	229	4801	29775

Fonte: UNIFOR (2018)

Ou seja, a média arredondada é que para cada aluno que participa do programa, seis pessoas são impactadas pelas ações do PCA.

5.1 ANÁLISE DAS RESPOSTAS DE (EX)PARTICIPANTES DO PCA

O questionário foi respondido por um total de 118 participantes do PCA (sejam eles atuais ou não). Para identificar o gênero, foram postas as seguintes opções: Feminino; Masculino; Mulher (Trans ou Cis); Homem (Trans ou Cis); Gênero não-binário e; prefiro não dizer. 90 pessoas responderam que são do gênero feminino (76,4%); 26 do gênero masculino (22%); uma pessoa (0,8%) se identificou como sendo Homem (trans ou cis) e outra (0,8%) preferiu não dizer.

Do universo da pesquisa, 92 participantes (78%) são atualmente alunos, enquanto que 26 participantes (22%) não o são. Um aspecto positivo das impressões sobre o PCA é que o

questionário foi respondido, em sua maioria, por ex-participantes (um total de 71 ou 60,2%) enquanto os que estão matriculados no semestre 2018.2 correspondem à 39,8% (ou 47 participantes). Desses, 34 (28,8%) discentes não haviam participado anteriormente do projeto de extensão em relação aos outros 84 (71,2%).

Outro dado relevante é que o questionário conseguiu atingir alunos que participaram desde 2010, sendo a maior parte deles terem sido respondido por aqueles que participaram do PCA em 2018 pela primeira vez (35,9% ou 42 discentes). A taxa de repetição da participação do programa também é alta, uma vez que 70,3% (83 alunos) gostariam de se inscrever novamente no programa de extensão em 2019. Do total de alunos que responderam ao questionário, 96,6% (114 discentes) afirmaram que recomendaria para amigos e colegas participar do programa (o que é um dado expressivo, se levado em consideração que 78% - 92 pessoas - que responderam à questão são atualmente alunos da universidade).

Assim, indagou-se quantas vezes o aluno havia participado do programa e 64,7% (75 respostas) afirmaram que era a primeira vez, sendo que 22,4% (26 alunos) estavam participando pela segunda vez. O número de participações de três vezes ou mais vai se reduzindo, o que indica que a taxa maior de retorno de alunos representa cerca de ¼ do que participam do PCA.

Quando indagados se participar do PCA ajudou a visualizar na prática o que é ensinado na teoria ao longo da faculdade, 80 alunos (67,8%) afirmaram que sim, em detrimento à 14 (11,9%) que não. A porcentagem de indiferentes à essa pergunta foi de 20,3% (ou 24 pessoas). Quanto ao rendimento acadêmico, 45,8% (54 alunos) disseram que o PCA ajudou a melhorar tal aspecto dos seus estudos, enquanto que 39,8% (47 alunos) disseram que a participação, nesse quesito, foi indiferente.

Entretanto, um dado bastante positivo é que 95,8% (113 alunos) afirmaram que o PCA ajudou na construção da visão social do direito, enquanto que apenas 4,2% (5 alunos) disseram que foi indiferente (importante frisar que não houve nenhuma resposta negativa). Quanto aos possíveis impactos na forma de como os discentes enxergam ao direito, 55,1% (65 participantes) disseram que sim, transformou de sobremaneira a forma como vislumbram o Direito, enquanto que 28% (33 participantes) disseram que atuar do PCA impactou, mas não mudou a forma que enxergam ao direito.

6 CONCLUSÃO

Os projetos de extensão acadêmica oferecidos pelos cursos de direitos apresentam benefícios aos alunos ao proporcionar vivências práticas do que é estudando em sala de aula. Os discentes se transformam em verdadeiros agentes de ação ao lidar com situações práticas fora da lógica processualista judicial o que estimula a utilização de soluções criativas e interdisciplinares às situações postas.

As exigências do século XXI para os futuros profissionais (de todas as áreas) estão exigindo que novas competências sejam desenvolvidas para atender às demandas. Recobrando o que se é exigido, destaca-se: pensamento analítico e inovação; resolução de problemas complexos; Pensamento crítico e análise; aprendizagem ativa e estratégias de aprendizagem; criatividade, originalidade e iniciativa; atenção aos detalhes, confiabilidade; inteligência emocional; raciocínio, resolução de problemas e ideação; liderança e influência social; coordenação e gerenciamento de tempo. Essas habilidades, conforme a discussão sobre a crise do ensino jurídico, dificilmente serão alcançadas pelas aulas teóricas expositivas sem a participação ativa do discente.

Tomando o Programa Cidadania Ativa da Unifor e a pesquisa bibliográfica, documental e de campo, constatou-se que uma integração entre o ensino da sala de aula com o projeto de extensão proporciona melhor desenvolvimento acadêmico do aluno. Além disso, tendo em vista o caráter voluntário dos participantes (alunos e professores) e por funcionar em uma estrutura já criada (o Escritório de Prática Jurídica), não há demanda para alocar recursos financeiros significativos para a manutenção do programa.

Por meio da análise da amostra que foi colhida, percebe-se que os objetivos propostos no programa pedagógico do curso conseguem se materializar de maneira mais eficiente com a participação no PCA. Os próprios alunos fizeram avaliações positivas no que diz respeito à vivência de aprendizagem dos conteúdos teóricos vistos em sala de aula com as experiências proporcionadas pelo projeto de extensão e os altos índices do interesse em participar mais de uma vez do programa são indicativos de da importância que o projeto de extensão alcançou.

Os Projeto de extensão precisam ser construídos não só com o escopo de atender às demandas sociais, mas também contribuir para a própria formação discente pautada nos regramentos vigentes. Mais do que aprovar um aluno, a faculdade de direito precisa estabelecer mecanismos capazes de proporcionar uma formação humanista, para além da

pura dogmática jurídica, que faça ao aluno refletir o seu papel na sociedade e no mercado de trabalho.

Quanto mais cursos de direito proporcionarem experiências como o PCA, os indicativos são de que os alunos terão a tendência a criar empatia por problemas sociais locais e regionais aos quais os discentes estão inseridos bem como proporcionar auxílio à comunidade por meio da atividade educacional. O desafio é fazer uma integração eficiente entre a sala de aula (e os métodos de ensino que são empregados) e o programa de extensão como uma maneira de formar bacharéis em direitos adequados às necessidades do século XXI e do futuro das carreiras jurídicas.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Aurélio Wander. *O ensino jurídico no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1998.

BRASIL. Conselho Nacional de Educação; Câmara de Educação Superior. *Resolução CNE/CES 9/2004 de 29 de setembro de 2004*. Institui as diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 1º de outubro de 2004, Seção 1, p. 17

_____. Conselho Nacional de Educação; Câmara de Educação Superior. *Parecer CNE/CES nº 635/2018*. Revisão das diretrizes curriculares nacionais do curso de graduação em direito. Diário Oficial da União, Brasília, 26 de outubro de 2018, Seção 1, p. 34. Disponível na íntegra em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=100131-pces635-18&category_slug=outubro-2018-pdf-1&Itemid=30192. Acesso em 31 out. 2018.

_____. Ministério da Educação e do Desporto. Portaria Ministerial nº 1.886 de 30 de dezembro de 1994. Fixa as diretrizes curriculares e o conteúdo mínimo do curso jurídico. <http://blog.newtonpaiva.br/direito/wp-content/uploads/2013/06/D20-11.pdf>
CARRION, Eduardo Kroeff Machado. Crise do direito e do ensino jurídico. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre, v. 17, p. 71-76, irregular, 1999. Disponível em: <http://www.seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/70936/40277>. Acesso em: 29 out. 2018.

CASTRO, Emerson Luiz de. O desafio do ensino jurídico frente a formação filosófica, ética e política dos bacharéis em direito no Brasil. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*. Belo Horizonte, n. 20, p. 123-126, 1º semestre de 2013. Disponível em: https://issuu.com/publicanewton/docs/revista_eletronica_do_curso_de_direito. Acesso em 29 out. 2018.

COHEN, Mark A. The future lawyer. *Forbes*. Nova Iorque, online, 30 maio 2017. Disponível em: <https://www.forbes.com/sites/markcohen1/2017/05/30/the-future-lawyer/#569b3c881d18>. Acesso em 30 out. 2018.

DIESEL, Aline; SANTOS BALDEZ, Alda Leila; NEUMANN MARTINS, Silvana. Os princípios das metodologias ativas de ensino: uma abordagem teórica. *Revista Thema*, [S.l.], v. 14, n. 1, p. 268-288, fev. 2017. ISSN 2177-2894. Disponível em: <http://periodicos.ifsul.edu.br/index.php/thema/article/view/404/295>. Acesso em: 31 out. 2018.

FARIA, José Eduardo. A reforma do ensino jurídico. *Revista Crítica de Ciências Sociais*, Coimbra, n. 21, p.45-68, nov. 1986. Disponível em: <http://www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=299>. Acesso em: 29 out. 2018.

FÓRUM ECONÔMICO MUNDIAL. *The future of jobs report 2018*. Genebra: Fórum Econômico Mundial, 2018. Disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs_2018.pdf. Acesso em 31 out 2018.

GHIRARDI, José Garcez. *Métodos de ensino em direito: conceitos para um debate*. São Paulo: Saraiva, 2009.

GHIRARDI, José Garcez; FEFERBAUM, Marina (org). *Ensino do direito em debate: reflexões a partir do 1º seminário ensino jurídico e formação docente*. São Paulo: Direito GV, 2013. Disponível em <https://bibliotecadigital.fgv.br/dspace/bitstream/handle/10438/11274/Ensino%20do%20direito%20em%20debate.pdf>. Acesso em 10 out. 2018.

GOMES, Carolina Torquato Maia; TASSIGNY, Mônica Mota. A crise do ensino jurídico no Brasil sob a perspectiva do uso do direito alternativo. *Prisma Jurídico*, São Paulo, v. 17, n. 1, p. 159-179, 2018. Disponível em: <http://periodicos.uninove.br/index.php?journal=prisma&page=article&op=view&path%5B%5D=8159&path%5B%5D=3808>. Acesso em 15 dez 2018.

HOLANDA, Ana Paula Araújo de. Educação jurídica como promoção da efetividade da justiça: um modelo teórico-prático. *Revista Pensar*, Fortaleza, n. 1, v. 10, p. 6-10, fev. 2005. Disponível em: <http://periodicos.unifor.br/rpen/article/view/756/1618>. Acesso em 28 out. 2018.

INEP. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio da Teixeira. Ministério da Educação (Comp.). *Sinopses Estatísticas da Educação Superior – Graduação*. 2004 a 2016. Disponível em: <http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior>. Acesso em: 20 out. 2018.

LOIOLA, Juliana Nogueira; TASSIGNY, Mônica Mota. Crise no ensino jurídico no Brasil e a perspectiva das Clínicas: estudo de caso no Escritório de Prática Jurídica da Universidade de Fortaleza. *Revista Espaço Acadêmico*, Maringá, n. 194, v. 17, p. 60-71, jul. 2017. Disponível em:

<http://www.periodicos.uem.br/ojs/index.php/EspacoAcademico/article/view/34874/19741>.
Acesso em 14 dez 2018.

UNIVERSIDADE DE FORTALEZA. *Projeto pedagógico de graduação do curso de direito*.
Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2018.

_____. *Resolução CONCENTRO/CCJ nº 04 de 14 de março de 2013*. Regulamenta a
Assessoria de Projetos Especiais do Centro de Ciências Jurídicas e dá outras providências.
Fortaleza: Centro de Ciências Jurídicas, 2013.

A VULNERABILIDADE DOS REFUGIADOS NO BRASIL E O TRÁFICO DE PESSOAS: O
TRABALHO ESCRAVO E SEUS REFLEXOS NA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

*THE VULNERABILITY OF REFUGEES IN BRAZIL AND HUMAN TRAFFICKING: SLAVE
LABOR AND ITS REFLECTIONS ON THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON*

Leda Maria Messias da Silva;¹

René Dutra Teixeira.²

Resumo: Neste artigo, analisa-se o tráfico de refugiados para o trabalho escravo no Brasil. Partindo dessas premissas, realiza-se pesquisa teórica, por meio do método dedutivo. Trata-se, inicialmente, da conceituação e do enquadramento dos refugiados enquanto indivíduos em situação de vulnerabilidade. Na sequência, aborda-se as circunstâncias, as causas individuais ou as situações prévias ao tráfico de pessoas que majoram a vulnerabilidade dos refugiados para serem vítimas desse crime. Além disso, aponta-se o papel da inércia do Estado para a piora do quadro dos refugiados que vivem no país, destacando as dificuldades para a inclusão laboral e a revalidação de títulos acadêmicos. Em seguida, aborda-se os aspectos referentes ao trabalho escravo, inclusive a servidão doméstica, suas formas de controle e de dominação. Na última parte, destaca-se as violações à dignidade dos refugiados no país, provenientes desse crime, enquanto causa e efeito para sua vulnerabilidade. Conclui-se, por meio dos estudos acerca do tráfico de pessoas, que tal crime contém elementos que violam a dignidade dos refugiados e os seus direitos da personalidade, sendo necessária a criação de políticas públicas para inclusão laboral de refugiados, bem como o aprimoramento das redes de apoio para o enfrentamento adequado desse crime.

Palavras-chave: Refugiados. Tráfico de pessoas. Trabalho escravo. Dignidade da pessoa humana.

Abstract: In this article, we analyze the trafficking of refugees for slave labor in Brazil. Based on these premises, theoretical research is carried out by the deductive method. Initially, this article deals with the conceptualization of refugees as individuals in vulnerable situations. Then, the circumstances, individual causes, or situations prior to human trafficking which increase the vulnerability of refugees to be victims of this crime. In addition to this, the role of the State's inertia in worsening the situation of refugees residing in the country, highlighting the difficulties for labor inclusion and the revalidation of academic titles. Then, aspects related to slave labor are addressed, including domestic servitude, its forms of control

¹ Pós-doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Lisboa-Portugal, Doutora e Mestre em Direito do Trabalho, pela PUC de São Paulo-SP. Professora do Mestrado em Ciências Jurídicas do Unicesumar, da graduação e pós-graduação desta mesma Instituição e da graduação da Universidade Estadual de Maringá-PR. Pesquisadora do ICETI e CNPQ.

² Graduado em direito pela Universidade Estadual de Maringá. Mestrando em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar.

and domination. In the last part, we highlight the violations to the dignity of refugees in the country, coming from this crime, as cause and effect of their vulnerability. In conclusion, by means of studies on human trafficking, this crime contains elements that violate the dignity of refugees and their personality rights, requiring the creation of public policies for the labor inclusion of refugees, as well as the improvement of support networks for the adequate confrontation of this crime.

Keywords: Refugees. Human trafficking. Slavery. Dignity of human person.

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, o número de refugiados e de deslocados internos em todo o mundo chega a mais de 71 milhões de pessoas, índice que representa o maior nível de deslocamento forçado registrado pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR, doravante) em toda a sua história. O Brasil vem recebendo um número crescente de refugiados, impulsionado, principalmente, pela crise na Venezuela. Outros grupos que frequentemente escolhem o Brasil como país receptor são os sírios, os haitianos e os congoleses.

Conforme fora definido na Convenção de Genebra de 1951 e na legislação brasileira (lei n. 9474/97), “refugiados” são pessoas que estão fora de seu país de origem, devido a fundados temores de perseguição relacionados à sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política. Também são consideradas refugiados aqueles que foram obrigados a deixar seus países, devido a conflitos armados, violência generalizada e graves violações dos direitos humanos, ou aqueles que foram obrigados a deixar sua moradia, devido a um desastre ambiental que põe em risco a sua sobrevivência. Esses são os chamados refugiados ambientais.

Esse grupo contém pessoas em situação de extrema vulnerabilidade, que estão mais sujeitas à exploração de seu trabalho, sendo mais visadas ao tráfico de pessoas, forma de exploração que representa mercantilização do próprio ser humano, como, por exemplo, por meio do trabalho escravo. Neste artigo, veremos que há uma aproximação entre esses dois conceitos, o de tráfico de pessoas e o de trabalho escravo, e que a vulnerabilidade a que muitos refugiados se encontram, em razão de seu histórico de sofrimento e da difícil integração social em nossa sociedade, é elemento facilitador para o aliciamento e para a exploração de pessoas nesse tipo de trabalho, o que fere, portanto, seu direito ao trabalho decente e a sua dignidade.

Com base neste contexto, este trabalho aprofunda-se em discorrer sobre o tráfico de refugiados no Brasil. Assim, na primeira parte do artigo, traça-se um plano de fundo que visa conceituar o “tráfico de pessoas”, trazendo suas leis e seus principais elementos caracterizadores, para, então, tratar especificamente do elemento “vulnerabilidade”, presente naquele conceito. Feito isso, identifica-se o enquadramento dos refugiados, enquanto grupos vulneráveis e vítimas do tráfico de pessoas. Depois, por meio da análise das circunstâncias, causas individuais e situações prévias, todas relacionadas à vulnerabilidade de refugiados, constata-se que tais elementos podem majorar o risco de exploração de trabalhadores refugiados para o tráfico humano. Antes de encerrar a primeira parte, aborda-se a inércia do Estado para formular políticas públicas e coibir o tráfico de pessoas, assim como a relação dele com o aumento da vulnerabilidade dos refugiados no país.

Na sequência, a segunda parte do artigo, trata-se do trabalho escravo de refugiados vítimas do tráfico de pessoas, trazendo seus elementos caracterizadores e os mecanismos de exploração laboral ministrados pelos aliciadores, suas formas de controle e de intermediação. Na terceira e última parte, traça-se um paralelo entre as formas de exploração e de controle de refugiados no tráfico de pessoas e o princípio da dignidade da pessoa humana. A partir da análise de tal princípio, passa-se a analisar as violações à dignidade sofridas pelo refugiado, vistas como causas de sua vulnerabilidade prévia e também como efeito do tráfico de pessoas. Por último, apresenta-se as conclusões.

Amparado por esses materiais, traça-se as seguintes perguntas-problemas que funcionam como fios condutores e delimitadores desta pesquisa: O que é o tráfico de pessoas e quais seus elementos caracterizadores? Qual a relação do elemento vulnerabilidade, presente no conceito desse crime, com os refugiados? Quais elementos podem majorar a vulnerabilidade de trabalhadores refugiados e sua exploração para o tráfico humano? Qual a relação entre o tráfico de pessoas e o trabalho escravo? Qual a definição de trabalho escravo e quais são seus mecanismos de exploração? Em que medida a dignidade dos trabalhadores refugiados é afetada pelo tráfico de pessoas?

Emprega-se neste trabalho o método dedutivo, realizando-se um diálogo entre as fontes bibliográficas e documentais que compõem as referências deste trabalho, tais como a legislação brasileira, livros e artigos científicos de autores diversos.

2 REFUGIADOS E SUAS VULNERABILIDADES: RISCO PARA O TRÁFICO DE PESSOAS

O Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, relativo à Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, em especial Mulheres e Crianças, prevê que, por tráfico de pessoas, entende-se:

[...] o recrutamento, transporte, transferência, alojamento ou o acolhimento de pessoas recorrendo à ameaça ou ao uso da força ou de outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade, ou de situação de vulnerabilidade, ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tem autoridade sobre outra, para fins de exploração. (PROTOCOLO DE PALERMO, 2003)

O tráfico de pessoas abriga uma série de formas de explorações, por exemplo, a exploração sexual, o trabalho em condições análogas às de escravo, o matrimônio servil (exploração de trabalho e/ou sexual de cônjuge por outro), a extração de órgãos e até mesmo a adoção ilegal (DPU, 2019).

Em 1999, o Brasil tornou-se signatário do Protocolo de Palermo, com o compromisso de enfrentar o crime organizado e, somente em 2016, foi aprovada a lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016, conhecida como a Lei de Tráfico de Pessoa, que está organizada, segundo informações do site do Ministério da Justiça e da Segurança Pública, em:

[...] três eixos (prevenção, proteção à vítima e repressão), o novo marco legal, além de ampliar o rol de finalidades do crime de tráfico de pessoas, trouxe outro importante avanço referente ao eixo da proteção, com a criação de uma política completa de assistência às vítimas, que prevê assistência jurídica, social, trabalho e emprego, saúde, acolhimento e abrigo provisório, prevenção à revitimização da pessoa e atendimento humanizado. (MJSP, 2020)

Vale frisar, ainda, que não se deve confundir o “tráfico de pessoas” com o “contrabando de migrantes” (DPU, 2019). No primeiro caso, que é o objeto de análise deste artigo, utiliza-se de uma forma de recrutamento ligada a um consentimento viciado, seja por fraude, seja por coação, por exemplo. No caso do contrabando de migrantes, por outro lado, há uma relação comercial cujo consentimento está regular. Em ambos os casos, há a possibilidade de violação dos direitos humanos e da personalidade das pessoas envolvidas; no entanto, apenas no primeiro caso, quando o indivíduo chega ao local de destino, há a perpetuação da exploração, por meio da restrição da liberdade de locomoção. Em sentido oposto, no do contrabando de pessoas, com a chegada no país, há o fim da relação comercial.

Diante deste cenário, é importante destacar alguns pontos que frequentemente causam dúvida sobre o assunto “tráfico de pessoas”. O primeiro ponto é que não é necessária

a mobilidade geográfica para configurar o tráfico de pessoas, bastando, portanto, que haja a mercantilização da mão de obra (BIGNAMI, 2013). Dessa forma, deslocar mão de obra é apenas uma das formas de configuração do crime de tráfico de pessoas, uma vez que condutas como receber ou alojar também configurarão o crime em tela. O segundo ponto é que, conforme entendimento das Nações Unidas, o “consentimento” da vítima não exclui a ilicitude do crime. Nesse sentido, Mathiasen, Ribeiro e Vitória (2013) trazem a possível explicação para esse aspecto do crime:

As pesquisas continuam a demonstrar que as pessoas vítimas desse tipo de crime nem sempre conseguem reconhecer a condição de exploradas: seja porque estão envolvidas por demasiado com os aliciadores que nem sequer percebem que seu consentimento foi obtido de forma ilícita, seja porque se sentem culpadas por terem aceito a proposta inicial que as conduziu para a situação de tráfico sem que tivessem percebido que caíam numa cilada. (MATHIASEN; RIBEIRO; VITÓRIA, 2013, p. 81)

Diante da definição trazida pelo Protocolo das Nações Unidas (acima), é mister definir o conceito de vulnerabilidade para, assim, averiguar se há o enquadramento dos refugiados nesse grupo. Medeiros afirma (2013, p. 14) que a vulnerabilidade está associada à violação de direitos humanos, “[...] em especial de direitos econômicos, sociais e culturais”. Dentre os fatores contributivos, o autor destaca: “[...] insegurança econômica e social; desigualdades e discriminação contra as mulheres e negros; desemprego, serviços de saúde e de educação precários, péssimas condições de moradia e alimentação, migrações, entre outros”. Birol e Barbosa (2014, p. 79) também definem a noção de vulnerabilidade: “[...] situação individual ou de um grupo, preexistente ou criada, que significa fragilidade e por isso potencializa a possibilidade da pessoa de se encontrar em situações de risco ou de exploração.”

Diante do exposto, grupos vulneráveis, como os dos refugiados, costumam ser vítimas de tráfico de pessoas, uma vez que eles são indivíduos que deixaram seus países de origem, com fundado temor de perseguição, principalmente devido à guerra; sendo assim, deixam tudo para trás para recomeçar suas vidas em um novo país, sem laços interpessoais afetivos e sem apoio financeiro.

Segundo o relatório “Migrantes em situações vulneráveis”, das Nações Unidas (UNHCR, 2017), a vulnerabilidade pode estar ligada a uma circunstância, a uma causa individual ou a uma situação prévia, e tal classificação se aplica também aos refugiados. O primeiro aspecto refere-se às circunstâncias que podem ser inerentes ao deslocamento dos refugiados, como as dificuldades para chegar no país de destino, ou às circunstâncias de

abandono a que muitos refugiados são submetidos nesse novo país, como a ausência de apoio familiar e da comunidade receptora, as dificuldades com o idioma e a discriminação.

Destarte, segundo o guia elaborado pela Defensoria Pública da União (DPU, 2019), uma das circunstâncias que normalmente aflige as vítimas de tráfico de pessoas é ter sua documentação em posse de terceiros e/ou apresentarem documentos falsos. Segundo uma crença bastante recorrente (porém falsa) em grupos vulneráveis, como os dos refugiados, quanto menos problemas com a justiça eles apresentarem, menor são as chances de deportação. Assim, por medo de regresso ao país de origem, muitos refugiados com problemas na documentação se sujeitam à violência e à exploração e preferem não denunciar seus exploradores, uma vez que apresentam uma situação socioeconômica difícil de ser encarada novamente.

Além disso, há a dificuldade com o idioma local, problema que possui duas importantes implicações: primeiro, não ter acesso à informação gera problemas de acesso aos serviços mínimos ofertados pelo Estado e aos seus direitos; segundo, não conseguir se expressar para denunciar eventuais explorações. A pesquisa do ACNUR (2019, p. 14-15) demonstrou que 46,34% do total dos refugiados entrevistados (excluídos os angolanos) não fizeram curso de português, o que demonstra a necessidade de maior oferta desse tipo de curso para esse grupo. Assim, diante de tais dificuldades, há o isolamento da vítima e a sua submissão ao traficante.

Dessa forma, por não contarem com uma rede de apoio na comunidade em que se encontram, sem familiares ou amigos, há uma tripla vulneração social, econômica e geográfica, o que colabora para a exploração do trabalho escravo dos refugiados.

Outra circunstância que enseja um aumento na vulnerabilidade é a discriminação que os refugiados sofrem ao chegar ao país, o que os coloca em uma situação de grande vulnerabilidade. No levantamento do ACNUR (2019), questionou-se se os refugiados admitiram ter sofrido algum tipo de discriminação no Brasil. De acordo com o relatório, “[...] dentre os 487 refugiados que responderam a essa questão, pouco menos da metade dos refugiados entrevistados admitiu ter sofrido algum tipo de discriminação (200 ou 41%)” (ACNUR, 2019, p. 52). No Brasil, por exemplo, os refugiados venezuelanos recém-chegados são vistos nas praças de Roraima em barracas improvisadas e acabam aceitando vagas de trabalho em condições degradantes, uma vez que entram na lógica do “não há nada mais a

perder” ou “é isso, ou nada”, assim são alvos de discriminação por parte da sociedade que os veem como invasores e ladrões de emprego.

Quanto ao segundo aspecto, ou seja, as causas individuais que influenciam negativamente os refugiados para a incidência de tráfico de pessoas, temos aquelas ligadas à idade, ao gênero, etc. Embora tais características sejam úteis para identificar as formas de exploração e aferir a predileção por certas pessoas, os refugiados têm pouco controle sobre elas.

Por exemplo, um estudo do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, 2018) revelou que crianças e jovens menores de idade representam um terço das vítimas de tráfico humano. Esse número pode ser ainda maior em alguns países em guerra, como a Síria e o Afeganistão. Os dados do Fundo das Nações Unidas para Infância (UNICEF, 2016) mostram que metade das crianças refugiadas assistidas pela ONU estão apenas nesses dois países, e vale lembrar que muitas dessas crianças perderam suas famílias, estando, portanto, desacompanhadas e em situação de grande vulnerabilidade para eventuais práticas exploratórias, como o trabalho infantil e a exploração sexual.

O gênero também desempenha um papel importante para selecionar grupos mais vulneráveis para o tráfico de pessoas. Desta forma, o estudo da Organização Internacional do Trabalho - OIT (ILO, 2017) “Global Estimates of Modern Slavery” evidencia nos dados levantados que as mulheres representam mais de 70% do total de vítimas do tráfico de pessoas, sendo que a maioria delas é aliciada para a exploração sexual. Neste setor, as mulheres representam quase a totalidade das pessoas exploradas. O estudo também mostra como ocorre a exploração, a depender do gênero. Enquanto as mulheres são mais comumente aliciadas para exploração na esfera privada (trabalho doméstico, exploração sexual e casamento forçado), os homens são normalmente direcionados para o trabalho forçado.

Destaca-se, ainda, que o histórico familiar da pessoa é um fator de majoração de risco para o tráfico de pessoas. Muitos refugiados deixaram suas famílias em um país com sérios problemas sociais e econômicos, por isso eles passam a ser a principal fonte de renda desses familiares. Da mesma forma, pessoas com dependentes tendem a permanecer em uma situação de exploração por mais tempo, pois assim podem enviar recursos para a manutenção deles. Se isso não fosse o bastante, muitos dependentes são usados como objeto de ameaça pelos traficantes. Ainda nesse sentido, uma família instável e com histórico de abuso são fatores que geram uma propensão para o tráfico, pois, primeiramente, há a urgência da fuga;

segundo, não há uma rede de apoio no país de origem com que tais pessoas possam confiar (FIONA; BRYANT; LARSEN, 2019).

A última faceta da vulnerabilidade se refere às vulnerabilidades prévias. Muitos refugiados, antes de chegar ao país de destino, enfrentaram as dificuldades de sobreviver em uma zona de conflito. A guerra, muitas vezes, desmantela serviços essenciais, como a educação e a segurança, causando o colapso do Estado de Direito, o que maximiza a vulnerabilidade das pessoas ali residentes. Essas pessoas podem ser aliciadas para trabalhos forçados pelo exército ou para exploração sexual, com grande risco à vida. Assim, a guerra não é fato de vulnerabilidade por si só, mas sim os seus efeitos e as suas medidas que são violadoras da dignidade da pessoa humana. Além disso, as pessoas que fogem de conflitos frequentemente passam por campos de refugiados, locais de grande número de pessoas em situação de vulnerabilidade, e que são áreas-alvo para exploração, como o tráfico de pessoas.

Outro cenário prévio ao ingresso de refugiados no país e que majora a vulnerabilidade de milhões de pessoas é aquele vivido pelos refugiados ambientais. Essas pessoas fogem de desastres naturais que causam sérios impactos à saúde e à dignidade desses indivíduos, pois, além do esfacelamento das redes de apoio, eles enfrentam condições adversas para a sua sobrevivência, como a fome e a sede.

Tais situações agravam sobremaneira a situação de vulnerabilidade vivida por refugiados, pois os colocam em maior risco de exploração, como a sexual, no caso de mulheres e de crianças. Não podemos olvidar que o desenraizamento com a terra natal gera profundo sofrimento aos refugiados, deixando inúmeros traumas de ordem psicológica que os acompanham por muito tempo, o que dificulta o processo de integração desses indivíduos no novo país.

Outro fator que aumenta o risco para o tráfico de pessoas é a inércia do Estado para formular políticas públicas para coibir o tráfico de pessoas em todas as suas etapas. Nesse sentido, são necessárias leis e políticas de segurança que previnam e reprimam o tráfico de pessoas, que não sirvam apenas para punir os responsáveis. Uma das maneiras de prevenir novas ocorrências é fortalecer as leis trabalhistas e os sindicatos. Segundo as Nações Unidas (2014),

[...] a procura pelo trabalho ou serviço de uma pessoa traficada é nula ou bem menor onde os trabalhadores estão organizados e onde há pisos salariais, condições e jornadas de trabalho, bem definidas por lei, e a saúde e a segurança são monitoradas e incentivadas. (NAÇÕES UNIDAS, 2014, p. 46)

Nesse sentido, pode-se aferir que cresce o número de pessoas traficadas em países nessas circunstâncias, e há atração desse tipo de mão de obra ilegal, porque os mecanismos de proteção do trabalho são falhos.

Outros importantes fatores facilitadores para o aliciamento de mão de obra no país são as dificuldades para inserção no mercado de trabalho e as condições para revalidação de títulos acadêmicos. A pesquisa do ACNUR (2019) evidencia que 19,5% dos refugiados estão procurando trabalho na amostra realizada, o que representa um índice de desemprego 60% superior ao dos brasileiros. As causas são diversas, entre elas a dificuldade no idioma e a discriminação pelo fato de ser estrangeiro.

Além disso, diversas são as dificuldades de revalidação de títulos acadêmicos que muitos refugiados enfrentam ao chegar ao Brasil, principalmente devido à ausência de políticas públicas que, de fato, facilitem o processo. Ao tentarem revalidar seus diplomas, eles descobrem que há um processo burocrático, custoso e que pode demandar documentos que muitos refugiados não possuem mais, seja porque os perderam no deslocamento até o Brasil, seja porque foram destruídos pela guerra. A pesquisa do ACNUR (2019, p. 14-15) revelou que: “[...] apenas 14 refugiados conseguiram revalidar seus diplomas (em todos os níveis de ensino e em formações profissionais diversas) no Brasil contra 133 que não conseguiram revalidar, um número próximo dos 166 refugiados diplomados”.

Diante desse cenário, a oferta de uma oportunidade de trabalho “promissora” pode parecer tentadora aos olhos de muitos refugiados que enfrentam dificuldades de vida no país, servindo também de isca para que esses indivíduos se tornem eventuais vítimas de tráfico de pessoas, ante à aceitação de propostas de cunho exploratório.

Desta forma, diante de todas as situações sensíveis apontadas acima e conforme previsto na definição de tráfico de pessoas, os refugiados, frequentemente, encontram-se em uma “situação de vulnerabilidade”, o que faz deles presas fáceis para o tráfico de pessoas. Alguns grupos, como mulheres e crianças, são especialmente afetadas pelo tráfico de pessoas, o que, demanda, portanto, uma ação específica do Estado direcionada para elas. Além disso, há uma piora na situação da vulnerabilidade dos refugiados no país, caso não se formulem políticas públicas de integração social aos refugiados, gerando, inclusive, a reincidência entre as vítimas.

3 O REFUGIADOS VÍTIMAS DO TRÁFICO DE PESSOAS E O TRABALHO ESCRAVO

O trabalho escravo é prática intimamente relacionada ao tráfico de pessoas. Nesse sentido, conforme entendimento da Organização Internacional do Trabalho (OIT), doravante:

O tráfico de pessoas possui uma estreita relação com o trabalho forçado. Com efeito, a principal finalidade deste é fornecer mão de obra para o trabalho forçado, seja para a exploração sexual comercial, seja para a exploração econômica, ou para ambas as finalidades. (FAUZINA; VASCONCELOS; FARIA, 2009, p. 10-11)

Assim, conforme afirma Bignami (2013), há diferentes dimensões do mesmo fenômeno, uma vez que no tráfico de pessoas observa-se o fenômeno por meio de uma transação baseada na exploração do ser humano, enquanto no trabalho escravo o tema é analisado sob a perspectiva do trabalho e da sua superexploração.

O Brasil é signatário das Convenções 29 e 105 da OIT, que dispõem sobre a eliminação e a proibição do trabalho forçado ou obrigatório no país. Além disso, o art. 1º da Constituição Federal de 1988 preuncia que são fundamentos da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, e o art. 5º, XLVII, da mesma Constituição, assevera que está proibida a pena de “trabalhos forçados”. No Brasil, reduzir a condição análoga de escravo é crime previsto nos no art. 149 do Código Penal:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:
Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (BRASIL, 1940)

Conforme cartilha da Defensoria Pública da União (DPU, 2019), o trabalho eivado pelas práticas análogas ao trabalho escravo, em geral, conta com algumas características que o definem e que podem ser identificadas pelas autoridades. Normalmente, esse tipo de exploração afeta áreas de trabalho que não exigem formação prévia, como a construção civil e a agricultura. Além disso, os trabalhadores aliciados, geralmente, trabalham sem contrato assinado, documento que, quando existente, muitas vezes é falso ou redigido em idioma desconhecido pelos refugiados.

Não raras vezes, há a retenção de salário, seja pelo transporte ou por comissão, seja porque o trabalhador é forçado a pagar caro pela alimentação que consome. Tal modalidade é retratada na matéria veiculada pelo portal Globo.com, ocasião em que um grupo de refugiados venezuelanos foram resgatados em situação trabalho análogo ao escravo na Bahia,

em maio de 2019. A matéria descreve que “[...] eles ainda eram obrigados a repassar parte do salário para o pagamento de passagens, alimentação e serviços de TV e internet” (G1, online, 2019).

Outro aspecto bastante característico dessa modalidade de trabalho são as condições de trabalho degradantes, que se refletem pela falta de condições mínimas de trabalho e, principalmente, pela ausência de higiene nas instalações e pela falta de acesso à água potável.

Por último, aspecto também marcante é o controle do meio ambiente de trabalho, seja controlando o ir e vir dos trabalhadores, seja usando de coações física e psicológica para a continuidade das atividades laborais exploratórias. Assim, traficantes inescrupulosos se aproveitam de uma situação de vulnerabilidade de refugiados para auferir vantagens econômicas e explorá-los, o que gera o aprofundamento da vulnerabilidade desse grupo.

Desta forma, há muitas ações perpetradas pelos traficantes que são frequentemente identificadas nesse tipo exploração de refugiados, dentre elas a intermediação do deslocamento e o controle dos recursos financeiros e do espaço físico (FIONA; BRYANT; LARSEN, 2019).

Nesse sentido, quanto à intermediação do deslocamento, os refugiados frequentemente acreditam que contrataram apenas um serviço de facilitação do transporte a um local específico (dentro do mesmo país ou de outro), muitas vezes combinada com uma vaga de emprego, o que normalmente não ocorre nas situações de tráfico de pessoas, uma vez que o mais comum é que esses indivíduos acabem se sujeitando à explorações de toda ordem, de forma ilícita, inclusive ao trabalho escravo.

Ainda nos casos em que há o agenciamento de uma vaga de emprego e um contrato de trabalho, os refugiados, normalmente, não entendem as condições desses contratos, devido ao idioma. Ainda se cidadãos brasileiros, são pessoas que, comumente, têm pouca instrução, o que pode representar a aceitação de condições que extrapolam a mera utilização de sua força de trabalho. Frisa-se que, na maioria das vezes, esses indivíduos são trabalhadores terceirizados ou subcontratados, e há uma pressão para que seus salários sejam baixos pelos clientes que buscam por mão de obra, o que pode gerar exploração do trabalhador. Embora essa situação possa ocorrer, ou seja, ainda que exista um contrato de trabalho, o mais comum é que não haja qualquer proteção trabalhista, tampouco o registro da carteira de trabalho.

Quanto ao controle dos recursos financeiros e do espaço físico (FIONA; BRYANT; LARSEN, 2019), acerca do primeiro caso, muitos salários são retidos até o final do contrato ou após um evento certo, como uma colheita, no caso de trabalhadores da agricultura, ou simplesmente os trabalhadores não são pagos, pois seus salários serviriam para quitar os supostos débitos (percurso, alojamento, ferramentas, etc.) que lhes são imputados injustamente. Outra forma de exploração é o oferecimento de crédito a indivíduos traficados, já que dificilmente eles teriam acesso em instituições locais. A aceitação desse crédito cria um elo de dominação com o traficante, o que, novamente, pode culminar no não pagamento dos salários, uma vez que tal contrato normalmente contém condições unilaterais e abusivas, tendendo apenas a beneficiar o traficante.

Em relação ao controle do espaço físico, isso pode ocorrer sob as formas de coação e violência, de forma a evitar a saída do ambiente de trabalho. Muitos traficantes estão ligados às organizações criminosas e possuem aparatos a sua disposição para impingir violência àqueles que o desobedecerem. Além disso, o controle pode ocorrer de forma indireta, tais como a vinculação da acomodação a um emprego específico. O medo de perder o alojamento faz as vítimas continuarem se submetendo a tais condições, por isso elas não denunciem a exploração. Ainda, não são raros os casos em que os traficantes optam por vítimas com celulares, para que assim eles controlem a sua utilização, ou até mesmo para que tenham, a partir desse aparelho, acesso às informações de familiares e as utilizem em chantagem futura (NEWELL; GOMEZ; GUAJARDO, 2016).

Outro fator que facilita a dominação do traficante junto ao traficado é o vínculo familiar ou de amizade com esse último (FIONA; BRYANT; LARSEN, 2019). Um estudo que analisou os dados de refugiados sírios traficados comprovou que as vítimas são normalmente traficadas por parentes ou amigos, uma vez que o vínculo de confiança pré-existente facilita a exploração (FUDGE; STRAUSS, 2014).

Uma outra faceta do trabalho escravo é aquele realizado sob a forma de servidão doméstica (DPU, 2019). Normalmente, essas pessoas aceitam o trabalho em condições degradantes, para ter a possibilidade de receber um teto para dormir e alguma comida para sua subsistência. A peculiaridade deste meio ambiente de trabalho proporciona invisibilidade às vítimas, pois, apesar de exploradas, elas normalmente não são vistas, o que as leva, muitas vezes, a serem tratadas como desaparecidas.

Desta forma, os traficados vivem com uma família, mas são tratados como vassallos que devem servir seus suseranos. Assim, os seus direitos são comprometidos, vivem de sobras da família, não têm um espaço reservado para dormir, suas folgas são comprometidas e eles ficam à disposição do patrão ininterruptamente. Além disso, sofrem restrição à liberdade de locomoção e, não raramente, abusos, inclusive de ordem sexual.

Embora exploradas, as vítimas do trabalho escravo, frequentemente, não são capazes de enxergar seus algozes como tal, uma vez que, estando em situação de vulnerabilidade, sentem-se dependentes dos favores de um patrão que, apesar de explorar seu trabalho, fornece-lhes condições para uma vida com elementos básicos para as suas existências, tais como alimentação, habitação, etc. A frase de um venezuelano resgatado no Brasil retrata essa situação: “[...] às vezes gostaria que as pessoas que nos exploram fossem punidas, mas aí me lembro de que quando eu morava na rua e não tinha o que comer e acabo torcendo para que não apareçam por aqui” (BOECHAT, 2018).

4 O TRÁFICO DE PESSOAS E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A OIT (2020, online) conceitua o trabalho decente como “[...] a promoção de oportunidades para mulheres e homens do mundo para conseguir um trabalho produtivo, adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança e capaz de garantir uma vida digna”. Não obstante tal diretriz da OIT para o trabalho decente, no tráfico de pessoas, a mercantilização do ser humano é fonte de lucro para um terceiro e viola sobremaneira o caráter “decente” do trabalho. Vale dizer, assim, que o uso de mão de obra, em condições legais, já seria suficiente para produzir mais-valia e lucro para o empresário; no entanto, o que o tráfico de pessoas propõe é a super exploração da mão de obra em detrimento à dignidade do ser humano e ao seu direito ao trabalho decente. Desta forma, distante dos ditames legais de proteção ao trabalhador, o empresário maximizaria seus lucros.

Assim, o tráfico humano constitui um dos piores desrespeitos aos direitos inalienáveis da pessoa humana, porque na grande maioria das situações, por mais oprimido que a pessoa esteja, ela preservará sua identidade pessoal, já a vítima do tráfico de pessoas é “coisificada”, pois se torna uma mercadoria. Há uma desconstrução da identidade humana (SIQUEIRA, 2013). Nesse caso, a dignidade intrínseca ao ser humano é separada de sua identidade, para

que assim surja um ser despersonalizado, criado e voltado para o trabalho, visando o lucro de um terceiro.

Diante do rebaixamento do ser humano à mera força de trabalho, é oportuno analisar a diferença entre preço e dignidade sob a ótica de Kant (1980). Segundo o autor:

[...] no reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode pôr-se em vez dela qualquer outra como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço, e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade. [...] Esta apreciação dá, pois, a conhecer como dignidade o valor de uma tal disposição de espírito e põe-na infinitamente acima de todo preço. Nunca ela poderia ser posta em cálculo ou confronto com qualquer coisa que tivesse um preço, sem de qualquer modo ferir sua santidade. (KANT, 1980, P. 140)

Assim, o tráfico de pessoas coloca um preço em algo que jamais deveria ser precificado: o ser humano. Segundo Kant (1980), a pessoa deveria ser considerada como um fim para as ações humanas, e não um meio ou um instrumento para atingir finalidades egoístas, como a satisfação individual e o lucro. Diante dos pensamentos do filósofo, pode-se aferir que a dignidade é fator limitador para a ação humana. Quando há o desrespeito à identidade humana e seus valores intrínsecos, como a dignidade, ultrapassa-se o limite do aceitável, pois viola-se os direitos da personalidade e a dignidade. Nesse mesmo sentido, Sarlet (2008) afirma que a dignidade da pessoa humana é limite e tarefa de todos, de forma que não se deve violá-la, e, ao mesmo tempo, deve-se promover ações para promovê-la.

Nesse diapasão, a falta de políticas públicas adequadas e voltadas aos refugiados gera uma situação de vida indigna que causa o aprofundamento da exclusão social e a vulnerabilidade desse grupo. Nesse sentido, Boaventura (2003) acrescenta que

[...] temos o direito a ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito a ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (BOAVENTURA, 2003, p. 56)

Assim, levando-se em conta a maior incidência de refugiados e de outros grupos vulneráveis como vítimas do tráfico de pessoas, conforme se analisa neste artigo, está claro que o Estado não tem promovido ações suficientes para fomentar a dignidade dos refugiados, o que faz deles um grupo mais vulnerável e proporcionalmente mais visado para esse crime, se comparados aos brasileiros.

Para Moraes (2003), do substrato material da dignidade decorrem quatro princípios jurídicos fundamentais:

[...] os da igualdade (que, em suma, veda toda e qualquer discriminação arbitrária e fundada nas qualidades da pessoa), da liberdade (que assegura a autonomia ética e, portanto, a capacidade para a liberdade pessoal), da integridade física e moral (que, no nosso sentir inclui a garantia de um conjunto de prestações materiais que asseguram uma vida com dignidade) e da solidariedade (que diz com a garantia e promoção da coexistência humana, em suas diversas manifestações). (MORAES, 2003, p. 116)

A partir da definição Moraes (2003), verificamos que há sistemáticas violações da dignidade dos refugiados vítimas do tráfico de pessoas. Muitos grupos vulneráveis, como os dos refugiados, por serem alvos de discriminação, não conseguem viver em igualdade com os demais cidadãos e, fatalmente, são vítimas preferenciais para o tráfico de pessoas.

Além disso, a liberdade do trabalhador vítima do tráfico de pessoas é violada quando esse trabalhador é rebaixado ao patamar de mera mão de obra, destituída de vontades e de sentimentos, perdendo, portanto, sua autonomia, uma vez que há interferência em sua vontade de decidir, frequentemente incitada por coação ou por violência.

Deve-se lembrar, ainda, que, não são raras as vezes em que as vítimas são controladas em seus momentos íntimos, como ir ao banheiro, por exemplo. Além disso, os traficantes podem ter controle sobre a vida da família da vítima, para que eventualmente a utilize como objeto de ameaça. Todas essas manobras violam a dignidade do trabalhador, pois são comprometidas a intimidade e a esfera privada da pessoa.

Sem o direito de ir e vir assegurados, o trabalhador passa a ser tratado com uma máquina a serviço de seu detentor, o que compromete a sua integridade física e moral. Geralmente, ele é forçado a trabalhar muitas horas e com intervalos limitados, não havendo margem para escolha. Desta forma, o trabalhador pode não ter tido acesso a alimentos nutritivos, equipamento protetor, quantidades adequadas de líquidos, roupa limpa, higiene pessoal e cuidados médicos. Assim, a saúde e o bem-estar da vítima são preteridos, havendo perda de sua dignidade.

Por último, o princípio da solidariedade que promove o bem estar de todos os cidadãos, independentemente de sua origem, é também violado, visto que o tráfico de pessoas se aproveita de uma situação de vulnerabilidade para a exploração da mão de obra, visando o lucro de terceiro em detrimento do bem estar, dos sonhos de uma vida melhor e da valorização dos trabalhadores.

Além disso, constata-se que os efeitos nocivos à saúde do trabalhador explorado perduram no tempo e são causas de grande sofrimento. Segundo o Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC, 2009),

[...] muitas vítimas dormiram pouco por terem sido forçadas a executar atividades esgotantes durante longos períodos. A privação de sono crônica ou prolongada não afeta apenas a capacidade de um indivíduo se concentrar e pensar com clareza, mas também enfraquece o sistema imunitário e a capacidade de suportar a dor. (UNODC, 2009, p. 8)

Destarte, outra característica frequentemente associada às vítimas de tráfico de pessoas é o stress pós-traumático, ou seja, o fato de as vítimas terem sintomas como ansiedade e depressão, algum tempo após o tráfico ou a sua retirada do local de exploração (UNODC, 2009). Tais sintomas podem ser aumentados sobremaneira, a depender dos traumas vivenciados pelos refugiados, anteriores à situação do tráfico, como no caso de uma guerra.

Ainda, outro fator que revela o sofrimento de pessoas traficadas e um abalo à dignidade da vítima do tráfico de pessoas é a discriminação. Conforme acentua a jornalista e cientista social Suzuki (2013),

[...] a pessoa que retorna ao seu local de origem, após a experiência de ser traficada, carrega consigo um estigma devastador. No caso de mulheres vítimas da exploração sexual, o preconceito costuma ser grande pela comunidade de origem e, muitas vezes, pela própria família. Os homens libertados são consumidos pela vergonha de retornarem sem dinheiro suas casas e terem sido humilhados nos locais de trabalho; não raro, eles não suportam o constrangimento e decidem nunca mais voltar para o local de origem e acabam caindo no mundo. (SUZUKI, 2013, p. 182-183)

Além disso, diante da situação de traição inerente ao tráfico de pessoas, em que a maioria das vítimas são enganadas com o intuito de serem aliciadas numa situação de trabalho escravo, muitos indivíduos enfrentarão dificuldades para confiar em terceiros e problemas para tomada de decisões (UNODC, 2009).

Diante desse contexto, pode-se dizer que a falta de dignidade é causa e efeito do tráfico de pessoas. Primeiro, porque grande número de pessoas em vulnerabilidade, como os refugiados que estão vivendo em situações indignas no país, são vítimas do tráfico; segundo, porque a exploração perpetrada no tráfico de pessoas é realizada por meio de instrumentos que a violam a dignidade dos refugiados. Além disso, pode-se dizer, ainda, que os efeitos da exploração mediada pelo tráfico de pessoas e pelo trabalho escravo ultrapassam a cena do crime e perduram no tempo, apresentando reflexos na saúde e na aceitação social do

indivíduo perante terceiros. Por todos esses efeitos na vida vítimas de tráfico de pessoas, é necessário que exista uma rede de apoio bem estruturada, multidisciplinar e ancorada na defesa do princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de promover a reabilitação e reintegração social das vítimas.

5 CONCLUSÃO

Conclui-se que o elemento “vulnerabilidade” presente no tráfico de pessoas se enquadra na realidade da grande maioria dos refugiados, seja porque eles não se integraram socialmente, seja porque eles viveram um passado difícil, devido às guerras e às dificuldades de deslocamento, o que gerou muito sofrimento. Apesar de tal histórico, várias circunstâncias fazem esses indivíduos ainda mais vulneráveis para o tráfico de pessoas: a ausência de documentação ou a detenção dos seus documentos por terceiros, as dificuldades com o idioma local, a falta de uma rede de apoio que os auxilie em relação à integração social e à discriminação.

Nesse sentido, constata-se que é preciso o aprimoramento dos serviços oferecidos pela rede de apoio oferecida aos refugiados no Brasil, que vise fornecer atendimento humanizado e adequado às suas necessidades. Além disso, devem ser criadas mais vagas de cursos de português para os refugiados recém-chegados e políticas de conscientização sobre o importante papel dos refugiados para a economia e para a sociedade, a fim de coibir os atos de discriminação.

Além dessas circunstâncias, que, felizmente, podem ser temporárias, há algumas causas individuais que estão alheias à situação atual vivida pelos refugiados, dentre elas: o gênero, a idade e o histórico familiar. Diante desse cenário, é mister que o Estado formule políticas públicas específicas para enfrentar o tráfico de mulheres e de crianças, porque, diante de sua maior vulnerabilidade, elas são as mais afetadas.

Outro ponto que merece destaque são os refugiados com dependentes e/ou sem apoio familiar, e que por isso tendem a ser mais explorados no tráfico de pessoas. Assim, deve-se haver uma atuação específica do Estado para a inclusão laboral desses indivíduos, promovendo condições dignas de trabalho e renda suficiente para cobrir tanto os seus gastos quanto os gastos de sua família.

Outro fator de aumento da vulnerabilidade é a inércia do Estado. A atenção aos refugiados passa pela formulação de políticas públicas para inclusão laboral e pela facilitação do processo de revalidação de títulos. Sem a criação dessas políticas, os refugiados tornam-se vítimas preferenciais para o tráfico de pessoas e para a exploração pelo trabalho escravo. Nesse contexto, há uma série de formas de controle pelos aliciadores, como o financeiro e geográfico, que, sob as formas de coação ou violência, afetam substancialmente a dignidade do trabalhador refugiado e o fragiliza ainda mais, com efeitos, inclusive, sobre a sua saúde.

Assim, diante dessas dificuldades, cabe ao Estado atuar para minimizar seus efeitos nocivos para a dignidade dos refugiados, tanto com o aprimoramento da rede de apoio existente quanto com o atendimento integral e humanizado às vítimas, para, assim, enfrentar os efeitos nocivos desse crime adequadamente e garantir a dignidade humana.

REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS - ACNUR. *Perfil socioeconômico dos refugiados no Brasil*. Subsídios para elaboração de políticas. Pesquisa completa. Genebra, Suíça: UNHCR, 2019. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2019/07/Pesquisa-Perfil-Socioecon%C3%B4mico-Refugiados-ACNUR.pdf>. Acesso em: 14 de set. 2019

BIGNAMI, R. O trabalho escravo no contexto do tráfico de pessoas: valor do trabalho, dignidade humana e remédios jurídico-administrativos. In: BRASIL. *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça. Organização de Fernanda Alves dos Anjos et al. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

BIROL, A. P. J.; BARBOSA, J. B. C. A tríade ocasional: vulnerabilidade, migração e tráficos de pessoas. In: GUERALDI, Michelle (Org.). *Migração e Tráfico de Pessoas*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria Nacional de Justiça, Coordenação de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas, 2014. (Cadernos temáticos sobre tráfico de pessoas, v. 2) Disponível em: <http://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/publicacoes/cadernostematicos/caderno-2-template.pdf>. Acesso em: 21 fev. 2017.

BOECHAT, Y. *A exploração dos trabalhadores venezuelanos em Roraima*. DW made for minds, 2018, online. Disponível em: <https://www.dw.com/pt-br/a-exploração-dos-trabalhadores-venezuelanos-em-roraima/a-45284173>. Acesso em: 17 jun. 2019.

BRASIL. *Código Penal*. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Vade mecum. São Paulo: Saraiva, 2019.

DPU – Defensoria Pública da União. *Guia Prático Grupo de Trabalho de Assistências às Vítimas de Tráfico de Pessoas da Defensoria Pública da União*. 2019. Disponível em: https://www.dpu.def.br/images/stories/pdf_noticias/2019/Guia_GT_Assistencia_trafico_pessoas.pdf. Acesso em: 13 nov. 2019.

FAUZINA, A. L.; VASCONCELOS, M.; FARIA, T. D. *Manual de capacitação sobre tráfico de pessoas*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2009.

FIONA, D.; BRYANT, K.; LARSEN, J. *Migrants and their vulnerability to human trafficking, modern slavery and forced labour*. Geneva: International Organization for Migration, 2019. Disponível em: https://publications.iom.int/system/files/pdf/migrants_and_their_vulnerability.pdf. Acesso em: 12 nov. 2019.

FUDGE, J.; STRAUSS, K. *Migrants, Unfree Labour, and the Legal Construction of Domestic Servitude. Migrants at work*. Oxford University Press Oxford, p. 160-179, 2014. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Kendra_Strauss/publication/295315325_Migrants_Unfree_Labour_and_the_Legal_Construction_of_Domestic_Servitude/links/5e209f51458515ba208ddacc/Migrants-Unfree-Labour-and-the-Legal-Construction-of-Domestic-Servitude.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

G1 – Globo Notícias. *Venezuelanos em situação análoga ao trabalho escravo são resgatados no sul da BA; dois homens são presos*, 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/ba/bahia/noticia/2019/04/18/venezuelanos-em-situacao-analoga-ao-trabalho-escravo-sao-resgatados-no-sul-da-bahia-dois-homens-sao-presos.ghtml>. Acesso em: 21 mai. 2020.

ILO – International Labour Office. *Global Estimates of Modern Slavery: Forced Labour and Forced Marriage*. Geneve: 2017. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/publication/wcms_575479.pdf. Acesso em: 21 mai. 2020.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

MATHIASSEN, B.; RIBEIRO, E.; VITÓRIA, R. O escritório das nações unidas sobre drogas e crime e o enfrentamento ao tráfico de pessoas: uma abordagem voltada para o direito internacional dos direitos humanos. In: BRASIL. *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça. Organização de Fernanda Alves dos Anjos et al. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

MEDEIROS, Thamara Duarte Cunha. *Matriz Nacional de Formação em Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/formacao-em-etp/anexos/matriz-formacao.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2019.

MJSP – Ministério da Justiça e da Segurança Pública. *Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas*. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/sua-protecao/trafico-de-pessoas/leia-mais/leia-mais>. Acesso em: 21 mai. 2020.

MORAES, M. C. B. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, I. W. (Org.). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NAÇÕES UNIDAS. *Human Rights and Human Trafficking*. New York and Geneva: United Nations, 2014. Disponível em: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS36_en.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

NEWELL, B. C.; GOMEZ, R.; GUAJARDO, V. E. *Information seeking, technology use, and vulnerability among migrants at the United States–Mexico border*. The Information Society, v. 32, n. 3, p. 176-191, 2016. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/01972243.2016.1153013>. Acesso em: 21 mai. 2020.

OIT – Organização Internacional do Trabalho. 2020. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/agencia/oit/>. Acesso em: 21 mai. 2020.

PANDE, Rekha. *Sex trafficking in South Asia with a special focus on India*. Kalpaz, 2016.

PROTOCOLO DE PALERMO. *Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional relativo à Prevenção, à Repressão e à Punição do Tráfico de Pessoas, em especial de Mulheres e Crianças*. Disponível em: <http://sinus.org.br/2014/wp-content/uploads/2013/11/OIT-Protocolo-de-Palermo.pdf>. Acesso em 16 mai. 2021.

SANTOS, B. S. S. Introdução: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: SANTOS, B. S. S. *Reconhecer para Libertar: os caminhos do cosmopolitanismo multicultural*. RJ: Civilização Brasileira, 2003.

SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Ed., 2008

SIQUEIRA, P. Tráfico de pessoas: comércio infamante num mundo globalizado. In: BRASIL. *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça. Organização de Fernanda Alves dos Anjos et al. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

SUZUKI, Natália. Escravo, nem pensar! Uma experiência da sociedade civil para a prevenção ao tráfico de pessoas e ao trabalho escravo. In: BRASIL. *Tráfico de pessoas: uma abordagem para os direitos humanos*. Secretaria Nacional de Justiça, Departamento de Justiça. Organização de Fernanda Alves dos Anjos et al. 1. ed. Brasília: Ministério da Justiça, 2013.

UNHCR – United Nations High Commissioner for Refugees. *'Migrants in vulnerable situations' UNHCR's perspective*. 2017. Disponível em: <https://www.refworld.org/pdfid/596787174.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

UNICEF – Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Uprooted: The growing crisis for refugee and migrant children*. 2016. Disponível em: https://www.unicef.org/publications/files/Uprooted_growing_crisis_for_refugee_and_migrant_children.pdf. Acesso em: 20 nov. 2019.

UNODC – Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime. *Manual contra o tráfico de pessoas para profissionais do sistema de justiça penal*. 2009. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2009_UNODC_TIP_Manual_PT_-_wide_use.pdf. Acesso em: 05 out. 2019.

_____. *Global Report on Trafficking in Persons*. 2018. Disponível em: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GLOTiP_2018_BOOK_web_small.pdf. Acesso em: 20.11.2019.

DADOS PESSOAIS, PSICOPODER E RESPONSABILIZAÇÃO: ANÁLISE A PARTIR DA LEI BRASILEIRA DE PROTEÇÃO DE DADOS

PERSONAL DATA, PSYCHOPOWER AND ACCOUNTABILITY: ANALYSIS FROM THE BRAZILIAN DATA PROTECTION LAW

Salete Oro Boff;¹

Dionis Janner Leal.²

Resumo: O desenvolvimento tecnológico, especialmente relacionado às tecnologias de informação e de comunicação – TICs –, permite e facilita a disponibilidade irrestrita e exponencial de dados pessoais (*Big Data*) e o acesso dos mesmos por organizações, com ou sem qualquer autorização de seus titulares. O acesso a dados pessoais, sem autorização, afronta o direito humano à privacidade, bem como permite exercer poder (vigilância/controle) sobre as pessoas em razão do tratamento dos dados por elas fornecidos, o que possibilita inclusive a intervenção em processos psicológicos da população. O tema despertou o interesse e o debate junto aos poderes instituídos e às legislações dos países que, gradativamente, vem regulamentando o uso e o tratamento de dados. O Brasil segue esta tendência e estabeleceu, em 2018, um diploma legal sobre a matéria (Lei nº 13.709/2018). O presente estudo desenvolve-se conceituando o direito à privacidade, na sequência apresenta regulamentação nacional acerca da proteção de dados pessoais e, por fim, a responsabilidade civil enquanto sanção e os meios de controle pelo uso indevido de informações de terceiros sem sua anuência, sob a ótica do Estado regulador. Verifica-se a dificuldade de conjugar a liberdade das pessoas no ambiente digital, com a proteção dos seus dados pessoais dispostos neste meio. Tem-se como encaminhamento viável a *accountability* na esfera privada corporativa e também em face do próprio governo. O método de pesquisa utilizado foi o dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Dados Pessoais. Estado Regulador. Privacidade. Psicopoder.

Abstract: Technological development, especially related to information and communication technologies - ICTs -, allows and facilitates the unrestricted and exponential availability of personal data (Big Data) and its access by organizations, with or without any authorization from their owners. Access to personal data, without authorization, violates the human right

¹ Professora permanente PPGD IMED. Pós-Doutora pela Universidade Federal de Santa Catarina (2008).

² Mestrando em Direito – PPGD – Faculdade Meridional. Especialista em Direito Público. Técnico Administrativo em Educação e Membro do Núcleo de Inovação e Transferência de Tecnologia, ambos no Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia Farroupilha. Mestrando em Direito e membro do Grupo de Estudos em Desenvolvimento, Inovação e Propriedade Intelectual-GEDIPI, ambos pela Faculdade Meridional de Passo Fundo - RS. Advogado.

Artigo recebido em 13/04/2020 e aprovado para publicação em 18/07/2021.

to privacy, and allows the exercise of power (surveillance / control) over people due to the processing of data provided by them, what makes it even possible to intervene in the psychological processes of the population. The topic aroused interest and debate together with the instituted powers and countries' the laws which, gradually, are regulating the use and treatment of data. Brazil follows this trend and established, in 2018, a legal diploma on the matter (Law No. 13,709/2018). The present study is developed by conceptualizing the right to privacy, then presenting national regulations regarding the protection of personal data and, finally, civil liability as a sanction and the means of control for the misuse of third party information without your consent, under the perspective of the regulatory state. There is a difficulty in combining people's freedom in the digital environment, with the protection of their personal data disposed in this medium. Accountability is a viable pathway in the private corporate sphere and also in the face of the government itself. The research method used was the deductive and the technique, bibliographical research.

Keywords: Privacy. Personal data. Regulatory state. Psychopower.

1 INTRODUÇÃO

O desenvolvimento das tecnologias de informação e de comunicação – TICs – criou um ambiente que permite e facilita a disponibilidade irrestrita e exponencial de dados de pessoas e organizações, sem qualquer autorização de seus titulares para livre utilização. A disponibilidade de dados é realizada quase que automaticamente pelos usuários, no intuito de ter acesso a “facilidades”, sem quaisquer medos ou receios dos riscos e consequências dessa liberdade exposta ao mundo digital. O volume de dados pessoais disponibilizados no ambiente virtual possui potencial econômico e quem tem acesso e faz uso desses dados pode usufruir de benefícios privados e até estabelecer formas de indução e controles dissimulados.

Vários questionamentos surgem a partir dessa realidade, entre os quais: é possível proteger os dados pessoais disponíveis no ambiente virtual? que poder (vigilância/controlar/manipulação) a apropriação de dados pessoais pode gerar? quem poderá ser responsabilizado pelo uso ilegal dos dados pessoais?

Visando dar encaminhamento às questões postas, o presente estudo abordará inicialmente o conceito de privacidade e, sob a ótica econômica, a privacidade das informações na perspectiva de Posner. Na sequência, analisa-se a regulamentação nacional acerca da proteção de dados pessoais, o controle/influência do *Big Data* sobre as pessoas e o poder desses dados. Na terceira parte, expõe-se sobre a responsabilização enquanto sanção pelo uso indevido de informações de terceiros sem anuência, sob a ótica do Estado regulador. O estudo foi desenvolvido utilizando o método dedutivo e a técnica de pesquisa bibliográfica.

2 A PRIVACIDADE NO CONTEXTO DA PROTEÇÃO DE DADOS

Importante para o presente estudo o contexto histórico da privacidade, a fim de compreender a proteção de dados, que lhe é inerente, e verificar que não é de hoje que os dados pessoais são potencialmente violados.

É comum encontrar artigos ou trabalhos publicados acerca da privacidade ou proteção de dados com referência ao artigo *The Right to Privacy* (O Direito à Privacidade), de Warren e Brandeis (1890), o qual é o marco jurídico para o estudo privacidade frente à utilização de novas tecnologias (BOFF, 2018, p. 64). Entretanto, a expressão “privacidade” é mais remota do que a ofertada por Warren e Brandeis (1890) e chancelada por alguns estudiosos como marco jurídico – pode-se dizer que, em termos filosóficos, já foi idealizada por Aristóteles, o qual distinguiu a esfera pública e a esfera privada (doméstica), respectivamente denominadas *polis* e *oikos* (MALDONADO, 2019, p. 12). Para Saldaña (2012), parafraseado por Boff (2018, p. 66), o direito à privacidade garante proteção aos interesses imateriais (espirituais) da pessoa, ensejando o direito “individual de ser deixado em paz”.

O ordenamento jurídico brasileiro positivou nas constituições acerca do direito à privacidade de seus cidadãos, quando inicialmente a tratou como tutela de inviolabilidade de domicílio e de correspondências e, hodiernamente, em razão da evolução da sociedade e das suas tecnologias, as conhecidas proteções seriam insuficientes para resguardar das novéis ingerências à vida íntima e privada dos cidadãos (MAURMO, 2017, p. 110).

A ordem jurídica atual trouxe a proteção da privacidade por via reflexa, por intermédio da proteção à dignidade humana, e, por via direta, como a imagem, a vida privada, a honra e a intimidade (MAURMO, 2017, p. 124), esculpidos no inciso X, do artigo 5º, da Constituição Federal, sem olvidar o seu inciso XII, acerca da inviolabilidade do sigilo das correspondências e comunicações telegráficas.

Ainda sobre a proteção constitucional da privacidade, a abordagem de Fortes (2015) destaca o tema sob duas óticas distintas no panorama normativo nacional, uma sem a compreensão jurídica da internet e outra com a sua internalização. Sob o primeiro prisma, a proteção da privacidade não era reconhecida em relação a banco de dados informáticos, mas a ordem jurídica já reconhecia que o instituto do *habeas data* era o que mais se aproximava

de uma proteção legal, mas se limitava à esfera de órgãos e entidades governamentais (FORTES, 2015, p. 102).

Em atenção a essa peculiaridade brasileira, na República Argentina, o instituto do *habeas data* possui um alcance maior, abarcando organizações privadas, por expressa disposição do artigo 43 da Constituição da Nação Argentina, e que visam proteger os dados pessoais, cuja passagem merece transcrição:

Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquellos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. (ARGENTINA, 1994)

Para a doutrina argentina de Gozáni, fazendo alusão à Lei nº 25.326/2000, que dispõe sobre a proteção de dados pessoais da Argentina, arrola os princípios dessa proteção e que o instituto do *habeas data* “otorga al individuo la posibilidad de concretar el cumplimiento de cualquiera de estos principios” (GOZÁNI, 2011, p. 106).

Todavia, no Brasil outros diplomas codificados como o Código Civil, Código de Processo Penal e o Código de Defesa do Consumidor versam nas suas esferas acerca da proteção à privacidade, sendo que este último equiparou os registros de dados de consumidores de qualquer gênero às entidades de caráter público (FORTES, 2015, p. 102).

Para o autor, “as mencionadas normas jurídicas brasileiras mantêm distanciamento de situações vinculadas aos novos fenômenos proporcionados pela internet, na sociedade da informação”, o que vem a permitir “metadados anônimos e até mesmo protegidos por normas de sigilo bancário, tal como prevê a lei brasileira, tornam-se dados pessoais vulneráveis”, arrematando o autor a necessidade de uma melhor compreensão da internet na seara jurídica a fim de contribuir para com a eficácia da proteção constitucional exigível (FORTES, 2015, p. 104).

Num contexto jurídico no qual a internet – e a sua utilização pelos usuários da rede – colaborou indiretamente para o aprimoramento das leis nacionais, a sociedade passa a conceber a privacidade na internet como direito fundamental amplo, abarcando “a proteção da vida privada, da intimidade, da imagem, da honra e dos direitos-base vinculados ao conceito de direitos de privacidade na internet” (FORTES, 2015, p. 188), contribuindo para um conceito transcendente da proteção constitucional à privacidade, para além da vida (dos

fatos) num contexto material, isto é, incluindo a mesma proteção à vida virtual, quando estivermos em nossa ‘ágora digital’.

No cenário internacional, os direitos humanos vêm historicamente contribuindo para o tratamento adequado dos dados pessoais, sendo o meio para encarar a luta entre o direito e a tecnologia, não sendo alheio à proteção da privacidade, promulgando diplomas e regulamentos. Como exemplos, a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, a Convenção 108 do Conselho da Europa de 1981 que trata da proteção das pessoas com respeito ao tratamento automatizado de dados e foram ratificados por todos os membros europeus, e em 2009 com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa vinculou juridicamente os países membros à Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à proteção de dados pessoais (TRAVIESO, 2013, p. 72).

Por outro lado, Posner (2010, p. 274) traz uma explicação funcional (econômica) da informação privada das pessoas, uma vez que essa informação possa criar para outrem a oportunidade de tirar proveito – econômico ou não – quando da posse de informações alheias, estimulando a crescente intervenção na esfera privada e, conseqüentemente, o direito à ocultação de dados da vida pessoal pelo seu titular. Todavia, o autor adverte que, na sociedade moderna, não faz sentido afirmar que as pessoas têm o direito de não ser importunadas ou de ser deixado em paz, tendo em vista haver poucas pessoas que almejam a privacidade, pois preferem “manipular o mundo à sua volta, escolhendo quais informações revelarão sobre si mesmas” (POSNER, p. 275).

Pela análise econômica do direito, a privacidade das informações empresariais (ou da organização) deveria receber maior proteção que as informações na esfera privada das pessoas naturais, tendo em vista que, na esfera empresarial, o sigilo é importante por se apropriarem dos benefícios sociais que concebem, ao passo que, na vida privada (pessoal), a função do sigilo se resume à ocultação de informações pejorativas ou de demérito (POSNER, 2010, p. 293). Todavia, o próprio autor ao citar Greenawalt e Noam (1979), por entenderem de modo contrário a ele, pautam-se na ideia de que para o indivíduo (pessoa natural) a privacidade é um direito – à ocultação de informações, começar de novo (recomeço; nova chance) –, enquanto para as organizações são meros instrumentos utilitários.

Saindo da análise econômica do direito de Richard Posner, sem descurar o aspecto econômico das informações, importante trazer por outra ótica os contornos que a noção de

privacidade aflora, que é inerente à ideia de não intervenção de terceiros – como o Estado –, a exemplo do estado de vigilância permanente, o biopoder e a psicopolítica.

2.1 A PRIVACIDADE NO SÉCULO XXI: O CONTROLE DE DADOS E PODER

Para toda e qualquer manipulação – coerção ou intervenção, direta ou indireta – na vida das pessoas, existe um poder que emana sobre ele. Nesse sentido, para Foucault, o poder sobre a população dá-se por meio do que ele chama de ‘técnicas ou tecnologias de poder’ que, nos séculos XVII e XVIII, eram centrados no corpo individual das pessoas, o que denominava de tecnologia disciplinar do trabalho (hierarquia, inspeção e relatórios). (2010, p. 203)

Ainda no final do século XVIII floresceu uma nova tecnologia de poder, a qual Foucault denominou de biopolítica – ou biopoder –, que diz respeito a fatores externos do corpo do homem, atingindo universalmente a espécie humana, como as adversidades da vida, a exemplo de saúde pública, taxa de natalidade, mortalidade e longevidade. E, já no início do século XIX, no que concerne à velhice, capacidades dos indivíduos, concebendo instituições estatais de assistência e outros mecanismos de cunho privado como seguridade e poupança financeira (FOUCAULT, 2010, p. 205).

O biopoder, na concepção do autor, exerce o controle e a vigilância (administração) da população, produzindo forças e deixando-as crescer e a organizar-se ao invés de aniquilá-la ou coibi-las – o que difere, desde o século XVII do poder da morte (intervenção nas leis biológicas – vida – da população). O controle biopolítico – ou biopoder – se limita a fatores externos, não adentrando na mente do homem, na psique da população. Todavia, há uma nova tecnologia do poder que adentrará na psique humana e, conseqüentemente, na privacidade de cada indivíduo. Essa nova tecnologia de poder, surgida no final do século XX e mais evidente no século XXI, é denominada por Han, como psicopoder – ou psicopolítica –, a qual, “está em posição para, com ajuda da vigilância digital, ler e controlar pensamentos”, capaz de intervir nos processos psicológicos da população. A partir do *Big Data* há possibilidade de prever comportamentos dando margem ao surgimento da nova tecnologia do poder, a ‘psicopolítica’ (HAN, 2018, p. 131-132).

Assim, vivendo em estado de vigilância permanente, verifica-se que “a economia movida a dados e o capitalismo de vigilância são as duas faces da mesma moeda pois, quanto

maior a importância dos dados, maior será a coleta de dados”. Diferentemente da coleta de dados relacionada por Warren e Brandeis, o *Big Data* e o *Big Analytics* trouxeram eficiência na obtenção, coleta, registro e acesso a dados alheios, na forma de mais “veracidade, velocidade, variedade e volume” – os chamados 4 V do *Big Data*. (FRAZÃO, 2019, p. 28.). É a era da vigilância ativa, do controle, o que pode ser chamado de psicopolítica digital, onde a negatividade de uma decisão livre abre espaço para a positividade do estado de coisas, onde o *Big Data* dita as regras e comportamentos pessoais (HAN, 2014, p. 26).

Para Han o *Big Data* é o instrumento poderoso da psicopolítica, pois se desloca da vigilância passiva para o controle ativo, “nos precipita a una crisis de la libertad con mayor alcance, pues ahora afecta a la misma voluntad libre.” Por meio do *Big Data* é possível “adquirir un conocimiento integral de la dinámica inherente a la sociedad de la comunicación. Se trata de un *conocimiento de dominación* que permite intervenir en la psique y condicionarla a un nivel reflexivo” (2014, p. 25). Han adverte para uma nova forma de evolução:

[...] incluso como una forma de mutación del capitalismo, no se ocupa primeramente de lo «biológico, somático, corporal». Por el contrario, descubre la *psique* como fuerza productiva. Este giro a la psique, y con ello a la psicopolítica, está relacionado con la forma de producción del capitalismo actual, puesto que este último está determinado por formas de producción inmatrimoniales e incorpóreas. No se producen objetos físicos, sino objetos no-físicos como informaciones y programas. El cuerpo como fuerza productiva ya no es tan central como en la sociedad disciplinaria biopolítica. Para incrementar la productividad, no se *superan* resistencias corporales, sino que se *optimizan* procesos psíquicos y mentales. El *disciplinamiento corporal* cede ante la *optimización mental*. Así, el *neuro-enhancement** se distingue fundamentalmente de las técnicas disciplinarias psiquiátricas. (HAN, 2014, p. 42).

Desse modo, a biopolítica “impede un acceso sutil a la psique. La psicopolítica digital, por el contrario, es capaz de llegar a procesos psíquicos de manera prospectiva. Es quizá *mucho más rápida* que la voluntad libre” (HAN, 2014, p. 95). Chega-se ao entendimento de que a privacidade é – e sempre foi – objeto de interesses econômicos (e não econômicos, conforme Posner), agora acelerada e potencializada pelo auxílio das TICs que oportunizam a otimização e compilação de quaisquer informações pessoais. Caracteriza-se a era do totalitarismo digital, onde os dados são meios de transparência e o dataísmo é uma ideologia em si (HAN, 2014, p. 88).

2.2 A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS E A PSICOPOLÍTICA

A Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD), Lei nº 13.709/2018, é o marco regulador do tratamento de informações pessoais. O art. 1º da Lei apresenta o objeto da proteção de direitos tidos como fundamentais (liberdade, privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade) inerentes à pessoa natural, o que rechaça, de imediato, a ideia de proteção de dados da pessoa jurídica, documentos sigilosos, segredos de negócios, que dizem respeito a leis esparsas – como direito de propriedade intelectual e direito civil – contrariando o defendido por Posner, para o qual a proteção de dados empresariais – ou privacidade comercial – traz maiores benefícios sociais do que a de dados pessoais (2010, p. 293).

O legislador estabeleceu, como exceção, a não proteção de dados pessoais quando se trata, de questões relacionadas ao Estado (segurança pública, repressão e investigações de infrações penais) e quando tratado por pessoa natural para fins particulares e não econômicos (art. 4º, inciso I, da LGPD). Dessa regra pode-se extrair uma concepção econômica do direito emanado por Posner (2010) nesse dispositivo legal. O autor defende que numa relação real ou potencial, de negócios ou pessoal, há sempre uma oportunidade de tirar proveito (econômico ou não) quando da posse de informações de terceiros (POSNER, 2010, p. 274), que poderá ser utilizada (tratada) da forma que melhor lhe aprouver o detentor daquela informação em detrimento do seu titular, tendo em vista haver uma relação social entre pessoas naturais que, para o Estado, não lhe interessa proteger ou em razão do custo de sua proteção é maior que a informação ou dado a ser tratado.

Inserindo a teoria de Posner (2010) na exceção de proteção de dados pessoais ditada pela LGPD em comento, é dizer que esse direito fundamental, nas relações interpessoais e não econômicas, não vale o custo da proteção da informação. Dito de outro modo, “fazer valer o direito de propriedade sobre a informação implicaria, em muitos casos, custos desproporcionalmente elevados em relação ao valor da informação a ser protegida”. Por exemplo, não compensaria proteger direito de propriedade intelectual sobre receitas de pratos ou atividades domésticas e outras tidas como comuns das pessoas, porque “os custos de investigação da origem de uma informação também inviabilizariam o recurso ao sistema de direitos de propriedade” e que “a violação dessas normas seria algo excessivamente abrangente e difícil de determinar” (POSNER, 2010, p. 288).

Assim, em consonância está o texto da lei brasileira ao silenciar no rol protetivo dos dados pessoais as relações entre pessoas naturais, uma vez que os valores sobre essas informações numa relação qualquer podem ser insignificantes – ou desinteressadas – e, por

outro lado, o custo da proteção para o aparato estatal ou das organizações privadas seriam superiores ao ‘valor’ arbitrado a tais dados pessoais. Para Posner, “quando a informação não é produto de investimento significativo, faz menos sentido defender sua proteção”, como finalidade de proteção legal do sigilo (2010, p. 289).

Certamente, as informações pessoais de cunho não econômico mereceriam certa proteção, ou a sua violação deveria ser considerada fraude. Sobre a opção de não proteger, Posner argumenta que as pessoas, em geral, são racionais inclusive em comportamento não mercadológico (casamento, procriação, crime), e que, numa abordagem de “livre-mercado” – entre pessoas naturais – defendido pelo autor, “as pessoas devem ter liberdade para fazer suas próprias ponderações sobre os fatos desonrosos que os outros tentam esconder” e que de acordo com a análise econômica, a recusa em revelar determinado tipo de informação na seara privada deveria ser também considerada fraudulenta – considerada, pelo menos, anulável pelo direito (POSNER, 2010, p. 281).

Quando o Estado não garante proteção a dados pessoais nos casos exclusivos de segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais – que são inerentes a interesses “particulares” do Estado – valendo-se dessas informações para os fins que a lei lhe autoriza, parece que está a controlar as informações pessoais de seus cidadãos, as quais, *a priori*, passam desreguladas ou sem controle sobre si mesmo – sem *accountability* do Estado. O art. 40 da LGPD estabelece que o Estado, por intermédio da autoridade nacional – Autoridade Nacional de Proteção de Dados - ANPD, “poderá dispor sobre padrões de interoperabilidade para fins de portabilidade, livre acesso aos dados e segurança, assim como sobre o tempo de guarda dos registros, tendo em vista especialmente a necessidade e a transparência”.

A competência instituída pela legislação brasileira à autoridade – ANPD - manter-se-á mesmo que o Poder Executivo opte por uma ou outra estrutura organizacional, apesar da estrutura organizacional original se manter como órgão hierarquicamente subordinado à Presidência da República. O art. 55-J da LGPD prevê as competências da ANPD.

Pelo exposto, a ANPD, *a priori*, terá caráter de instância de *compliance*, uma vez que instituirá diretrizes e procedimento para a conformidade da LGPD pelas pessoas jurídicas, de direito público e privado (III, VIII, XVIII), inclusive realizar ou determinar auditorias (XVI), além de deliberar acerca da interpretação da Lei. Em princípio, a centralização de várias atribuições pela ANPD fortalece o papel de uma instância de *compliance* de caráter

governamental ou *compliance* “externo”, que é aquele que incumbido de “implantar as políticas de conformidade” (SCHRAMM, 2019, p. 170), porém com um viés não apenas fiscalizatório, mas também regulatório.³

Sob esse prisma, de que o poder público por intermédio de seu aparelho estatal – órgãos e entidades – possui a atribuição de fiscalizador e também de regulador, é que se tem presente a psicopolítica tratada por Han, considerando a ausência de *accountability* de *accountability*: ausência de controle sobre o controle – quem controla o Estado?

No contexto de uma sociedade de vigilância, o *Big Data* tudo vê, capturando todos os atos digitais dos usuários de tecnologias, utilizando-se dessas informações como poder para antecipar e decidir o futuro das pessoas e, nessa questão, não há devida transparência e *accountability*, tendo em vista que “os algoritmos utilizados por governos e grandes agentes empresariais são normalmente considerados segredos, respectivamente de Estado ou de negócios” (FRAZÃO, 2019, p. 38). Nesse sentido, “é urgente a necessidade de se introduzir mecanismos de transparência e *accountability* nas decisões algorítmicas”, e é de saber, “entre o que não é conhecido, o que pode e deve ser conhecido, como pressuposto mínimo da proteção de direitos individuais e da própria democracia” e que “a transparência é pressuposto de inteligibilidade não apenas dos negócios, mas do próprio mundo” e que sem isso não será possível controlar os algoritmos. (FRAZÃO, 2019, p. 42-43).

Não se pode olvidar em esclarecer que a sociedade da transparência é uma sociedade da informação. Informações e comunicações demasiadas não ensejam transparência, ou seja, não lançam luz ao mundo, sendo que a massificação de informações não gera verdade, e quanto mais informações liberadas mais não transparente

³ Art. 55-J. Compete à ANPD: (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(...) III - elaborar diretrizes para a Política Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(...) VIII - estimular a adoção de padrões para serviços e produtos que facilitem o exercício de controle dos titulares sobre seus dados pessoais, os quais deverão levar em consideração as especificidades das atividades e o porte dos responsáveis; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(...) XVI - realizar auditorias, ou determinar sua realização, no âmbito da atividade de fiscalização de que trata o inciso IV e com a devida observância do disposto no inciso II do caput deste artigo, sobre o tratamento de dados pessoais efetuado pelos agentes de tratamento, incluído o poder público; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(...) XVIII - editar normas, orientações e procedimentos simplificados e diferenciados, inclusive quanto aos prazos, para que microempresas e empresas de pequeno porte, bem como iniciativas empresariais de caráter incremental ou disruptivo que se autodeclarem startups ou empresas de inovação, possam adequar-se a esta Lei; (Incluído pela Lei nº 13.853, de 2019)

(intransparente) torna-se o mundo, logo, “a hiperinformação e a hiercomunicação não trazem luz à escuridão” (HAN, 2017, p. 95-96).

Essa crítica de Han desperta atenção para a transparência. Na sua análise, “transparência e poder não se coadunam muito bem”, pois o poder prefere andar no oculto ao passo que a transparência é que derruba a esfera oculta do poder, e que uma transparência recíproca só haveria por meio de uma supervisão permanente (2017, p. 110). Conforme Frazão, “entre o que não é conhecido, o que pode e deve ser conhecido”, vai de encontro com a proposta de transparência de Han, pois se tem algo que não é conhecido – não saber – há uma relação de confiança, e não de transparência. Diz-se isso uma vez que a “confiança só é possível em uma situação que conjuga saber e não saber. Confiança significa edificar uma boa relação positiva com o outro, apesar de não saber dele; possibilita ação, apesar da falta de saber.” A transparência remete a “um estado no qual se elimina todo e qualquer não saber, pois onde impera a transparência já não há espaço para a confiança” (2017, p. 111).

Para as empresas e organizações privadas que detêm os dados pessoais e para o Estado, enquanto controlador dessas informações e também detentor de dados pessoais (art. 7º, III, da Lei nº 13.709/2018), não há uma relação de confiança, pois eles já têm as informações. Desse modo, todos estão incluídos em “um único panóptico” (panóptico digital), porque as redes sociais e empresas de tecnologia – como o Google – “se apresentam como espaços de liberdades, estão adotando cada vez mais formas panópticas”. Hodiernamente, as pessoas se auto expõem de forma livre e espontânea ao olho panóptico (HAN, 2017, p. 115), e que elas preferem “manipular o mundo à sua volta, escolhendo quais informações revelarão sobre si mesmas” (POSNER. 2010, p. 275).

2.3 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS

A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD), Lei nº 13.709/2018, é o primeiro marco legal do Brasil que trata especificamente do modo como devem ser tratados os dados pessoais, inclusive os digitais, das pessoas física e jurídica, de personalidade jurídica de direito público ou privado, a fim de garantir proteção aos seus direitos fundamentais de liberdade e de privacidade. Apesar da Lei do Marco Civil da Internet já arrolar direitos alusivos à proteção de dados pessoais, ela foi alterada com o diploma legal, que visa dar efetividade a direitos

fundamentais inerentes aos dados das pessoas natural ou jurídica, abarcando os contornos e os efeitos da violação da privacidade e liberdades das pessoas no país.

A Lei do Marco Civil da Internet foi concebida como reação acerca da espionagem no Brasil. À época, havia um Projeto de Lei Azeredo (PL nº 2.160/2011), que tinha como ideia regulatória de legislação criminal para a internet, o que seria um retrocesso no ambiente regulatório. O projeto tornava crime condutas comuns dos cidadãos, o que engessava a pesquisa, a inovação e produção de novos serviços tecnológicos no país (LEMOS, 2014, p. 4).

Sob o prisma da responsabilidade civil, este diploma legal a fim de assegurar a liberdade de expressão e impedir a censura, estabeleceu em seu artigo 19 que o provedor de aplicações de internet somente poderá ser responsabilizado civilmente por danos decorrentes de conteúdo gerado por terceiros se não tomar providências oriundas de ordem judicial.

Ademais, como bem recordam Ruaro e Souza, a Lei 12.965/2014 é a primeira lei a nível infraconstitucional que regula a proteção de dados e prevê a responsabilização por danos em território brasileiro, mas não se aplica ou protege o usuário em território estrangeiro ou quando a lesão não ocorre na internet (RUARO; SOUZA, 2017, p. 211).

No outro lado do atlântico, a União Europeia já positivou seu novo marco de proteção de dados pessoais, aprovando em 2016 o Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho nº 2016/679 – em vigor a partir de 2018 –, revogando a Diretiva nº 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), levando em consideração o avanço das novas tecnologias da informação e comunicação, cujas questões não mais a diretiva regulava. O novo regulamento dispensa de legislação própria no Estado-Membro para a sua aplicação em âmbito nacional, bem como pode ter sua incidência implementada para além do território da União Europeia, bastando que a responsável tenha interesse econômico dentro da União Europeia, consoante disciplina o seu artigo 3º (RUARO; SOUZA, 2017, p. 206).

São importantes as alterações trazidas pelo novo regulamento europeu. As principais mudanças em relação à diretiva do final do século passado destacam-se: a inclusão de um único conjunto de regras de proteção de dados, com validade em todo o território da União Europeia; a maior responsabilidade e prestação de contas para o tratamento de dados pelas empresas; criação de uma autoridade que sujeite as organizações no país União Europeia onde estabelecida sua sede; garantia do cidadão de buscar a autoridade de proteção de dados no seu país, mesmo que seu dados sejam processados fora da UE; facilitação do cidadão de

acesso aos seus dados e possibilidade de sua transferência a outra organização (portabilidade); o direito ao esquecimento, com o fim de gerenciamento próprio de riscos de dados privados, sem olvidar de outras mudanças (ALVAREZ; TAVAREZ; 2017, p. 176).

Como visto, o novo diploma de proteção de dados europeu trouxe procedimentos simplificados para as organizações privadas, com vista a reforçar a proteção da privacidade do cidadão europeu (ALVAREZ; TAVAREZ; 2017, p. 176), o que o Brasil também está regulando a nível nacional.

Apesar de a iniciativa brasileira se inspirar em leis estrangeiras, como o regulamento da União Europeia, Regulamento (UE) nº 2016/679 do Parlamento Europeu, a legislação nacional exigiu que os dados, físicos ou digitais, sejam tratados pelo próprio poder público e pelas pessoas jurídicas de direito privado que tenham acesso, colem ou utilizem essas informações de cunho pessoal, por motivos legais ou comerciais.

No âmbito das empresas privadas brasileiras, a lei inovou no ambiente cultural da organização para o tratamento de dados pessoais. A partir de agosto de 2020, todos aqueles que preenchem os requisitos legais deverão adotar mecanismos de controle, a fim de ensejar transparência nas relações que venham a utilizar as informações pessoais. Portanto, as pessoas jurídicas de direito público e privado necessitam adequar-se à lei, a fim de evitar as sanções nela previstas pela inadequada coleta, utilização ou armazenamento (tratamento) de informações de caráter pessoal dos clientes, colaboradores, empregados e quaisquer outros que tenham com ela alguma relação ou vínculo institucional, obrigacional, comercial ou legal.

O tratamento dado pela LGPD é diferente do que ocorre com o *compliance* anticorrupção disciplinado pela Lei nº 12.846/2013, onde os dirigentes ou administradores das pessoas jurídicas são responsáveis por atos ilícitos praticados pela empresa na medida de sua culpabilidade (Lei Anticorrupção, art. 3º, § 2º), ou seja, responsabilidade objetiva da empresa e subjetiva dos dirigentes, na LGPD a responsabilização recai sobre os agentes de tratamento de dados - operador e controlador - (LGPD, art. 42), o que descarta, *a priori*, a responsabilidade objetiva da empresa que coleta as informações pessoais de seus clientes ou colaboradores.

Por outro lado, a responsabilidade civil não se resume ao controlador e/ou operador, mesmo quando estes não forem empregados da empresa (LGPD, art. 5º, VI e VII) que realizam o tratamento das informações coletadas de seus usuários (clientes, colaboradores etc.), incluindo-se a responsabilidade da empresa em razão do seu funcionário que age em

desconformidade com o que determina a lei (LGPD, arts. 44 e 45). A responsabilidade da empresa que utiliza dados pessoais de consumidores, portanto, é objetiva e solidária e “qualquer fornecedor que estiver de posse de cadastros e dados pessoais de consumidores, sem suas expressas anuências, e utilizá-los para fazer oferta de produtos e serviços, deve responder e reparar pelos danos causados (...)” (NASSER FERREIRA, 2019).

Para otimizar e identificar melhor a responsabilização de cada agente da empresa responsável pelo tratamento de dados, sejam os agentes de tratamento ou funcionário encarregado, a gestão de riscos é uma medida de segurança a ser adotada. A implementação de um programa de conformidade digital ou *compliance* digital é uma medida para que se distribuam as responsabilidades, os papéis de cada encargo e dê efetividade aos ditames da nova lei no âmbito de cada organização.

Na legislação de proteção de dados brasileira está inserido o *accountability*⁴, que é a prestação de contas atribuída também às organizações privadas no trato de dados pessoais pelos agentes responsáveis “adoção de medidas eficazes e capazes de comprovar a observância e o cumprimento das normas de proteção de dados pessoais” (LGPD, art. 6º, X). Mesmo sem se enquadrar como agentes públicos, os operadores e controladores, no âmbito das organizações privadas, têm o dever de prestar contas à ANPD, conforme for disciplinado em suas diretrizes (LGPD, art. 55-J, III e XIV). Nasce, pois, o *compliance* empresarial em proteção de dados no âmbito nacional a partir do momento em que a ANPD estiver estruturada, as organizações públicas e privadas deverão a ela prestar contas (LGPD, art. 5º XIX c/c art. 10, § 3º e art. 27). Ao que parece não há um controle do próprio Estado, apesar de a ANPD enquanto poder público. O conceito de *accountability* “implica que os atores a serem controlados têm obrigações de agir de maneira consentânea com os *standards* aceitos de comportamento e que eles serão punidos pelo não cumprimento”. (MAIOLINO, 2018).

De acordo com Amartya Sen, na Índia a legislação de acesso à informação impõe o dever de prestar contas à sociedade dos agentes públicos, uma vez que disponibiliza a qualquer cidadão não somente acesso a documentos, mas sim a pedidos de esclarecimento e

⁴ A expressão *accountability* privilegia ideias de controle, responsabilidade e sanção, inerente à temática de prestação de contas (apesar de não haver uma tradução exata para o português do termo anglo-saxão). (CABRAL; CABRAL, 2018)

informações a respeito dos atos e procedimentos a serem executado pelo Poder Público (2015, p. 163).

No Brasil não é diferente, pois o acesso à informação, instituída pela Lei nº 12.527/2011 (Lei de Acesso à Informação – LAI), estabelece que qualquer cidadão (art. 10) poderá solicitar informações, documentos e direito de resposta a atos do governo (art. 7º), inclusive sobre processos, atos de gestão e o seu não atendimento pelos agentes públicos ensejam responsabilização administrativa e, *quicá*, no crime de improbidade administrativa (art. 32, § 2º). Para Sen, a LAI tem como escopo combater a corrupção e promover a *accountability* (2015, 164) e o governo federal brasileiro deu um passo a mais, promulgando regulamento de governança pública visando incorporar a política de controle e responsabilidades em sua própria gestão pública.

No que tange à responsabilização prevista na LGPD nacional, o seu artigo 31 expressa que “a autoridade nacional poderá enviar informe com medidas cabíveis para fazer cessar a violação”, quando identificar infração à lei, sem prejuízo do seu poder sancionatório aos órgãos jurisdicionados. Todavia, tal previsão serve mais para cientificar o responsável pelo órgão infrator na proteção de dados e levar em consideração no momento da tomada de decisão acerca da dosimetria da pena administrativa a ser imposta (TASSO, 2019, p. 288).

As sanções a serem impostas em razão da responsabilização daquele que deu causa à violação da lei estão arroladas no art. 52, prevendo a cumulatividade com outras sanções administrativas, civis e penais existentes em leis específicas. Quanto à responsabilidade de órgãos públicos, a autoridade nacional não pode enviar o mesmo informe previsto no artigo 31 a organizações privadas, pois esse dispositivo diz respeito à figura do autocontrole administrativo (TASSO, 2019, p. 288).

Quanto à responsabilização em nível internacional de dados pessoais, a legislação brasileira não é aplicável quando o tratamento de dados pessoais sejam provenientes de fora do território nacional ou de uso compartilhado de dados com agentes de tratamento brasileiros ou, ainda, objeto de transferência internacional de dados com outro país que não o de proveniência, condicionado que o país de proveniência proporcione grau de proteção de dados pessoais adequado à legislação brasileira (art. 4, IV, Lei nº 13.709/2018).

3 CONCLUSÃO

O novo diploma legal brasileiro acerca da proteção de dados pessoais trouxe inovações legislativas para o ordenamento jurídico e uma nova cultura no ambiente corporativo, seja ele público ou privado, a fim de dar tratamento adequado às informações pessoais coletadas dos usuários de seus serviços, além de normatizar a ideia de que os dados são privados e seus titulares podem fazer o que melhor lhes aprouver, contendo a usurpação por corporações empresariais, que se valem e apossam-se de direitos alheios, inclusive comercializando dados de terceiros.

A par disso, sob a ótica da economia do direito e do poder (biopoder/biopolítica e psicopoder/psicopolítica), a lei trouxe ao mesmo tempo a confirmação de que o Estado deve zelar pelas transações econômicas das informações privadas das pessoas naturais enquanto direito fundamental – inerente à pessoa como titular exclusivo de seus dados – e garantir que esses dados não sejam utilizados como manobra de massa ou indevidamente como forma de manipulação pelo poder (sobre as pessoas, seus comportamentos e pensamentos) – agora nas mãos também de organizações privadas – visando um controle e tratamento sobre essas informações. Criou-se uma colaboração mútua entre a ANPD e os agentes de tratamento de dados, que é uma ‘corregulação’ entre o público e privado a fim de somar esforços na construção de um tratamento de dados condizente com os direitos a que estão nele inclusos, como o da privacidade e inviolabilidade da liberdade de cada cidadão.

Todavia, ao mesmo tempo que ao Estado interessa regular o tratamento de dados pessoais ele cria um poder (psicopoder) sobre as pessoas – também compartilhado com a iniciativa privada –, mas não há de forma clara e direta – inclusive na própria lei – um mecanismo de controle pelos titulares desses dados em face do próprio Estado, como ‘um controle sobre o controlador’ (*accountability sobre accountability*).

Há, contudo, um encorajamento pelo Estado da criação de boas práticas de governança na seara pública e privada quanto a tratamento de dados e informações de cunho privado, o que de certa forma ensejará custos operacionais e de investimento para sua manutenção não previstos hodiernamente na iniciativa privada, assim como nos órgãos públicos com a capacitação de agentes para as novas atividades. Não há, todavia, proteção de direitos fundamentais como o da privacidade sem ônus para o Estado e, nesse caso, compartilhado com a iniciativa privada.

O *compliance* de dados é um novo procedimento criado pela LGPD a ser implementado em cada organização empresarial, agindo o Estado de modo indireto na

organização interna de cada empresa, incumbindo-lhe de responsabilidades com o trato de informações privadas a que até então eram comumente utilizadas sem respeito merecido aos direitos intrinsecamente envolvidos.

Em que pese haver uma governança pública sobre a própria Administração Pública – como o é o *compliance* na seara privada –, sente-se a ausência de um controle sobre a autoridade nacional (ANPD) pelos próprios titulares ou por meios de mecanismos ou instrumentos diretos como o *accountability*, o qual aparece como essencial e forma de garantir a transparência, uma vez que o Poder enseja transparência, mas não o contrário.

Logo, urge encontrar soluções, enquanto titulares de dados pessoais, de como implementar um *accountability* em face do poder público, em especial à ANPD, para garantir transparência, controle e responsabilidade do poder público sobre o tratamento de dados pessoais para evitar a invasão da esfera privada de seus cidadãos.

De todo o exposto, considerando a disponibilidade de dados pessoais sem controle ou conhecimento no *Big Data*, combinado com o interesse econômico das corporações privadas dos dados pessoais e a potencialidade de manipulação dos mesmos (inclusive dos dados dos titulares), ainda levando em conta o interesse do Estado de regular esse tratamento sem autocontrole e medindo forças com as organizações privadas para ter o poder de controlar essas informações, pode-se constatar que é tarefa árdua conjugar a liberdade das pessoas no ambiente digital. Aparentemente o encaminhamento viável parece levar a *accountability* na esfera privada corporativa e também em face do próprio governo.

REFERÊNCIAS

ALVAREZ, Bruna Acosta; TAVAREZ, Letícia Antunes. Da proteção dos dados pessoais: uma análise comparada dos modelos de regulação da Europa, dos Estados Unidos da América e do Brasil. In: ONODERA, Marcus Vinicius Kiyoshi; FILIPPO, Thiago Baldani Gomes de. *Brasil e EUA: temas de direito comparado*. São Paulo: Escola Paulista da Magistratura, 2017. Disponível em: <https://api.tjsp.jus.br/Handlers/Handler/FileFetch.ashx?codigo=94288>. Acesso em: 04 fev 2020.

ARGENTINA. *Constitucion de la Nación Argentina*. Disponível em: <http://pdba.georgetown.edu/Parties/Argentina/Leyes/constitucion.pdf>. Acesso em: 04 fev 2020.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges. Internet e proteção de dados pessoais: uma análise das normas jurídicas brasileiras a partir das repercussões do caso *nsa vs. Edward*

Snowden. *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito - PPGDIR/UFRGS*, v. 11, p. 340-370, 2016.

_____. A privacidade e a proteção dos dados pessoais no ciberespaço como um direito fundamental: perspectivas de construção de um marco regulatório para o Brasil. *Sequência* (UFSC), v. 1, p. 109-127, 2014.

BOFF, Salete Oro; FORTES, Vinícius Borges; FREITAS, C.P.A. *Proteção de Dados e Privacidade - do direito às novas tecnologias na sociedade da informação*. Rio de Janeiro: Lumem Juris, v. 1. 251p. 2018.

BORGES DA SILVA, Fabiani Oliveira. A responsabilidade do *compliance* officer na proteção de dados pessoais. *Revista de Direito e as Novas Tecnologias*, São Paulo, vol. 3, Abr-Jun 2019. Online. Acesso em: 24 nov. 2019.

BRASIL. Lei 13.709/2018. *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais* (LGPD).

_____. Lei 12.846/2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências.

_____. Lei 12.527/2011. *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.*

CABRAL, Flávio Garcia; CABRAL, Dafne Reichel. O Tribunal de Contas da União (TCU) e seu papel para um *accountability* horizontal efetiva. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo, vol. 6/2018, p. 143 – 164, Jul - Set 2018.

FORTES, Vinícius Borges; BOFF, Salete Oro. An analysis of cybercrimes from a global perspective on penal law. *Revista Brasileira de Direito IMED*, v. 13, p. 7-24, 2017.

FORTES, Vinícius Borges; BOFF, Salete Oro; AYUDA, Fernando Galindo. The Fundamental Right to Privacy in Brazil And The Internet Privacy Rights in Regulating Personal Data Protection. *Revista Eletrônica do Curso de Direito da UFSM*, v. 11, p. 24, 2016.

FOUCAULT, Michel. *Em defesa da sociedade: curso no Collège de France (1975-1976)*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010.

FRAZÃO, Ana. Fundamentos da proteção dos dados pessoais – noções introdutórias para a compreensão da importância da lei geral de proteção de dados. In: FRAZÃO, Ana;

TEPEDINO, Gustavo, OLIVA, Milena Donato (Coord). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. *Derecho procesal constitucional. Hábeas Data. Protección de datos personales: doctrina y jurisprudencia*. 2. ed. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 2011.

HAN, Byung-Chul. *No enxame: perspectivas do digital*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2018.

_____. *Psicopolítica*. Barcelona, ES: Herder Editorial S.L., 2014.

_____. *Estado de transparência*. Petrópolis, RJ: Vozes, 2017.

LEMOS, R. O Marco Civil como símbolo do desejo por inovação no Brasil. In: LEITE, G.; LEMOS, R. (Eds.). *Marco Civil da Internet*. São Paulo: Atlas, 2014.

MAIOLINO, Eurico Zecchin. *Accountability* popular e os sistemas de governo. *Revista dos Tribunais*, vol. 990, p. 41-54, abr 2018.

MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *LGDP – Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais: manual de implementação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

MAURMO, Júlia Gomes Pereira. A tutela da privacidade nas constituições brasileiras. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Cadernos de direito constitucional e ciência política, São Paulo, v. 25, n. 101, p. 105-124., mai./jun. 2017. Disponível em: http://200.205.38.50/biblioteca/index.asp?codigo_sophia=138663. Acesso em: 4 fev. 2020.

NASSER FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges. Fornecimento eletrônico de dados pessoais pelos consumidores: responsabilidade civil objetiva e solidária e o dano social. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, vol. 122/2019, p. 233-263, Mar-Abr 2019. Acesso em: 24 nov. 2019.

RUARO, Regina Linden; SOUZA, Fernando Inglês de. Cenários de regulação da proteção de dados pessoais e os desafios de uma tutela efetiva no ordenamento jurídico brasileiro: a internet e suas implicações na privacidade e na proteção de dados pessoais. *Interesse Público – IP*, Belo Horizonte, ano 19, n. 103, p. 197-216, maio/jun. 2017. Disponível em: http://bidforum.com.br/bidBiblioteca_periodico_pdf.aspx?i=247799&p=16. Acesso em: 04 fev. 2020.

SEN, Amartya; DRÈZE, Jean. *Glória incerta: a Índia e suas contradições*. São Paulo: Companhia das Letras, 2015.

TASSO, Fernando Antonio. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice. *Lei Geral de Proteção de Dados Comentada*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.

TRAVIESO, Juan Antonio. *Derecho Internacional de Los Derechos Humanos: clásico y futuro 3.0*. In: ALDEGANI, Gustavo Roberto. Régimen jurídico de los datos personales. v. 1. 1. ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2014.

UNIÃO EUROPÉIA. Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados e que revoga a Diretiva

95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32016R0679> Acesso em: 24 nov. 2019.

WARREN, Samuel D.; BRANDEIS, Louis D. *The right to privacy*. Harvard Law Review, Vol. 4, No. 5. (Dec. 15, 1890), pp. 193-220. Disponível em: <https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf>. Acesso em: 23 nov. 2019.

ZIELINSKI, Dioleno Zella. *Controle social da administração pública: A lei de acesso à informação na perspectiva da dimensão da accountability societal*. Dissertação (Mestrado em Direito). Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas, da Universidade Federal do Paraná. Curitiba, p. 130, 2015. Disponível em: https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2367351. Acesso em: 24 nov. 2019.

“FUNK COMO LE GUSTA”? JUÍZO DE GOSTO, ARTE E CENSURA

*“FUNK COMO LE GUSTA”? JUDGEMENT OF TASTE, ART AND CENSORSHIP*Eduardo Daniel Lazarte Moron;¹Fernando César Costa Xavier.²

Resumo: “Funk Como Le Gusta” é uma banda paulistana com um repertório que abrange música latina, samba-rock, *black music* e música eletrônica, e cujo nome sugere a capacidade de agradar às audições mais heterodoxas. Os autores tomam de empréstimo o nome da banda para revisitar o debate sobre a Ideia Legislativa 65.513, que pretendeu tipificar o funk e os “pancadões” como “crime de saúde pública a crianças, aos adolescentes e a família (sic)”. Para isso, o artigo revisita o debate filosófico (em Immanuel Kant, Theodor Adorno e Martin Heidegger) sobre se haveria um critério objetivo com o qual se poderia julgar a qualidade das representações artísticas em geral, para em seguida discutir se ao direito seria legítimo criar normas sobre assuntos diretamente relacionados ao campo supostamente não-normativo do juízo de gosto.

Palavras-chave: Funk. Juízo de gosto. Ideia Legislativa 65.513. Censura.

Abstract: “Funk Como Le Gusta” is a São Paulo band with a repertoire that covers Latin music, samba-rock, black music and electronic music, and whose name suggests the ability to please the most unorthodox auditions. The authors borrow the name of the band to revisit the debate on Legislative Idea 65,513, which intended to classify funk and “pancadões” as a “public health crime for children, adolescents and the family (sic)”. To this goal, the article revisits the philosophical debate (in Immanuel Kant, Theodor Adorno and Martin Heidegger) about whether there would be an objective criterion with which to judge the quality of artistic representations in general, and then discuss whether the law would be legitimate to create norms on matters directly related to the supposedly non-normative field of judgment of taste.

Keywords: Funk. Judgment of taste. Legislative Idea 65,513. Censorship.

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR) e Mestre em Direito Ambiental pela Universidade do Estado do Amazonas (UEA). Professor das Faculdades Cathedral e Procurador do Estado de Roraima.

² Doutor em Relações Internacionais (UnB), Doutorando em Sociologia e Direito (UFF) e Doutorando em Direito (UERJ). Professor Associado do Instituto de Ciências Jurídicas da Universidade Federal de Roraima (UFRR) e Professor Adjunto da Universidade Estadual de Roraima (UERR).

1 INTRODUÇÃO

A expressão “Funk Como Le Gusta”, que está o título do presente artigo, é o nome de uma famosa banda musical paulistana, cujo repertório inclui música latina, samba-rock, *black music* e música eletrônica – uma mistura que possivelmente agradaria uma ampla gama de ouvintes. O artigo faz referência ao nome da banda porque ele sugere que o funk estaria posto conforme o gosto de quem o ouve. E essa ideia remete, ainda que involuntariamente, ao debate congressional ocorrido em 2017 no Brasil, sobre uma sugestão de criminalização do funk e dos bailes de “pancadões”.

A Ideia Legislativa 65.513, que pretendia tipificar manifestações de *funk* e “pancadões” como “crime de saúde pública a crianças, aos adolescentes e a família (sic)³”, convertida no Senado Federal na Sugestão (SUG) nº 17/2017, acabou sendo rejeitada pela Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado, após parecer do Senador Romário (Podemos/RJ). A despeito da rejeição parlamentar, acredita-se que o debate de fundo permanece em aberto.

Para engajar-se no debate, os autores optaram por revisitar certas abordagens filosóficas dos últimos séculos, sobre se haveria um critério objetivo com o qual julgar a qualidade das representações artísticas em geral e da música em especial.

No que tange aos aspectos metodológicos, optou-se por uma revisão bibliográfica utilizando como fonte trabalhos de Filosofia da Arte e Estética para se discutir a objetividade do juízo de gosto e, por conseguinte, a legitimidade do direito positivo para regular manifestações artísticas de gosto considerado controvertido, sempre à vista do caso-referência da criminalização do funk.

Nesse passo, inicialmente, serão referidos o teor e motivações da Ideia Legislativa 65.513. A partir disso, reconstituindo as abordagens filosóficas que nos interessam, serão primeiramente destacados alguns pontos relevantes da crítica da faculdade de julgar em Immanuel Kant, inclusive o caráter pretensamente objetivo do juízo estético. Em seguida, será sumarizado o projeto de Theodor Adorno de separar a arte genuína da “falsa liquidação da arte”, incluindo a crítica ao jazz de sua época como uma arte degenerada que simbolizaria o “fim da utopia artística”. Por fim, serão apresentadas as ideias principais de Martin

³ Não é tecnicamente correta essa definição. Na verdade, o Código Penal fala apenas de “crimes contra a saúde pública” (Título VIII, Capítulo III). No entanto, como a definição aparece referida dessa maneira na Ideia Legislativa, ela é mantida, com a advertência do “sic” (isto é, “assim no original”).

Heidegger em *A Origem da Obra de Arte*, de 1950, sobretudo sua premissa de que a noção de verdade estaria fora do domínio da estética.

2 A IDEIA LEGISLATIVA Nº 65.513/2017 (SUGESTÃO LEGISLATIVA Nº 17/2017)

A proposta de criminalização do funk como “crime de saúde pública a criança, aos adolescentes e a família (sic)” foi formalizada em 2017, através da Ideia Legislativa nº 65.513. Encaminhada ao Senado Federal, a Ideia Legislativa defendia que os chamados bailes de “pancadões” seriam um meio para o

[...] recrutamento organizado nas redes sociais por e para atender criminosos, estupradores e pedófilos à prática de crime contra a criança e o menor adolescente ao uso, venda e consumo de álcool e drogas, agenciamento, orgia e exploração sexual, estupro e sexo grupal entre crianças e adolescente, pornografia, pedofilia, arruaça, sequestro, roubo e etc. (sic) (SENADO FEDERAL, 2017a)

De forma confusa, o proponente da Ideia Legislativa descrevia o funk como sendo uma “falsa cultura”. Sem justificar ou comprovar, afirmava ser do conhecimento dos brasileiros o conteúdo “podre” relacionado ao funk que seria veiculado nos meios de comunicação e na internet. A despeito disso, quando foi aberta a votação, no portal e-Cidadania, a proposta recebeu, no período de 24 de janeiro de 2017 a 16 de maio de 2017, mais de 20.296 manifestações individuais favoráveis⁴.

Pelas regras que regulam o processamento dessas propostas, quando uma Ideia Legislativa recebe mais de 20.000 apoios no prazo de quatro meses, a Ideia se torna uma Sugestão Legislativa e deve ser debatida pelos Senadores (COUTINHO, 2017)⁵. Foi o que ocorreu. A proposta foi convertida na Sugestão Legislativa (SUG) nº 17/2017 e encaminhada para a Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), do Senado Federal.

O relator designado para a Sugestão foi o então Senador Romário (PODEMOS/RJ). Para melhor instruir a matéria sob apreciação, ele requereu a realização de uma audiência pública, convidando como participantes os artistas e funkeiros Anitta, MC Marcinho, Cidinho

⁴ Cf o Anexo ao Memorando nº 43/2017 – SCOM (Ficha Informativa e Relação de apoiadores). Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5299757&disposition=inline>.

⁵ Cf. o Parágrafo único do art. 6º da Resolução nº 19, de 27 de novembro de 2015 (que “Regulamenta o Programa e-Cidadania”): “A ideia legislativa recebida por meio do portal que obtiver apoio de 20.000 (vinte mil) cidadãos em 4 (quatro) meses terá tratamento análogo ao dado às sugestões legislativas previstas no art.102-E do Regimento Interno do Senado Federal e será encaminhada pela Secretaria de Comissões à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH), dando-se conhecimento aos Senadores membros”.

e Doca (compositores do “Rap da Felicidade”), MC Koringa, Valeska Popozuda, Tati Quebra Barraco, Bochecha, MC Bob Rum (compositor do “Rap do Silva”), Carol Sampaio (promoter idealizadora do “Baile da Favorita”), o escritor Hermano Vianna (autor do livro “O mundo funk carioca”), a antropóloga Mylene Mizrahi, e o proponente da Ideia Legislativa 65.513, Marcelo Alonso.

No seu requerimento, o senador Romário já fazia constar uma ressalva pessoal: “Embora sejam conhecidos episódios de violência sexual e apologia a atos criminosos durante e após os bailes funk ou chamados ‘pancadões’ [...] não compreendemos que toda a cultura ligada ao funk seja vinculada à criminalidade” (SENADO FEDERAL, 2017b).

Ainda em setembro de 2017, o senador Romário opinou em parecer (Parecer nº 32/2017) pela rejeição da SUG nº 17/2017. Chama a atenção, para os propósitos deste artigo, o seguinte trecho do parecer:

Não nos devemos esquecer, por fim, que em tempos não longínquos outros gêneros musicais populares já foram vítimas de perseguição. O samba, outrora, foi considerado ritmo lascivo e pertencente à gente da “ralé”. No mesmo sentido, o jazz já foi considerado um estilo musical degenerado, de gente “impura”. (SENADO FEDERAL, 2017c, grifo nosso)

A assessoria do senador relator, que provavelmente o auxiliou na elaboração do parecer, ao referir o jazz como um gênero musical que, no passado, foi considerado uma degeneração, demonstra conhecer a famosa crítica do filósofo Theodor Adorno nesse sentido. Isto é aqui parece reforçar a necessidade de se revistar o debate filosófico dos últimos séculos sobre a faculdade de julgar objetivamente manifestações artísticas e de tecer juízos de gosto igualmente objetivos. Considera-se que esse debate filosófico é prévio e indispensável para que se possa discutir seriamente sobre a legitimidade do direito positivo para regular gêneros musicais de manifestações artísticas de gosto considerado controvertido ou “inferior”.

Este é um itinerário analítico distinto daqueles seguidos por outros tantos trabalhos e autores, que se dispuseram a analisar criticamente a Ideia Legislativa nº 65.513, mas sob enfoques mais jurídicos (MACRI Jr.; MACRI, 2018; ALVES, 2018) ou mais centrados na racialização da produção cultural (MILHOMEN, 2019).

3 SOBRE O JUÍZO DE GOSTO: A AVALIAÇÃO ARTÍSTICA É RACIONAL E OBJETIVA?

Na sua *Crítica da Faculdade de Julgar*, de 1790, Kant considera que o juízo de gosto implica um *juízo estético* – diferentemente do *juízo lógico* abordado em sua *Crítica da Razão Pura* –, e que pode ser classificado a seu turno como *empírico* ou *puro*. Os juízos estéticos empíricos se refeririam ao agrado ou desagrado, enquanto os juízos puros estariam relacionados à beleza de um objeto ou seu modo de representação, sendo os únicos a constituir verdadeiramente *juízos de gosto*. Os juízos próprios à capacidade de julgar são assim classificados pelo filósofo como *juízos estéticos puros* ou simplesmente *juízos de gosto*. Seriam eles um “juízo apreciativo”, restritos à aprovação ou desaprovação de um objeto (KANT, 2016, p. 120).

Na sua Terceira Crítica, em contraste com as anteriores, Kant passa a se preocupar com determinar sob quais condições “subjetivas” é possível formular um juízo de gosto. Segundo sua concepção, o juízo de gosto seria a faculdade de formular uma crítica de um objeto ou de um modo de representação mediante uma complacência ou descomplacência desvinculada de todo interesse individual. Ele conclui que o juízo de gosto só é puro desde que afastada qualquer manifestação empírica do seu fundamento de determinação. Contudo, ele admite a dificuldade prática para esse afastamento, principalmente quando “atrativos” ou “emoções” tornam-se partes integrantes do juízo pelo qual declaramos algo como belo (KANT, 2016). O juízo estético puro, para ser considerado *puro*, deve se abstrair, segundo Kant, de qualquer sensação ou sentimento pessoal. Qualquer julgamento da beleza deve ser livre de conceitos prévios, para então se avaliar se um objeto é belo ou não, contando a avaliação apenas com nossas sensações de prazer e desprazer; isso asseguraria um juízo de gosto puro, isto é, livre e desinteressado.

Kant aduz ainda que um objeto não pode ser considerado belo se for agradável somente a um sujeito específico, segundo seus sentimentos e sensações individuais de agrado ou desagrado, pois tais sensações revelam-se incomunicáveis, no sentido de que o que agrada a uma pessoa pode ser reputado desagradável para outra. Contudo, ele acrescenta que nada assegura que os juízos de agrado coincidirão entre as pessoas; quando isso ocorre, pode ser mero fruto do acaso. O juízo de gosto se manifesta se o prazer que o sujeito sente ao contemplar o objeto não se restringe unicamente a ele próprio, mas se estende a qualquer pessoa que possa emitir um juízo estético livremente e nas mesmas condições.

Contudo, o juízo de gosto não se submete a qualquer unanimidade ou consenso, pois não é dotado de um aspecto lógico e universal como o juízo transcendental. A

comunicabilidade do juízo de gosto pode ocorrer, segundo Kant, a despeito de ele ter uma dimensão marcadamente subjetiva. A este aspecto de comunicação universal ele chamou de “universalidade subjetiva”. A aparente contradição em termos que poderia haver nessa expressão é afastada por Julien Benda (1940) nos seguintes termos:

[...] uma vez que não se baseia a análise do belo em nenhuma inclinação do indivíduo (nem sobre qualquer outro interesse premeditado), mas desde que o juiz [aquele que efetua o julgamento] se sinta completamente livre no que respeita à satisfação que dedica ao objeto, não pode ele encontrar fundamento para essa satisfação em nenhuma condição peculiar relacionada com o seu próprio sujeito; conseqüentemente, tal satisfação deve ser considerada como baseada naquilo que ele, como juiz, pode pressupor em todos os outros homens. (BENDA, 1940, p. 216)

Kant afirmava ainda que quando uma pessoa supõe que um objeto é belo, quando se agrada de uma paisagem natural ou de uma obra artística de qualquer natureza, acaba referindo-se a um padrão de beleza pretensamente universal, porém, sem conseguir definir em que consiste o belo. Sobre esse aspecto, Werle (2005) esclarece que

O juízo de gosto sugere uma comunicação universal, a vivificação das faculdades da imaginação e do entendimento, no horizonte de uma universalidade não conceitual. O belo é tido como belo porque possui certa conformidade a fins (ligada à forma do objeto), mas não uma finalidade determinada, que pudesse ser estabelecida em conceitos. (WERLE, 2005, p. 137)

Com isso, ao pretender um nível de aceitação universal, o juízo de gosto não busca, na verdade, comunicar sensações e conceitos, de vez que cada indivíduo os tem “de modo particular e incomunicável”, na realidade o que o juízo de gosto pretende é compartilhar o “estado de ânimo’ que o acompanha” (SANTOS, 2008, p. 8).

Nas palavras de Kant (2016, p. 107), gosto e belo não se confundem: “Gosto é a faculdade de julgamento de um objeto ou modo de representação através de uma satisfação ou insatisfação, sem qualquer interesse”. O objeto de tal satisfação é, com efeito, o que se denomina “belo”. E o “belo é o que, sem conceitos, se representa como objeto de um prazer universal. Belo é o que, sem conceito, agrada universalmente” (OLIVEIRA, 2017, p. 32).

Uma nota importante é que, entre todas as belas artes, Kant concede um lugar especial à poesia, e ressalta que a música seria dela uma arte aproximada –, ainda que representada por meras sensações, sem conceitos imanentes e, diferentemente da poesia, incapaz de estabelecer uma pauta de reflexão imediata. A música para ele teria menos valor do que todas as demais belas artes, se julgada pela razão (KANT, 2016, p. 226). Diante dessa afirmação, a música, embora universalmente comunicável, exige mudanças mais constantes e não pode

ser conciliada com a repetição excessiva sem suscitar um tédio profundo. Como lida apenas com as sensações, a música ocuparia para Kant o lugar mais baixo entre as belas artes. Falar de “boa música”, para a tradição kantiana assentada na Terceira Crítica, parece um empreendimento fadada a um interminável exercício de argumentação estéril. A música “poetizada”, com letras, como se tornou comum na música contemporânea da segunda metade do séc. XXI, pode, no entanto, render uma escala de reflexão analítica mais promissora. Neste caso, seria possível a alguém apurar a própria percepção estética e o juízo de gosto a partir da aprendizagem e da formação voltada ao aprimoramento da capacidade de apreciação daquelas experiências agradáveis que as obras artísticas pretensamente possibilitam.

Mas antes de seguirmos para a música propriamente contemporânea, é importante notarmos como a filosofia alemã seguiu mantendo a crítica kantiana sobre a música como arte essencialmente sensorial. Martin Heidegger (1977, p. 13), por exemplo, destaca o aspecto do som na obra musical e escreve: “há sonoridade na obra musical [...] A obra musical está no som”. Mas, já com ele, o indissociável sentimento de beleza que a música pode prover vincula-se a uma certa noção de verdade:

Se a verdade se põe em obra na obra, aparece. É este aparecer, enquanto ser da verdade na obra e como obra, que constitui a beleza. O belo pertence assim ao autoacontecimento da verdade (das Sichereignender Wahrheit). O belo não é somente relativo ao agrado (das Gefallen) e apenas como o seu respectivo objecto. Todavia, o belo reside na forma, mas apenas porque outrora a forma clareou a partir do ser, enquanto a entidade do ente. (HEIDEGGER, 1977, p. 66-67)

O conceito de beleza trazido por Heidegger está no interior da obra, ou, nas palavras dele, “o belo pertence ao autoconhecimento da verdade” (1977, p. 67). Para ele, como visto, o conceito de beleza não se restringe ao agrado, mas precede à obra, confundindo-se com a forma idealizada a partir do “ser”. Isso marca uma diferença com o legado de Kant, para quem a arte bela não apresenta nenhuma verdade e a experiência estética mostra-se subjetiva, impossibilitando a sua vinculação com o conhecimento epistemológico.

A relação entre o objeto e a obra de arte é uma preocupação marcante para a hermenêutica filosófica de Heidegger. Ele não aceita a posição kantiana de que a arte se ocuparia do objeto estético, e, nesse sentido, seria algo “coisificado/objetificado”. O objeto estético kantiano não possui qualquer relação com a verdade, ao passo que Heidegger aponta que a obra tem a capacidade de revelar uma verdade, de modo que defende uma ontologia

fenomenológica da arte. Ele chega a afirmar que inexistente arte quando o critério avaliativo em questão se limitar a sua “coisificação” ou “objetificação”.

Na visão kantiana, ao elaborar um juízo estético, o sujeito busca dar um sentido à arte, podendo, inclusive, relacioná-lo com alguma verdade ligada à experiência artística; de outra parte, a concepção heideggeriana retira da arte uma verdade primordial. A estética, segundo a compreensão ontológica de Heidegger, é denunciada por tornar a arte impossível, meramente rotulável e não vivível, incapaz por isso de fazer fruir o belo. Com Kant e com Heidegger, a pretensão dos supostos críticos da arte – pelo menos da arte musical – seria um despropósito que deixa de compreender adequadamente o lugar que ela ocupa no mundo e na experiência humana.

4 FUNK, JAZZ E A DIMENSÃO SOCIAL DA ARTE MARGINAL

Retornando à Sugestão Legislativa que buscou criminalizar o funk, é relevante registrar o modo como Mylene Mizrahi (2015), uma das convidadas para falar na Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa do Senado Federal, resumiu o processo histórico pelo qual do funk carioca se afirmou como manifestação artística:

O funk carioca é um ritmo musical de origem norte-americana que chegou ao Rio de Janeiro na década de 1980. O lócus principal de sua execução se deu em bailes de dança que ocorriam inicialmente nas áreas privilegiadas da cidade, em particular na Zona Sul, e que posteriormente migraram para as suas áreas periféricas. É mais propriamente nas favelas que a resignificação do ritmo estrangeiro ocorre, tornando-se manifestação cultural fortemente associada aos jovens das classes populares da cidade. Hoje é possível dizer que o ritmo, mesmo que majoritariamente consumido por estes mesmos jovens, alcançou uma circulação tal que lhe permitiu tornar-se um dos símbolos mais loquazes do Rio de Janeiro, tanto em âmbito nacional como em contextos estrangeiros. (MIZRAHI, 2015, p. 857-858)

Ao traçar as origens do funk até se estabelecer no Rio de Janeiro, Mizrahi revela que nem sempre esse ritmo musical foi associado à periferia e às áreas mais carentes da cidade. As transformações pelas quais o funk carioca vem passando, enquanto gênero musical, podem ser divididas em estágios, começando pelos “raps de contexto” (com letras politizadas sobre o dia-a-dia dos habitantes da favela; passando pelo “funk proibido” (com narrativas sobre as ações ilícitas dos traficantes de drogas e as tensas relações entre a polícia e os marginais); até chegar ao “funk putaria” (com letras centradas nas relações eróticas, com forte conotação pornográfica, entre homens e mulheres (MIZRAHI, 2015, p. 862). O segundo estágio, dos funks “proibidões”, que teria se iniciado no final dos anos 1990, inaugurou a

temática da ilegalidade, da apologia às armas, às drogas e à violência, e acabou condicionando a má reputação do gênero inteiro (TROTТА, 2016).

Em 2014, a partir de reportagens veiculadas nacionalmente sobre o funk, o gênero passou a ser descrito como música consumida por “jovens de bairros suburbanos”, produzido em um contexto convulsionado por disputas sociais, territoriais, econômicas e políticas. Em certo momento, o funk carioca passou a provocar a atenção da opinião pública, que então pressionou as autoridades para que o funk e suas demandas sociais fossem incorporadas por políticas de inclusão. Nesse processo, conforme registra Mizrahi (2015), o funk foi ocupando o circuito sócio-cultural carioca, embora não sem resistências:

Toda esta negociação culminou precisamente na promulgação de duas leis pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro [...] uma dessas leis revogou uma outra, anterior, que estabelecia normas para a realização de raves e bailes funk, mas que na prática inviabilizava a realização destes últimos. A outra dessas leis interessa mais propriamente aos propósitos da discussão que aqui estabelecemos e define o funk como “movimento cultural”, reforçando que daquele momento em diante os assuntos relativos ao mesmo deveriam ser “prioritariamente” tratados pelos órgãos de cultura do Estado. (MIZRAHI, 2015, p. 867)

Em setembro de 2009, foi promulgada a lei que alçou o funk a movimento cultural e musical de caráter popular do Rio de Janeiro – Lei Estadual nº 5543⁶. Essa conquista legislativa pode ser vista como o resultado do engajamento da classe artística ligada ao funk, que decidiu se unir para enfrentar o preconceito e a discriminação que foram crescendo em torno do gênero musical (COUTINHO, 2015). Uma das preocupações dos artistas era também fazer frente à invariável associação do funk com o tráfico de drogas e a criminalidade, embora esses elementos compusessem a rotina de muitos desses artistas e se vissem de alguma forma refletidas nas suas composições.

Felipe da Costa Trotta (2016) considera, corretamente, que a necessidade de elaboração de uma lei para combater a discriminação e o preconceito contra o funk, retirando-o das notas de noticiários policiais para promovê-lo como prática cultura legítima, atestaria o quanto a conjuntura sociocultural era refratária à tendência de se representar o funk como “música”. Mizrahi (2015, p. 869) aponta ainda que a institucionalização e a legitimação do funk contribuíram para que a noção oficial de cultura e a ‘cultura’ das lideranças funkeiras passassem a coincidir, o que reforça a ideia de que a legitimação do funk pode colaborar para a sua normatização colocando em risco seu aspecto subversivo”. Todavia, Coutinho (2015,

⁶ Disponível em: <http://alerjln1.alerj.rj.gov.br/contlei.nsf/f25571cac4a61011032564fe0052c89c/78ae3b67ef30f23a8325763a00621702?OpenDocument>

p. 539) cita a fala de MC Leonardo na qual ele aponta o “funk como cultura menor, diante de outras formas de cultura”.

As críticas lançadas contra o funk fazem lembrar, em certa medida, a crítica de Theodor Adorno em relação ao jazz em sua época. Para o filósofo da Escola de Frankfurt, “O jazz é extremamente pobre justamente no que se refere ao ritmo [...] o jazz é a falsa liquidação da arte”, e por isso não deveria ter sequer “direito à existência artística” (ADORNO, 1998, p. 120 e 130). Comentando as críticas de Adorno ao jazz, Arthur Octávio Reis (2015) esclarece:

Em sua defesa da criação musical contra as diluições da indústria cultural, o pensamento de Adorno merece ser relido e atualizado. Pode-se utilizá-lo para compreender a utilização da música popular pelos grandes veículos de comunicação, em que os interesses do mercado determinam quais estilos chegarão ao grande público e quais não chegarão [...] Por tudo isso penso que seja possível refletir sobre a criação da música popular na contemporaneidade tendo como base a filosofia de Adorno e sua defesa de um tipo de criação concebida como “história inconsciente” ou “congelada” [...] Ao mesmo tempo em que investe contra o jazz, Adorno o faz nascer como tema para a filosofia. (REIS, 2015, p. 150-151)

Lançando um olhar retrospectivo sobre a crítica adorniana ao jazz, com sua tentativa de não considerá-lo uma forma de arte legítima, relegando-o a uma posição, quando muito, de “arte marginal”, é possível dizer que a cultura de massa tratou de frustrá-la. Na busca pelo aprimoramento como técnica e expressão artística, o jazz, inclusive, deixou de interessar à indústria cultural, pois não estava sequer em conformidade com a ideia de massificação da música de consumo imediato (REIS, 2015, p. 139).

No fundo, é possível que a crítica, não de Adorno, mas de sua época, ao jazz fosse mais social do que propriamente artística, à semelhança do que se pode dizer que ocorreu – e ocorre – com o funk. Seria como um movimento reativo e cíclico na história da arte, que por vezes se associaria com o poder regulatório do Estado para criar padrões artísticos oficiais. Embora as leis desempenhem às vezes o papel de promotoras de movimentos artísticos, elas também podem ser um elemento de regulamentação de censura – à semelhança do Código de Posturas, de 1858, conhecido pelo interesse de proibir candomblés ou batuques e danças de pretos em Praças, Chácaras e outros lugares.

5 A ARTE E O PAPEL CENSOR DA REGULAMENTAÇÃO JURÍDICA

É oportuno sublinhar que tramita na Comissão de Cultura da Câmara dos Deputado um Projeto de Lei (PL nº 3.291, de 2015), de autoria do Deputado Bacelar, que tem por

objetivo a alteração do art. 287 do Código Penal, a fim de excluir manifestações artísticas da tipificação do delito de apologia de crime ou criminoso. Na justificativa do PL, consta o seguinte:

Apenas a título de ilustração, necessário pontuar que, no ano de 2013, o chamado “Funk Proibidão” foi objeto de acalorada discussão judicial, visto que, na ocasião, houve a oferta de denúncia criminal em desfavor de uma pessoa que estaria cantando músicas conhecidas como “proibidões”, em virtude da prática delitiva prevista no art. 287, do Código Penal, qual seja, “apologia de crime ou criminoso”. Ocorre, todavia, que, sabiamente, o Magistrado promoveu a rejeição da inicial acusatória, asseverando, na oportunidade, que os “proibidões” não são crimes, mas forma de arte, reconhecendo, ato contínuo, a atipicidade da conduta narrada na exordial. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2015)

O projeto, claramente, assume a posição de um vetor, de um contramovimento, para afastar a incidência censória própria do direito penal em uma matéria relativa a um domínio de disputas baseadas em gosto. O então deputado federal Jean Wyllys, quando relator do PL, apresentou em relação a ele um voto favorável, aludindo ao fato de que o art. 5º, IX, da Constituição Federal, asseguraria a liberdade de expressão no âmbito de atividades intelectuais, artísticas, científicas, e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Aqui são válidos os questionamentos atemporais de Heidegger (1977, p. 46): “O que é arte? Procuramos a sua essência na obra real. A realidade da obra determina-se a partir do que na obra está na obra, a partir do acontecer da verdade”. De qual obra se fala quando o objeto em disputa é tão abrangente e heterogêneo, contando inclusive com diferentes estágios e tendências? Quem poderia falar como legítimo representante do funk? E quem estaria autorizado a julgá-la como de bom ou mau gosto? Heidegger (1977, p. 28), dizia que “Nas belas artes não é a arte que é bela, chama-se assim porque produzem o belo”.

O poder de julgamento de beleza posto a cargo do Estado leva a situações embaraçosas. O Projeto de Lei nº 3.291/2015, por certo, não impediu que anos depois uma Ideia Legislativa de iniciativa popular alcançasse um amplo apoio na internet e se transformasse em uma Sugestão Legislativa, a qual teve que ser devidamente apreciada pelo Senado Federal.

A arte é associada ao mundo do “ser” e o direito ao do “dever ser”. A submissão da arte às normatizações do direito pode depender de critérios altamente arbitrários adotados pelo sistema político. Em Estados com déficit democrático, o poder regulamentador estatal

sobre a arte facilmente assume contornos próprios de um regime de censura, limitando a liberdade artística de forma inaceitável.

Em diversas ocasiões, a história mostrou que o Estado, valendo-se de expedientes legislativos disponíveis, reprimiu expressões e movimentos artísticos, às vezes até mesmo fomentando situações conflitivas (OLIVEIRA, 2017, p. 10). A interferência do Estado na produção artística, sendo invariavelmente ideológica, deveria ser evitada a todo custo (OLIVEIRA, 2017, p. 95). Diante da inexistência de um critério estético de cunho objetivo para se proceder ao julgamento das manifestações artísticas correntes, qualquer iniciativa por parte do Estado em regulamentá-las constituir-se-ia arbitrária, injusta e desproporcional.

No caso do funk, a intenção de condenar qualquer conteúdo apologético a crimes nas suas letras, ou a ocorrência de crimes nos bailes em que o funk seja tradicionalmente executado, é algo defensável. Mas se isso assume a conotação expressa de “criminalização do funk”, como se houvesse uma apreciação negativa e uma condenação do movimento artístico e do estilo musical em si mesmos, torna-se absolutamente despropositado, pelo menos de uma perspectiva filosófica reflexiva.

6 CONCLUSÃO

A Sugestão Legislativa encaminhada ao Senado Federal com vistas a criminalizar o funk tinha como objetivo vincular esse ritmo musical a práticas ilícitas, rotulando o funk a uma conjuntura de deslegitimação enquanto “falsa cultura” e “arte marginal”. A prática de ilícitos penais, no contexto das letras de funk, ou mesmo nos bailes funk, não pode ser tomado como critério que permite uma apreciação estética negativa do gênero musical. O juízo de gosto não alcança esse nível de denúncia moral. Pode-se até concordar com críticas que expõem as letras de alguns funks, que em alguns casos até podem sugerir a apologia a crimes. No entanto, não foi essa a tônica contida na Sugestão Legislativa.

Não se mostra razoável a edição de uma lei que pretenda a criminalização do funk. Isso acende uma controvérsia estética, artística, musical, a respeito de qual gênero possa ser considerado como manifestação artística e cultural legítima; uma controvérsia que conduz a um juízo eminentemente subjetivo e afastado da possibilidade de consenso.

Embora o juízo de gosto pressuponha um julgamento puro, desinteressado e livre de qualquer inclinação particular, tal aspecto não é suficiente para que se invista órgãos oficiais

de exercer poder regulatório sob a premissa de julgadora (ou tuteladora) das manifestações dignas de bom gosto. As sensações que agradam ou desagradam são incomunicáveis, variam conforme os sujeitos. Portanto, qualquer julgamento que remeta à apreciação da beleza perde-se em considerações solipsistas.

Como nos ensina Heidegger em *A Origem da Obra de Arte*, de 1950, o conceito de beleza mostra-se essencialmente subjetivo. Como se poderia criminalizar manifestações cuja apreciação será inescapavelmente subjetiva? Mais que isso: como julgar e condenar um objeto estético que, como apontava Kant, sequer guarda qualquer relação essencial com a noção de verdade?

Portanto, se não há critério objetivo para julgar a validade ou a legitimidade das manifestações de expressões artísticas, qualquer tentativa de regulamentação (jurídica ou moral) delas, a exemplo do que foi pretendido desde a proposição da Ideia Legislativa nº 65.513/2017 se mostra como um esforço arbitrário e injusto. Faz mais sentido enxergar a tentativa de criminalização do funk como uma manifestação de sua reprovação de uma perspectiva social e política, e não realmente artística. O funk está para além de julgamentos estéticos, ele “é” *como le gustan*.

REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor. *Moda Intemporal sobre o jazz. Prismas Crítica Cultural e Sociedade*. Trad. Augustin Wernet e Jorge Mattos Brito de Almeida. São Paulo: Ed. Ática, p.117-130, 1998.

ALVES, Jéssica Bragio. *Funk: o grito esguelhado do morro por liberdade*. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Graduação em Direito) – Faculdade de Direito de Vitória. Vitória, 36 p. 2018.

BENDA, Julien. *O pensamento vivo de Kant*. Tradução de Wilson Veloso. São Paulo: Livraria Martins Editora S.A, 1940.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. *Projeto de Lei nº 3.291, de 2015 (Do Sr. Bacelar)*. Institui causa excludente de ilicitude no delito de apologia de crime ou criminoso. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1399132&filena=me=PL+3291/2015. Acesso em: 29 set. 2017.

COUTINHO, Raianne Liberal. *Participação política no portal e-Cidadania: Análise das consultas públicas e seus resultados*. Trabalho de Conclusão de Curso (Curso de Graduação em Direito) — Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. Brasília, 97 p. 2017.

COUTINHO, Reginaldo Aparecido. A elevação do funk carioca a “patrimônio cultural”: cotidiano e embates sociais e políticos em torno da implementação da Lei 5543/2009. *Antíteses*, v. 8, n. 15, p. 520-541, 31 jul. 2015.

HEIDEGGER, Martin. *A origem da obra de arte*. Tradução de Maria da Conceição Costa. Lisboa-Portugal: Edições 70, 1977.

KANT, Immanuel. *Crítica da faculdade de julgar*. Tradução de Fernando Costa Mattos. Petrópolis-RJ e Bragança Paulista-SP: Ed. Vozes & Editora Universitária São Francisco, 2016.

MACRI JÚNIOR, José Roberto; MACRI, Bianca Jaquetti. Criminalização do funk: considerações críticas. *Anais do Congresso Brasileiro de Processo Coletivo e Cidadania*, n. 5, UNAERP. Disponível em: <https://revistas.unaerp.br/cbpcc/article/view/978>. Acesso em: 29 set. 2017.

MILHOMEN, Priscila Leite. *Como o Estado e a sociedade criminalizam a cultura negra: um estudo de caso sobre o funk*. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Ciência Política) — Universidade de Brasília, Instituto de Ciência Política. Brasília. 32p. 2019.

MIZRAHI, Mylene. A institucionalização do funk carioca e a invenção criativa da cultura. *Antíteses*, Universidade Estadual de Londrina, [s.l.], v. 6, n. 12, p.855-864, 30 dez. 2013.

OLIVEIRA, Regis Fernandes de. *Direito e Arte*. São Paulo: Malheiros, 2017.

REIS, Arthur Octávio Dutra C. Moda intemporal, de Theodor Adorno, e o jazz como tema para a filosofia. *Ítaca: Revista dos Alunos da Pós-Graduação em Filosofia-IFCS-UFRJ*, Rio de Janeiro, n. 29, p. 137-152, 2015.

SANTOS, Rone E. Sobre o lugar do juízo de gosto na Estética Kantiana. "*Existência e Arte*" *Revista Eletrônica do Grupo Pet- Ciências Humanas, Estética e Artes da Universidade Federal de São João Del-Rei*, São João Del-Rey, v. 3, n. 3, p.1-12, 2008.

SENADO FEDERAL. *Memorando nº 43, de 17 de maio de 2017*. Diretoria da Secretaria de Comissões do Senado Federal. 2017a. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5299757&ts=1594036995180&disposition=inline>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. *Requerimento nº 68, de 21 de junho de 2017*. Senador Romário (PODEMOS/RJ). Requer, nos termos do art. 58, § 2º, II, da Constituição Federal, e do art. 93 do Regimento Interno do Senado Federal, a realização de audiência pública, no âmbito da Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH) [...] para tratar da questão relativa à “criminalização do funk”, objeto da Sugestão (SUG) no 17/2017. 2017b. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=5359031&ts=1594036995114&disposition=inline>. Acesso em: 29 set. 2017.

_____. *Parecer nº 32, de 14 de setembro de 2017*. Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa. Relatório do Senador Romário com voto pela rejeição da Sugestão. 2017c. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7186113&ts=1594036995442&disposition=inline>. Acesso em: 29 set. 2017.

TROTTA, Felipe da Costa. O funk no Brasil Contemporâneo: uma música que incomoda. *Latin American Research Review*, S.I, v. 51, n. 4, p.86-101, 2016. Disponível em: https://lasa.international.pitt.edu/auth/pub/Larr/CurrentIssue/51-4_86-101_Trotta.pdf. Acesso em: 29 set. 2017.

WERLE, Marco Aurélio. O lugar de Kant na fundamentação estética como disciplina filosófica. *Revista Dois Pontos: Revista dos Departamentos de Filosofia da Universidade Federal do Paraná e da Universidade Federal de São Carlos*, v. 2, n. 2, p. 129-143, 2005. Disponível em: <http://revistas.ufpr.br/doispontos/article/view/1965/1631>. Acesso em: 04 mar. 2018.

O DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INCLUSIVA E A RETENÇÃO VOLUNTÁRIA
DAS CRIANÇAS COM DEFICIÊNCIA INTELECTUAL NA EDUCAÇÃO INFANTIL POR
UM ANO ADICIONAL

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO AN INCLUSIVE EDUCATION AND THE WILLFUL
“RETENTION” OF CHILDREN WITH INTELLECTUAL DISABILITIES IN EARLY
CHILDHOOD EDUCATION FOR AN EXTRA YEAR*

Paulo Ricardo Schier;¹

Ricardo dos Reis Pereira.²

Resumo: O artigo sustenta que o Direito Fundamental à Educação Inclusiva garante às crianças com deficiência intelectual o direito de permanecerem por um ano adicional no Ensino Infantil, sempre que isso for necessário para o atingimento de um nível adequado de desenvolvimento cognitivo e social, antes da ascensão ao ambiente escolar do Ensino Fundamental. Sob o marco teórico das teorias externas dos limites aos direitos fundamentais, será demonstrado que a regra etária prevista na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB é desproporcional e não apresenta justificção constitucional concreta que a torne apta a restringir o exercício desse direito. Em conclusão, será apontado que essa regra da LDB está sujeita a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme à Constituição para excetuar as crianças com deficiência do seu âmbito de aplicação.

Palavras-chave: Educação infantil. Pessoas com deficiência. Direitos fundamentais. Limites.

Abstract: This paper states that the Fundamental Right to an Inclusive Education entitles children with intellectual disabilities to stay one more year at Pre-School, whenever necessary to the achievement of an adequate level of cognitive and social development before the ascent to Regular School. Working within the boundaries of the external theory of fundamental rights limitation, the text will argue that the age rule prescribed at the LDB (Brazilian Statute of Education Parameters and Guidelines) is disproportional and has no

¹ Mestre e doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Paraná e Pós-doutorando pela Universidade de Coimbra.02.Professor e Pesquisador do Mestrado em Direito Constitucional da UniBrasil.03.Professor de Direito Constitucional da UniBrasil, do Instituto de Pós-Graduação em Direito Romeu Felipe Bacellar e da Academia Brasileira de Direito Constitucional.04.Pesquisador do NUPECONST – Núcleo de Pesquisas em Direito Constitucional, vinculado ao Diretório de Pesquisa do Conselho Nacional de Pesquisas – CNPq.

² Mestre em Direitos Fundamentais e Democracia. Programa de Pós-Graduação em Direito do Centro Universitário Autônomo do Brasil - PPGD/UNIBRASIL. Bolsista PROSUP/CAPES.

Artigo recebido em 15/06/2020 e aprovado para publicação em 30/04/2021.

constitutional justification. In conclusion, it will be stated that this age rule of the LDB (which forbids the enforcement of the “one-more-year” right) ought to be submitted to a proclamation of unconstitutionality without annulment declaration, to give it an adequate interpretation which exempts children with intellectual disabilities from its scope of enforcement.

Keywords: Early childhood education. Person with disabilities. Limits of fundamental rights.

1 INTRODUÇÃO

O artigo pretende demonstrar que o direito fundamental à educação, aí incluído de modo adstrito o direito à educação inclusiva, garante às crianças com deficiência intelectual a proteção de uma posição jurídica que não aparece formulada expressamente em qualquer dispositivo da Constituição e tampouco na legislação infraconstitucional: o direito de permanecerem por um ano adicional na Educação Infantil (“pré-escola”) – mediante retenção voluntária -, sempre que isso se mostre recomendável para que adquiram um nível mais adequado de maturidade cognitiva e social antes da ascensão ao ambiente escolar do Ensino Fundamental.

Em verdade, pode-se até dizer que existem regras expressas na legislação que apresentam importantes obstáculos jurídicos a esse alegado direito, no sentido de que prescrevem comandos deontológicos contrários. É o caso dos artigos 29 e 30, inciso II, da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB, por exemplo, que estabelecem a idade exata das crianças sujeitas à Educação Infantil (até os cinco anos de idade).

Mas essa objeção inicial de que o direito postulado não apresenta previsão expressa na legislação, ou mesmo de que a legislação infraconstitucional lhe traz potenciais embaraços, não deve significar um obstáculo definitivo à sua fruição pelos titulares no plano da realidade. Ao contrário, exatamente por exigir uma construção prévia por via argumentativa é que o direito em questão acabará sendo reclamado com ainda mais vigor, porquanto submetido a uma régua mais qualificada de justificação constitucional.

Essa aparente contradição é uma das complexidades que marcam o Direito contemporâneo e, antes de ingressar no cerne do trabalho, parece importante fazer algumas considerações a respeito dos profundos desenvolvimentos da filosofia do direito, que trilhou o caminho do positivismo jurídico ao *neoconstitucionalismo* (BARROSO, 2005). Afinal, foi nessa esteira que se constituiu todo o regime jurídico dos direitos fundamentais e, em última

análise, é baseado nesses pressupostos teóricos que o constitucionalismo hoje se apresenta nas democracias liberais.

Destarte, o problema objeto do estudo reside no fato de que, apesar da existência de regra infraconstitucional expressa que veda a prática, é comum que crianças com deficiência intelectual necessitem de retenção na fase da Educação Infantil para que possam se desenvolver melhor e lograr alcançar maior desenvolvimento mental e social. O estudo propõe que referida regra é eivada de inconstitucionalidade concreta, especificamente quando aplicada às crianças com deficiência, tendo em vista a necessidade de tratamento adequado e diferenciado que decorre de normas internacionais recepcionadas com hierarquia constitucional, justificando a declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade mediante atribuição de interpretação conforme à constituição.

O método combinou levantamento e análise de bibliografia específica, de normas nacionais e internacionais aplicáveis ao caso e, ainda, o estudo de casos onde este problema se revelou concretamente.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO HISTÓRICO-FILOSÓFICA DO MARCO TEÓRICO

No Século XX o direito constitucional passou por um processo histórico que levou ao drástico incremento de sua força normativa (BARROSO, 2005). As constituições forjadas sob os positivismo jurídicos, que antes se limitavam a tratar apenas das minúcias da formação política do Estado (distribuição de competências, basicamente), passaram a ser paulatinamente substituídas por constituições mais substantivas, que se tornavam verdadeiras normas jurídicas e declaravam vastos catálogos de direitos subjetivos, muitas vezes conformados sob a formatação singular de *direitos fundamentais* (SCHIER, 2009).

Esse momento histórico não teve geração espontânea, obviamente, mas se deveu antes à superação das fundações filosóficas do sistema jurídico positivista anterior, cuja falência se comprovara por ocasião das Grandes Guerras. Pretendeu-se, em resumo, submeter todo o campo de normatividade do Direito a uma “pretensão de correção” (ALEXY, 2011), *i.e.*, a uma nova e mais qualificada justificação moral, exatamente para evitar aquele estado de indignidade observado no “Século de Sangue” (HECHT; SERVENT, 2015).

É de todo óbvio que nos positivismos já havia certa pretensão de correção das decisões jurídicas, mas essa correção então se ligava às estruturas internas e herméticas do Direito em

si. Correta era a decisão que atendia ao rigorismo lógico-formal do próprio sistema jurídico, ainda que os resultados encerrassem injustiças materiais evidentes³. Havia, em outras palavras, uma justificação endógena do direito, pois o sistema se descolava deliberadamente da moral para oferecer ao mesmo tempo os fundamentos e a legitimação para as suas próprias bases.

No direito pós-positivista⁴, porém, essa pretensão de correção adquiriu uma ambição axiológica muito mais significativa, pois passou a acessar não apenas a justificação interna (e lógica) das decisões jurídicas, mas a iluminar seus conteúdos substanciais com luzes externas irradiadas desde o campo da moral. Sob esse novo Direito, não basta mais que as decisões atendam ao rigor jurídico, elas devem ser justas (morais) para serem consideradas corretas. Passa a haver, então, uma conexão *conceitual* entre Direito e Moral (APALATEGUI, 2005, p. 135).

Exatamente por essa razão, de documento fundamental meramente político, a Constituição consubstancia-se em norte ético para a sociedade (SCHIER, 2005), e reclama o desenvolvimento de uma nova teoria do Direito que trará as mais profundas implicações para a dogmática constitucional.

A doutrina aponta que, dentre as principais características do direito constitucional pós-positivista, destacam-se especialmente duas: a normatividade dos princípios e o reconhecimento da diferenciação qualitativa-estrutural dessas normas em face das regras (SCHIER, 2017). Mas antes de serem meras características do direito pós-positivista, essas parecem ser verdadeiras *consequências* desses desenvolvimentos teóricos.

É que para habilitar o Direito ao atendimento das elevadas novas pretensões axiológicas, a própria linguagem normativa do positivismo jurídico – um sistema baseado na prescrição de regras - precisou ser revista.

Ora, um sistema de regras, com seus comandos normativos exaurientes, operáveis na lógica do “tudo ou nada” (DWORKIN, 1978), seria certamente incapaz de inserir

³ “A inexistência de alguma abertura axiológica na aplicação da norma fez com que normas absolutamente injustas fossem aplicadas pelos juízes sem a possibilidade de sua correção, como as já citadas leis de Nuremberg, ou na Itália as leis fascistas, ou no Brasil os Atos Institucionais pós-64” (FERNANDES; BICALHO, 2011, p. 109).

⁴ Sabe-se que as expressões “pós-positivismo” e “neoconstitucionalismo” são problemáticas. Utiliza-se ambas, no presente trabalho, para expressar a imensa vertente do constitucionalismo posterior à Segunda Guerra Mundial que busca, por diferentes caminhos, superar algumas limitações do positivismo jurídico, reconhecendo força normativa integral à Constituição e aos seus princípios, vindo a exigir parâmetros de aplicação do Direito que impliquem em superação do exclusivo modelo subsuntivo e reconhecendo a existência de uma distinção entre texto normativo e norma.

satisfatoriamente os valores morais da comunidade ao campo da normatividade jurídica. Esses valores, que são muito fluidos, complexos e amplos – verdadeiramente metafísicos –, e muitas vezes até contraditórios entre si, exigiram, assim, uma nova linguagem normativa que lhes servisse de vetor deontológico também adequado, que lhes espelhasse a mesma fluidez, amplitude e complexidade. Essa nova linguagem se expressa através dos princípios e do reconhecimento de sua normatividade plena.

Os princípios são mais aptos à elevada incumbência de normatizar adequadamente valores morais porque, não tendo conteúdos precisos e pré-definidos, apresentam uma estrutura que permite uma “moldagem” deontológica que os realizará na prática constitucional “na maior medida possível”, *i.e.*, como verdadeiros “mandados de otimização” (ALEXY, 2008, p. 90). Não é por outra razão que os direitos fundamentais hoje comumente se inscrevem nos ordenamentos jurídicos sob a estrutura de princípios (“liberdade de expressão”, “direito à educação” etc.), pois se pretende que sejam realizados no limite ótimo.

Mas se os princípios são categorias normativas que encampam valores morais através de vetores deontológicos muito amplos e não exaurientes, como então saber quais atos e fatos estão ou não sob o escopo de proteção desses direitos (leia-se: como conhecer o seu “âmbito de proteção” (SARLET, 2012, p. 362) ou o seu “suporte fático” (SILVA, 2009, p. 70) A antiga operação positivista de subsunção dos fatos à norma certamente não parece mais ser satisfatória para todos os casos, afinal a premissa-maior do silogismo agora apresenta um sem-número de possibilidades deontológicas. Ou seja, boa parte do problema deixa de estar vinculado com debates sobre a correção normativa das respostas jurídicas e se transfere para o campo da correção factual (SIECKMANN, 2006, p. 47).

Basicamente, no nível filosófico mais elementar, saber o que está ou não contido sob a proteção normativa de um direito fundamental significa perguntar quais são os seus *limites*⁵. A teoria oferece basicamente duas grandes respostas ao problema.

A primeira resposta vem na forma das chamadas teorias internas (SILVA, 2009, p. 128), que trabalham com a ideia de “limites imanentes” dos direitos fundamentais, isto é, limites que nascem junto com a própria concepção do direito fundamental. O raciocínio é que o conteúdo de um direito fundamental – o que está ou não tutelado sob a sua égide normativa – exige uma prévia formulação deontológica, que seja clara, precisa e específica

⁵ A necessidade de alguma atividade de limitação dos direitos fundamentais é, na verdade, uma imposição lógica dentro da teoria dos princípios, como bem demonstrado por SCHIER (2007, p. 65).

(leia-se: o direito fundamental deve ter a estrutura de regras (SILVA, 2009, p. 129). Assim, ao definir *a priori* o que é o direito fundamental (qual seu âmbito de proteção), logicamente define-se também o que não é o direito fundamental (o que está fora de seu âmbito de proteção). Daí falar-se em teoria “interna” (ZANON JUNIOR, 2012, p. 5), pois os limites serão intrínsecos à definição do que venha a ser o próprio direito fundamental em questão (STRAPASSON; INOMATA, 2017, p. 99).

Já as teorias externas (SILVA, 2009, p. 138) trabalham com conceitos profundamente diferentes. Não há uma preocupação em definir previamente o que está e o que não está inserido no âmbito de normatividade de um determinado direito fundamental. Admite-se, *prima facie*, que todo e qualquer ato ou fato que tenha a mais mínima pertinência axiológica com o bem jurídico fundamental estará acobertado pelo direito em questão - diz-se, pois, que os direitos fundamentais têm um “suporte fático amplo” sob as teorias externas (STRAPASSON, INOMATA, 2017, p. 103). E se virtualmente todo e qualquer ato ou fato estará *a priori* sob a égide deste direito fundamental, então se tem que seus limites necessariamente virão de fora, serão externos – daí teoria “externa”.

Essa diferenciação não é mera tecnicidade, mas apresenta profundas consequências práticas (SILVA, 2009, p. 138). Se na teoria externa qualquer conduta minimamente relacionada ao bem jurídico tutelado estará *prima facie* abrangida sob a proteção do direito fundamental em questão, então a limitação que vem “de fora” se apresentará sempre na verificação *prática* e *a posteriori* do direito fundamental, através da análise dos condicionantes fáticos e jurídicos aplicáveis ao caso concreto e a ele oponíveis. Sob essa perspectiva da teoria externa, portanto, são esses condicionantes externos que limitam (o exercício de) um direito fundamental (ZANON JUNIOR, 2012, p. 7)!

Entenda-se, adicionalmente, que essa análise prática dos condicionantes oponíveis a um direito fundamental se realiza por meio da argumentação jurídica (SÁNCHEZ, 2009, p. 602), cujos instrumentais teóricos – sopesamento e regra da proporcionalidade, por exemplo - oferecem uma tal racionalidade ao sistema (GORZONI, 2018, p. 49) que, ao final, se terá também uma espécie de antídoto para o (justificado) receio do decisionismo e do subjetivismo jurídicos (SCHIER, 2017), que são “efeitos colaterais” da pretensão de correção moral do Direito.

Sob a teoria externa, se ao final da empreitada argumentativa a postulação de uma dada posição jurídico-subjetiva resiste aos condicionantes de fato e de direito apresentados –

e se as restrições estatais sucumbem aos testes da regra de proporcionalidade (SILVA, 2009, p. 167) –, então essa posição específica estará sim acobertada pelo direito fundamental em questão. Mas note-se (e essa anotação é relevante na teoria externa): acaso a posição não resista a essa análise argumentativa, o conteúdo *prima facie* do direito fundamental em nada terá sido atingido, mas terá havido apenas uma restrição ao seu exercício!

É nesse contexto histórico-jurídico do neoconstitucionalismo e firmado sobre o marco teórico da teoria externa dos limites aos direitos fundamentais, que tem a mais estrita ligação com a teoria dos princípios (ALEXY, 2008, cap. 3), que o artigo demonstrará que o direito fundamental à educação inclusiva oferece às crianças com deficiência intelectual a possibilidade de permanência por um ano adicional no Ensino Infantil, para que acessem o ambiente do Ensino Fundamental com melhores condições de desenvolvimento cognitivo e social. Trata-se, tal direito fundamental, daquilo que ALEXY (2008, p. 74) designa como direito fundamental atribuído (ou adstrito), uma norma não escrita expressamente mas extraída como decorrência da leitura sistemática de vários textos, o que é natural quando se reconhece, na teoria dos princípios, a não correspondência biunívoca entre texto e norma (CANOTILHO, 1991).

3 ANOTAÇÕES CONCEITUAIS E METODOLÓGICAS PRELIMINARES

Em nome da clareza conceitual e metodológica, antes de ingressar na fundamentação jurídica do trabalho propriamente dita, é necessário desenvolver melhor algumas ideias que serão apresentadas para que o leitor tenha exata compreensão das categorias analíticas do quanto se argumenta.

Em primeiro lugar, importa dizer que o problema concreto que inspirou a realização deste trabalho foi uma discussão ocorrida em 2018 no âmbito do Poder Legislativo do Município de Curitiba/PR, quando algumas famílias de crianças com deficiência intelectual (transtorno do espectro autista e síndrome de Down, basicamente) procuraram seus representantes no parlamento para tentar aprovar uma legislação⁶ que garantisse a seus filhos

⁶ Projeto de Lei Ordinária nº 005.00029.2018. Disponível em: https://www.cmc.pr.gov.br/wspl/sistema/ProposicaoDetalhesForm.do?select_action=&pro_id=351404. Acesso em 05/03/2019.

o direito de permanecerem por mais um ano na Educação Infantil antes de ascenderem com todas as outras crianças para o Ensino Fundamental.

A alegação dessas famílias invocava que as crianças com deficiência intelectual por vezes atingem o grau adequado de maturidade cognitiva e social⁷ para o ingresso no Ensino Fundamental numa idade biológica mais avançada em relação às crianças neurotípicas. Ou seja, segundo essas famílias, muitas vezes essas crianças não estão prontas para ingressarem no ambiente escolar do Ensino Fundamental aos cinco anos de idade⁸.

Dessas observações, é importante que fiquem claras duas ideias centrais defendidas neste trabalho: *i*) a permanência por um ano adicional no Ensino Infantil somente haveria de ser realizada quando fosse *necessária* para o bom desenvolvimento da criança (as crianças com deficiência intelectual que porventura estivessem desenvolvidas num nível adequado, ascenderiam normalmente ao Ensino Fundamental); *ii*) essa permanência/retenção seria uma *opção* – uma faculdade - a ser exercida por essas famílias, mediante referendo técnico de especialistas da área da saúde (o atestado médico seria um requisito formal para a fruição da posição jurídico-subjetiva aqui teorizada).

Logo, o artigo não está defendendo que *todas* as crianças com deficiência intelectual devam acessar o Ensino Fundamental com um ano de atraso, nem tampouco que essa deveria ser uma política pública coercitiva, a ser *imposta* a todas as crianças que aparentemente precisassem. Por ser uma questão ainda relativamente controversa na literatura médico-pedagógica⁹, deveria haver uma *possibilidade de escolha*¹⁰ pelos pais, que poderiam ou não exercê-la de acordo com a orientação dos profissionais de saúde de sua confiança.

⁷ Aqui se resumem os potenciais déficits das crianças com deficiência intelectual sob a designação “cognitivo e social”, mas, em verdade, deve-se compreender essa ideia sob a perspectiva mais ampla possível, pois essas crianças podem apresentar dificuldades em incontáveis outros aspectos, como fisiológicos (não controlar a evacuação, por exemplo), sensoriais (não saber lidar com situações de estresse auditivo, por exemplo), físicos (não ter adequada coordenação motora, por exemplo) etc.

⁸ Vejam-se as entrevistas de algumas mães concedidas à imprensa local, detalhando as dificuldades de seus filhos. Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/quatro-criancas-com-sindrome-de-down-sao-barradas-de-cmeis-de-curitiba.ghtml>. Acesso em 05/03/2019.

⁹ A ciência que defende que a permanência pode trazer bons resultados à criança com deficiência intelectual, baseia-se fundamentalmente nos conceitos de “*janelas de oportunidades*” (BONI; WELTER, p. 5), plasticidade cerebral nos processos cognitivos (SILVA; KLEINHANS, 2006) e maximização do potencial de aprendizagem (JENSEN, 2011).

¹⁰ Daí a opção pelo uso do vocábulo “permanência” neste trabalho, ao invés de “retenção”, pois “permanência” dá a ideia de que a criança ficará na Educação Infantil porque foi feita uma escolha, em oposição à ideia de “retenção”, que parece informar algo que lhe foi imposto por uma autoridade qualquer – um burocrata do sistema educacional, por exemplo.

Nesse aspecto absolutamente central – a conveniência da permanência escolar como uma medida de inclusão da criança com deficiência –, os dois lados do debate parecem ter sido perfeitamente reproduzidos por ocasião de um elevado confronto de ideias promovido na mídia local de Curitiba/PR, quando a Secretária Municipal de Educação, Prof. Dra. Maria Silva Bacila, defendeu em artigo de opinião¹¹ que a permanência das crianças com deficiência na Educação Infantil representaria uma medida contrária à inclusão efetiva; enquanto que a Prof. Msc. Maria de Fatima Minetto¹², do Departamento de Educação da Universidade Federal do Paraná, defendeu a importância da medida para o melhor desenvolvimento das crianças. Justamente por haver esse aparente dissenso na literatura especializada, é que o presente artigo trabalha com a ideia de uma “opção” de permanência.

É também importante dizer que este trabalho não sustenta o direito de “permanência” ou “retenção” (leia-se: direito de repetir uma série ou ciclo) de alunos com deficiência intelectual em qualquer momento da vida escolar. Embora as razões aqui desenvolvidas possam dar azo a considerações idênticas para crianças que estejam em qualquer outra etapa do Ensino Fundamental ou Médio, o marco temporal utilizado nesta ocasião – cinco anos de idade, ascensão do Ensino Fundamental - é propositalmente ilustrativo e significativo.

É que a idade de cinco anos e a passagem do Ensino Infantil ao Ensino Fundamental representam um verdadeiro marco na vida escolar da criança. A partir da primeira série do Ensino Fundamental, não só o ambiente físico e social se modificará (haverá mais crianças nas salas de aula, as salas e escolas serão maiores, os professores lecionarão para um público mais heterogêneo etc.), como também haverá alterações curriculares (inicia-se a alfabetização e a ministração de aulas que podem exigir habilidades específicas).

Por essa razão é que o recorte metodológico do artigo é propositalmente direcionado às crianças com deficiência intelectual que tenham cinco anos de idade e que estejam às vésperas da ascensão ao Ensino Fundamental. Acredita-se que nesse exato momento haverá uma importante “janela de oportunidade” (BONI; WELTER, p. 5) singular para o desenvolvimento cognitivo da criança.

¹¹ Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/um-tempinho-a-mais-63s7ppxxvy96z1s35xx233r3g/>. Acesso em 05/03/2019.

¹² Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/opiniaio/artigos/educacao-com-igualdade-ou-equidade-de-direitos-4029t0itx46aimhhl2jqafrgu/>. Acesso em 05/03/2019.

Bem apresentados os pressupostos do trabalho, passa-se à investigação dos condicionantes fáticos e jurídicos que, acredita-se, não poderão restringir o exercício do direito fundamental à educação inclusiva tal como perseguido.

4 CONSTRUÇÃO ARGUMENTATIVA DO DIREITO FUNDAMENTAL

Sob o marco teórico da teoria externa, a pedra angular desta empreitada será afirmar que a “*permanência das crianças com deficiência intelectual por um ano adicional no Ensino Infantil, para que adquiram uma maturidade mais adequada para a ascensão ao ambiente Escolar do Ensino Fundamental*”, é uma posição jurídico-subjetiva que *prima facie* está resguardada sob o âmbito de proteção do Direito Fundamental à Educação Inclusiva.

A questão seguinte será investigar se, *na prática*, essa posição resiste aos condicionantes fáticos e jurídicos a ela opostos, e se as restrições estatais que eventualmente lhe prejudiquem o exercício têm justificação constitucional segundo a regra da proporcionalidade.

4.1 DOS CONDICIONANTES JURÍDICOS

Num primeiro momento, pensar nos condicionantes jurídicos que eventualmente possam restringir o exercício pretendido de um direito fundamental significa perquirir como o direito positivado trata a matéria, para então depois verificar se as eventuais restrições encontradas são constitucionalmente aceitáveis.

Conforme o magistério de SARLET (2012), há basicamente três possibilidades de restrição legítima¹³ a direitos fundamentais: *i*) por meio de determinação constitucional expressa; *ii*) por meio da legislação infraconstitucional que tenha fundamento material na Constituição, ou; *iii*) por meio da colisão do direito fundamental com outros direitos fundamentais ou bens jurídico-constitucionais que lhe apresentem uma relação material de ascendência axiológica. Essas três possibilidades serão verificadas a seguir.

Primeiramente, verificar-se-á se a legislação infraconstitucional apresenta alguma restrição que atinja a posição jurídica que *prima facie* estaria contida no âmbito de proteção

¹³ Restrições ilícitas, por exemplo, fogem à descrição dessas possibilidades.

do direito fundamental (item “ii” acima). Isto é, verificar-se-á se existe alguma lei que impeça as crianças com deficiência intelectual de permanecerem por um ano adicional no Ensino Fundamental, aos seis anos de idade.

Essa restrição em tese certamente se verifica nas regras contidas na Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB (Lei Federal nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996), que dispõem expressamente que a Educação Infantil vai até os cinco anos de idade da criança e que o Ensino Fundamental se inicia aos seis anos de idade:

Art. 29. A educação infantil, primeira etapa da educação básica, tem como finalidade o desenvolvimento integral da criança de até 5 (cinco) anos, em seus aspectos físico, psicológico, intelectual e social, complementando a ação da família e da comunidade.

Art. 32. O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão, mediante: (BRASIL, 1996)

De fato, a regra dos dispositivos é categórica em seu comando normativo, sem que seja feita nenhuma ressalva para crianças com deficiência intelectual. Não por outro motivo, sob uma perspectiva de atendimento ao princípio da legalidade, essa tem sido a fundamentação das medidas restritivas materiais praticadas pelo Estado, contra a permanência na Educação Infantil tal como aqui pretendida.

Um exemplo ilustrativo disso é a Nota à Imprensa divulgada pela Secretaria de Educação do Município de Curitiba/PR que, em célebre caso judicial local envolvendo a possibilidade de permanência de crianças com deficiência intelectual e seis anos de idade na Educação Infantil, afirmou que não poderia atender o pleito das famílias porque tinha a obrigação de cumprir a disposição expressa da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Nestes termos:

“O entendimento da Secretaria Municipal da Educação (SME) é de que a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, a LDB, precisa ser respeitada. O Artigo 32 estabelece que “O ensino fundamental obrigatório, com duração de 9 (nove) anos, gratuito na escola pública, iniciando-se aos 6 (seis) anos de idade, terá por objetivo a formação básica do cidadão. (Redação dada pela Lei nº 11.274/2006). (...)”¹⁴”

¹⁴ Disponível em: <https://g1.globo.com/pr/parana/noticia/quatro-criancas-com-sindrome-de-down-sao-barradas-de-cmeis-de-curitiba.ghtml>. Acesso em 05/03/2019.

De igual maneira, no Município de Cambé/PR, o Poder Executivo local também proibiu a permanência de crianças com deficiência intelectual no Ensino Infantil porque “todas as crianças deveriam ingressar no ensino fundamental ao completar seis anos”¹⁵.

É bom que se afirme que em ambos os casos o Poder Judiciário veio posteriormente ao socorro das famílias, concedendo tutelas de urgência que permitiram a permanência das crianças no Ensino Infantil¹⁶. Todavia, o fato aqui relevante é que, como dito, a restrição oferecida pela norma infraconstitucional da LDB é o que hoje impede no plano legal a fruição da posição jurídico-subjetiva de direito fundamental defendida.

A questão é verificar se essa restrição da LDB tem fundamentação constitucional¹⁷, afinal, restrições a direitos fundamentais operadas pelo legislador infraconstitucional movem-se pela via da autorização constitucional implícita, e deitam seu fundamento sobre a necessidade de harmonização de conflitos mantidos entre princípios constitucionais (NOVAIS, 2006, p. 50). Enquanto produto de um sopesamento de bens constitucionais conflitantes que é realizado pelo legislador ordinário, não podem, contudo, tais medidas restritivas, por força do manto protetivo sob o qual o Constituinte resguardou os direitos fundamentais, afetar as posições por esses direitos acobertadas, senão na hipótese de serem, direta ou indiretamente, justificadas constitucionalmente (NOVAIS, 2003, p. 289)

In casu, tem-se que a norma restritiva da LDB não pode ser casuística (MENDES, 2007, P. 73) e só será legítima se – e somente se – apresentar uma justificção material que signifique a devida harmonização de outros princípios ou valores constitucionais aplicáveis ao caso (MENDES, 2007, p.79). Não se admite, assim, que a LDB “restringa por restringir”, sendo necessário sustentar a efetivação de algum outro bem constitucional de igual ou maior valor axiológico.

E para verificar se há algum outro valor constitucional que esteja a exigir proteção por meio da regra infraconstitucional restritiva, é necessário buscar na própria Constituição

¹⁵ <https://www.bonde.com.br/blogs/liminar-garante-vaga-a-crianca-com-deficiencia-na-educacao-infantil-398919.html>

¹⁶ Não é possível fazer a adequada citação dos precedentes judiciais porque os processos tramitam sob sigilo de justiça (artigo 189, III, Código de Processo Civil), mas a mídia reverberou essas decisões, vide: <https://d.odiario.com/parana/392603/liminar-garante-vaga-a-crianca-com-sindrome-de-down-na-educacao-infantil-em-cambe> e <https://paranaportal.uol.com.br/cidades/curitiba-rmc-litoral/538-sindrome-down-creches/>. Ambos os acessos em 05/03/2019.

¹⁷ Em verdade, seria também adequado enfrentar o problema deste artigo no nível infraconstitucional, mediante a afirmação de que o Estatuto da Pessoa Com Deficiência é regra mais específica e posterior, e que cobraria aplicação contra a LDB. Porém, para possibilitar uma argumentação em nível constitucional, que fundamente o Direito Fundamental aqui postulado com a maior força normativa possível, não se realiza essa análise no trabalho.

alguma fundamentação que lhe sustente, exatamente para verificar se essa limitação é ou não fortuita. É que embora não haja uma tabela axiológica inscrita expressamente na Constituição (MÜLLER, 2005, p. 18), como se sabe desde *Luth*¹⁸, é nela que se capta a ordenação dos vetores valorativos que informarão a argumentação prática do Direito.

Inicialmente, no âmbito de normatividade constitucional, vê-se que a Constituição Federal trata primeiramente da competência material comum de todos os entes da Federação para “*cuidar da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência*” (art. 23, II), e prevê a competência legislativa concorrente da União, Estados e Distrito Federal para tratar da “*proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência*” (art. 24, XIV). São normas gerais de repartição de competências materiais e legislativas que não lançam qualquer luz axiológica sobre a questão de sopesamento constitucional.

Mais adiante, porém, a Constituição Federal dispõe o seguinte:

Art. 206. O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios:
I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola.

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:
III - atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino;
IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade. (BRASIL, 1988)

É necessário verificar de plano se a norma contida no artigo 208, inciso IV (o dever do Estado será efetivado mediante a garantia de educação infantil, em pré-escola, às crianças “*até cinco anos de idade*”), representa ou não uma vedação constitucional expressa à posição jurídica aqui pretendida, conforme o item “i” da classificação de SARLET, já mencionada.

Entende-se, porém, que apenas a mais obtusa das interpretações poderia compreender essa previsão constitucional como uma *regra de proibição* à permanência de crianças com idade superior a cinco anos na Educação Infantil. A norma do dispositivo certamente implica apenas no reconhecimento de que *todas as crianças até os cinco anos de idade têm direito* à educação infantil em creches ou pré-escolas.

A toda evidência, o legislador constituinte firmou ali uma mera norma *regulamentadora*¹⁹ de direito fundamental, que muito longe de fixar proibições definitivas à

¹⁸ BVerfGE 7, 198-230.

¹⁹ Sobre as normas regulamentadoras de direito fundamental: (...) nem toda a disciplina normativa dos direitos fundamentais pode ser caracterizada como constituindo uma limitação. Muitas vezes as normas legais se limitam a detalhar tais direitos a fim de possibilitar o seu exercício, situações que correspondem aos termos

matrícula de crianças com seis anos de idade na pré-escola, limitou-se a declinar *como* deveria ser realizado, na regra geral, o direito fundamental à educação para essa população. O funtor deôntico se direciona para o Estado, criando um dever de atuação, no caso, o de garantir o acesso.

Essa interpretação toma ares de obviedade jurídica a partir da leitura do *caput* do artigo 208, que afirma se tratar ali das “garantias” dos educandos. Ora, as garantias constitucionais existem exatamente para assegurar “*ao indivíduo a possibilidade de exigir dos poderes públicos o respeito ao direito que instrumentalizam*” (BRANCO; MENDES, 2009, p. 302). Ou seja, a garantia insculpida no inciso IV apenas coloca à disposição do cidadão um vetor prestacional do Direito à Educação, mas não cria uma proibição à posição jurídica aqui defendida.

Sobretudo, atendendo à regra de interpretação consagrada por CANOTILHO (1993, p. 139), segundo o qual “a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê”, restará ao intérprete questionar qual sentido concretiza mais os bens jurídicos constitucionais: o estabelecimento de uma regra restritiva etária que potencialmente limite o desenvolvimento das crianças com deficiência em determinada idade, ou a compreensão do dispositivo na forma aqui delineada, como um vetor prestacional colocado à disposição de qualquer cidadão em face do Estado? A resposta é, certamente, das mais óbvias!

Em resumo, até aqui foi possível observar que inexistente vedação expressa da Constituição em desfavor da posição jurídico-subjetiva defendida e que de fato existem regras infraconstitucionais que lhe restringem o exercício (LDB). Resta verificar se essas restrições da LDB representam a adequada composição legislativa da colisão entre princípios ou bens jurídicos constitucionais, ou se são limites casuisticamente impostos.

Em que pese a deferência que a legislação deve sempre receber, é impossível não observar que, na espécie, a Constituição oferece mais do que indicativos axiológicos, mas prescreve incontáveis *regras e princípios* que prestigiam a posição jurídica aqui argumentada.

Em primeiro lugar, note-se que o artigo 206, inciso I, determina que o ensino seja ministrado com base no princípio da “igualdade de condições” de acesso e permanência. Ora, ao determinar a observância da igualdade *de condições* – e não somente a igualdade *perante a lei*, o legislador constituinte certamente qualificou a régua axiológica por ele imposta,

configurar, conformar, completar, regular, densificar ou concretizar, habitualmente utilizados para caracterizar este fenômeno (SARLET, 2012, p. 331).

determinando ao intérprete que observe não apenas uma igualdade formal, mas uma igualdade material.

É que no âmbito dos direitos fundamentais e da prestação dos serviços públicos – Educação, no caso – a igualdade há muito não é compreendida sob a perspectiva liberal-clássica de idêntico tratamento formal a todos. Antes, é um comando normativo que determina o tratamento de cada qual segundo suas particularidades, conforme o magistério de HACHEM (2017):

A referência social que passa a gravar os direitos fundamentais no constitucionalismo da segunda metade do século XX se afasta da abordagem liberal do século precedente, que pretendia conceder idênticas posições jurídico-subjetivas a todas as pessoas e ignorava as condições socioeconômicas de cada indivíduo ou grupo social para fins de concessão de direitos e vantagens. O critério que passa a nortear essa concessão é o da igualdade material, que pressupõe a consideração das desigualdades existentes entre os cidadãos no momento de estipular a quais direitos fundamentais e prestações estatais cada um deles faz jus. Essa nova visão de igualdade que acompanha o Estado Social diverge do prisma formal desse princípio, que se prestava a manter o *status quo* de cada indivíduo proibindo o tratamento diferenciado pelo Estado. Ela dá ensejo a uma perspectiva pautada na transformação da sociedade, com vistas à proteção real dos segmentos mais desfavorecidos, o que implica admitir pontualmente medidas que destoem da igualdade formal para promover a igualdade substancial. (HACHEM, 2017, P. 141)

Portanto, há uma evidente autorização constitucional de que às crianças com deficiência sejam oferecidas algumas posições jurídicas especiais que lhes proporcione condições de acesso e permanência diferenciadas. E sob esse aspecto, permitir-lhes um ano adicional na Educação Infantil para obtenção de uma melhor condição de acesso e permanência ao Ensino Fundamental parece ser um tratamento constitucional indiscutivelmente possível – e sendo possível, não caberia à LDB oferecer-lhe uma restrição absoluta, insuperável.

Ademais, a reforçar essas conclusões, tem-se a norma do artigo 208, inciso III, que prevê a “*garantia ao atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência*”, na rede regular de ensino. Uma vez mais, o legislador constituinte oferece um incontestável comando normativo que impõe um tratamento *diferenciado* em favor das pessoas com deficiência na Educação Pública (até em atendimento ao princípio de igualdade de condições de acesso e permanência), garantindo-lhes um “tratamento especializado”, qualificado e particularizado em relação àquele dispensado aos estudantes que não tenham deficiência. Trata-se, por razões óbvias, de regra especial que, por si só, seria suficiente para afastar a incidência de eventual regra geral.

Também sob essa perspectiva normativa constitucional, a restrição criada pela LDB, quando operada especificamente em desfavor das crianças com deficiência que precisam permanecer por um ano adicional na Educação Infantil, carece de fundamentação constitucional. Ou mais: não apenas carece de fundamentação, mas macula frontalmente os auspícios normativos previstos na própria Constituição, que exige, como se anotou, o tratamento diferenciado.

Mas se eventualmente todas essas considerações constitucionais não sejam tomadas como suficientes, talvez seja recomendável ingressar na esfera de normatividade da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência²⁰, documento que foi recepcionado no ordenamento jurídico brasileiro com força de Emenda Constitucional através do Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009.

A referida Convenção traz incontáveis vetores axiológicos e deontológicos que retiram da regra etária da LDB qualquer viabilidade constitucional, como, por exemplo: *i*) a garantia de “adaptações razoáveis” para a fruição dos direitos das pessoas com deficiência (artigo 2º); *ii*) o princípio da igualdade de oportunidades (artigo 3º, “e”); *iii*) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência (artigo 3º, “h”); *iv*) o compromisso de o Estado brasileiro de adotar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para modificar ou revogar leis contrárias à plena realização dos direitos das pessoas com deficiência (artigo 4º, 1, “a”); entre tantos outros princípios e regras gerais.

Mais especificamente, porém, o texto de hierarquia constitucional da Convenção traz dispositivos especialmente pertinentes à discussão aqui empreendida, pelo que merecem integral transcrição (grifos nossos):

Artigo 7 - Crianças com deficiência

1. Os Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, *em igualdade de oportunidades* com as demais crianças.
2. Em todas as ações relativas às crianças com deficiência, *o superior interesse da criança receberá consideração primordial*.
3. Os Estados Partes assegurarão que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem

²⁰. Sobre o debate em relação à hierarquia dos tratados internacionais de direitos humanos, consultar: SCHIER, P. R. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 - tese em favor da incidência do tempus regit actum. Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito. Fortaleza, de 3-5 de novembro de 2005. Disponível em: Acesso em 29 fev. 2008.

respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e *recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade*, para que possam exercer tal direito.

Artigo 24 - Educação

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à educação. Para efetivar esse direito sem discriminação e com base na *igualdade de oportunidades*, os Estados Partes assegurarão *sistema educacional inclusivo em todos os níveis*, bem como o aprendizado ao longo de toda a vida, com os seguintes objetivos:

b) *O máximo desenvolvimento possível* da personalidade e dos talentos e da criatividade das pessoas com deficiência, assim como de suas habilidades físicas e intelectuais;

2. Para a realização desse direito, os Estados Partes assegurarão que:

c) *Adaptações razoáveis de acordo com as necessidades individuais sejam providenciadas*;

d) As pessoas com deficiência recebam *o apoio necessário*, no âmbito do sistema educacional geral, *com vistas a facilitar sua efetiva educação*;

e) *Medidas de apoio individualizadas e efetivas sejam adotadas em ambientes que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com a meta de inclusão plena*.

3. *Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade.* (BRASIL, 2009)

Os dispositivos transcritos encartam princípios e regras tão claros e óbvios que dificultam a elaboração de maiores desenvolvimentos doutrinários, sob pena de fastidiosa redundância.

Ainda assim, vê-se que a restrição etária da LDB vai de encontro às seguintes disposições convencionais: o princípio do “superior interesse da criança”; o direito de receberem atendimento educacional “*adequado à sua deficiência e idade*” (artigo 7); a previsão de um sistema educacional inclusivo *em todos os níveis* (artigo 8); a regra do “máximo desenvolvimento possível” com observância de “*adaptações razoáveis de acordo com as necessidades da criança*” (artigo 24) e, sobretudo; as “*medidas de apoio individualizadas*” a serem adotados no ambiente escolar e que maximizem o desenvolvimento acadêmico e social, de acordo com uma meta de plena inclusão.

Considerando, pois, todas essas normas e, muito especialmente, considerando “*o compromisso de o Estado brasileiro de adotar todas as medidas legislativas e administrativas necessárias para modificar ou revogar leis contrárias à plena realização dos direitos das*

“*peças com deficiência*”, tem-se que o regime jurídico constitucional atualmente vigente impõe o reconhecimento pleno da posição jurídico-subjetiva aqui proclamada.

4.2 DOS CONDICIONANTES FÁTICOS

Se os condicionantes jurídicos parecem indicar claramente a higidez da posição jurídica fundamental aqui defendida sob o escopo normativo do Direito Fundamental à Educação Inclusiva, de igual maneira ocorre em relação aos condicionantes fáticos.

É que também sob essa perspectiva da argumentação prática, as crianças com deficiência continuarão tendo o direito de permanência na Educação Infantil por um ano adicional, pelo singelo motivo de que não há sequer uma razão plausível a justificar qualquer medida restritiva em sentido contrário.

O primeiro e mais importante apontamento de natureza fática é a verificação da possibilidade material de realização da posição jurídica, afinal trata-se de medida plenamente realizável na prática escolar brasileira.

Pelo bem do debate, entretanto, é o caso de questionar retoricamente qual seria a tão dramática consequência negativa de se manter um muito diminuto grupo de crianças²¹ por um ano adicional na Educação Infantil e, logo depois, ascende-lo normalmente ao Ensino Fundamental.

Quando se lida com questões de senso comum, dotadas de certa obviedade, um dos exercícios mentais mais prolíficos em oferecer respostas racionais é a redução ao absurdo – *reductio ad absurdum*, pois forçar as possibilidades práticas à absurdidade pode auxiliar a definir onde se posiciona a linha que divide o razoável do irracional, sob um determinado ponto de vista epistemológico.

In casu, talvez a maneira mais fácil de ilustrar essa argumentação seja trabalhar com a ideia hipotética de que as pessoas com deficiência poderiam permanecer indefinidamente na Educação Infantil, até o dia em que atingissem um nível adequado de desenvolvimento para a ascensão ao Ensino Fundamental.

Contra essa esdrúxula e extrema proposição certamente se operaria um condicionante fático restritivo, afinal não seria factualmente admissível que crianças de catorze anos de

²¹ A título exemplificativo, a taxa de incidência da Síndrome de Down é de 1 em 800 nascidos vivos (NAKADONARI; SOARES, 2006, p. 6).

idade, digamos, permanecessem ainda na Educação Infantil com seus colegas de cinco anos, apenas porque suas deficiências intelectuais não lhe permitiram o pleno desenvolvimento cognitivo a tempo de ascender ao Ensino Fundamental.

Essa hipótese extrema quer demonstrar o exato motivo pelo qual se utilizou o recorte fático de “um ano adicional” na Educação Infantil, exatamente porque ali parece se desenhar um limite inquestionavelmente razoável, num excerto de tempo perfeitamente adequado à proposta inclusiva. Acaso não seja possível o desenvolvimento cognitivo e social da criança nesse período anual, que então ela seja ascendida ao Ensino Fundamental da maneira que for possível (observando-se também lá as suas particularidades e medidas de adaptação, claro) ou então que seja matriculada em uma Escola de Educação Especial, se for absolutamente impossível sua permanência na rede regular de ensino.

Agora, impor essa restrição à posição jurídico-subjetiva aqui defendida, como se ela encartasse a absurdidade da hipótese aventada, é igualmente absurdo. Ora, não se postula aqui a realização de providências escolares muitíssimo extravagantes, sob qualquer ponto de vista (muito caras ou logisticamente complexas, por exemplo), mas apenas e tão somente a permanência de “um ou outro” aluno que eventualmente precise, e isso em nome de um bem com penso concreto proporcionalmente mais denso que qualquer tecnicidade financeira, jurídica ou administrativa: o desenvolvimento pleno de uma criança.

Por fim, anote-se que não parecem merecer respeito argumentativo as eventuais objeções que sugeririam que manter uma criança com deficiência intelectual na Educação Infantil por um ano adicional, significaria na prática “roubar a vaga de outra criança”.

Além de a Educação não ser um jogo de “soma-zero”, no qual as vagas existentes têm um número absoluto e imutável, sendo necessário desalojar um aluno para matricular outro, tem-se o singelo fato de que, sendo um direito fundamental tanto da criança neurotípica quanto da criança com deficiência intelectual, o oferecimento de vaga na Educação Infantil caberia ao Estado de qualquer maneira – até porque, como visto, não se operam condicionantes fáticos ou jurídicos que impeça a fruição de ambas as posições jurídicas subjetivas, absolutamente.

4.3 DA REGRA DE PROPORCIONALIDADE

Bem analisados os condicionantes fáticos e jurídicos oponíveis à posição jurídico-subjetiva de direito fundamental aqui postulada, passa-se a examinar se a restrição estatal verificada se sustenta sob o importante crivo da proporcionalidade. Isto é, passa-se a verificar se as regras etárias da LDB atendem aos requisitos indispensáveis de: i) *adequação*; ii) *necessidade*; e; iii) *proporcionalidade em sentido estrito* (ALEXY, 2008, p. 117).

O trabalho foi propositalmente estruturado desta maneira para que a regra da proporcionalidade fosse aplicada após a verificação dos condicionantes fáticos e jurídicos, exatamente porque a regra²² conformará muitos dos aspectos já tratados no texto. Em outras palavras, a esta altura acredita-se que o leitor já terá elaborado todas as perspectivas interpretativas necessárias à boa aplicação da regra de proporcionalidade.

Como ensina GORZONI (2018, p. 56), o primeiro exame da proporcionalidade é o da *adequação*, quando se perscruta se a restrição estatal atinge o fim constitucional sob o qual teoricamente se sustenta. Aqui, trata-se de verificar se as regras etárias da LDB atingem sua finalidade de “*organização e parametrização do ensino público*”, “*padronização do acesso ao Ensino Fundamental*”, se fomentam a proteção da condição ideal das crianças deficientes ou coisa do gênero.

Obviamente, a restrição da LDB atinge sim essa finalidade, pois cria uma regra geral que permite manter um controle etário do Estado sobre a massa de estudantes da Educação Infantil e do Ensino Fundamental, impedindo disparidades graves que poderiam comprometer o oferecimento de uma educação adequada. Não é aqui, portanto, que a restrição da LDB sucumbirá diante da regra de proporcionalidade.

Todavia, se o que justifica a restrição é a própria necessidade de proteger as crianças portadoras de deficiência, aí a situação muda. Afinal, como se expôs anteriormente, a inclusão da criança deficiente em turma incompatível com a sua idade mental e em momento singular de sua formação é que poderá gerar danos insuperáveis. Note-se, se a ideia da restrição, portanto, é fomentar a proteção das crianças e o seu desenvolvimento, a sua aplicação não estaria justificada, pois, certamente, fomentaria o seu contrário, ou seja, estaria dificultando o desenvolvimento de crianças que demandam atenção especial. Logo, por esse motivo, a restrição já não resistiria ao teste da proporcionalidade.

²² SILVA (2002, p. 25) demonstra que se trata de “regra da proporcionalidade”, e não de “princípio da proporcionalidade”.

Todavia, por esforço argumentativo, ainda que se defendesse que a regra quer, em verdade, fomentar apenas o controle etário, aí também não haveria justificação constitucional. Esse controle não possui sede constitucional.

Mesmo que fosse adequada a restrição – mas não é! -, ela não resistiria também ao teste da necessidade.

Com efeito, é o caso de verificar a *necessidade* da restrição etária da LDB, que é uma etapa que realiza um “teste comparativo” (SILVA, 2009, p. 171) entre diversas possibilidades fáticas. É dizer, trata-se de verificar se não haveria uma restrição menos agressiva e que atingisse aquela mesma finalidade necessária de organização do ensino público – ou outra qualquer postulada.

Também não será aqui que a restrição da LDB sucumbirá às exigências da proporcionalidade, porquanto que a restrição etária parece ser necessária (nessa concepção acima explicada) porque inexistem outras medidas menos agressivas capazes de organizar genericamente a oferta estatal do Ensino.

Ora, considerando que o Estado precisa “organizar adequadamente” o ensino público, de modo que as crianças, via de regra, frequentem as etapas da Educação Infantil e Ensino Fundamental com idades similares, não haveria medida menos agressiva e isonômica que a organização etária. Em verdade, esse critério etário parece absolutamente razoável sob essa perspectiva de uma “regra geral”, olhando-se o universo “macro” de estudantes da Educação Infantil. Seria muito mais gravoso e agressivo, por exemplo, realizar “vestibulares” para aferir as capacidades de crianças de cinco anos no momento de acesso ao Ensino Fundamental. Também não é aqui que a LDB se apresenta desproporcional.

Contudo, se o objetivo da restrição for a tutela do livre desenvolvimento das crianças, novamente verifica-se que a medida proporciona o seu contrário. Ademais, se o sistema autoriza a retenção de crianças pouco mais velhas mediante reprovação, isso significa que a medida de retenção das crianças deficientes não gera um impacto drástico na organização etária, nem na gestão de recursos. Considere-se, também, que se o escopo é proteger a criança de forma especial, não é a sua promoção para o ensino fundamental que estaria cumprindo esse intento, mas, exatamente o contrário, seria a retenção, medida necessária, menos gravosa e que não importa em desorganização escolar e nem aumento de custos.

Ainda que essa etapa da proporcionalidade pudesse ser superada, o obstáculo máximo que se apresentará às restrições etárias da LDB será observado agora, por ocasião do exame

da *proporcionalidade em sentido estrito*, que representa um “sopesamento entre os direitos envolvidos” (GORZONI, 2018, p. 51). Ou seja, será demonstrado que o valor jurídico protegido pela norma restritiva da LDB é juridicamente menos importante do que o valor jurídico protegido pela posição subjetiva aqui postulada.

Ocorre que para acessar a escala de valores envolvida na “disputa” jurídica (e moral) entre “organização e parametrização estatal do Ensino público” *versus* “inclusão efetiva das crianças com deficiência intelectual” necessariamente seria preciso adentrar no âmago da normatividade constitucional, pois é lá que reside a axiologia capaz de resolver a colisão de princípios.

Essa análise, contudo, já foi feita anteriormente, quando se demonstrou que a Constituição Federal e a Convenção Internacional dos Direitos das Pessoas com Deficiência (que também tem força constitucional) apresentam inegáveis demonstrações de preferência e ascendência axiológica, impondo ao intérprete, no caso concreto aqui debatido, que firme sua argumentação prática no sentido da defesa da posição jurídico-subjetiva. Essa preferência decorre, aliás, não apenas de seu status constitucional, mas, igualmente, pela imposição do art. 4º, II, que estabelece uma regra de preferência em favor dos direitos humanos.

Uma maneira diferente de apresentar a verificação da proporcionalidade em sentido estrito, mas que atinge exatamente a mesma conclusão final, é pensar na relação “custo-benefício” (SARLET, 2012, p. 310) da equação “restrição *versus* posição jurídica”. Isto é, aqui se examinaria se os benefícios da restrição etária da LDB compensam os danos à inclusão efetiva das crianças com deficiência.

Pelas razões longamente expostas no presente artigo, a resposta é obviamente negativa, no sentido de que, por ter maior valor na escala axiológica constitucional, o princípio de “inclusão efetiva da criança com deficiência intelectual” subjuga *neste caso específico* o valor “organização do ensino público” – até porque a fruição da posição jurídica não inviabiliza este valor, como visto à exaustão.

5 CONCLUSÃO

A regra de restrição etária prevista nos artigos 29 e 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação – LDB é inconstitucional, no plano concreto, porque impede que as crianças com deficiência intelectual permaneçam por um ano adicional na Educação Infantil, mesmo

quando isso se mostre necessário para a efetivação de seu Direito Fundamental à Educação Inclusiva.

Entretanto os dispositivos não apresentam mácula constitucional quando observados pelo seu prisma abstrato, de aplicação à massa indistinta dos alunos da Educação brasileira. Sob essa perspectiva geral, as regras mencionadas têm fundamentação constitucional legítima, afinal instrumentalizam uma parametrização racional à oferta do ensino público, por meio da fixação das idades a serem, via de regra, observadas nas diferentes etapas educacionais.

Por esse motivo, os artigos 29 e 32 da LDB estão sujeitos à declaração de inconstitucionalidade sem pronúncia de nulidade, com interpretação conforme à Constituição, para excetuar de seu âmbito de aplicação as crianças com deficiência intelectual que precisem permanecer na Educação Básica por um ano adicional até atingirem um nível mais adequado de desenvolvimento cognitivo e social, criando precedente condicionado vinculante para os casos futuros.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA, *Bundesverfassungsgericht*, BVerfGE 7, 198-230.

ALEXY, R. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

_____. *Teoria da argumentação jurídica: a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica*. 3ª ed. São Paulo: Forense, 2011.

APALATEGUI, J. M. C. *La concepción no positivista del Derecho en Robert Alexy*. Anuario de Filosofía del Derecho, p. 131-153, 2005.

BARROSO, L. R. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, v. 240, p. 1-42, 2005.

BONI, Marina; WELTER, Maria Preis. Neurociência Cognitiva e Plasticidade Neural: um caminho a ser descoberto. *Revista Saberes e Sabores Educacionais*, v. 3, p. 139-149, 2016.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Decreto 6.949, de 25 de agosto de 2009*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm. Acesso em: 05 mar. 2019.

BRASIL. *Lei 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Estabelece as Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9394.htm. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. *Lei 13.146, de 6 de julho de 2015*. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm. Acesso em: 05 mar. 2019.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. Coimbra: Almedina, 1991.

DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*. Cambridge, Harvard University Press, 1978.

FERNANDES, R. V. C.; BICALHO, G. P. D. Do positivismo ao pós-positivismo jurídico: o atual paradigma jusfilosófico constitucional. *Revista de Informação Legislativa*, v. 189, p. 105-131, 2011.

GORZONI, P. Structuring balancing within rational standards? The data screening case. *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, vol. 14, n. 2, maio-agosto, 2018.

HACHEM, D. W. Direito fundamental ao serviço público adequado e capacidade econômica do cidadão – Repensando a universalidade do acesso à luz da igualdade material. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, v. 55, p. 123-158, 2014.

HECHT, E.; SERVENT, P. *O Século de Sangue: 1914-2014 – As vinte guerras que mudaram o mundo*. São Paulo: Editora Contexto, 2014.

JENSEN, E. *Enriqueça o cérebro: como maximizar o potencial de aprendizagem de todos os alunos*. Porto Alegre: Artmed, 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel; SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

MENDES, G. F. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

MENDES, G. F.; BRANCO P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. rev. amp. São Paulo: Saraiva, 2012.

MULLER, F. *Métodos de trabalho do direito constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

NOVAIS, J. R. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003

_____. *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

NAKONADARI, E. K.; SOARES, A. A. Síndrome de Down: considerações gerais sobre a influência da idade materna avançada. *Revista Arq. Mudí.*, p. 5-9, 2006.

SANCHÉZ, C. O. La objetividad del derecho como funcion de la subjetividade/objetividade del juez. *Revista de Derecho de la Universidad Catolica de Valparaiso*, n. 33, 2009

SARLET, I. W. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SCHIER, P. R. Novos desafios da filtragem constitucional no momento do neoconstitucionalismo. *Revista Eletrônica de Direito do Estado*, n. 4, p.1-21, 2005.

SCHIER, P. R. Fundamentação da preservação do núcleo essencial na Constituição de 1988. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais da UniBrasil* n. 7, Jan/Dez 2007.

SCHIER, P. R. Hierarquia Constitucional dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos e EC 45 - tese em favor da incidência do tempus regit actum. *Anais do XIV Congresso Nacional do CONPEDI – Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito*. Fortaleza, de 3-5 de novembro de 2005. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/XIVCongresso/063.pdf>. Acesso em: 05 mar. 2019.

_____. Direitos Fundamentais, Cláusulas Pétreas e Democracia: Campos de Tensão. *Revista Direitos Fundamentais e Democracia*, v. 6, p. 1-10, 2009.

SCHIER, P. R. A objeção central ao princípio da proporcionalidade no contexto do constitucionalismo brasileiro. *Revista de Direito Público Contemporâneo*, v. 1, n. 1, p. 28-35, 2017.

SIECKMANN, J. R. *El modelo de los principios del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais*, v. 798, ano 91, p. 23-50, abr. 2002.

SILVA, V. A. *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRAPASSON, C. L & INOMATA, A. Restrições, privações e violações de direitos constitucionais fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n. 32, maio/ago. 2017.

ZANON JUNIOR, O. L. Limitações infraconstitucionais aos direitos fundamentais. *RFD-Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, v. 2, n. 21, jan./jun. 2012.

RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR: POSSIBILIDADE JURÍDICA E BREVES
CONSIDERAÇÕES PROCEDIMENTAIS

*RESTORATION OF FAMILY POWER: LEGAL POSSIBILITY AND BRIEF PROCEDURAL
CONSIDERATIONS*

Daniela Braga Paiano;¹

João Pedro Minguete Goulart.²

Resumo: O presente trabalho tem por escopo tecer considerações acerca da possibilidade da restituição do poder familiar aos genitores destituídos por sentença judicial, a partir da construção de uma revisão bibliográfica narrativa, em que a abordagem apresentada é meramente descritiva e consubstanciada em estudos revisados da literatura, análise do ordenamento jurídico e decisões dos tribunais. Entende-se que, por se tratar de relação jurídica continuativa e, portanto, sujeita à ação do tempo sobre seus integrantes, modificadas as condições objetivas, outra poderá ser a decisão sobre a autoridade parental anteriormente extinta, sem que haja ofensa à coisa julgada. Assim, para que seja possível o restabelecimento do poder familiar, faz-se necessário que os pais faltosos logrem êxito ao provar, em ação autônoma, que, de fato, superaram as condições que os fizeram perdê-lo. Cumpre esclarecer que, conforme previsão expressa do Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), o único instituto definido como irreversível é a adoção, e mesmo a sua definitividade já foi flexibilizada em recente precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), estabelecendo-se que a base principiológica do ECA tem a possibilidade de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses de crianças ou adolescentes, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial. Na sequência, pretensamente estabelecida a viabilidade jurídica do restabelecimento dos vínculos familiares, far-se-ão breves considerações quanto ao seu possível procedimento, permitindo a instrumentalização dessa medida judicial.

Palavras-chave: Poder familiar. Restituição do poder familiar. Possibilidade jurídica.

Abstract: This paper aimed to discuss the possibility of restoration of family power to parents deprived of it by judicial sentence, based on the construction of a narrative bibliographical review, in which the presented approach is merely descriptive and based on revised literature

¹ Professora Adjunto nível B da Universidade Estadual de Londrina (UEL). Doutora em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Mestre pela Universidade de Marília (UNIMAR). Possui graduação em Direito pela Associação Educacional Toledo de Ensino (2001). Professora convidada na Pós Graduação da Universidade Estadual de Londrina e outras instituições. Advogada. Associada ao Instituto Brasileiro de Direito de Família - IBDFAM.

² Cursando Programa de Pós-Graduação "Lato Sensu" (Especialização) em Direito e Processo Penal na Universidade Estadual de Londrina (UEL). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Estagiário de Pós-Graduação no Ministério Público do Estado do Paraná.

studies, legal order and court decisions. Whereas, as it is a continuous legal relationship and therefore susceptible to the action of time on its members, there may be another judicial decision on parental authority previously extinguished, in case of modification of the objective conditions, without any offense to the *res judicata*. Thus, in order to restore the family power, it is necessary for the failing parents to succeed in proving, through an autonomous legal action, that they have, in fact, overcome the conditions that made them lose it. In addition, according to the express provision of the Statute of the Child and Adolescent (ECA), the only institute defined as irreversible is adoption, and even its definiteness has already been eased in a recent precedent of the Superior Court of Justice (STJ), establishing that the ECA principles have the possibility of removing peremptory mandamus from any legal text concerning the interests of children or adolescents, subjecting it to an objective consideration of the court. Regarding the presumed legal feasibility of restoring family ties, brief comments will be made concerning to its procedure, allowing the instrumentalization of this judicial measure.

Keywords: Family power. Restoration of family power. Legal possibility.

1 INTRODUÇÃO

O poder familiar configura-se como um conjunto de direitos e deveres atribuídos aos pais em relação à pessoa e aos bens de seus filhos menores de 18 (dezoito) anos. Nesse sentido, tal instituto reconhece crianças e adolescentes como sujeitos de direitos em formação e que demandam, por esta condição, uma série de cuidados especiais por parte, principalmente, dos genitores, mas também da comunidade, da sociedade e do Estado.

Assim, existem algumas situações, especialmente no que se refere ao descumprimento destas prerrogativas inerentes ao exercício da autoridade parental, em que o Estado precisa intervir nas relações intrafamiliares, aplicando aos pais determinadas sanções e, nos casos mais graves, podendo suspender ou até mesmo extinguir o poder familiar dos genitores faltosos.

A controvérsia da destituição surge quanto à definitividade – ou não – desta medida tão rigorosa, que se configura como um verdadeiro rompimento de vínculos, não apenas jurídicos, mas também e principalmente afetivos. Seria possível reconstituir a autoridade parental dos genitores destituídos de seu múnus? Quais seriam os requisitos exigidos para tal?

Neste aspecto, o presente estudo objetiva analisar a possibilidade jurídica da restituição do poder familiar dos genitores destituídos por meio de decisão judicial, ainda que

transitada em julgado, nos casos em que houver a alteração do cenário fático que primeiramente ensejou a extinção do vínculo parental.

Na sequência, estabelecendo-se como possível juridicamente este instituto, far-se-ão breves comentários e sugestões quanto ao seu procedimento e desdobramentos processuais.

2 DA POSSIBILIDADE JURÍDICA DA AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

O antigo Código de Processo Civil, de 1973, elencava, em seu artigo 267, inciso VI, três condições para o exercício do direito de ação: a legitimidade das partes, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido (BRASIL, 1973). Esta divisão, formulada pelo processualista italiano Enrico Tullio Liebman e adotada pelo ordenamento pátrio, apontava as “condições da ação” como os requisitos mínimos para o exercício do direito de ação e a subsequente análise do mérito da demanda (GALIO, 2014, p. 451).

Neste aspecto, Alves e Azevedo (2014, p. 174) argumentam que haveria possibilidade jurídica do pedido quando a pretensão estivesse permitida (não proibida) pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, impossível juridicamente seria apenas aquela pretensão expressamente vedada pelo ordenamento normativo. Os autores (2014, p. 173) ainda ressaltam que não se confundiam os casos de improcedência, presentes quando os pedidos não eram amparados pelo direito material e, as hipóteses de impossibilidade jurídica, que se verificavam quando havia a vedação daquela discussão no plano processual.

Todavia, o novel Estatuto Instrumental Civil, em seu artigo 485, inciso VI, decidiu por extirpar, definitivamente, a possibilidade jurídica do pedido do rol de condições da ação, não a mencionando em qualquer de seus dispositivos e elencando apenas o interesse processual e a legitimidade das partes (BRASIL, 2015). Infere-se, portanto, que com o advento da nova legislação processual, o reconhecimento da impossibilidade jurídica implica necessariamente uma análise de mérito (procedência ou improcedência) da demanda (ALVES; AZEVEDO, 2014, p. 182).

Feitas estas considerações introdutórias acerca do instituto da possibilidade jurídica do pedido e verificando-se que a seara para a discussão desta temática transmudou-se do âmbito do direito processual para o do direito material, discorrer-se-á sobre o cabimento da ação de restabelecimento da autoridade parental.

2. 1 DA POSSIBILIDADE MATERIAL DA AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR

O ponto nevrálgico da discussão quanto à possibilidade jurídica da ação de restituição do poder familiar surge da omissão legislativa no que se refere à irrevogabilidade da medida de destituição da autoridade parental. Silenciou o legislador quanto à solução do tema, no entanto, como bem se sabe, não é facultado ao magistrado escusar-se de decidir os casos que chegam ao seu conhecimento com base na mera inexistência de dispositivo legal específico.

Nesse sentido, Miguel Reale (2001, p. 270) salienta que o direito não se confunde com a lei ou com os textos escritos, sendo os diplomas normativos meros instrumentos de revelação da ordem jurídica, e, por esta razão, são imperfeitos, porquanto não preveem tudo aquilo que a existência oferece no seu desenvolvimento histórico. Evidencia-se que “a lei tem lacunas, tem claros, mas o Direito interpretado como ordenamento da vida, este não pode ter lacunas, porque deverá ser encontrada, sempre, uma solução para cada conflito de interesses” (REALE, 2001, p. 270).

Destarte, Tepedino (2018, p. 328) acrescenta que o magistrado tem o dever de decidir acerca das controvérsias que lhe são submetidas, desde que estas se encontrem no âmbito de sua competência e estejam presentes os pressupostos e condições da ação. Deve fazê-lo com base no ordenamento e valendo-se de princípios e valores que uniformizem o sentido das decisões. Complementa o autor:

Consolida-se hoje o entendimento de que cada regra deve ser interpretada e aplicada em conjunto com a totalidade do ordenamento, refletindo a integralidade das normas em vigor. A norma do caso concreto é definida pelas circunstâncias fáticas nas quais incide, sendo extraída com complexo de textos normativos em que se constitui o ordenamento. O objeto da interpretação são as disposições infraconstitucionais integradas visceralmente às normas constitucionais, sendo certo que cada decisão abrange a totalidade do ordenamento, complexo e unitário. Cada decisão judicial, nessa perspectiva, é um ordenamento singular extraído da mesma tábua axiológica. (TEPEDINO, 2018, p. 329)

No mesmo sentido, Maria Celina Bodin de Moraes (2006, p. 234) pondera que, no contexto pós-positivista, o respeito às normas infraconstitucionais não deve ser examinado apenas do ponto de vista formal, mas com base em sua correspondência substancial aos valores, que são incorporados ao texto constitucional e adquirem positividade na medida em que são consagrados normativamente sob a forma de princípios. Destarte, a solução normativa dos problemas concretos não pode mais ser analisada apenas pela subsunção do

fato à regra, mas exige do intérprete um procedimento de avaliação condizente com os diversos princípios jurídicos envolvidos.

Por sua vez, Schreiber e Konder (2016, p. 14) sustentam que:

O direito civil-constitucional não aprisiona o intérprete na literalidade da lei, nem o deixa livre para criar o direito a partir de seus próprios instintos e opiniões: reconhece-lhe um papel criativo, mas sempre vinculado à realização de valores constitucionais. Por meio dos princípios, valores sociais e culturais invadem claramente o mundo do direito, mas mediados pelos significantes que os expressam e por um cuidadoso mecanismo científico – posto argumentativo – de aplicação.

Com efeito, o legislador, prevendo a existência destes lapsos no ordenamento pátrio, positivou no artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) que, quando a lei for omissa, o juiz decidirá a demanda de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito (BRASIL, 1942).

Neste viés, o procedimento analógico se funda em um raciocínio baseado em razões relevantes de similitudes entre dois institutos distintos. Reale aduz que “quando encontramos uma forma de conduta não disciplinada especificamente por normas ou regras que lhes sejam próprias, consideramos razoável subordiná-la aos preceitos que regem relações semelhantes” (2001, p. 79).

Costumes, ao seu turno, são regras seguidas na sociedade por força de hábitos consagrados, ou, como impropriamente se diz, em virtude de “convenção social”. Configuram-se, portanto, em normas de trato social (REALE, 2001, p. 53).

Por sua vez, em relação aos princípios gerais do direito, Reale ensina que:

Princípios gerais do direito são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, quer para a sua aplicação e integração, quer para a elaboração de novas normas. Cobrem desse modo, tanto o campo da pesquisa pura do Direito quanto o de sua atuação prática. (REALE, 2001, p. 286)

Além da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, Miguel Reale elenca, dentre outras, a jurisprudência como uma das fontes do direito:

A jurisprudência, muitas vezes, inova em matéria jurídica, estabelecendo normas que não se contêm estritamente na lei, mas resultam de uma construção obtida graças à conexão de dispositivos, até então considerados separadamente, ou, ao contrário, mediante a separação de preceitos por largo tempo unidos entre si. Nessas oportunidades, o juiz compõe, para o caso concreto, uma norma que vem complementar o sistema objetivo do Direito. (REALE, 2001, p. 159)

Isto posto, infere-se que, havendo omissão legislativa sobre determinado tema, cabe ao magistrado, utilizando-se da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, julgar o caso. Outrossim, ainda é possível constatar que a jurisprudência, entendida como “uma série de julgados que guardam, entre si, uma linha essencial de continuidade e coerência” (REALE, 2001, p. 158), consubstancia-se como uma das fontes através das quais emana o direito. Complementa ainda Reale que “o juiz constitui norma para o caso concreto toda vez que houver lacuna na lei, assim como nos casos em que lhe couber julgar por equidade” (2001, p. 159).

Quanto ao papel da doutrina, o autor esclarece que esta:

[...] banha as matrizes do Direito, indagando do papel histórico e da função atual de cada uma delas, das relações de dependência existentes entre as diversas fontes do direito em cada País e em cada ciclo histórico, e, indo além esclarece-nos sobre o significado das normas ou modelos que das fontes derivam. [...]

A doutrina, por conseguinte, não é fonte do Direito, mas nem por isso deixa de ser uma das molas propulsoras e a mais racional das forças diretoras, do ordenamento jurídico. (REALE, 2001 p. 168)

Desta feita, pretensamente esclarecidos os papéis da analogia, dos costumes e dos princípios gerais do direito, bem como da jurisprudência e da doutrina, como fonte do direito e como força diretora do ordenamento jurídico, respectivamente, apresentar-se-á, em sequência, argumentos capazes de fundamentar a viabilidade jurídica da ação de restabelecimento do vínculo familiar.

Através de raciocínio analógico é possível constatar que, pautando-se em interpretação sistemática das disposições contidas no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), evidencia-se que a única medida “irreversível”, por ser expressamente irrevogável, é a adoção, conforme apresenta o art. 39, § 1º, do ECA (BRASIL, 1990). Diante do silêncio da lei acerca do restabelecimento da autoridade parental, também se poderia inferir, *a contrario sensu*, pela possibilidade de reversão da medida de destituição do poder familiar³. No mesmo sentido, Vieira Júnior e Melotto (2011, p. 35) explicitam que o ECA em nenhum de seus dispositivos qualifica a medida de destituição do poder familiar como definitiva, sendo a irrevogabilidade inerente apenas à adoção.

Cumprе esclarecer que mesmo a definitividade da adoção já foi flexibilizada em recente precedente do Superior Tribunal de Justiça (STJ), estabelecendo-se que o princípio

³ Precedente: TJ-RS – AC: 70058335076 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014.

do interesse superior tem a possibilidade de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses de crianças ou adolescentes, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial⁴.

Destarte, se o único instituto caracterizado pelo ECA como irreversível pode ser moldado por força do princípio geral do melhor interesse, parece coerente afirmar que a destituição da autoridade parental, que não é definida como imutável em nenhum de seus dispositivos, pode ser revogada, desde que esta medida seja compatível com a base principiológica inerente aos direitos da criança e do adolescente.

No que se refere aos princípios gerais que permeiam esta seara do direito, deve-se enfatizar os da proteção integral e prioritária, do interesse superior e da prevalência da família. Com efeito, em que pese estes postulados, em sua gênese, regerem apenas a aplicação das medidas de proteção, evidencia-se que todas as disposições contidas no ECA devem ser interpretadas tendo-os como base. Nesse diapasão, verificando-se que o retorno do infante ao seio de sua família natural (princípio da preservação da família), é medida que mais bem atende aos seus interesses (princípio do interesse superior) e se mostra eficaz a atender suas necessidades (princípio da proteção integral e prioritária), seria incoerente a sua vedação.

Nessa direção se encontram alguns precedentes dentro do ordenamento pátrio. Em decisão paradigmática, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) entendeu pela possibilidade da restituição do poder familiar, estabelecendo que, à luz da doutrina da proteção integral e prioritária, caso o retorno dos menores do convívio materno se mostre a medida que mais bem atenda aos seus interesses, não há razão para sua obstrução. Tratando-se de relação jurídica de trato continuado e, portanto, sujeita à ação do tempo sobre seus integrantes, modificadas as condições objetivas, outra poderá ser a decisão sobre a autoridade parental anteriormente extinta, sem que haja ofensa à coisa julgada.

APELAÇÃO CÍVEL. ECA. AÇÃO DE RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. POSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. PROTEÇÃO INTEGRAL E PRIORITÁRIA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA EXTINTIVA.

1. A atenta e sistemática leitura dos artigos do Estatuto da Criança e do Adolescente permite concluir que apenas a adoção tem caráter irrevogável, porque expressamente consignado no § 1º do art. 39. Diante do silêncio da lei acerca do restabelecimento do poder familiar, também se pode concluir, a contrário senso,

⁴ Precedente: STJ - REsp 1.545.959-SC, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrighi, por maioria, julgado em 06/06/2017, DJe 01/08/2017.

pela possibilidade da reversão da destituição do poder familiar, desde que seja proposta ação própria para tanto, devendo restar comprovada a modificação da situação fática que ensejou o decreto de perda do poder familiar. Desse modo, impõe-se a desconstituição da sentença que extinguiu o processo por impossibilidade jurídica do pedido.

2. À luz da doutrina da proteção integral e prioritária dos direitos da criança e do adolescente preconizada pelo ECA, a intervenção do Estado deve atender prioritariamente aos superiores interesses dos menores, nos termos do art. 100, inc. II e IV, do ECA, de modo que, caso o retorno dos menores ao convívio materno se mostre a medida que melhor atenda aos seus interesses, não há motivos para que se obste tal retorno, com a restituição do poder familiar pela genitora, mormente porque os menores não foram encaminhados à adoção.

3. Trata-se, no caso, de uma relação jurídica continuativa, sujeita, portanto, à ação do tempo sobre seus integrantes (tal qual ocorre com as relações jurídicas que envolvem o direito a alimentos). Logo, a coisa julgada, formal e material, que antes se tenha produzido, fica preservada desde que as condições objetivas permaneçam as mesmas (cláusula rebus sic stantibus). No entanto, modificadas estas, outra poderá ser a decisão, sem que haja ofensa à coisa julgada. DERAM PROVIMENTO. UNÂNIME.

(TJ-RS – AC: 70058335076 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014).

Assim sendo, compulsando o precedente ora colacionado, constata-se que o Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul concluiu naqueles autos pela viabilidade da restituição do poder familiar, consignando que esta discussão deve ser feita, quando cabível, através de ação autônoma. Não há que se falar, desse modo, em impossibilidade jurídica do pedido e a conseqüente extinção do processo sem resolução de mérito, mesmo porque, conforme já mencionado, o novo Código de Processo Civil retirou este instituto do rol de condições da ação.

Ainda, o eminente relator destacou na referida decisão que o debate judicial acerca do restabelecimento do vínculo da autoridade parental não implica ofensa à coisa julgada, formal ou material, uma vez que, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, na hipótese de alteração do cenário fático, outro poderá ser o pronunciamento judicial, tal qual ocorre nas relações jurídicas que envolvam direito a alimentos.

Neste aspecto, o novel Código de Processo Civil estabeleceu, em seu artigo 505, que, em respeito ao instituto da coisa julgada, nenhum juiz decidirá novamente questões já decididas relativas à mesma lide, salvo se, em se tratando de relação jurídica de trato continuado, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, caso em que as partes podem pedir a revisão do que foi estabelecido na sentença (BRASIL, 2015). Assim sendo, entendendo como de trato continuado as relações jurídicas inerentes à privação e ao

consequente restabelecimento do exercício da autoridade parental, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, em virtude da alteração superveniente do cenário fático.

Da mesma maneira, em decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC), decidiu-se que, havendo alteração da situação de fato que ensejou a destituição, há possibilidade do restabelecimento da autoridade parental. No caso concreto, demonstrou-se que a genitora era etilista e que seu constante estado de embriaguez fazia com que ela não dispensasse aos filhos os cuidados necessários relativos à saúde, higiene e alimentação. Contudo, constatou-se que, depois de determinada a perda do poder familiar, ela aderiu voluntariamente ao tratamento contra a dependência alcoólica e demonstrou-se apta a exercer os cuidados de seus filhos. Ademais, as próprias crianças manifestaram o desejo de retornar ao convívio materno e, nesse viés, justificou-se a retomada dos vínculos familiares. O referido julgado foi assim ementado:

DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. PRESTAÇÃO JURISDICIONAL FUNDADA EM ACERVO PROBATÓRIO SEGURO QUANTO ÀS SITUAÇÕES DE RISCO A QUE OS MENORES ERAM EXPOSTOS EM VIRTUDE DO ALCOOLISMO DA GENITORA. MODIFICAÇÃO, TODAVIA, DO CENÁRIO FÁTICO APÓS PROLATADO O *DECISUM*. GENITORA QUE INICIOU, DE FORMA ESPONTÂNEA, TRATAMENTO CONTRA A DEPENDÊNCIA ALCOÓLICA, ALÉM DE CONSTITUIR UNIÃO ESTÁVEL COM PESSOA IDÔNEA E APTA A AUXILIÁ-LA NO ATENDIMENTO DOS INTERESSES DOS FILHOS. POR OUTRO LADO, INVIÁVEL A INSERÇÃO DOS MENORES EM FAMÍLIAS SUBSTITUTAS, OS QUAIS, POR SUA VEZ, MANIFESTAM A VONTADE DE RETORNAR AO CONVÍVIO MATERNO E RESTABELECEM OS LAÇOS AFETIVOS. RESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR. MEDIDA QUE MELHOR ATENDE AOS INTERESSES DAS CRIANÇAS. DECISÃO REFORMADA. RECURSO PROVIDO.

(TJ-SC - AC: 354351 SC 2010.035435-1, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta, Data de Julgamento: 19/05/2011, Terceira Câmara de Direito Civil, Data de Publicação: Apelação Cível n. 2010.035435-1, de Caçador)

No supracitado caso, a sentença que determinou a destituição do poder familiar, de fato, estava solidamente alicerçada no conjunto probatório, consubstanciado em produção de prova testemunhal, estudos sociais e relatórios elaborados pelo Conselho Tutelar, pelo Serviço Social Forense e pela ACEIAS (Associação Caçadoreense de Educação Infantil e Assistência Social), todos uníssomos ao apontarem a situação de abandono e negligência da genitora em relação aos seus filhos.

Todavia, ante as frustradas tentativas de reinserção das crianças em famílias adotivas, a manifesta vontade delas em retornarem aos cuidados da mãe e da irmã mais velha e, principalmente, em razão da adesão voluntária da genitora em programa de tratamento para

alcoolismo, autorizou-se a reinserção dos filhos ao convívio materno. Desde então, a família passou a ser acompanhada por profissionais da psicologia e da assistência social e, depois de alguns meses da retomada dos vínculos, o Serviço Social Forense emitiu parecer atestado que:

Hoje inexistem situações de agressão da genitora aos filhos, nem mesmo abandono ou exposições dos rebentos em situações de risco, como acontecia anteriormente, e qualquer adversidade que possa ainda ocorrer em relação ao alcoolismo, D. e B. não estão desamparadas, porque contam com o apoio e proteção do padrasto e da irmã S⁵.

Nestes termos, tendo em vista a comprovação da reestruturação do núcleo familiar e a evidente alteração do cenário fático que motivou a extinção do vínculo materno-filial, determinou-se a restituição do poder familiar da genitora em relação aos seus dois filhos. Destaca-se, no caso concreto, o imprescindível trabalho realizado pela rede de proteção, que forneceu todas as condições para que a mãe pudesse reconstruir sua família e exercer novamente seu papel, livre da dependência etílica e disposta a superar os obstáculos socioemocionais que a impediam de proceder adequadamente em relação aos cuidados de seus filhos.

Prosseguindo na argumentação, constata-se que a possibilidade do restabelecimento do poder familiar é, inclusive, uma das teses jurídicas institucionais da Defensoria Pública do Estado de São Paulo, aprovada no IV Encontro Estadual de Defensores Públicos de São Paulo, ocorrido em 04 de dezembro de 2010, com o seguinte teor:

TESE 01/10. Diante do princípio da primazia da família natural, é possível a reconstituição do poder familiar, por meio de ação própria, desde que os pais passem a viabilizar melhores condições aos filhos, mesmo após o trânsito em julgado ou após o prazo para ação rescisória da decisão que os destituíram do poder familiar, salvo se já consolidado o regular processo de adoção a terceiros. (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2010)

Verifica-se, nesse sentido, que a possibilidade do restabelecimento do vínculo familiar é uma das prerrogativas da Defensoria Pública paulista. Destaca-se na tese aprovada que nem mesmo o trânsito em julgado ou o fato de já se ter transcorrido o prazo para ajuizamento da ação rescisória obstam essa discussão jurídica, por meio de ação própria. Pondera-se, no

⁵ Precedente: Tribunal de Justiça de Santa Catarina (Terceira Câmara de Direito Civil). AC: 354351 SC 2010.035435-1, Relator: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Caçador, 3 de maio de 2011. Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 19/05/2011.

entanto, que não há esta possibilidade no caso de já estar consolidado o processo regular de adoção.

Na doutrina, existem diversos autores que defendem a revogabilidade da destituição do poder familiar e a conseqüente viabilidade de seu restabelecimento jurídico. Nesse sentido, Pasini e Trentin (2015, p. 67) entendem que, nos casos em que os pais conseguirem efetivamente superar os motivos ensejadores da destituição de seu vínculo familiar, seria juridicamente aceitável a restituição da autoridade parental.

Caio Mário da Silva Pereira (2018, p. 433) também advoga pelo caráter revogável da destituição do poder familiar, ao argumento de que a ideia predominante em matéria de assistência, proteção, salvaguarda e defesa de crianças e adolescentes é o melhor interesse dos mesmos.

Na mesma linha de raciocínio, Santos Neto (1994, p. 192) sustenta que a maior parte das leis estrangeiras admite a recuperação do poder familiar, pressuposta tal conveniência em caso de regeneração dos inibidos ou de desaparecimento das causas que determinaram a sanção. O autor (1994, p. 192) pontua que, sabendo-se que os motivos que ensejam medida tão drástica são sempre graves, o restabelecimento do vínculo parental só se justifica quando o interesse da criança ou do adolescente manifestamente o reclamar, em caráter excepcional. Nesse sentido, deve o Juízo se certificar da existência das condições propícias para tal, ofertando ao Ministério Público oportunidade de manifestação.

Da mesma maneira, Orlando Gomes (2000, p. 399) defende que o “pátrio poder perdido pode ser restabelecido, provada a regeneração do pai ou desaparecida a causa que determinou. A reintegração no exercício do múnus, de que o pai foi privado, deve ser pleiteada judicialmente pelo interessado”.

Por sua vez, Costa (2012, p. 4) entende que, constatada a impossibilidade do encaminhamento da criança ou do adolescente a lar substituto após sentença de destituição do poder familiar, ainda que transitada em julgado, bem como verificado que a família biológica, com o passar do tempo, restabeleceu a condição de receber os filhos, sobretudo afetivamente, deve-se promover a reintegração de maneira imediata. O autor (2012, p. 5), entretanto, faz a ressalva de que esta medida deve estar em consonância com os pareceres de avaliações psicológicas do caso concreto.

Ao seu turno, Vieira Júnior e Melotto (2011, p. 33) argumentam que, tendo em vista que a sentença que determina a perda do poder familiar é meramente averbada à margem do

registro de nascimento da criança, não há que se falar em seu respectivo cancelamento e, conseqüentemente, do rompimento dos vínculos de parentesco e das obrigações ou deveres decorrentes. Nesta linha de raciocínio, só haveria o cancelamento do registro original com a confecção de outro, estabelecendo assim novos vínculos de parentesco, como no caso de adoção de criança. Dessa forma, patente a possibilidade de reversão da destituição do poder familiar, na medida em que sequer há o cancelamento do registro de nascimento.

Costa (2012, p. 4) acrescenta que, cuidando-se a destituição do poder familiar simples anotação (averbação) ao registro do nascimento, esta pode ser cancelada posteriormente, desde que devidamente cumpridas as formalidades legais exigidas, do mesmo modo que ocorre, *mutatis mutandis*, com as anotações no registro imobiliário, passíveis expressamente de cancelamento.

Igualmente, Akel (2008, p. 54) pontua que:

A nosso entender, *data vênia*, a questão resta pacífica à luz dos preceitos constitucionais vigentes no país, norteadores de todos os ramos do direito, que, expressamente, no art. 5º, XLVII, *b*, estabelece “não haverá penas de caráter perpétuo”. Assim, defendemos que, comprovada a regeneração de qualquer um dos genitores que deu causa à aplicação da sanção ou desaparecida a causa que determinou a perda do poder familiar, poderá o interessado requerer, perante o juízo competente, sua reintegração no exercício do *munus*.

Prosseguindo na argumentação, Akel (2008, p. 54) apresenta que, ainda que se entenda que o Código Civil estabelece a irrevogabilidade da pena, diante do art. 1.635, inciso V, que dispõe que a decisão judicial, na forma do art. 1.638, é causa extintiva do poder familiar, evidencia-se que tal dispositivo se encontra eivado de inconstitucionalidade, uma vez que, além de estabelecer punição de caráter perpétuo, agride o princípio da proteção integral dos interesses da criança e do adolescente, também constitucionalmente garantido.

Fonseca (2000, p. 266) aduz que existem divergências entre os autores no que se refere à definitividade da extinção do poder familiar por meio da destituição e que, apesar de não ser este o seu posicionamento, reconhece que a maior parte da doutrina entende que, cessada a causa motivadora da destituição, a autoridade parental perdida poderá ser recuperada.

Apresentados variados argumentos jurídicos presentes dentro do ordenamento brasileiro capazes de fundamentar a viabilidade de restituição do poder familiar, torna-se relevante trazer à baila posicionamentos adotados por legislações estrangeiras.

Miguel Reale (2001, p. 289) argumentava que, quando o ordenamento jurídico pátrio apresenta lacunas, deve o intérprete apoiar-se em soluções dadas por outras legislações. Dessa forma, o estudo do Direito Estrangeiro constitui uma das mais altas manifestações da cultura universal, sendo possível verificar similaridades entre sistemas normativos de diferentes nações, ainda que separados por fortes divergências ideológicas. O Direito Estrangeiro é, portanto, um dos campos de pesquisa de maior importância na ciência jurídica de nossos dias.

Neste aspecto, verifica-se que, nas legislações estrangeiras pesquisadas, a tendência tem sido admitir a recondução dos genitores afastados de suas funções, desde que cessadas as causas que motivaram o afastamento, colocando sempre o interesse da criança em primeiro lugar.

Quanto aos ordenamentos alienígenas, Akel (2008, p. 54) discorre que:

No mesmo sentido é o direito comparado que, majoritariamente, admite a recondução do pai afastado às suas funções, desde que cessadas as causas que lhe deram motivo, prevalecendo, assim, o interesse do menor.

O posicionamento é observado no art. 170-1 do Código Civil espanhol, no art. 1.916 da legislação civil de Portugal, no ordenamento jurídico peruano, bem como no direito civil argentino, conforme o art. 308, demonstrando o compromisso manifesto com o bem-estar e pleno desenvolvimento do menor que, frise-se, necessita do exercício do poder familiar.

Nessa senda, o Código Civil argentino, em seu artigo 308, apresenta que “a privação da autoridade dos pais pode ser tornada ineficaz pelo juiz, se estes demonstrarem que, devido a novas circunstâncias, a restituição se justifica em benefício ou interesse dos filhos” (ARGENTINA, 1869)⁶.

No direito português, há norma determinando que seja revogada a inibição do poder paternal decretada judicialmente quando cessarem as causas que lhe deram origem, o que pode ser feito a qualquer tempo, desde que passado um ano da sentença de inibição (destituição) ou da que houver desatendido pedido anterior de revogação (PORTUGAL, 1967)⁷.

⁶ Tradução deste autor. Texto original: “*Art. 308. – Lá privación de la autoridad de los padres podrá ser dejada sin efecto por el juez si los padres demostraran que, por circunstancias nuevas, la restitucion se justifica em beneficio o interés de los hijos*”.

⁷ Código Civil português, art. 1916º “1. A inibição do exercício das responsabilidades parentais decretadas pelo tribunal será levantada quando cessem as causas que lhe deram origem. 2. O levantamento pode ser pedido pelo Ministério Público, a todo o tempo, ou por qualquer dos pais, passado um ano sobre o trânsito em julgado da sentença de inibição ou da que houver desatendido outro pedido de levantamento”.

Da mesma forma, o Código Civil espanhol, em seu artigo 170, apresenta que os tribunais poderão, em benefício e interesse do filho, conceder a recuperação do poder familiar aos genitores, quando houver cessado a causa que motivou a privação, nos seguintes termos:

Artigo 170. O pai ou a mãe podem ser privados total ou parcialmente do seu poder familiar por uma sentença fundamentada na violação dos deveres inerentes a ele ou proferida em causa criminal ou matrimonial.

Os Tribunais podem, em benefício da criança, acordar com a recuperação da autoridade parental quando houver cessado a causa que motivou a privação (ESPANHA, 1889)⁸.

O cabimento da ação de restabelecimento do poder familiar também é previsto no Código Civil do Uruguai, estabelecendo-se que “os pais que perderam a autoridade parental ou que estiverem limitados ou suspensos em seu exercício, podem solicitar ao juiz a sua restituição” (URUGUAI, 1868)⁹.

O ordenamento jurídico venezuelano igualmente permite que os genitores privados do poder familiar sejam reabilitados, nos seguintes termos: “o pai ou a mãe privados da autoridade parental poderão ser reabilitados posteriormente, quando sua correção ou regeneração resultem de fatos plenamente comprovados e notórios” (VENEZUELA, 1982)¹⁰.

De acordo com o Código Civil chileno, “[...] o juiz, no interesse da criança, poderá ordenar que o pai ou a mãe recuperem a autoridade parental quando houver cessado a causa que motivou a suspensão” (CHILE, 1855)¹¹.

Como se vê, no direito estrangeiro pesquisado há compromisso manifesto e claro com os princípios da proteção integral e da preservação da família. Via de regra, a privação da autoridade parental pode ser superada, desde que cessados os motivos que a ensejaram, havendo interesse do filho que assim recomende. Comel (2003) conclui:

[...] mesmo se reconhecendo o caráter de definitividade da perda do poder familiar, não há que se tê-lo de modo absoluto, admitindo-se a recondução do pai faltoso ao encargo se o interesse e bem-estar do filho reclamarem, o que, de resto, implicará,

⁸ Tradução deste autor. Texto original: “*Artículo 170. El padre o la madre podrán ser privados total o parcialmente de su potestad por sentencia fundada en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma o dictada en causa criminal o matrimonial. Los Tribunais podrán, en beneficio del hijo, acordar a la recuperación de la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivo la privación*”.

⁹ Tradução deste autor. Texto original: “*296. Los padres que hubiesen perdido la patria potestad o a los cuales se les hubiese limitado o suspendido su ejercicio, podrán pedir al Juez su restitución*”.

¹⁰ Tradução deste autor. Texto original: “*Artículo 280.- El padre o la madre privados de la patria potestad podrán ser rehabilitados posteriormente cuando su corrección o regeneración resulten de hechos plenamente comprobados y además notorios*”.

¹¹ Tradução deste autor. Texto original: “*Art. 268. [...] El juez, em interés del hijo, podrá decretar que el padre o madre recupere la patria potestad cuando hubiere cesado la causa que motivó la suspensión*”.

dentre outros, prova bastante de que restou superada a situação que ensejou a medida. (COMEL, 2003, p. 298)

Estabelecendo-se a possibilidade jurídica da reconstituição do poder familiar, far-se-á, na sequência, uma breve análise quanto ao procedimento da referida ação e seus desdobramentos processuais.

2. 2 DO DIREITO PROCESSUAL – UMA ANÁLISE PROCEDIMENTAL

Conforme apresentado anteriormente, em decisão paradigmática do Egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, estabeleceu-se que a discussão judicial acerca da viabilidade da reconstituição do poder familiar deve ser feita, quando cabível, através de ação autônoma¹².

No mesmo sentido, na tese que norteia a atuação da Defensoria Pública do Estado de São Paulo sobre o tema, determina-se que tal debate judicial seja feito por meio de ação própria (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2010). Assim sendo, deve-se evitar a análise da possibilidade do restabelecimento da autoridade parental nos mesmos autos em que foi determinada a destituição.

Tal conclusão decorre, nos termos do parecer do Procurador de Justiça Ricardo Vaz Seelig nos autos da Apelação Cível nº 70058335076/RS, do fato de que, em que pese exista ação de destituição do poder familiar procedente, com trânsito em julgado, as causas de pedir das demandas são distintas, o contexto fático é outro e a situação das crianças e dos genitores é completamente diversa (SEELIG, 2014).

Há que se destacar, no entanto, que nada obsta que os elementos probatórios produzidos naquele processo sejam utilizados na ação de restituição como prova emprestada, nos termos do artigo 372 do Código de Processo Civil (CPC), que define que “o juiz poderá admitir a utilização de prova produzida em outro processo, atribuindo-lhe o valor que considerar adequado, observado o contraditório (BRASIL, 2015).

Nesse sentido, definindo-se que a restituição do poder familiar deve ser abordada em ação autônoma e tendo-se em vista que ela busca questionar, em regra, uma sentença de

¹² Precedente: TJ-RS – AC: 70058335076 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014.

mérito já transitada em julgado, em uma primeira e superficial análise, poder-se-ia dizer que o instrumento viável para referida discussão jurídica seria uma ação rescisória.

Entretanto, cumpre esclarecer que o cabimento desta ação judicial limita-se ao rol taxativo apresentado pelo art. 966, do CPC, *in verbis*:

Art. 966. A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:
I – se verificar que foi proferida por força de prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;
II – for proferida por juiz impedido ou por juízo absolutamente incompetente;
III – resultar de dolo ou coação da parte vencedora em detrimento da parte vencida ou, ainda, de simulação ou colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;
IV – ofender a coisa julgada;
V – violar manifestamente norma jurídica;
VI – for fundada em prova cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou venha a ser demonstrada na própria ação rescisória;
VII – obtiver o autor, posteriormente ao trânsito em julgado, prova nova cuja existência ignorava ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;
VIII – for fundada em erro de fato verificável do exame dos autos. (BRASIL, 2015)

Compulsando as hipóteses taxativas colacionadas, conclui-se que, na análise da adequação do restabelecimento da autoridade parental, não há que se falar em prova falsa, prova nova ou mesmo que a sentença extintiva do poder familiar se fundou em erro de fato. A discussão judicial da reconstituição deste vínculo se fundamenta na inexistência dos motivos que ensejaram a sua destituição, isto é, na alteração superveniente do cenário fático que passou a tornar possível a restituição do vínculo familiar perdido.

Dessa forma, nos termos do que foi tratado em tópico anterior, evidencia-se que, em se tratando de relação jurídica de trato continuado e, portanto, sujeita à ação do tempo sobre seus integrantes, modificadas as condições objetivas, outra poderá ser a decisão sobre a autoridade parental anteriormente extinta, sem que haja ofensa à coisa julgada¹³. Assim sendo, entendendo como de trato continuado as relações jurídicas inerentes à privação e ao consequente restabelecimento do exercício da autoridade parental, não há que se falar em ofensa à coisa julgada, em virtude da alteração posterior do cenário fático.

Ainda, conforme a redação do artigo 975 do Código de Processo Civil, extingue-se o direito à rescisão em 2 (dois) anos, contados do trânsito em julgado da última decisão proferida no processo (BRASIL, 2015). Nesse sentido, o STJ inclusive sumulou o

¹³ Precedente: TJ-RS – AC: 70058335076 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014.

entendimento de que o prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial¹⁴.

Por sua vez, entende-se que a ação de restituição do poder familiar não deve conter prazo decadencial como requisito de tempestividade para seu ajuizamento. Com efeito, aos legitimados para a propositura da referida ação, isto é, os pais destituídos de sua autoridade parental, cumpre apenas comprovar que não mais persistem os motivos pelos quais foi determinada judicialmente a extinção do poder familiar, independentemente de já se ter transcorrido lapso temporal superior a 2 (dois) anos da última decisão do processo.

Noutro giro, isto não significa que esta ação judicial poderá ser proposta a qualquer tempo. Evidencia-se que só há interesse processual quando a criança ou o adolescente alvo desta medida jurídica for menor de 18 (dezoito) anos, sob pena de indeferimento da exordial. Por certo, o poder familiar se extingue de qualquer modo em razão da maioridade, não havendo que se falar em restituição da autoridade parental nestes casos (cf. art. 1.635, inciso III, do Código Civil) (BRASIL, 2002).

Nesse sentido, em breve síntese, pode-se dizer que a ação de restabelecimento do poder familiar não possui prazo decadencial, todavia, só há que se falar na possibilidade de seu ajuizamento quando a criança ou o adolescente alvo desta ação autônoma ainda não tiver completado 18 (dezoito) anos de idade, sob pena de indeferimento da petição inicial por ausência de interesse processual, nos termos do artigo 330, inciso III, do CPC (BRASIL, 2015).

Ainda, vale dizer que são legitimados para a propositura desta ação judicial apenas os genitores que tiveram seu poder familiar extinto por meio de decisão judicial. Não há, contudo, litisconsórcio necessário ativo. Nesse sentido, tem-se a lição de Fredie Didier Jr:

O fundamento dessa conclusão é apenas um: o direito fundamental de acesso à justiça (inciso XXXV do art. 5º da CF/88). O direito de ir a juízo não pode depender da vontade de outrem; se houvesse litisconsórcio necessário ativo, seria possível imaginar a situação de um dos possíveis litisconsortes negar-se a demandar, impedindo o exercício do direito de ação do outro. (DIDER JR, 2012, p. 1)

Evidencia-se, desse modo, que não há necessidade de que ambos os genitores ajuízem a ação de restabelecimento do poder familiar conjuntamente. Além disso, nada impede que estes proponham ações autônomas, em momentos distintos, mesmo porque a análise acerca

¹⁴ Súmula 401, STJ. “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”.

da alteração do cenário fático deve ser feita de forma individualizada, isto é, ambos os genitores devem comprovar que superaram as condições que os fizeram perder sua autoridade parental. Se apenas um deles provar sua reestruturação socioemocional, apenas a este deverá ser restabelecido o vínculo familiar.

Cumprido esclarecer que a criança ou o adolescente que teve os seus genitores destituídos da autoridade parental não tem legitimidade, ainda que representado por curador especial, para propor a ação de restituição do poder familiar em nome destes e nem o Ministério Público é parte legítima para figurar no polo passivo da demanda¹⁵.

A intervenção do Ministério Público no processo é imprescindível, porém como *custos legis*, em defesa dos direitos e interesses das crianças e adolescentes envolvidos, podendo pedir vista dos autos depois das partes, juntar documentos e requerer diligências, utilizando-se dos recursos cabíveis, com fundamento no art. 202 do ECA (BRASIL, 1990). Nesse sentido, verifica-se ainda que a ausência de atuação do *Parquet* acarretará inevitavelmente a nulidade do feito, que será declarada de ofício pelo juiz ou a requerimento de qualquer interessado (art. 204, do ECA) (BRASIL, 1990).

Em relação à legitimidade passiva, verifica-se que, em se tratando de procedimento de jurisdição voluntária, não há lide e, conseqüentemente, não há polo passivo. Nesse sentido, Tesheiner argumenta que:

[...] ainda que possa existir, em concreto, conflito de interesses, do ponto de vista legal, ou seja, em abstrato, não há lide, mas apenas controvérsia sobre o melhor modo de tutelar-se o interesse único a considerar, que é o do incapaz. Não se trata, em absoluto, de definir direito subjetivo sobre o incapaz, por qualquer dos interessados. Crianças, adolescentes, e os incapazes de um modo geral, não são coisas, que possam ser tratados como objetos de direitos. Trata-se, nesses casos, de encontrar a solução mais conveniente para o incapaz, e não de definir “direitos” do pai ou da mãe. Essa a razão pela qual nos encontramos, nesses casos, ante hipóteses de jurisdição voluntária. (TESHEINER, 2003, p. 26)

Daniel Amorim Assumpção Neves, retomando ensinamentos de Carnelutti, apresenta que a lide:

É o conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida. A ideia, portanto, é de um sujeito que pretende obter um bem da vida, no que é impedido por outro, que lhe cria uma resistência a tal pretensão, surgindo desse choque de interesses (obter o bem da vida e impedir a sua obtenção) o conflito de interesses entre as partes. (NEVES, 2016, p. 117)

¹⁵ Precedente: Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) (Décima Sétima Câmara Cível). Apelação Cível nº 0025391-74.2013.8.19.0202. Relator: Edson Vasconcelos. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2014. Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 08/10/2014.

Dessa forma, na jurisdição voluntária, não há lide, na medida em que não há conflito de interesses entre as partes. Na hipótese da ação de restituição do poder familiar, não existe sujeito no processo que ofereça resistência para que os genitores consigam, de fato, reaver a autoridade parental perdida. Há mera atuação do *Parquet* como fiscal da lei para garantir a efetivação do superior interesse da criança e do adolescente.

Nesse diapasão, Fonseca (2000) sustenta que:

Na ação de destituição do pátrio poder, embora apareça uma certa “litigiosidade” entre autor-réu, o processo não traz uma “lide”, um litígio entre eles. Claro, há subjacente um conflito de pretensões, porque o autor quer retirar o pátrio poder da parte adversa, relativamente ao filho. Todavia, a ação deve ser vislumbrada sob a ótica da criança e do adolescente, que nela tem seus interesses discutidos. Destarte, a sentença decide interesses, nela não é o autor ou o réu que saem vencedores, mas a criança que é protegida. A decisão, portanto, funda-se naquilo que é o melhor interesse da criança, a sua proteção integral. A ação é de jurisdição voluntária, portanto, sendo que nela assegura-se o contraditório, como corolário da importância dos direitos discutidos. (FONSECA, 2000, p. 265)

Utilizando-se da argumentação de Fonseca (2000, p. 65) para esclarecer a razão das ações referentes à destituição do poder familiar serem de jurisdição voluntária, a *contrario sensu*, pode-se concluir que, de mesmo modo, as ações que tratam do restabelecimento dos vínculos parentais também devem se utilizar do mesmo procedimento não-contencioso.

Infere-se, nestes termos, que, em se tratando de procedimento de jurisdição voluntária, não há parte que integre o polo passivo. Contudo, ao Ministério Público, atuando como fiscal da lei, incumbe a defesa dos interesses da criança ou do adolescente, podendo, se entender que tal atuação contribuirá para a efetivação de seus direitos, contrapor-se à pretensão dos genitores, ofertando pareceres contrários e até mesmo recorrendo da decisão que determinar o restabelecimento do poder familiar. Isso não significa, no entanto, que o *Parquet* e os genitores estarão em lados opostos na demanda.

Cristalina também a aplicabilidade do disposto no art. 161, § 3º, do ECA, que determina a obrigatoriedade, desde que seja possível e razoável, da oitiva da criança ou do adolescente em procedimentos desta natureza, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida (BRASIL, 1990).

A garantia de oitiva obrigatória e participação é inclusive um dos princípios que regem a aplicação das medidas protetivas de crianças e adolescentes, nos seguintes termos:

Art. 100, XII – oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada,

bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na definição da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos §§ 1º e 2º, do art. 28 desta Lei. (BRASIL, 1990)

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu em recente precedente pela grande relevância e imprescindibilidade de perícia psicossocial nos casos de perda do poder familiar. Destarte, pautando-se na argumentação apresentada pelo Egrégio Tribunal, notabiliza-se que, nas ações de restituição da autoridade parental, também é indispensável a realização de pareceres psicológicos – e médicos, quando necessários – que atestem a aptidão dos genitores em reaverem o vínculo familiar perdido¹⁶.

Nesse sentido, ainda que a restituição do poder familiar não se trate, evidentemente, de uma das espécies de colocação em família substituta (guarda, tutela e adoção), configuram-se como aplicáveis supletivamente algumas das disposições previstas na Seção IV do Capítulo III, do ECA. Assim, nos termos do art. 167, do ECA, impõe-se à autoridade judiciária, de ofício ou a requerimento das partes, que determine a realização de estudo social ou, se possível, perícia por equipe interprofissional, decidindo sobre a concessão de guarda provisória ou de estágio de convivência (BRASIL, 1990).

Depois de apresentado o relatório social ou o lado pericial, e ouvida, sempre que possível a criança ou o adolescente, dar-se-á vista dos autos ao Ministério Público, conforme determinação do art. 168, do mesmo diploma normativo (BRASIL, 1990).

Neste ponto, importante trazer o esclarecimento de Costa (2012, p. 4) que, entendendo pela possibilidade da restituição do poder familiar, afasta a viabilidade da retomada dos vínculos por meio do instituto da adoção, o qual exclusivamente se destina a estabelecer relação de parentesco entre pessoas desvinculadas biologicamente.

Vale dizer também que nada impede que a restituição do poder familiar surja como uma das próprias medidas protetivas à criança ou ao adolescente, porquanto o rol previsto no art. 101, do ECA, não é taxativo, mas meramente exemplificativo. Esta conclusão decorre de seu próprio *caput*, que apresenta que “verificada qualquer das hipóteses previstas no art. 98, a autoridade competente poderá determinar, dentre outras, as seguintes medidas [...]” (BRASIL, 1990).

¹⁶ Precedente: Superior Tribunal de Justiça. REsp 1.674.207-PR, Rel. Min. Moura Ribeiro, por unanimidade, julgado em 17/04/2018, DJe 24/04/2018.

Assim sendo, o artigo 98 do ECA admite o cabimento das medidas de proteção nas seguintes hipóteses:

Art. 98. As medidas de proteção à criança e ao adolescente são aplicáveis sempre que os direitos reconhecidos nesta Lei forem ameaçados ou violados:

I – por ação, omissão da sociedade ou do Estado;

II – por falta, omissão ou abuso dos pais ou responsável;

III – em razão de sua conduta. (BRASIL, 1990)

Poder-se-ia dizer, nestes termos, que sendo violado o direito à convivência familiar e comunitária por ação do Estado, na medida em que este determinou o afastamento da criança ou do adolescente de seu núcleo familiar, seria cabível a utilização da restituição do poder familiar como uma medida protetiva.

Cumprir mencionar que, quando a destituição do poder familiar for motivada por condenação criminal de um dos genitores, nos termos do art. 23, § 2º, do ECA (BRASIL, 1990), em caso de revisão criminal que absolva o acusado, conforme a redação do artigo 627 do Código de Processo Penal (CPP), a absolvição implicará o restabelecimento de todos os direitos perdidos em virtude da condenação (BRASIL, 1941), inclusive a autoridade parental, sendo esta a causa de pedir da ação de restituição do poder familiar.

Por fim, evidencia-se que a competência para o processamento e julgamento de ação de restabelecimento da autoridade parental é do Juízo da Infância e da Juventude, respeitadas as regras estabelecidas nos artigos 146 e seguintes do ECA (BRASIL, 1990). Nos termos do artigo 148, parágrafo único, alínea “b”, do ECA, estabelecendo-se a Justiça da Infância e Juventude como competente para conhecer de ações de destituição do poder familiar, perda ou modificação da tutela ou guarda (BRASIL, 1990), a *contrario sensu*, também se poderia inferir ser este o Juízo competente para a apreciação de seu restabelecimento.

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante todas as considerações apresentadas, defende-se a possibilidade jurídica da ação de restituição do poder familiar, na hipótese em que os genitores o haviam perdido por decisão judicial, ainda que transitada em julgado. Para tal, por tratar-se de relação jurídica de trato continuado, e, portanto, sujeita à ação do tempo sobre seus integrantes, modificadas as condições objetivas, outra poderá ser a decisão sobre a autoridade parental anteriormente extinta, sem que haja ofensa à coisa julgada. Faz-se necessário, assim, que os pais faltosos

comprovem, por intermédio de uma ação autônoma, que de fato superaram as condições que os fizeram perder o poder familiar.

Vale dizer ainda que, conforme previsão expressa do ECA, o único instituto definido como “irreversível” é a adoção. Nesse sentido, conforme apresentado ao longo deste estudo, cumpre esclarecer que mesmo a definitividade da adoção já foi flexibilizada em recente precedente do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo-se que o princípio do interesse superior tem a possibilidade de retirar a peremptoriedade de qualquer texto legal atinente aos interesses de crianças ou adolescentes, submetendo-o a um crivo objetivo de apreciação judicial.

Assim sendo, na hipótese de o restabelecimento da autoridade parental se mostrar a solução que mais bem atenda à base principiológica do estatuto protetivo de crianças e adolescentes, seria incoerente, com base na doutrina da proteção integral, a sua vedação.

Destarte, evidencia-se que temática tão complexa e delicada demanda escorregada dilação probatória, bem como acompanhamento psicossocial dos genitores e do infante durante o curso do processo, para que os pareceres sobre as condições sociais, psicológicas e médicas comprovem a inexistência e a superação das causas que ensejaram a destituição.

Ad argumentandum tantum, verifica-se que, à luz do direito estrangeiro, a recondução dos pais faltosos ao seu múnus é prevista e autorizada em uma série de diplomas normativos alienígenas, estabelecendo-se como requisito padrão a comprovação da regeneração dos genitores.

Dentro do ordenamento jurídico pátrio, existem precedentes jurisprudenciais e estudos de doutrinadores que sustentam a viabilidade jurídica do restabelecimento dos vínculos familiares, refutando a definitividade absoluta da destituição do poder familiar.

REFERÊNCIAS

AKEL, Ana Carolina Silveira. *Guarda compartilhada: um avanço para a família*. 1 ed. São Paulo: Atlas, 2008.

ALVES, Gabriella Pellegrina. AZEVEDO, Júlio Carmago. Condições da ação e o novo Código de Processo Civil: avanços e retrocessos. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. XIV, p. 164-194, 2014.

ARGENTINA. *Código Civil de la República Argentina*. Buenos Aires, 1869. Disponível em: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_de_la_Republica_Argentina.pdf. Acesso em: 10 fev. 2017.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941. Institui o Código de Processo Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 de out. de 1941, Seção 1, p. 19699.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942. Dispõe sobre a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 de set. 1942. Seção 1, p. 13635.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 17 de jan. 1973, Seção 1, p. 1.

_____. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 16 de jul. 1990. Seção 1, p. 13563.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 11 de jan. 2002, Seção 1, p.1.

_____. Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. Institui o Código de Processo Civil. *Diário Oficial da União*. Brasília, DF, 17 de mar. 2015, Seção 1, p. 1. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 23 fev. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *REsp 1.545.959-SC*, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. para acórdão Min. Nancy Andrichi, por maioria, julgado em 06/06/2017, DJe 01/08/2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula 401*. “O prazo decadencial da ação rescisória só se inicia quando não for cabível qualquer recurso do último pronunciamento judicial”. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Jurisprud%C3%Aancia/S%C3%BAmulas. Acesso em: 22 mai. 2018.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ-RJ) (Décima Sétima Câmara Cível). *Apelação Cível nº 0025391-74.2013.8.19.0202*. Relator: Edson Vasconcelos. Rio de Janeiro, 03 de outubro de 2014. Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 08/10/2014.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJ-RS) (Oitava Câmara Cível). *Apelação Cível nº 70058335076*. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Porto Alegre, 22 de maio de 2014, Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 27/05/2014.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina (TJ-SC) (Terceira Câmara de Direito Civil). *Apelação Cível nº 354351 SC 2010.035435-1*, Relatora: Maria do Rocio Luz Santa Ritta. Caçador, 03 de maio de 2011. Data de Publicação: Diário de Justiça do dia 19/05/2011.

CHILE. *Código Civil de la República de Chile*, 1855. Disponível em: <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986&idParte=8717776>. Acesso em: 01 set. 2017.

COMEL, Denise Damo. *Do poder familiar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

COSTA, Epaminondas da. Destituição do poder familiar frustrada: restabelecimento do vínculo deontico da filiação biológica. In: *XXIV Congresso da Associação Brasileira de Magistrados, Promotores de Justiça e Defensores da Infância e Juventude*. Natal, 2012.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Tese 01/10*. IV Encontro Estadual de Defensores Públicos de São Paulo. 04 de dez. 2010. Disponível em: <https://www.defensoria.sp.def.br/dpesp/Default.aspx?idPagina=5194>. Acesso em: 10 fev. 2017.

DIDIER JR, Fredie. *Litisconsórcio necessário ativo*. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/litisconsorcio-necessario-ativo.pdf>. Acesso em: 22 mai. 2018.

ESPANHA. *Código civil español*, 1889. Disponível em: <http://civil.udg.es/normacivil/estatal/CC/1T7.htm>. Acesso em: 01 set. 2017.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. A ação de destituição do pátrio poder. *Revista de Informação Legislativa*. Brasília, v. 37, n. 146, p. 261-279, abr. 2000.

GALIO, Morgana Henicka. Condições da ação, direitos fundamentais e o CPC projetado. *Revista Eletrônica de Direito Processual – REDP*. v. XIV, p. 450-467, 2014.

GOMES, Orlando. *Direito de família*. 12 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. A constitucionalização do direito civil e seus efeitos sobre a responsabilidade civil. *Direito, Estado e Sociedade*. Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 233-258, jul./dez. 2006.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de Direito Processual Civil*. 8 ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

PASINI, Vivian Carla Lamberti. TRENTIN, Fernanda. Restabelecimento do poder familiar: reintegração à família natural. *Interfaces Científicas*, Aracajú, v.1, n.1, p. 64-74, out.2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil: direito de família*. 26 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

PORTUGAL. *Código Civil Português*. Lisboa, 1967. Disponível em: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=775A1916&nid=775&tabela=leis&pagina=1&ficha=1&so_miolo=&nversao=#artigo. Acesso em: 10 fev. 2017.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

SANTOS NETO, José Antônio de Paula. *Do pátrio poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

SEELIG, Ricardo Vaz. In: TJ-RS – AC: 70058335076 RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Data de Julgamento: 22/05/2014, Oitava Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 27/05/2014.

SCHREIBER, Anderson. KONDER, Carlos Nelson. Uma agenda para o direito civil-constitucional. *Revista Brasileira de Direito Civil*. v. 10, out./dez. 2016.

TEPEDINO, Gustavo. Os Sete Pecados Capitais da Teoria da Interpretação. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, v. 20, n. 3, p. 319-343, set./dez 2018.

TESHEINER, José Maria Rosa. Procedimentos de jurisdição voluntária segundo o novo Código Civil. *Revista Nacional de Direito e Jurisprudência*. Ribeirão Preto (41): 12-35, mai. 2003.

URUGUAI. *Código Civil de Uruguay*, 1868. Disponível em: <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/uy/uy029es.pdf>. Acesso em: 01 set. 2017.

VENEZUELA. *Código Civil de Venezuela*, 1982. Disponível em: http://www.oas.org/dil/esp/codigo_civil_Venezuela.pdf. Acesso em: 01 set. 2017.

VIEIRA JÚNIOR, Enio Gentil. MELOTTO, Amanda Oliari. Os pais destituídos do poder familiar e a obrigação de prestar alimentos. *Revista da Esmesc*. Florianópolis, v. 18, n. 24, 2011.