

Ano 08, nº 1, jan./jun. 2017.

ISSN 2318-6879

UMA PUBLICAÇÃO FUNDADAÇÃO EDUCACIONAL MACHADO DE ASSIS, FACULDADES  
INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS, CURSO DE DIREITO, ANO 8, Nº 01.

REVISTA

# DIREITO e SOCIEDADE

REFLEXÕES CONTEMPORÂNEAS



**Direitos Humanos,  
Estado e  
Políticas Públicas.**

  
**Fema**  
Faculdades Integradas  
Machado de Assis

## CORPO EDITORIAL

### COMISSÃO EDITORIAL

*Prof.ª Dr.ª Bianca Tams Diehl*  
FEMA  
*Prof.ª Ma. Mariel da Silva Haubert*  
FEMA  
*Prof.ª Dr.º Doningos Benedetti Rodrigues*  
FEMA  
*Prof.ª Dr.ª Marli Marlene Moraes da Costa*  
FEMA/UNISC  
*Prof.ª Dr.ª Sinara Camera*  
FEMA  
*Prof.ª Ma. Bianca de Melo Hartfil*  
FEMA

### CONSELHO CONSULTIVO

*Prof. Dr. João Martins Bertaso*  
URI (Santo Ângelo)  
*Prof.ª Dr.ª Márcia Adriana Dias Kraemer*  
FEMA  
*Prof. Dr. Mauro Gaglietti*  
IMED/URI(Santo Ângelo)  
*Prof. Dr. Ricardo Hermany*  
UNISC  
*Prof.ª Dr.ª Ivete Simionatto*  
UFSC  
*Prof.ª Dr.ª Jânia Maria Lopes Saldanha*  
UFSM/UNISINOS  
*Prof.ª Dr.ª Taciana Camera Segat*  
UFSM  
*Prof.ª Dr.ª Tatiana Bolivar Lebedeff*  
UFPEL

### COORDENAÇÃO

*Prof.ª Dr.ª Bianca Tams Diehl*  
Coordenadora do Curso de Direito  
  
*Prof.ª Ma. Mariel da Silva Haubert*  
Coordenadora do Núcleo de Pesquisa,  
Pós-Graduação e Extensão - NPPGE

### ARTE E DIAGRAMAÇÃO

*Denise Felber*  
*Cheila Maris Guihl*

### EDITORIAÇÃO

*Prof.ª Dr.ª Mariel da Silva Haubert*

### APOIO TÉCNICO

*Prof.ª Dr.ª Márcia Adriana Dias Kraemer*

### CAPA

*Rafaeli Capeletti*

R454 Revista Direito e Sociedade: reflexões  
Contemporâneas/Faculdades Integradas  
Machado de Assis - Santa Rosa, Ano 8, Nº 1, Jan./Jun. 2017.

ISSN 2318-6879  
Publicação Semestral

1. Direito 2. Sociedade 3. Artigos Acadêmicos  
I. Faculdades Integradas Machado de Assis

CDU: 34(05)

### Publicação Oficial das Faculdades Integradas Machado de Assis

Curso de Direito  
Rua Santa Rosa, 902, Centro, Santa Rosa, Rio  
Grande do Sul, Brasil.  
CEP: 98900-000  
Telefone/Fax: (55) 3511 9100  
Homepage: [www.fema.com.br](http://www.fema.com.br)

### Endereço para o envio de trabalhos

[revistadireitoesociedade@fema.com.br](mailto:revistadireitoesociedade@fema.com.br)

Publicação Semestral. Todos os direitos reservados. A  
produção ou tradução de qualquer parte desta publicação  
somente será permitida após a prévia permissão escrita do  
autor. Os conceitos em artigos assinados são de  
responsabilidade de seus autores. As matérias desta revista  
podem ser livremente transcritas, desde que citada a fonte.

**SUMÁRIO**

<b>EDITORIAL .....</b>	<b>05</b>
<b>A EQUIDADE DE GÊNERO E O ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO.....</b>	<b>08</b>
<i>Bianca Tams Diehl</i> <i>Tassiana da Silva Senna</i>	
<b>A (NÃO) INCIDÊNCIA DE IPVA SOBRE AERONAVES E EMBARCAÇÕES .....</b>	<b>25</b>
<i>Douglas Alexandre da Rosa</i> <i>Eduardo Meyer Mendes</i> <i>Gabriele Grespan</i>	
<b>A REPRESENTAÇÃO ARTÍSTICA E O AMOR PELA SABEDORIA NA BUSCA PELA COMPREENSÃO EXISTENCIAL DO SER .....</b>	<b>47</b>
<i>Bruna Luisa Schwan</i> <i>Julia Elis Berres</i> <i>Márcia Adriana Dias Kraemer</i>	
<b>A RETÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO: OS VIÉS IDEOLÓGICOS DAS PRÁTICAS LEGISLATIVAS .....</b>	<b>66</b>
<i>Luciano Augusto de Oliveira Paz</i> <i>Sinara Camera</i>	
<b>ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO: CAMINHOS POSSÍVEIS À JUSTIÇA.....</b>	<b>83</b>
<i>Sandra Inês Arenhart</i> <i>Márcia Adriana Dias Kraemer</i>	
<b>O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓTICA DO NOVO CPC E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO DO TRABALHO .....</b>	<b>113</b>
<i>Bruna Sinigaglia</i> <i>Rosmeri Radke Cancian</i>	
<b>OS MIGRANTES E A SUA PROTEÇÃO NORMATIVA: GARANTIAS E DESAFIOS.....</b>	<b>139</b>
<i>Régis Eduardo da Silva</i> <i>Sinara Camera</i>	
<b>REFUGIADOS E OS CONFLITOS ARMADOS NA SOMÁLIA: (IN) SUFICIÊNCIAS DAS NORMATIVAS E DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO.....</b>	<b>154</b>
<i>Guilherme Henrique Tavares Diniz</i> <i>Sinara Camera</i>	
<b>A EFICÁCIA SOCIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FUNDAMENTAIS: UM DESAFIO [PRINCIPIOLÓGICO] DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....</b>	<b>171</b>
<i>Lairton Ribeiro de Oliveira</i>	

**A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS Nº 126.292- STF SOB O VIÉS DA (IN)EFETIVIDADE PROCESSUAL.....195**

*Carina Laís Ribeiro de Oliveira*

*Laura Ferreira Schlösser*

*Lairton Ribeiro de Oliveira*

**O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO ..... 217**

*Gabriela Soares Gama*

*Denise Tatiane Girardon dos Santos*

**ABUSO DO PODER ECONÔMICO E PRÁTICAS ILÍCITAS NO DIREITO CONCORRENCIAL: ALTERNATIVAS PARA A REGULAÇÃO EFICIENTE DO MERCADO À LUZ DA GOVERNANÇA CORPORATIVA ..... 236**

*Bruna Luisa Schwan*

*Daiana Caye Reizes*

*Tiago Neu Jardim*

**PERSPECTIVAS DE UM NOVO TEMPO.....256**

*Guilherme Scarantti Saling*

## EDITORIAL

A Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito, das Faculdades Integradas Machado de Assis, destaca temas referentes aos *Direitos Humanos, Estado e Políticas Públicas*, com o objetivo de refletir sobre assuntos relevantes aos docentes e discentes especificamente do Ensino Superior e da Pós-graduação. Os artigos selecionados conferenciam conhecimentos acerca do espaço educacional, jurídico, político e sociocultural pertinentes as temáticas discutidas na sociedade contemporânea.

O primeiro artigo tem por título *A Equidade de Gênero e o Estado Democrático Brasileiro*, escrito por Bianca Tams Diehl e Tassiara da Silva Senna. As autoras buscam investigar em que medida o Estado Democrático de Direito garante a promoção da equidade de gênero desde as primeiras Constituições, considerando a discriminação sofrida pelo gênero feminino no decorrer da história da humanidade.

O segundo artigo intitula-se *A (Não) Incidência de Ipvva sobre Aeronaves e Embarcações*, escrito por Douglas Alexandre da Rosa, Eduardo Meyer Mendes e Gabriele Grespan. A presente pesquisa apresenta uma análise acerca da possibilidade de incidência de IPVA sobre aeronaves e embarcações diante do Princípio da Capacidade Contributiva.

O terceiro artigo nomeia-se *A Representação Artística e o Amor pela Sabedoria na Busca pela Compreensão Existencial do Ser*, de Bruna Luisa Schwan, Julia Elis Berres e Márcia Adriana Dias Kraemer. O tema sugere a reflexão acerca da importância do estudo literário e filosófico para o desenvolvimento do sujeito social, com o objetivo de compreender se pode colaborar na constituição dos saberes que resulta da investigação filosófico-científica.

Na sequência, tem-se o artigo *A Retórica dos Direitos Humanos no Processo Democrático: os vieses ideológicos das práticas legislativas*, escrito por Luciano Augusto de Oliveira Paz e Sinara Camera. A partir desse texto, os autores abordam as relações e as tensões entre os direitos humanos e a democracia, analisando a participação de grupos de pressão no processo democrático.

O quinto artigo, escrito por Sandra Inês Arenhart e Márcia Adriana Dias

Kraemer intitula-se *Arbitragem e Mediação: caminhos possíveis à justice*. No presente texto, as autoras apresentam um estudo sobre os Institutos da Arbitragem e da Mediação aplicados à resolução de processos judiciais e/ou extrajudiciais, para compreender como se efetivam e em que medida é possível ao profissional contábil contribuir para esse procedimento.

Como sexto artigo, apresenta-se *O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica sob a Ótica do Novo CPC e sua Repercussão no Processo do Trabalho*, de Bruna Sinigaglia e Rosmeri Radke Cancian. O texto tem o intuito de verificar se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, regulamentado no novo CPC, garante segurança e eficiência processual às partes no âmbito da Justiça do Trabalho.

O sétimo artigo nomina-se *Os Migrantes e a sua Proteção Normativa: garantias e desafios*. O texto escrito por Régis Eduardo da Silva e Sinara Camera, aborda a problemática dos migrantes, analisando como a normativa brasileira e a internacional regulam a sua condição, enfocando, especialmente, a Lei 6.815 de 1980 (Estatuto do Estrangeiro) e como essa compreende a questão migratória. Buscam, dessa forma, entender se a normativa brasileira tem se mostrado adequada, na atualidade, à proteção dos direitos humanos dos indivíduos em dinâmicas migratórias.

O oitavo artigo, composto por Guilherme Henrique Tavares Diniz e Sinara Camera, cujo título denomina-se *Refugiados e os Conflitos Armados na Somália: (In) suficiências das normativas e dos mecanismos de proteção*, tem como propósito analisar a situação da proteção oferecida pela comunidade internacional aos refugiados que migram por motivo de conflito armado, a partir do caso da Somália.

Na sequência, o texto *A Eficácia Social das Políticas Públicas Fundamentais: um desafio [principiológico] da boa administração pública*, elaborado por Lairton Ribeiro de Oliveira, discute as políticas públicas, como um dos principais instrumentos de concreção dos objetivos do Estado [Social] Democrático de Direito, inaugurado com Constituição Federal de 1988.

O décimo artigo, intitulado *A Relativização da Presunção de Inocência na Persecução penal: uma análise do habeas corpus nº 126.292- stf sob o viés da (in) efetividade processual*, de Carina Laís Ribeiro de Oliveira, Laura Ferreira Schlösser

e Lairton Ribeiro de Oliveira, aborda a análise da recente decisão proferida pela Suprema Corte no habeas corpus nº 126.292, que autorizou o início da execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância, bem como os potenciais efeitos dela decorrentes em acusados inocentes, considerando a “falência” do sistema processual penal vigente.

Em seguida, o artigo *O Combate à Corrupção no Brasil sob a Perspectiva do Estado Democrático de Direito*, composto por Gabriela Soares Gama e Denise Tatiane Girardon dos Santos, tem como objetivo estudar a Lei Complementar nº. 135/2010, e as alterações trazidas por essa, especialmente no que concerne às hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, e verificar a (in)efetividade da sua aplicabilidade no cenário eleitoral brasileiro.

O décimo segundo artigo, escrito por Bruna Luisa Schwan, Daiana Caye Reizes e Tiago Neu Jardim, denomina-se *Abuso do Poder Econômico e Práticas Ilícitas no Direito Concorrencial: alternativas para a regulação eficiente do mercado à luz da governança corporativa* e propõe-se a discutir a efetividade do direito econômico enquanto instrumento de regulação do mercado, destinado a reduzir práticas ilícitas e a combater o abuso do poder econômico nas relações comerciais.

Como último texto, apresenta-se a resenha acadêmica *A Revolução dos Bichos*, em que o resenhista Guilherme Scarantti Saling, aborda o livro *A Revolução dos Bichos*, de George Orwell, traduzido por Heitor Aquino Ferreira, de 2007. O texto propõe refletir, a partir da ficção, a sociedade na época da Revolução Russa, ocorrida em 1917. A leitura instiga o pensamento crítico acerca da relação homem x animal.

Desse modo, a Comissão Editorial da Revista Eletrônica *DIREITO E SOCIEDADE: reflexões contemporâneas*, do Curso de Direito, das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA, sente-se agraciada pela qualidade dos artigos que compõem esta revista, oportunizando ao leitor o diálogo de qualidade entre ensino, pesquisa e extensão.

Prof.<sup>a</sup> Ma. Mariel da Silva Haubert

Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-Graduação e Extensão – NPPGE/FEMA

Membro da Comissão Editorial da Revista Direito e Sociedade

**A EQUIDADE DE GÊNERO E O ESTADO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO**Bianca Tams Diehl<sup>1</sup>  
Tassiara da Silva Senna<sup>2</sup>**RESUMO**

A presente pesquisa tem como escopo verificar a forma como o Estado Democrático de Direito vem, ao longo dos anos, garantindo a promoção da equidade de gênero desde as primeiras Constituições, considerando a discriminação sofrida pelo gênero feminino no decorrer da história da humanidade. Sabe-se que as mulheres foram excluídas por um longo período da vida pública, tendo como seu lugar natural o lar, o dever de cuidar da família e dos afazeres domésticos. Em contrapartida, os homens foram incumbidos da obrigação de trabalhar fora em busca do sustento da família (trabalho remunerado), cabendo-lhes a vida pública, inclusive, a política. Com o intuito de promover a igualdade entre todos, o Estado de Direito foi preconizando em suas Constituições direitos que possibilitassem uma mudança de paradigma. Contudo, tais dispositivos não foram capazes de sozinhos promover a igualdade tão desejada, sendo necessária a criação, por parte do Estado, de medidas que pudessem concretizar e acelerar tais direitos. Para tanto, surgem as ações afirmativas e/ou políticas públicas, que visam tratar de forma diferente aquela parcela discriminada da sociedade. Um exemplo de política pública que busca a inclusão das mulheres no espaço público, mais precisamente na política, é a Lei nº 9.504/97 (Lei de Cotas), que prevê um percentual mínimo e máximo de ambos os gêneros em cada partido nas candidaturas. Do estudo, restou claro que a igualdade entre homens e mulheres, embora formalmente prevista, no plano material ainda há muito que se avançar, mesmo que importantes conquistas tenham sido alcançadas pelo Estado Democrático de Direito em prol da igualdade de gêneros, notadamente por meio das políticas públicas.

Palavras-chave: Constituições Brasileiras – Igualdade – Políticas Públicas.

**RESUMEN**

La presente investigación es ámbito para comprobar cómo el estado democrático de derecho viene con los años, garantizando la promoción de equidad de género desde las primeras constituciones, mientras que la discriminación sufrida por el género femenino a lo largo de la historia de de la humanidad. Se sabe que las mujeres fueron excluidas por un período largo de la vida pública, con su natural lugar

<sup>1</sup> Doutora em Educação nas Ciências pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. Professora e Coordenadora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA. [direitofema1@fema.com.br](mailto:direitofema1@fema.com.br)

<sup>2</sup> Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA. Mestranda em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI. [tassiara.senna@gmail.com](mailto:tassiara.senna@gmail.com)

casero, el deber de cuidar de las tareas familiares y domésticas. En cambio, los hombres fueron acusados de la obligación de trabajar fuera en busca de sustento de la familia (trabajo remunerado) y su vida pública, incluida la política. Para promover la igualdad de todos, el estado de derecho fue defensa de sus derechos constituciones que permiten un cambio de paradigma. Sin embargo, tales dispositivos no pudieron solo promover la igualdad tan deseada, que requieren la creación, por el estado, de las medidas que podría lograr y acelerar esos derechos. Por tanto, la acción afirmativa y políticas públicas que pretende tratar de forma diferente discriminación parte de la sociedad. Un ejemplo de política pública que busca la inclusión de mujeres en el espacio público, en la política, es la Ley 9.504/97 (Ley de cuotas), que proporciona un porcentaje mínimo y máximo de ambos géneros en cada partido en las candidaturas. El estudio, izquierda claro que la igualdad entre hombres y mujeres, aunque formalmente previstas en el plano material, todavía hay mucho para moverse, incluso si han alcanzado logros importantes por el estado democrático de derecho por el bien de la igualdad de género, en particular por la mitad de las políticas públicas.

Palabras Claves: Constituciones Brasileñas – Políticas Públicas – Igualdad.

## INTRODUÇÃO

Sabe-se que o princípio da igualdade foi apregoado em todas as Constituições brasileiras, não significando, contudo, que nas relações de gênero exista a real equidade, ainda que juridicamente estabelecido. As mulheres, ao longo dos anos, foram discriminadas e excluídas de certos espaços, sendo que a sua permanência, principalmente, na esfera pública foi recriminada, pois, conforme os estereótipos de gênero a mulher deve ficar em casa, cuidando dos filhos, do lar e do marido. Há narrativas que apregoam que uma mulher em público está sempre deslocada, o que acaba por denegrir a imagem do feminino em tais lugares.

Assim, denota-se que a previsão da igualdade nas Constituições não é suficiente para coibir a discriminação e as disparidades de gênero, sendo necessárias outras formas de intervenção por parte do Estado e de participação por parte da sociedade. Uma das formas pelas quais o Estado pode intervir é por meio da discriminação positiva, criando ações afirmativas. No entendimento de Diehl, a ação afirmativa —[...] se utiliza de forças estatais para retificar as desigualdades sociais e garantir o acesso de inclusão a certos indivíduos que anteriormente eram privados de determinados meios, com base no gênero ou raça, por exemplo.]]

(DIEHL, 2009, p. 80).

Dessa forma, a presente pesquisa intenciona explorar as Constituições pátrias sob a ótica da promoção da equidade pelo Estado Democrático Brasileiro. Analisará, de modo especial, a Constituição Federal de 1988, considerada como —Cidadã e abordará as ações afirmativas e políticas públicas de promoção da equidade de gênero na esfera pública.

## **1 A GARANTIA DA EQUIDADE DE GÊNERO POR MEIO DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS**

Nas quatro últimas décadas ocorreram inúmeras mudanças em relação às atribuições das mulheres e dos homens, tanto no espaço privado quanto no público. Isso se deve muito aos movimentos feministas que, a partir da década de 1960, desencadearam questionamentos sobre ter sido destinado à mulher o espaço privado, incumbindo-a, quase que com exclusividade, o cuidado com o lar e com a família.

Com as mudanças socioeconômicas que repercutiram nas famílias, as mulheres começaram a integrar o mercado de trabalho, ampliando-se a escolarização, a separação entre o exercício da reprodução e da sexualidade e a participação do gênero feminino no espaço público, sendo estes fatores promotores de uma [...] (re)configuração da identidade feminina. (ROCHA-COUTINHO apud, COUTO; SCHRAIBER, 2013, p. 49).

Com os movimentos feministas que questionavam o fato da mulher ter de permanecer confinada em casa, cuidando dos afazeres domésticos, ocorreram várias mudanças nas relações de gênero, sobretudo entre homens e mulheres, entre o público e o privado:

Sabe-se que sempre houve uma preocupação nas Constituições brasileiras no que tange à igualdade entre os sexos. Já na Constituição de 1934, o artigo 113 estampava: -Todos são iguais perante a lei. Não haverá privilégios, nem distinções por motivo de (...) sexoll. Porém, mesmo após entrar em vigor tal Carta, a mulher ainda era considerada relativamente incapaz, fato que fora superado somente no ano de 1964 com o Estatuto da Mulher Casada, que também não deixava de ser discriminatório em relação às mulheres que não eram casadas. Tanto isso é verdade, que mesmo na atualidade, as mulheres casadas, no imaginário popular, são mais -merecedorasll de respeito. (DIEHL, 2009, p. 82).

Com relação ao princípio da igualdade, esse foi previsto em todas as Constituições Federais brasileiras, contudo, o fato da mulher ser considerada incapaz só foi superado em 1964, com a aprovação do Estatuto da Mulher Casada, o qual acabou por discriminar aquelas que eram solteiras.

Dessa forma, no decorrer dos anos, considerando a discriminação que as mulheres sofriam, e que de certa forma ainda sofrem, surgiu a preocupação de inserir no ordenamento jurídico brasileiro, por meio das Constituições, normas que pudessem diminuir o abismo existente entre os direitos dos homens e os direitos das mulheres. Com isso, positivou-se o direito à igualdade na Carta de 1824, que seguiu disposto nas Constituições brasileiras subsequentes.

A Constituição do Império foi outorgada em 25 de março de 1824, estabelecendo —[...] um governo monárquico, hereditário, constitucional e representativo. (BRASIL, 1824). Seguindo o pensamento de Benjamin Constant, a referida Constituição tinha um Poder Moderador e —[...] trouxe uma declaração de direitos individuais e garantias que, nos seus fundamentos, permaneceu nas Constituições que se seguiram. (ARAÚJO, 2009, p. 90-91).

No entendimento de Diehl, a mencionada Carta trouxe um conjunto de garantias e de direitos individuais que permaneceram nas Constituições posteriores, principalmente no que diz respeito ao princípio da igualdade, visto que desde o período do Império até a Constituição atual preconizou-se a igualdade formal:

Entre nós, foi a primeira Constituição do Império que inaugurou a garantia formal da igualdade. A Constituição de 1824 estabelecia que *“a lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, ...”*. A igualdade formal foi mantida nas demais Cartas Magnas [...]. (GUIMARÃES apud DIEHL, 2009, p. 82).

Dessa forma, em que pese a população viver em meio a disparidades, tem-se que desde a Constituição de 1824 já se estabelecia o direito à igualdade formal, visto que a material ainda não existia naquele período. A Constituição de 1891, promulgada em 24 de fevereiro, foi a primeira Constituição da República do Brasil, trazendo mudanças significativas para os cidadãos (DIEHL, 2009). Ainda, —[...] teve por Relator o Senador Rui Barbosa e sofreu forte influência da Constituição norte-

americana de 1787 [...] (LENZA, 2013, p. 107). Para Ferreira,

Muitas constituições do século XIX e XX garantiam a igualdade apenas para os cidadãos nacionais, porém, a Constituição de 1891, trouxe uma novidade em seu artigo 72, § 2º, que estampava *‘Todos são iguaes perante a lei. A República não admite privilegio de nascimento, desconhece foros de nobreza, e extingue as ordens honoríficas existentes e todas as suas prerrogativas e regalias, bem como os títulos nobiliarchicos e de conselho’*, dessa forma englobando no referido texto tanto os nacionais quanto os estrangeiros residentes no país, deixando claro que o objetivo deste preceito era o de *‘abolir os privilégios de nascimento, os foros de nobreza, determinando a inexistência de privilégio e distinções por qualquer motivo’*. (FERREIRA apud DIEHL, 2009).

Assim, além de prescrever o direito à igualdade aos brasileiros, previa a igualdade para os estrangeiros que estivessem no Brasil, representando uma inovação e um avanço significativo. Lenza menciona que nesse período o Brasil constitucionalizou-se como um país laico, momento em que foram retirados do casamento religioso os efeitos civis (LENZA, 2013). Por fim, Diehl aduz que a Constituição em comento passou por revisões, —[...] dentre elas, a que aclamava pelo voto feminino, um direito, até então, não concedido às mulheres, aos analfabetos e aos escravos, excluindo-os deste direito tão relevante. Nesta Constituição ainda não era permitido o voto às mulheres. (DIEHL, 2009, p. 85).

A Constituição de 1934 promulgada em 16 de julho introduziu a democracia social, tendo como paradigma a Constituição de Weimar. Destaca-se a declaração de garantias e de direitos fundamentais, visto que —[...] ao lado dos direitos clássicos, inscreveu um título sobre a ordem econômica e social, sobre a família, a educação e a cultura [...] (ARAÚJO, 2009, p. 93).

Nesse sentido, Lenza afirma que com essa influência da Constituição de Weimar, os Direitos Humanos de 2ª geração foram evidenciados, tendo-se a promessa de um Estado Social de Direito (LENZA, 2013). Considerando que a Constituição de 1934 inseriu a democracia no país, teve-se a expectativa da implementação de um Estado Social de Direito, além de serem previstos dispositivos que tratavam de garantias e de direitos fundamentais, incluindo-se determinações sobre a educação e o instituto da família.

Na Constituição de 1934 foram garantidos direitos inéditos às mulheres, dentre eles, o direito ao voto, que há muito era reivindicado e já estava positivado no Código Eleitoral de 1932 (BRASIL, 1934). Destaca-se que fora concedido ao gênero feminino um século após os homens, sendo essa conquista muito significativa na luta das mulheres por capacidade política. Por oportuno registrar que inicialmente (1932), esse direito foi concedido às mulheres casadas, às viúvas e às solteiras que tivessem renda própria, o que foi modificado com o advento da Constituição.

Outrossim, na referida Carta, regulamentou-se o trabalho feminino, proibiu-se a distinção de salários em razão de sexo e concedeu-se assistência às mulheres grávidas (DIEHL, 2009). Logo, percebe-se que essa foi uma Constituição bastante significativa para a inclusão das mulheres no espaço público, uma vez que permitiu que pudessem votar, concedendo um direito reivindicado pelo gênero feminino há muito.

A Constituição de 1937 foi outorgada por Getúlio Vargas, em 10 de novembro, após a revogação da Constituição de 1934. Apresentava traço autoritário e foi inspirada no modelo fascista (ARAÚJO, 2009). Contudo, mesmo com a presença da ditadura, os dispositivos acerca da igualdade foram mantidos, como é o caso do artigo 122, § 1º, que assim dispunha: —Todos são iguais perante a lei (BRASIL, 1937). As mulheres gestantes continuaram tendo a assistência assegurada. Em que pese os direitos e garantias fundamentais terem sido preservados na Constituição, em virtude do estado de emergência que se viveu nesse período, estes não eram cumpridos, tornando-se assim, uma Carta sem efetividade (DIEHL, 2009, p. 89).

Embora se tenha positivado o direito de igualdade e demais direitos e garantias individuais constantes nas outras Constituições, com o estado de emergência esses direitos não saíram do papel, apenas foram previstos, mas sem efetivação.

Com relação à Constituição de 1946, essa foi promulgada em 18 de setembro, sendo que nela foram trabalhadas as ideias das Constituições de 1891 e de 1934, retomando os ideais de democracia social. Essa, —Repudiou o Estado Totalitário veiculado pela Constituição de 1937, trazendo um modelo equilibrado e

Conforme entendimento de Vita, -foi a que mais limitações estabeleceu para o exercício do poder e a que mais garantias individuais e direitos políticos concedeu aos cidadãos (VITA apud DIEHL, 2009, p. 90). O direito à igualdade continuava estampado na Constituição, bem como o direito à assistência da gestante e a proibição de diferença de salários em razão de sexo (DIEHL, 2009). Assim, essa Constituição retomou o Estado Democrático e negou o Estado Totalitário, prevendo inúmeros direitos e garantias fundamentais, inclusive o direito à igualdade.

Em 1964 as Forças Armadas tomaram o poder em virtude da crise no quadro político-institucional, sendo que o poder foi centralizado. No que se refere aos direitos individuais, estes —[...] sofreram duro golpe, pois havia a possibilidade de suspensão dos direitos políticos de forma exagerada. (ARAÚJO, 2009, p. 95).

A Constituição de 1967 foi promulgada em 24 de janeiro pelo presidente da época, Castelo Branco. Nesse período a ditadura militar foi instalada e os direitos fundamentais foram deixados de lado (DIEHL, 2009). Nessa Constituição os direitos individuais e fundamentais não foram mais assegurados, em virtude da ditadura militar, havendo a possibilidade dos direitos políticos serem suspensos.

Contudo, o direito de igualdade foi estampado na referida Constituição, sendo que neste momento histórico o voto de ambos os sexos era obrigatório. Ademais, direitos como: assistência à gestante, proteção à maternidade e a proibição de diferença de salários em razão de sexo foram mantidos na Constituição. Ainda, foi inserido no ordenamento jurídico-constitucional o direito à aposentadoria para mulher. Em que pese alguns direitos terem sido mantidos e novos inseridos em virtude do período ditatorial, outros dispositivos acabavam por negar a aplicação de tais direitos (DIEHL, 2009).

No que tange à Constituição de 1969, Vita menciona que —O Ato Institucional n. 5, AI-5 como era conhecido, estabelecia o arbítrio como a única lei do País. Nascia uma situação de ausência de lei, arbítrio total, de suspensão de todos os direitos e garantias individuais. (VITA apud DIEHL, 2009 p. 91). Por outro lado, segundo Diehl,

A emenda Constitucional n. 1, de 17 de outubro de 1969, alterou sobremaneira a Constituição de 1967, incorporando todas as medidas repressivas adotadas pelo governo militar a partir da decretação do AI-5. Há

quem considere que era uma outra Constituição, a de 1969, que vigorou até a entrada da Carta de 1988. (DIEHL, 2009, p. 91).

A Constituição de 1967 foi alterada pela Emenda Constitucional nº. 1/1969, na qual foram estampadas medidas repressivas, com arbítrio e suspensão dos direitos fundamentais. Há doutrinadores que entendem essas mudanças como uma nova Constituição (no caso, Constituição de 1969) (BRASIL, 1969).

Em virtude dos problemas de saúde do então Presidente da República, a Emenda Constitucional n. 01/1969, não foi subscrita por ele nem pelo Vice-Presidente. Por conseguinte, com base na AI 12, de 31/08/1969, permitiu-se que o Brasil fosse governado por Ministros da Marinha da Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, consagrando-se um governo de —Juntas MilitaresII (LENZA, 2013).

No entendimento de Araújo, muitos doutrinadores consideram a Emenda Constitucional n. 01/1969, como uma nova Constituição, aduz, ainda, que —[...] alterou de tal forma o sistema, sem qualquer respeito aos limites fixados pela Carta Magna – que já vinha sendo alterada por atos institucionais, baixados pela Junta Militar, que é entendida como ato do Poder Constituinte Originário.II (ARAÚJO, 2009, p. 96). Assim, a referida Emenda modificou de forma significativa o ordenamento jurídico da época, sem respeitar o que estava previsto na Constituição existente.

O direito à igualdade, o voto obrigatório para ambos os sexos, a proibição de diferença de salário em razão de sexo, a aposentadoria para mulher com salário integral aos trinta anos de trabalho e a assistência à gestante, continuaram estampados na Constituição, tendo-se uma inovação referente à dissolução do casamento que, a partir de então, poderia acontecer após três anos de separação judicial (DIEHL, 2009).

Em 1985 estava terminando o período de ditadura militar. Elegeu-se Tancredo Neves para a Presidência da República, contudo, faleceu antes de assumir o cargo, passando a ser Presidente o seu Vice, José Sarney que, cumprido com as promessas de campanhas, convocou uma Assembleia Nacional Constituinte. Dessa Assembleia, originou-se a atual Constituição, promulgada em 05 de outubro de 1988, a qual trouxe —[...] instrumentos novos, ligados ao controle da omissão constitucional, da proteção das informações pessoais, dentre outras novidades no

campo dos direitos individuais. II (ARAÚJO, 2009, p. 96-97).

Com o término da ditadura militar convocou-se a Assembleia Constituinte e promulgou-se a Constituição Cidadã que trouxe inúmeras inovações no que tange aos direitos e às garantias fundamentais e, mais uma vez, o direito à igualdade continuava estampado. No entendimento de Diehl, a Constituição de 1988 trouxe novidades no que diz respeito aos direitos fundamentais, podendo-se aludir que esta foi a Carta que mais detalhou os direitos e as garantias fundamentais, com o objetivo de proteger os seres humanos. Ainda, menciona que os direitos fundamentais têm local privilegiado na Constituição, dispostos nos primeiros artigos evidenciando a preocupação do constituinte:

Os direitos individuais aumentaram de forma considerável, pois na Carta de 1969 eles eram dispostos em 36 parágrafos e na atual, o art. 5.º possui 76 incisos e 04 parágrafos, totalizando 82 dispositivos. Os direitos fundamentais ainda receberam status de cláusulas pétreas, nos termos do art. 60, § 4º, pela primeira vez na história das Constituições [...] (DIEHL, 2009, p. 94).

Nesse sentido, Araújo menciona que a finalidade da atual Constituição Federal é instituir um Estado Democrático, preservando os direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça, sendo estes —[...] valores supremos da sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos II (ARAÚJO, 2009, p. 98). Dessa forma, constata-se que a Constituição de 1988 preocupou-se em estabelecer direitos e garantias individuais com vistas para a equidade e para a justiça, preservando a dignidade humana e o bem-estar aos cidadãos. Por isso, foi batizada de Constituição Cidadã.

## **2 A CONSTITUIÇÃO CIDADÃ E AS AÇÕES AFIRMATIVAS DE PROMOÇÃO DA EQUIDADE DE GÊNERO**

Considerando o contexto jurídico-constitucional, verifica-se que as Constituições brasileiras, especialmente a partir de 1934, buscaram coibir a discriminação das mulheres, sendo que a de 1988 foi a que apresentou maiores mudanças (ANGELIN; MADERS, 2010), a qual leva o nome de Constituição Cidadã:

Nesse norte, diz-se que a Constituição Federal de 1988 representou um marco na conquista da igualdade de direitos entre os sexos e para a positivação de direitos das mulheres, que ganharam *status* de sujeitos de direito; instaurou um novo paradigma cultural no País, fundado na diversidade humana e na paridade dos diferentes. (ANGELIN; MADERS, 2010, p. 130).

Observa-se que o direito à igualdade foi previsto desde a primeira Constituição, evidenciando a preocupação do Estado em coibir as desigualdades históricas existentes na sociedade, fruto de discriminações. Contudo, foi com a Constituição de 1988 que se deu o largo passo ao encontro da igualdade real.

No que tange à história das mulheres na esfera política, tem-se como ponto de partida a tardia, embora celebrada, conquista do direito ao voto no ano de 1932, que se originou das lutas —[...] do movimento sufragista, que surgiu no Brasil em 1919, o qual culminou com a conquista do direito ao voto pelas mulheres, mas não foi suficiente para que estes contingentes humanos superassem o processo de exclusão. (SIKORA, 2010, p. 294).

Mesmo com a previsão na Constituição Federal de 1988 de que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, as mulheres continuavam sendo discriminadas, sobretudo, no espaço público. Dessa forma, percebeu-se a necessidade de criar mecanismos para que as mulheres pudessem ter a chance ingressar na esfera política, pois grande parcela da sociedade acreditava (e muitos continuam acreditando) que as mulheres pertenciam somente ao espaço privado. O imaginário popular ainda guarda ranços patriarcais, fruto de uma construção social e cultural, fazendo com que indivíduos enxerguem o espaço público, onde a política está incluída, como de competência dos homens.

Diante do quadro, mostraram-se prementes as políticas públicas. Dentre as políticas públicas criadas pelo Estado para promover a inserção das mulheres na esfera política destaca-se a aprovação da Lei nº. 9.100/95 que determinava um percentual mínimo de 20% das vagas de cada partido ou coligação para candidatas mulheres (Art. 11, § 3.º) (BRASIL, 1995).

Logo na sequência, surgiu a Lei nº. 9.504/97, em vigor atualmente, que alterou a anterior aprovada pelo Senado, prevendo que cada partido deverá ser composto de ao menos 30% e no máximo 70% de candidatos de cada sexo,

representando um significativo avanço e a porta de entrada das mulheres na política (BRASIL, 1997).

Mesmo que a redação da Lei de Cotas disponha o seu texto de forma genérica acerca da distribuição das vagas nas candidaturas, sem referência expressa às mulheres, resta evidente que as cotas são direcionadas ao gênero feminino. Piovesan, em relação ao período pré-1988 e às inclusões de direitos para as mulheres na Constituição Federal de 1988, menciona que:

Na avaliação do movimento de mulheres, um momento destacado na defesa dos direitos humanos das mulheres foi a articulação desenvolvida ao longo do período pré-1988, visando a obtenção de conquistas no âmbito constitucional. Este processo culminou na elaboração da -Carta das Mulheres Brasileiras aos Constituintes<sup>II</sup>, que contemplavam as principais reivindicações do movimento de mulheres, a partir de ampla discussão e debate nacional. Em razão da competente articulação do movimento durante os trabalhos constituintes, o resultado foi a incorporação da maioria significativa das reivindicações formuladas pelas mulheres no texto constitucional de 1988. (PIOVESAN, 2009, p. 222).

Com a Constituição Cidadã os direitos civis dos homens e das mulheres foram igualados, tanto no que tange à vida privada, quanto à vida pública. A referida Constituição salientou, no rol dos direitos fundamentais individuais a igualdade entre homens e mulheres, nos seguintes termos: —Art. 5.º, I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.<sup>II</sup> (BRASIL, 1988).

Na mesma esteira, com a Constituição Federal de 1988 a superioridade masculina na sociedade conjugal foi excluída, constituindo uma significativa alteração na condição da mulher (SARTI; 1999). Além disso, com o advento da Constituição Cidadã, muitos direitos foram alcançados, alguns logo após a entrada em vigor da lei maior e outros ao longo dos anos foram se materializando.

A licença-maternidade foi ampliada de 90 para 120 dias; as empregadas domésticas adquiriram direitos trabalhistas equiparados aos demais trabalhadores; as trabalhadoras rurais conquistaram o direito ao salário maternidade e à aposentadoria; a lei de cotas eleitorais; a Lei Maria da Penha, entre outras. Ainda, no que diz respeito ao campo dos direitos reprodutivos e à saúde, a Constituição previu que as famílias podem planejar sobre ter filhos [ou não] e o número deles, sendo o Estado responsável por prover as informações e meios necessários (FARIA; NOBRE; 1997).

Dessa forma, na atual Constituição foram estabelecidos inúmeros direitos que visam igualar as relações de gênero, erradicando as opressões, exclusões e discriminações sofridas pelas mulheres. Após a promulgação da Constituição Cidadã, diversas legislações, ações afirmativas e políticas públicas de inclusão foram criadas<sup>3</sup> e implementadas, a fim de buscar a equidade entre os gêneros (ANGELIN; MADERS, 2010). Nesse passo, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, adotou o princípio da igualdade material, no qual todos são iguais perante a lei. Nesse sentido, Alexandre de Moraes entende que:

A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a *igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais*, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desiguam, é exigência tradicional do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito, sem que se esqueça, porém, como ressaltado por Fábio Konder Comparato, que as chamadas liberdades materiais têm por objetivo a igualdade de condições sociais, meta a ser lançada, não só por meio de leis, mas também pela aplicação de políticas ou programas de ação estatal. (MORAES, 2003, p.64).

Por conseguinte, o objetivo do princípio da igualdade de oportunidades é proporcionar às mulheres as mesmas condições que os homens possuem, sendo uma estratégia para garantir o acesso do gênero feminino a certos bens que ainda não lhes eram permitidos e eliminar obstáculos (SIKORA, 2010).

Sell, apud Sikora, entende que ação positiva consiste em medidas que objetivam coibir uma forma de —[...] desigualdade de oportunidades sociais: aquela que parece estar associada a determinadas características biológicas (como raça e sexo) ou sociológicas (como etnia e religião), que marcam a identidade de certos grupos na sociedade. (SIKORA, 2010, p. 297). No entendimento de Ronald Dworkin, apud Sikora, ações positivas representam a oportunidade de coibir injustiças sociais, confrontando um problema social de exclusão ou de discriminação. Assim, ação positiva é a forma pela qual se objetiva enfrentar a

<sup>3</sup> Pode-se citar a Lei Maria da Penha, n. 11.340/2006, criada com o objetivo de erradicar a violência contra a mulher, no âmbito doméstico, que ocorre em virtude da submissão histórica sofrida pelas mulheres.

discriminação e a exclusão, por meio de normas e de leis, mudando paradigmas no sistema jurídico.

As ações afirmativas visam oferecer condições de possibilidades para uma real equidade, estabelecendo um tratamento diferenciado aos vulneráveis sociais para que possam ter uma vida com dignidade, sem discriminação e exclusão. Outrossim, têm-se desafios presentes tanto na —[...] incorporação do enfoque de gênero por políticas públicas [...] quanto na —[...] incorporação do olhar de gênero sob a perspectiva das mulheres no espaço local e, depois, o desafio da integração. (COSTA; PORTO, 2013, p. 31-32). O desafio da integração com a própria sociedade civil, por sua vez, acontece quando as políticas públicas são incorporadas nas localidades, nos Municípios, tornando-se extremamente relevante avaliar e traçar o perfil das comunidades, compreendendo a realidade do local

Depreende-se que na elaboração de políticas públicas, precisa-se conhecer e identificar o público-alvo, as suas necessidades e realidades, a fim de evitar a elaboração e a aplicação de políticas genéricas, que não se ‘acoplam’ em determinados espaços sociais, sob pena de não atingirem o resultado esperado. Assim, por meio dessas ações afirmativas e políticas públicas o Estado tem procurado erradicar as desigualdades, especialmente de gênero, objetivando a igualdade material entre homens e mulheres.

Dessa forma, verifica-se que a partir da Constituição de 1988 houve inúmeros avanços em relação ao lugar das mulheres na sociedade e no universo jurídico, sobretudo com as leis específicas direcionadas ao gênero feminino. Um dos direitos mais importantes, que se destaca dentre os demais, é a garantia da igualdade material, —[...] que repercutiu na legislação infraconstitucional alterando dispositivos que contradiziam esse *status*, como é o caso do Código Civil de 1916, do Código Penal, de Leis trabalhistas e previdenciárias, dentre muitas outras. (ANGELIN, MADERS, 2010, p. 130).

Assim, uma vez prevista a igualdade material houve a preconização de direitos diferenciados para as mulheres, com o objetivo de compensar ou igualar as relações entre os gêneros. Por derradeiro, outros avanços aconteceram como a participação maciça das mulheres na vida pública, alçando profissões relevantes,

além de cargos jurídicos e políticos de destaque.

A Constituição Cidadã, ao prever a igualdade material entre homens e mulheres, permitiu que fossem criadas as ações positivas por parte do Estado, para que de forma mais eficiente, e devidamente legitimadas pelo ordenamento jurídico, pudesse desfazer a ideia, por longos anos propagada, de que as diferenças entre as pessoas são motivos para as desigualdades sociais e culturais impostas ao gênero feminino.

O debate acerca da responsabilização do Estado na criação de políticas que superassem as disparidades de gênero se aprofundou no Brasil a partir de 1980, com a criação de estruturas no Poder Executivo, sendo que a primeira a ser efetivada foi a dos Conselhos da Mulher. Existia a perspectiva de implementação de estruturas com caráter executor e —[...] capacidade para incidir, por meio da ação do Estado, nas desigualdades presentes na sociedade. (VIANA, 2013, p. 380).

Diante do exposto, percebe-se que com o passar dos anos o Brasil tem avançado no que diz respeito às políticas públicas voltadas ao gênero feminino, possibilitando que as mulheres, as comunidades e as organizações tenham autonomia sobre suas vidas, por meio do empoderamento e da emancipação. No que tange às políticas públicas o Estado tem buscado implementá-las, notadamente aquelas voltadas às relações de gênero, impulsionando as mulheres para a sua autonomia e libertação.

Contudo, em relação à participação das mulheres nos espaços públicos, sabe-se que ainda há discriminação, violências e desigualdades, caracterizando-se como uma forma de exclusão do gênero feminino. Desse cenário, resultam poucas mulheres nas esferas de poder.

## CONCLUSÃO

Com os movimentos feministas, as mulheres avançaram no que tange ao alcance de direitos, sendo que esses, ao longo da evolução do ordenamento jurídico brasileiro, foram incorporados nas Constituições e legislações infraconstitucionais do país. A Constituição Federal de 1988 inovou no que diz respeito à equidade de gêneros ao estabelecer a proibição da discriminação em decorrência de sexo ou de

qualquer natureza. Ainda, que homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações. Assim, o que se pretende é uma igualdade de possibilidades e oportunidades, tratando os desiguais de forma desigual, a fim de alcançar a real equidade.

A partir dessa positivação, criou-se a possibilidade do Estado estabelecer políticas públicas a fim de promover a igualdade material. Tais ações estatais são chamadas de ações afirmativas ou positivas, que tem por objetivo oferecer possibilidade para o igual acesso a determinadas condições e espaços antes negados. Em outras palavras, disponibilizar mecanismos que auxiliem os grupos vulneráveis da sociedade, que sofrem discriminações historicamente, como é o caso das mulheres, para que possam ter a chance de competir de modo equânime. Consiste na reparação de um erro histórico, alcançando às mulheres aquilo que lhes foi retirado indevidamente, devolvendo a voz e a vez.

Nas palavras de Silva, a ação afirmativa reside —[...] num conjunto de medidas que têm por finalidade garantir a pessoas pertencentes a grupos em situação de desvantagem o exercício de direitos iguais aos demais membros da sociedade. (SILVA, 2005, p. 25). Do estudo, restou claro que a igualdade entre homens e mulheres, embora formalmente prevista, no plano material ainda há muito que se avançar, mesmo que importantes conquistas tenham sido alcançadas pelo Estado Democrático de Direito em prol da igualdade de gêneros, notadamente por meio das políticas públicas.

## REFERÊNCIAS

ANGELIN, Rosângela; MADERS, Angelita Maria. **A Construção da Equidade nas Relações de Gênero no Ordenamento Jurídico Brasileiro: avanços e desafios.** Diálogo e Entendimento: direito e multiculturalismo & cidadania e novas formas de solução de conflitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. **Curso de Direito Constitucional.** 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 29 set. 2016.

COSTA, Marli Marlene Moraes da; PORTO, Rosane T. Carvalho. A percepção social e suas implicações na transversalidade das políticas públicas de gênero: um caminho para o empoderamento e efetivação dos direitos da mulher. In: \_\_\_\_\_; VEZENTINI, Sabrina Cassol (Orgs.). **Direito, Cidadania & Políticas Públicas**. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2013.

COUTO, Márcia Thereza; SCHRAIBER, Lília Blima. Machismo hoje no Brasil: uma análise de gênero das percepções dos homens e das mulheres. In: VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (Orgs.). **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado: uma década de mudanças na opinião pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; Edições Sesc, SP, 2013.

DIEHL, Bianca Tams. **A garantia da Eficácia de Direitos Fundamentais das Mulheres no Plano Jurídico-Social**. Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado. Santo Ângelo: Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões, 2009. Disponível em: <[http://www.urisan.tche.br/mestradodireito/pdf/2009/bianca\\_tams\\_diehl.pdf](http://www.urisan.tche.br/mestradodireito/pdf/2009/bianca_tams_diehl.pdf)>. Acesso em: 15 de agosto de 2014.

DIEHL, Bianca Tams; MONTEIRO, Christiane Schorr. As mulheres na Política: a busca pela isonomia de gêneros. In: BERTASO, João Martins (Org.). **Cidadania, Diversidade e Reconhecimento**. 2. ed. Santo Ângelo: FURI, 2012.

FARIA, Nalu; NOBRE, Miriam. **Gênero e Desigualdade**. São Paulo: SOF, 1997.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquemático**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Temas de Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTOS, Ivanete Cordeiro dos. Mulheres negras e participação política: a luta por representação em espaços de poder. In: VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (Orgs.). **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado: uma década de mudanças na opinião pública**. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; Edições Sesc, SP, 2013.

SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. **Estudos Feministas**, Universidade Federal de Santa Catarina. Centro de Filosofia e Ciências Humanas, Centro de Comunicação e Expressão. 7. v. n. 1-2. Florianópolis: UFSC, 1999.

SIKORA, Rogério. Construindo a Igualdade de Gênero. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; DEL'OLMO, Florisbal de Souza (Orgs.). **Diálogo e Entendimento: Direito e Multiculturalismo & Cidadania e Novas Formas de Solução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da. **Discriminação Racial no Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2005.

VIANA, Raquel. Desafios e limites das políticas públicas no cotidiano das mulheres. In: VENTURI, Gustavo; GODINHO, Tatau (Orgs.). **Mulheres Brasileiras e Gênero nos Espaços Público e Privado**: uma década de mudanças na opinião pública. São Paulo: Fundação Perseu Abramo; Edições Sesc, SP, 2013.

## A (NÃO) INCIDÊNCIA DE IPVA SOBRE AERONAVES E EMBARCAÇÕES

Douglas Alexandre da Rosa<sup>1</sup>  
Eduardo Meyer Mendes<sup>2</sup>  
Gabriele Grespan<sup>3</sup>

### RESUMO

Pretende-se com o presente artigo realizar a análise acerca da possibilidade de incidência de IPVA sobre aeronaves e embarcações diante do princípio da capacidade contributiva. Para tanto, divide-se o estudo em três tópicos: o primeiro trata dos elementos gerais inerentes ao IPVA; o segundo aborda os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, bem como a incidência de tais princípios demonstrando a possibilidade de incidência de IPVA sobre aeronaves e embarcações; por fim, o terceiro e último procura conceituar os três tipos de veículos, quais sejam, automóveis, aeronaves e embarcações e analisar criticamente o posicionamento do Supremo Tribunal Federal acerca do tema.

Palavras-chave: IPVA. Regulamentação. Incidência. Aeronaves. Embarcações.

### ABSTRACT

The present article intends to carry out the analysis about the possibility of incidence of IPVA on aircraft and watercrafts in view of the principle of contributing capacity. For this, the study is divided into three chapters: the first deals with the general elements inherent to IPVA; the second addresses the principles of equality and contributory capacity, as well as the incidence of such principles demonstrating the possibility of IPVA on aircraft and vessels; finally, the third and last chapter seeks to conceptualize the three types of vehicles, namely, automobiles, aircraft and watercrafts and to critically analyze the position of the Federal Supreme Court about the theme.

Keywords: IPVA. Regulation. Incidence. Aircrafts. Watercrafts.

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pela Universidade de Passo Fundo e pós-graduado em Direito Tributário Empresarial pela Faculdade Meridional – IMED. Advogado. E-mail: douglasdarosa.adv@gmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Desenvolvimento e Direitos Humanos pela UNIJUÍ. Professor da disciplina de direito tributário, na URI-campus Santo Ângelo. E-mail: meyeremendes@hotmail.com.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas- UFPEL. Advogada. E-mail: gabrielegrespan@hotmail.com

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por objetivo discutir a temática da incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores sobre aeronaves e embarcações, tendo em vista o princípio da capacidade contributiva, um dos princípios basilares do Direito Tributário, como forma de aumento da arrecadação estatal. No atual sistema tributário brasileiro, o IPVA é cobrado apenas de veículos automotores terrestres, excluindo-se as aeronaves e embarcações registradas nos Estados. Assim, diante da grande quantidade de aeronaves e embarcações existentes no Brasil, pretende-se demonstrar o benefício da cobrança de tal imposto sobre esses veículos, bem como a viabilidade de sua incorporação ao atual modelo de cobrança do IPVA.

Para tanto, o referido trabalho expõe os elementos caracterizadores do IPVA, a fim de demonstrar a aplicabilidade deste imposto também para os veículos automotores aéreos e aquáticos. A partir de então, discorre-se acerca dos princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária, pretendendo-se destacar que a cobrança do IPVA para esses veículos não só aumentaria a arrecadação tributária dos Estados, como também tornaria o atual sistema tributário mais igualitário. Por fim, utilizando-se das discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema, inclusive através de uma análise crítica do atual posicionamento do Supremo Tribunal Federal, busca-se demonstrar que a cobrança do imposto, nesses casos, atende aos princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária, bem como encontra respaldo na própria Constituição Federal Brasileira.

Cumprе salientar que a pesquisa acerca do tema se faz pertinente em razão da ausência de legislação que estabeleça a cobrança do IPVA sobre aeronaves e embarcações, sendo que o Brasil possui a maior frota de aviação geral e a segunda maior frota de jatos executivos do mundo, além de possuir a cidade com a maior frota de helicópteros do mundo. Assim sendo, considerando a grande quantidade de aviões e helicópteros no país, torna-se relevante a instituição do IPVA sobre tais veículos.

## 1 IMPOSTO SOBRE PROPRIEDADE DE VEÍCULOS AUTOMOTORES

O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) surgiu por força da Emenda Constitucional nº 27, no ano de 1985, em substituição à antiga Taxa Rodoviária Única Federal, que era de competência exclusiva da União. Com o advento da referida emenda constitucional, o IPVA passou a ser de competência dos Estados e do Distrito Federal.

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 155, inciso III, estabelece a competência para a cobrança do IPVA da seguinte forma: —Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: [...] III – propriedade de veículos automotores<sup>II</sup>.

Cumprе ressaltar que, embora presente na Carta Magna, tal imposto não encontra previsão no Código Tributário Nacional, pois foi instituído posteriormente à criação do referido regulamento, que data de 1966. Desse modo, ainda que o artigo 17<sup>4</sup> do Código Tributário Nacional estabeleça que os impostos do sistema tributário nacional sejam, exclusivamente, os por ele previstos, o IPVA é totalmente válido, haja vista que a Constituição Federal recepcionou a previsão constante naquele Código.

### 1.1 FATO GERADOR

O fato gerador do Imposto sobre Propriedade de Veículos Automotores é, como o próprio título do imposto aduz, a propriedade de veículo automotor. Sabbag preceitua que o fato gerador

É a *propriedade* (e não o -usoll) de veículo automotor de qualquer espécie (automóvel, motocicleta, caminhão, etc.).

Com efeito, apenas a propriedade gera a incidência de IPVA, e não a mera detenção do veículo, o próprio uso ou mesmo a posse. (SABBAG, 2014, p. 1124).

Por sua vez, para Hugo de Britto Machado,

<sup>4</sup> Art. 17. Os impostos componentes do sistema tributário nacional são exclusivamente os que constam deste Título, com as competências e limitações nele previstas.

O fato gerador do IPVA é a propriedade do veículo automotor. Não é a sujeição ao poder de polícia ao qual é submetido o usuário do veículo, como acontecia com a taxa rodoviária única, por ele substituída. Mas a propriedade, sem o direito de uso do veículo na finalidade para a qual é produzido, não consubstancia o fato gerador do imposto. A não ser assim as fábricas, e as empresas revendedoras, seriam obrigadas a pagar o imposto no que na condição de proprietárias de veículos automotores. (MACHADO, 2012, p. 394-395).

Assim, para consolidar o fato gerador do IPVA, não basta apenas a propriedade do veículo, mas também, a possibilidade de seu efetivo uso, caso contrário, fabricantes e concessionárias seriam obrigados a pagá-lo. Deve-se atentar, ainda, para o fato de que nem sempre o possuidor do veículo é seu proprietário. Assim, para Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo,

A simples posse de veículo (a título precário ou mera detenção), por si só, não representa o fato imponible do imposto, não se vinculando à propriedade do bem, uma vez que deve ocorrer a capacidade econômica (elemento ínsito ao proprietário). (MELLO, 2016, p. 353).

Por exemplo, um filho que é presenteado pelo pai com um automóvel que se mantém em seu nome; o primeiro detém a posse do veículo, o segundo, sua propriedade. Desta forma, o responsável pelo tributo é o pai que presenteou o filho, mesmo não detendo a posse do veículo.

## 1.2 BASE DE CÁLCULO

A base de cálculo do IPVA é o valor venal do veículo. Quando se tratar de veículo novo, o valor a ser usado para calcular o imposto incidente sobre o bem será o valor constante na nota fiscal e, conforme Cláudio Carneiro explica, “[...] proporcional ao número de meses que restam naquele determinado ano/exercício.” (CARNEIRO, 2015, p. 431). Esse é também o entendimento de Leandro Paulsen e José Eduardo Soares de Melo:

A base de cálculo é o *valor venal* do veículo: a) no caso de veículo novo, será considerado o valor constante da nota fiscal e/ou documento de transmissão de propriedade, sendo proporcional ao número de meses restantes ao exercício fiscal, calculado a partir do mês de sua aquisição; (b)

no caso de veículo de procedência estrangeira, para primeiro lançamento, será considerado o valor constante do documento relativo ao desembaraço aduaneiro. (MELLO, 2016, p. 356-357).

Ou seja, quando o veículo for importado, a base de cálculo do imposto será o valor constante no documento de importação, mais os tributos incidentes na operação de importação, além de eventuais despesas aduaneiras.

Para a base de cálculo de veículos usados será utilizada tabela expedida pelos Estados e Distrito Federal, levando-se em conta os preços praticados pelo mercado e, ainda, aqueles verificados por órgãos e publicações especializados, além de outros, como marca, modelo, ano de fabricação, tipo de combustível, etc. Assim, embora a tabela de valores seja atualizada no ano de cobrança do imposto, não há ilegalidade, pois se trata de mera atualização monetária da base de cálculo e não majoração da mesma, conforme fica estabelecido pelo artigo 97, parágrafo 2º<sup>5</sup> do Código Tributário Nacional.

### 1.3 ALÍQUOTA

A alíquota do IPVA é fixa, e geralmente estabelecida em porcentagem. Embora esse percentual seja determinado por lei ordinária estadual, compete ao Senado Federal, conforme redação do parágrafo sexto<sup>6</sup> do artigo 155 da Constituição Federal, determinar as alíquotas mínimas, deixando de estabelecer, entretanto, o limite máximo.

Apesar de a alíquota ser, como regra, fixa, Claudio Carneiro ensina que [...] poderá ter **alíquotas diferenciadas** em função do tipo e utilização, como, por exemplo, veículos de passeio, utilitários, táxis, natureza do combustível, etc. (CARNEIRO, 2015, p. 432). No entanto, embora haja a possibilidade de distinção entre alíquotas para cada caso, tal diferenciação não poderá ocorrer em razão da

<sup>5</sup> Art. 97. § 2º Não constitui majoração de tributo, para fins do disposto no inciso II deste artigo, a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo.

<sup>6</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

§ 6º O imposto previsto no inciso III:

I – terá alíquotas mínimas fixadas pelo Senado Federal;

II – poderá ter alíquotas diferenciadas em função do tipo e de utilização.

origem do veículo, já tendo o Supremo Tribunal Federal declarado a inconstitucionalidade de tal distinção. Carneiro explica que,

[...] com espeque na Carta Política, o Supremo Tribunal Federal entende ser inconstitucional que veículos importados tenham uma variação de alíquota, pois a extrafiscalidade utilizada na tributação diferenciada entre carros importados e nacionais já é feita pelo imposto de importação quando da entrada do veículo em território nacional, não prosperando, assim, o argumento de que essa tributação diferenciada está pautada no princípio da capacidade contributiva, previsto no § 1º do art. 145 da CF; nessa hipótese, a alíquota deveria variar em função do valor venal do veículo, nunca em razão de sua procedência estrangeira. Assim, utilizar neste caso o IPVA, que não possui essa finalidade extrafiscal, fere o princípio da isonomia tributária, inserto no art. 150, II, da CF. O STJ consagrou o entendimento de que a distinção de alíquotas fere não só o princípio da isonomia, como também o art. 152 da CF, que veda aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios estabelecer diferença tributária entre bens e serviços, de qualquer natureza, em razão de sua procedência ou destino. (CARNEIRO, 2015, p. 432).

Ainda que a distinção entre veículos nacionais e importados seja inconstitucional, Hugo de Brito Machado entende que “[...] o IPVA deveria ter alíquotas seletivas, mais baixas para os carros populares e mais elevadas para os de luxo. A lei não precisaria referir-se a essa ou àquela característica; bastaria estabelecer padrões em relação à própria base de cálculo.” (MACHADO, 2012, p. 396). Desse modo, veículos importados e com um alto nível tecnológico seriam tributados de forma mais pesada, aumentando significativamente a arrecadação estadual e, de certa forma, tornando o sistema tributário mais justo.

#### 1.4 SUJEITOS DA RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA INERENTES AO IPVA

É sujeito ativo do IPVA o Estado. Nesse sentido, como sujeito ativo da relação, além da competência dada pelo artigo 155, inciso III<sup>7</sup>, da Constituição Federal, para instituição do imposto, conforme preceitua Claudio Carneiro, “[...] possui a liberdade de criar situações em sua respectiva legislação para conceder

<sup>7</sup> Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:

III – terá competência para sua instituição regulada por lei complementar:

- a) se o doador tiver domicílio ou residência no exterior;
- b) se o de cujus possuía bens, era residente ou domiciliado ou teve o seu inventário processado no exterior.

descontos e parcelamentos, conforme ficou claro no julgamento, pelo STF, da ADI 2.464AP.II (CARNEIRO, 2015, p. 429). Ou seja, assim como o Estado tem o poder de tributar o bem, a ele cabe também o poder de decisão sobre eventuais descontos para o caso de pagamento antecipado, além de poder determinar ou não o parcelamento de dívidas referentes ao não pagamento em exercícios anteriores do referido imposto.

Por sua vez, o sujeito passivo da relação é o contribuinte, ou seja, o proprietário do veículo. Entretanto, poderá haver outros responsáveis pelo recolhimento do IPVA de um automóvel. Nessa linha, Leandro Paulsen ensina que,

O contribuinte é o proprietário do veículo, podendo ser responsáveis: (I) o adquirente (em relação ao veículo adquirido sem o pagamento do imposto do exercício ou exercícios anteriores); (II) o titular do domínio e/ou possuidor a qualquer título; (III) o proprietário, do veículo de qualquer espécie, que o alienar e não comunicar a ocorrência ao órgão público encarregado do registo e licenciamento, inscrição ou matrícula de veículo de qualquer espécie, sem a prova do pagamento ou do reconhecimento de isenção ou imunidade do imposto. (PAULSEN, 2012, p. 263).

Percebe-se, assim, que o imposto está ligado diretamente ao bem, sendo que a responsabilidade pelo pagamento é, via de regra, de quem detiver sua propriedade.

## **2 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE E O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA**

A fim de melhor compreender a incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, faz-se necessária, ainda, a análise dos princípios da igualdade tributária e da capacidade contributiva a ele aplicáveis.

### **2.1 O PRINCÍPIO DA IGUALDADE**

Como um dos princípios fundamentais sedimentados no artigo 150, inciso II<sup>8</sup>, da Constituição Federal Brasileira, o princípio da igualdade também se aplica, da

<sup>8</sup> Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios.

mesma forma, aos tributos. Entretanto, dentro da esfera tributária, tal princípio transcende a definição genérica apresentada pelo artigo 5<sup>o</sup>, *caput*<sup>9</sup>, da Carta Magna, impedindo, como explica Eduardo Sabbag, [...] o tratamento tributário desigual a contribuintes que se encontrem em situação de equivalência ou equipolência. (SABBAG, 2014, p. 132). Conforme preleciona Roque Antonio Carrazza,

A lei tributária deve ser igual para todos e a todos deve ser aplicada com igualdade. Melhor expondo, quem está na mesma situação jurídica deve receber o mesmo tratamento tributário. [...]

O tributo, ainda que instituído por meio de lei, editada pela pessoa política competente, não pode atingir apenas um ou alguns dos contribuintes, deixando a salvo outros que, comprovadamente, se achem nas mesmas condições. (CARRAZZA, 2013, p. 87-88).

Pode-se afirmar, assim, que a norma tributária tem por obrigação tratar igualmente aqueles que possuam mesma capacidade contributiva, e desigualmente os que tenham diferente capacidade contributiva, sem excluir do âmbito de sua incidência quem possua as mesmas, ou até maiores, condições de contribuição, conforme será analisado a seguir. Nesse sentido, Hugo de Brito Machado entende que,

As dificuldades no pertinente ao princípio da isonomia surgem quando se coloca a questão de saber se o legislador pode estabelecer hipóteses discriminatórias, e qual o critério de discrimine que pode validamente utilizar. Na verdade a lei sempre discrimina. Seu papel fundamental consiste precisamente na disciplina das desigualdades naturais existentes entre as pessoas. A lei, assim, forçosamente discrimina. O importante, portanto, é saber como será válida essa discriminação. Quais os critérios admissíveis, e quais os critérios que implicam lesão ao princípio da isonomia. (MACHADO, 2012, p. 38).

É o que reforça Carrazza, ao demonstrar com exatidão como ocorre a incidência desse o princípio:

O princípio da igualdade exige que a lei, tanto ao ser editada quanto ao ser aplicada: a) não discrimine os contribuintes que se encontrem em situação

---

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão de ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos.

<sup>9</sup> Art. 5<sup>o</sup>. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, [...].

jurídica equivalente; b) discrimine na medida de suas igualdades, os contribuintes que não se encontram em situação jurídica equivalente.

No caso dos impostos, estes objetivos são alcançados levando-se em conta a capacidade contributiva das pessoas (físicas ou jurídicas). A lei deve tratar de modo igual os fatos econômicos que exprimem igual capacidade contributiva e, por oposição, de modo diferenciado os que exprimem capacidade contributiva diversa. (CARRAZZA, 2013, p. 101).

Dessa forma, é possível verificar que a igualdade só pode ser concretizada a partir da capacidade contributiva, princípio que deve ser analisado no caso concreto, e que garante maior justiça na cobrança do imposto. Assim, para que se chegue à tão almejada igualdade, como teoriza Eduardo Sabbag,

O legislador [...] deverá levar em consideração as condições concretas de todos aqueles envolvidos (cidadãos e grupos econômicos), evitando que incida a mesma carga tributária sobre aqueles economicamente diferenciados, sob pena de sacrificar as camadas pobres e médias, que passam a contribuir para além do que podem, enquanto os ocupantes das classes abastadas são chamados a suportar carga tributária aquém do que devem. (SABBAG, 2014, p. 133-134).

Ao encontro de Sabbag, discorrendo acerca da estreita relação entre os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, Roque Antonio Carrazza afirma:

Acrescentamos que o princípio da capacidade contributiva hospeda-se nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza. (CARRAZZA, 2013, p. 96-97).

Isso significa, portanto, que ambos os princípios devem ser considerados na determinação do alcance do IPVA, haja vista que, conforme colacionado acima, a carga tributária deve incidir proporcionalmente sobre aqueles que possuam diferentes capacidades contributivas. Nesse sentido, deve-se atentar para o fato de que o proprietário de uma aeronave ou embarcação certamente possui capacidade contributiva superior à do proprietário de um simples carro popular, o que vai de encontro ao determinado pelo princípio da igualdade, uma vez que este deve efetuar

o pagamento do tributo, enquanto aquele não está contemplado no âmbito de incidência do IPVA.

## 2.2 O PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

Conforme aludido anteriormente, o princípio da igualdade deve ser analisado em conjunto com o da capacidade contributiva, até mesmo porque, de acordo com Carrazza,

O princípio da capacidade contributiva, intimamente ligado ao princípio da igualdade, é um dos mecanismos mais eficazes para que se alcance, em matéria de impostos, a tão almejada *Justiça Fiscal*. Em resumo, é ele que concretiza, no âmbito dos impostos, a igualdade tributária e a Justiça Fiscal. (CARRAZZA, 2013, p. 97-98).

Acerca da consecução, pelo princípio da capacidade contributiva, de um efetivo ideal de justiça para o Direito Tributário, Eduardo Sabbag refere:

A busca da *justiça* avoca a noção de -equidade<sup>11</sup> na tributação. Esta, na visão dos economistas, liga-se ao modo como os recursos são distribuídos pela sociedade, desdobrando-se em duas dimensões: (I) na *equidade horizontal*, em que deve haver o tratamento igual dos indivíduos considerados iguais, e (II) na *equidade vertical*, com o tratamento desigual aos indivíduos considerados desiguais. (SABBAG, 2014, p. 148).

Conceitualmente, o princípio da capacidade contributiva, insculpido no artigo 145, parágrafo 1º<sup>10</sup>, da Carta Magna de 1988, traduz-se como a possibilidade de graduar os impostos conforme a capacidade econômica de cada contribuinte. Cabe, de início, atentar para o fato de que, apesar da Constituição haver limitado tal princípio apenas aos impostos, é evidente que o mesmo também se aplica às demais formas de contribuição, conforme indica Leandro Paulsen:

<sup>10</sup> Art. 145. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão instituir os seguintes tributos:

§ 1º Sempre que possível, os impostos terão caráter pessoal e serão graduados segundo a capacidade econômica do contribuinte, facultando à administração tributária, especialmente para conferir efetividade a esses objetivos, identificar, respeitados os direitos individuais e nos termos da lei, o patrimônio, os rendimentos e as atividades econômicas do contribuinte.

Embora o texto constitucional positivasse o princípio da capacidade contributiva em dispositivo no qual são referidos apenas os impostos – que devem, sempre que possível, ser pessoais e graduados conforme a capacidade econômica do contribuinte (art. 145, parágrafo único, da CF) –, cuida-se de princípio fundamental da tributação aplicável a todas as espécies tributárias, ainda que de modo distinto conforme as características de cada qual. Decorre deste princípio, basicamente, que o Estado deve exigir das pessoas que contribuam para as despesas públicas na medida da sua capacidade econômica, de modo que os mais ricos contribuam progressivamente mais em comparação com os menos providos de riqueza. (PAULSEN, 2012, p. 76).

Tratando-se do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, porém, não resta qualquer dúvida da necessidade de observância a esse princípio, motivo pelo qual deve o mesmo ser analisado de maneira aprofundada. Roque Antonio Carrazza, ao tratar do referido princípio, dispõe:

A capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência é *objetiva*, e não *subjetiva*. É *objetiva* porque se refere *não* às condições econômicas reais de cada contribuinte, individualmente considerado, mas às suas *manifestações objetivas de riqueza* (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietário de joias ou obras de arte, operar em Bolsa, praticar operações mercantis, etc.).

[...]

Pouco importa se o contribuinte que praticou o fato imponible do imposto não reúne, por razões personalíssimas (v.g., por estar desempregado), condições para suportar a carga tributária. (CARRAZZA, 2013, p. 101-102).

Ainda, complementando seu próprio entendimento, Carrazza afirma:

Em relação aos impostos sobre a propriedade (imposto territorial rural, imposto predial e territorial urbano, imposto sobre a propriedade de veículos automotores etc.), a capacidade contributiva revela-se com o próprio bem, porque a riqueza não advém apenas da moeda corrente, mas do patrimônio, como um todo considerado. Se uma pessoa tem, por exemplo, um apartamento que vale um milhão de dólares, ela tem capacidade contributiva, ainda que nada mais possua. Apenas, sua capacidade contributiva está imobilizada. A qualquer tempo, porém, esta pessoa poderá transformar em dinheiro aquele bem de raiz. (CARRAZZA, 2013, p. 103).

Dos excertos acima se depreende, primeiramente, que caberá ao legislador, no momento de criação da norma tributária, observar a capacidade contributiva do contribuinte sobre o qual irá incidir o tributo, a qual se verifica diante das —manifestações objetivas de riqueza— do contribuinte. Assim, em se tratando do

Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, para fins de recolhimento do tributo não é necessário averiguar as reais condições financeiras do indivíduo, mas sim a espécie de veículo automotor do qual é proprietário, ainda que não possua condições econômicas de arcar com o valor do imposto.

Ressalva-se, porém, a inexistência de consenso na doutrina acerca de a quem cabe a observância do princípio da capacidade contributiva. Roque Antonio Carrazza, conforme colacionado acima, seguido por Alfredo Augusto Becker, citado por Sabbag, apresentam entendimento no sentido de que esse princípio é endereçado ao legislador (CARAZZA, 2013; BECKER, 1972; SABBAG, 2014). Por outro lado, Eduardo Sabbag, Gerson dos Santos Sicca e Ricardo Lobo Torres, citados por Sabbag, defendem a observância do princípio da capacidade contributiva não apenas pelo legislador, mas também pelos demais aplicadores do direito, conforme segue:

Na ordem constitucional pátria, a capacidade contributiva é um princípio autoaplicável, devendo ser observado não apenas pelo legislador que é seu destinatário imediato, mas também pelos operadores do direito. Segundo o comando inserto no princípio, entendemos que ao legislador compete graduar a exação, enquanto ao administrador tributário cabe aferir tal gradação. (SABBAG, 2014, p. 156).

Dessa forma, o princípio da capacidade contributiva deve ser concretizado não apenas pelo legislador, mas também pelo aplicador da lei.

### 2.3 A IGUALDADE E A CAPACIDADE CONTRIBUTIVA FRENTE À QUESTÃO DA (NÃO) INCIDÊNCIA DO IPVA SOBRE AERONAVES E EMBARCAÇÕES

A questão da (não) incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, a ser enfrentada no próximo capítulo, possui relação direta com os princípios da igualdade e da capacidade contributiva. Isso porque, no momento da verificação da incidência de um tributo sobre determinado contexto fático, é necessário analisar se a sua previsão e cobrança estão adequadas aos referidos princípios. Para tanto, cabe aqui colacionar as palavras de Hugo de Brito Machado:

Em matéria tributária, há problema em saber se a regra de isenção fere, ou não, o princípio da isonomia. A questão é difícil porque envolve a valoração

dos fins pretendidos pela norma isentiva. Essa valoração é que preenche o vazio da postura puramente normativista, e tudo terminará sendo uma questão de justiça, ou de injustiça da isenção. (MACHADO, 2012, p. 38).

Complementando essa linha de raciocínio, Carrazza afirma que [...] o princípio da igualdade leva ao princípio da justiça tributária, que exige uma tributação orientada primacialmente pela capacidade contributivo-econômica das pessoas. (CARRAZZA, 2013, p. 88). Dessa forma, verifica-se que é a justiça na tributação que determina a igualdade entre os contribuintes.

A verificação da observância do princípio da igualdade, portanto, deve ser analisada sob o ponto de vista do fim pretendido pela tributação da propriedade de veículos automotores. Considerando que o IPVA é forma de arrecadação de recursos a serem destinados na persecução dos fins pretendidos pelo Estado, pode-se afirmar que constitui uma injustiça e, portanto, uma ofensa ao princípio da igualdade, a isenção desse imposto sobre a propriedade de aeronaves e embarcações. Isso porque a capacidade contributiva de seus proprietários é, em tese, superior à daqueles que possuem tão-somente veículo automotor terrestre e o valor que poderia ser arrecadado na tributação de aeronaves e embarcações seria de considerável monta. Ainda, acerca da capacidade contributiva, Carrazza afirma que,

Os impostos, quando ajustados à capacidade contributiva, permitem que os cidadãos cumpram, perante a comunidade, seus deveres de solidariedade política, econômica e social. Os que pagam este tipo de exação devem contribuir para as despesas públicas não em razão daquilo que recebem do Estado, mas de suas potencialidades econômicas. Com isso, ajudam a remover os obstáculos de ordem econômica e social que limitam, de fato, a liberdade e a igualdade dos menos afortunados. (CARRAZZA, 2013, p. 99).

Novamente, diante da elevada capacidade contributiva dos proprietários de aeronaves e embarcações, pode-se dizer que estes possuem dever ainda maior de contribuir para a diminuição das desigualdades sociais, na medida da sua potencialidade econômica. Essa tributação, portanto, faria com que estes indivíduos cumprissem com o seu dever de solidariedade social e econômica, ao mesmo tempo em que elevaria os índices de arrecadação tributária do Estado.

### **3 A (NÃO) INCIDÊNCIA DO IPVA SOBRE A PROPRIEDADE DE AERONAVES E EMBARCAÇÕES**

Diante das considerações tecidas acerca do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores e suas especificidades, bem como a intrínseca relação deste com os princípios da igualdade e da capacidade contributiva, cumpre demonstrar com maior clareza a necessidade da incidência do referido tributo sobre a propriedade de aeronaves e embarcações, ao mesmo tempo em que analisada a questão frente ao Supremo Tribunal Federal.

#### **3.1 CONCEITO DE AERONAVE, EMBARCAÇÃO E VEÍCULO AUTOMOTOR**

A problemática na análise da incidência do IPVA sobre embarcações e aeronaves, reside, primeiramente, no conceito que engloba cada uma dessas máquinas e, ainda, na ausência de legislação complementar que discipline as normas gerais acerca do referido imposto, conforme discorrem Líria Kédina Cuimar de Sousa e Moraes e Phelippe Toledo Pires de Oliveira em —A controvérsia acerca da incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre aeronaves e embarcações. II (SOUZA; OLIVEIRA, 2016).

O Código Brasileiro de Aeronáutica, em seu artigo 106<sup>11</sup>, estabelece como aeronave todo aparelho manobrável em voo que possa se sustentar e circular em espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas e apto ao transporte de pessoas ou coisas.

Por sua vez, o Regulamento de Tráfego Marítimo, em seu artigo 10<sup>12</sup>, estabelece como embarcação qualquer construção capaz de transportar pessoas ou coisas, locomovendo-se pela água por meios próprios ou não. No mesmo sentido, outro conceito ainda é dado pelo artigo 11<sup>13</sup> da Lei 2.180/54, que dispõe sobre o

<sup>11</sup> Art. 106. Considera-se aeronave todo aparelho manobrável em voo, que possa sustentar-se e circular no espaço aéreo, mediante reações aerodinâmicas, apto a transportar pessoas ou coisas.

<sup>12</sup> Art. 10. O termo -embarcação, empregado neste Regulamento, abrange toda construção suscetível de se locomover n'água, quaisquer que sejam suas características.

<sup>13</sup> Art. 11. Considera-se embarcação mercante toda construção utilizada como meio de transporte por água, e destinada à indústria da navegação, quaisquer que sejam as suas características e lugar de tráfego.

Tribunal Marítimo, de acordo com o qual —considera-se embarcação mercante toda construção utilizada como meio de transportar por água, e destinada à indústria da navegação, quaisquer que sejam as suas características e lugar de tráfegoll.

Em sentido contrário ao de aeronave e embarcação, para compreender o significado da expressão —veículo automotorll, deve-se alcançar o conceito apresentado pelo Código Brasileiro de Trânsito, em seu Anexo I, que preceitua como veículo automotor —todo veículo a motor de propulsão que circule por seus próprios meios, e que serve normalmente para o transporte viário de pessoas e coisas, ou para a tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas e coisas. O termo compreende os veículos conectados a uma linha elétrica e que não circulam sobre trilhos (ônibus elétrico)ll.

Diante dos conceitos aqui aduzidos, com base no previsto pelo CTB, —veículo automotorll limitar-se-ia apenas ao transporte terrestre, não englobando, portanto, veículos de transporte aéreo ou aquático.

Assim sendo, diante da inexistência de lei complementar que regulamente o tema e dada a restrição técnica do Código Brasileiro de Trânsito na conceituação de —veículo automotorll, resta a divergência na doutrina sobre o tema, como demonstra Oliveira, Silva e Tonzar:

Segundo algumas posições doutrinárias, tal como a de Ricardo Alvarenga, apresentada por Gladston Mamede, embarcações e aeronaves não estariam inclusas no conceito de veículo automotor por se tratarem de coisas distintas, com características peculiares, não podendo ser equiparadas para incidência de IPVA, pois, embora possuam alguns ponto em comum já que ambas têm motor de propulsão, circulam por seus próprios meios e transportam pessoas e coisas, o legislador ao conceituar veículo automotor na regra-matriz da incidência do IPVA, não a quis equiparar a esse último para fins tributários, pois teria dado conotação terrestre ao empregar o termo -transporte viárioll quando da conceituação de veículo automotor (ALVARENGA apud MAMEDE, 2002, p.54).

---

Parágrafo Único. Ficam-lhe equiparados:

- a) os artefatos flutuantes de habitual locomoção em seu emprêgo
- b) as embarcações utilizadas na praticagem, no transporte não remunerado e nas atividades religiosas, científicas, beneficentes, recreativas e desportivas;
- c) as empregadas no serviço público, exceto as da Marinha de Guerra;
- d) as da Marinha de Guerra, quando utilizadas total ou parcialmente, no transporte remunerado de passageiros e carga;
- e) as aeronaves durante a flutuação ou em voo, desde que colidam ou atentem de qualquer maneira contra as embarcações mercantes;
- f) os navios de Estados estrangeiros utilizados para fins comerciais.

Já para outros doutrinadores, como Gladston Mamede, embarcações e aeronaves estariam abrangidas pelo conceito eis que ainda que se movimentem pelo ar ou água, são veículos de transporte e possuem um motor, exibindo dessa forma, a qualidade para sofrerem incidência tributária (2002, p. 54). (OLIVEIRA; SILVA; TONZAR, 2009, p. 121-122).

Portanto, embora sejam conceitos distintos, há de se notar que aeronaves e embarcações seguem a mesma lógica apresentada pelo Código de Trânsito Brasileiro, qual seja, aeronaves e embarcações, assim como os veículos definidos como automotores, também são veículos a motor de propulsão e servem para o transporte de pessoas e coisas.

### 3.2 A (NÃO) INCIDÊNCIA DE IPVA SOBRE AERONAVES E EMBARCAÇÕES PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Em que pese o entendimento pela necessidade da incidência do IPVA sobre a propriedade de aeronaves e embarcações, o que, como visto, possui amplo respaldo doutrinário, há que se atentar para a posição contrária, ainda que de forma não unânime, do Supremo Tribunal Federal, que tem sua discussão permeada também pela amplitude do conceito de —veículo automotorll.

Nesse sentido, foi elaborado o Informativo 270 do STF, datado de maio de 2002, baseado no julgamento dos Recursos Extraordinários 134.509-AM e 255.111-SP, declarando o posicionamento da Corte Suprema:

Concluído o julgamento de recurso extraordinário em que se discutia a incidência do IPVA sobre a propriedade de embarcações (v. Informativos 22 e 103). O Tribunal, por maioria, manteve acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas que concedera mandado de segurança a fim de exonerar o impetrante do pagamento do IPVA sobre embarcações. Considerou-se que as embarcações a motor não estão compreendidas na competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir impostos sobre a propriedade de veículos automotores, pois essa norma só autoriza a incidência do tributo sobre os veículos de circulação terrestre. Vencido o Min. Marco Aurélio, relator, que dava provimento ao recurso para cassar o acórdão recorrido ao fundamento de que a Constituição, ao prever o imposto sobre a propriedade de veículos automotores, não limita sua incidência aos veículos terrestres, abrangendo, inclusive, aqueles de natureza hídrica ou aérea. [...]

Com o mesmo entendimento acima mencionado, o Tribunal, por maioria, vencido o Min. Marco Aurélio, declarou a inconstitucionalidade do inciso III do artigo 6º da Lei 6.606/89, do Estado de São Paulo, que previa a incidência do IPVA sobre aeronaves. (BRASIL, 2002).

Conforme colacionado acima, o STF, majoritariamente, não reconhece a cobrança do IPVA sobre a propriedade de aeronaves e embarcações, por entender que os referidos veículos não se enquadram no alcance da norma, que exige, para a incidência do tributo, veículos de circulação terrestre apenas.

O Ministro Sepúlveda Pertence, em voto<sup>14</sup> proferido no Recurso Extraordinário 134.509-8/AM, entendeu que a expressão —veículos automotoresII deve ser utilizada para se referir apenas a veículos de transporte terrestre, como tem sido adotado pela legislação federal, no que foi seguido pela maioria dos Ministros.

Por outro lado, importante destacar o posicionamento contrário do Ministro Marco Aurélio, relator em ambos os Recursos Extraordinários citados, ao enfatizar a impossibilidade de introduzir no Artigo 155, inciso I, alínea c, da Constituição Federal, limitação nele não contida. Isso porque, para o Ilustre doutrinador, conforme afirma em ambos os julgados, —a incidência abrange a propriedade de todo e qualquer veículo, ou seja, que tenha propulsão própria e que sirva ao transporte de pessoas ou coisasII, ressaltando ainda que —o imposto nele previsto incide não só sobre a propriedade de veículos automotores terrestres, como também de natureza hídrica ou aéreaII.

Posteriormente, em abril de 2007, no julgamento do Recurso Extraordinário 379.572-RJ, da relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o STF manteve seu posicionamento anterior, também não unanimemente. Desta feita, o Ministro Joaquim Barbosa manifestou-se contrário à maioria, ao entender que —a expressão ‘veículos automotores’ é ampla o suficiente para abranger embarcações, ou seja, veículos de transporte aquáticoII, citando, ainda, o voto do Min. Marco Aurélio proferido no RE 134.509-AM.

<sup>14</sup> -Nessa acepção, com efeito, vem usada em diferentes tópicos da legislação federal: no art. 39 do Código Nacional do Trânsito, no art. 77, nºs I e II, do Regulamento respectivo, na consolidação da legislação do trânsito realizada pelo Departamento Nacional do Trânsito, que atribui essa qualificação às várias espécies de veículos terrestres. Refere-se ainda o parecer a Convenção sobre Trânsito Viário, celebrada em Viena em 1968 e promulgada pelo Decreto nº 87. 714, de 10/12/81, cujo art. 1º, letra -pII, considera veículo automotor -todo veículo motorizado que serve normalmente para o transporte viário de pessoas ou de coisas ou para tração viária de veículos utilizados para o transporte de pessoas ou de coisasII. Em contraposição, a legislação brasileira sobre direito aeronáutico, na mesma linha de tradição de outros países, jamais utiliza a expressão —veículo automotorII para qualificar a aeronaveII.

Ao destacar o entendimento de que o conceito de —veículo automotorll comportaria aeronaves e embarcações, o doutrinador Leandro Paulsen cita a explicação dada por Gladston Mamede, que trata da questão de maneira aprofundada:

A palavra veículo procede do latim *vehiculo*, de *vehere* (conduzir, transportar); *vehere* significa, mais precisamente, 'transportar por terra ou por mar, por meio de qualquer veículo, a cavalo, em navio, levar às costas'. Veículo, assim, 'é o instrumento ou aparelho que, dotado de certos requisitos, serve ao transporte de coisas ou de pessoas, de um para outro lugar'. Para o IPVA, observe-se que a Constituição não restringiu a idéia de veículo à movimentação terrestre, o que implica incluir veículos para movimentação pela água e pelo ar. Porém, houve uma qualificação expressa na autorização constitucional: no universo dos veículos, somente os automotores carregam para seus proprietários a obrigação tributária. A idéia de movimento, viu-se, é elementar à idéia de veículo; veículo é, essencialmente, o meio através do qual se transporta, vale dizer, se conduz de um ponto a outro. Para o conceito tributário estudado, importa observar a causa do movimento de um veículo; em alguns a causa é uma força externa que os impulsiona: a canoa que o rio empurra, o veleiro que o vento empurra, a carroça que o cavalo puxa etc. Outros, porém, têm movimento intrínseco à estrutura: eles se automovimentam; são puxados ou empurrados por si mesmos, utilizando-se, para tanto, de um motor. Daí se falar em veículo automotor. A palavra motor está intimamente ligada à palavra movimento, mas transcende-a: traduz melhor a idéia de 'mecanismo de movimento'. O motor é justamente isto: o mecanismo (a máquina, o aparelho) que gera movimento e pode transmitir movimento, provocar movimento. [...] Não importa o meio através do qual o veículo automotor trafegue: se por terra (por estradas, fora de estradas – off road –, por vias urbanas etc.), pelo ar ou pela água (submerso ou não). O meio percorrido pelo veículo automotor não lhe tira qualquer das características essenciais acima elencadas. [...] É fato que em sua origem (refere-se ao IPVA) está a Taxa Rodoviária Federal e, posteriormente, a Taxa Rodoviária Única, exigidas de veículos que se locomoviam – efetiva ou potencialmente – pelas vias terrestres. Porém, com a criação do imposto através da Emenda Constitucional 27/85, houve uma ruptura, acentuada com a edição da Carta de 1988. Interpretar o novo instituto a partir do instituto que ele substituiu é um esforço ilegítimo de conservação que tende a impedir a evolução do sistema. O legislador constituinte percebeu na propriedade de veículo automotor um elemento que denota capacidade tributária. E havemos de concordar que essa capacidade de contribuição se mostra com mais vigor naqueles que titularizam direitos sobre embarcações motorizadas e aeronaves. [...] Mesmo os denominados jet-skis estão incluídos, a exemplo de lanchas e iates. [...] A finalidade do veículo é indiferente: lazer, transporte de cargas ou pessoas... [...] Não importa se o veículo é de fabricação regular ou artesanal, se possui ou não capota...ll (MAMEDE, 2002, p.52-56).

A ampla abordagem do tema feita por Mamede reforça a possibilidade da cobrança do IPVA sobre a propriedade de aeronaves e embarcações, em oposição

ao entendimento obsoleto do STF. Não é demais ressaltar que o último posicionamento da Suprema Corte data de 2007, sendo que os fatos que deram ensejo aos Recursos Extraordinários discutidos referem-se a períodos ainda mais remotos, o que demonstra a necessidade de sua atualização.

Não obstante, reitera-se a necessidade de pautar a discussão nos princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária, haja vista que, conforme aludido no capítulo anterior, a aplicação desses princípios leva à indiscutível necessidade de incidir o IPVA sobre aeronaves e embarcações. Resta claro, portanto, que além da possibilidade da incidência do IPVA nesses casos, conforme amplamente demonstrado, existe, ainda, a necessidade de sua cobrança, a fim de assegurar ao Estado maior arrecadação do imposto, e de tributar, na mesma proporção dos proprietários de veículos automotores terrestres, a propriedade de veículos aéreos e aquáticos.

## CONCLUSÃO

O Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores, conforme instituído no Brasil e demonstrado no presente trabalho, possui plenas condições de ter como fato gerador a propriedade de veículos automotores aéreos ou aquáticos, em que pese as discussões doutrinárias e jurisprudenciais acerca do tema. Tal afirmação baseia-se nas diversas considerações tecidas ao longo do estudo, que demonstram não só a possibilidade de cobrança do IPVA nesses casos, como também a sua necessidade, a fim de concretizar no plano fático os ideais almejados pela própria norma que estabelece o tributo e pelos princípios norteadores do Direito Tributário.

Ao longo do estudo, verificou-se que, em razão do princípio da igualdade, a norma tributária, como a que institui a cobrança do IPVA, tem por obrigação dar tratamento igual aos que possuam mesma capacidade contributiva, evitando a incidência de mesma carga tributária sobre os economicamente diferentes. Para tanto, é dever do legislador e, sobretudo, do operador do Direito, verificar a capacidade contributiva do contribuinte sobre o qual irá incidir o tributo. A restrição à cobrança do IPVA sobre aeronaves e embarcações significaria, assim, um benefício à parcela da população que possui esses veículos e detém maior capacidade

contributiva, haja vista que contribuem apenas pela propriedade de veículos automotores terrestres da mesma forma que as classes menos afortunadas.

Percebe-se, ao cabo, que a problemática acerca da incidência do IPVA sobre embarcações e aeronaves, reside, primordialmente, na conceituação dessas máquinas e, ainda, na ausência de legislação que discipline as normas gerais acerca do referido imposto. Ademais, com base apenas no previsto pelo Código Brasileiro de Trânsito, o conceito de —veículo automotorll estaria restrito apenas ao transporte terrestre, não englobando, portanto, veículos de transporte aéreo ou aquático, motivo pelo qual restou à doutrina e à jurisprudência a discussão acerca do tema.

Ainda que haja opiniões em sentido contrário, a doutrina também entende que embarcações e aeronaves estariam abrangidas pelo conceito de —veículo automotorll, eis que são veículos de transporte e possuem um motor, exibindo, por isso, a qualidade para sofrerem a incidência tributária do IPVA.

Fato é que, atualmente, o Supremo Tribunal Federal mantém o entendimento de que as aeronaves e embarcações não estão compreendidas na competência dos Estados e do Distrito Federal para instituir impostos sobre a propriedade de veículos automotores, pois, para essa Corte, a norma só autoriza a incidência do tributo sobre os veículos de circulação terrestre. Ainda assim, verificou-se que o próprio Supremo não é uníssono nessa posição, haja vista a argumentação em sentido contrário apresentada pelos Ministros destacados, defendendo-se, por esse motivo, a necessidade de atualização desse entendimento.

Por fim, diante do quadro exposto, frisa-se novamente que a discussão deva ser pautada pelos princípios da capacidade contributiva e da igualdade tributária, haja vista que a simples observância desses princípios leva à indiscutível incidência do IPVA sobre aeronaves e embarcações, o que asseguraria ao Estado maior arrecadação do imposto, e tributaria, na mesma proporção, os proprietários de veículos automotores terrestres e de veículos aéreos e aquáticos.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)> Acesso em: 15 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Decreto n. 87.648**, de 24 de setembro de 1982. Aprova o Regulamento para o Tráfego Marítimo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1980-1989/1980-1984/D87648.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1980-1984/D87648.htm)> Acesso em: 15 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n. 2.180**, de 5 de fevereiro de 1954. Dispõe sobre o Tribunal Marítimo. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l2180compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l2180compilado.htm)> Acesso em: 15 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n. 5.172**, de 25 de outubro de 1966. Código Tributário Nacional. Dispõe sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l5172compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm)> Acesso em: 15 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n. 7.565**, de 19 de dezembro de 1986. Dispõe sobre o Código Brasileiro de Aeronáutica. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7565.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7565.htm)> Acesso em: 15 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. **Lei Federal n. 9.503**, de 23 de setembro de 1997. Institui o Código de Trânsito Brasileiro. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l9503compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9503compilado.htm)>. Acesso em: 15 dez. 2015.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário n. 379.572-4/RJ**. Relator: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 11 de abril de 2007. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=506713>> Acesso em: 15 dez. 2015.

CARNEIRO, Claudio. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 5. ed. ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MACHADO, Hugo de Brito. **Curso de Direito Tributário**. 33. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

OLIVEIRA, Pérola Toneti de; SILVA, Suélen S. Cordeiro da; TONZAR, Thatiana Freitas. **Limites da Expressão “veículos automotores” para Fins de Incidência do IPVA**: as embarcações e aeronaves. Disponível em: <<http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/direitopub/article/view/10784/9444>>. Acesso em: 17 out. 2016.

PAULSEN, Leandro. **Curso de Direito Tributário**: completo. 4. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

PAULSEN, Leandro. **Direito Tributário**: Constituição e Código Tributário à luz da doutrina e da jurisprudência. 14. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado; ESMAFE, 2009.

PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos Federais, Estaduais e Municipais**. 10. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

RIO GRANDE DO SUL. **Lei Estadual n. 8.115**, de 30 de dezembro de 1985. Institui o Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores. Disponível em <<http://www.al.rs.gov.br/legiscomp/arquivo.asp?Rotulo=Lei%20n%BA%208115&idNrma=3&tipo=pdf>>. Acesso em: 05 set. 2016.

SABBAG, Eduardo. **Manual de Direito Tributário**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SOUSA E MORAES, Líria Kédina Cuimar de; OLIVEIRA, Phelippe Toledo Pires de. **A Controvérsia acerca da Incidência do Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores (IPVA) sobre Embarcações e Aeronaves**. Disponível em: <[http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/cadernos-de-financas-publicas-1/a\\_cont\\_incidencia.pdf](http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/biblioteca/cadernos-de-financas-publicas-1/a_cont_incidencia.pdf)>. Acesso em: 24 set. 2016.

## A REPRESENTAÇÃO ARTÍSTICA E O AMOR PELA SABEDORIA NA BUSCA PELA COMPREENSÃO EXISTENCIAL DO SER.

Bruna Luisa Schwan<sup>1</sup>  
Julia Elis Berres<sup>2</sup>  
Márcia Adriana Dias Kraemer<sup>3</sup>

### RESUMO

A delimitação temática desta investigação tem por escopo a reflexão acerca da importância do estudo literário e filosófico para o desenvolvimento do sujeito social. A geração de dados é pautada em obras de educadores e filósofos da contemporaneidade em diferentes áreas do saber. O problema de pesquisa questiona em que medida o estudo literário e filosófico pode contribuir significativamente para o desenvolvimento psicossocial e intelectual do ser humano? Com efeito, o objetivo busca estudar os pressupostos teóricos de pensadores hodiernos, com o objetivo de compreender em que medida o estudo literário e filosófico pode colaborar na constituição dos saberes que resulta da investigação filosófico-científica. Justifica-se este trabalho pela sua importância, uma vez que aborda a Filosofia e a Literatura como ferramentas para a contemplação do homem acerca do equilíbrio entre o *eu* metafísico e o *eu* racional do sujeito. O trabalho tem cunho teórico, com caráter de análise qualitativa das informações e fins explicativos. A geração de dados realiza-se por meio de documentação indireta, bibliograficamente. A análise e a interpretação dos elementos investigados acontecem pelo viés metodológico hipotético-dedutivo, com auxílio do procedimento técnico histórico e do comparativo. A conclusão identifica a leitura filosófica e literária como instrumentos indispensáveis à construção do saber, pois têm função de analisar a vida em suas diferentes dimensões. Surgem da tentativa humana de desmistificar o senso comum e a cultura de massa, bem como elucidar o pensamento do ser social, fazendo-o refletir sobre sua condição no mundo. Espera-

<sup>1</sup> Acadêmica do Curso de Direito – 6º Semestre. Faculdades integradas Machado de Assis. Membro do Projeto de Pesquisa Letramento Acadêmico/Científico no Contexto das Ciências Sociais Aplicadas – PROPLAC/FEMA. brunaschwan3@hotmail.com.

<sup>2</sup> Acadêmica do Curso de Direito – 6º Semestre. Membro do Projeto de Pesquisa Letramento Acadêmico/Científico no Contexto das Ciências Sociais Aplicadas – PROPLAC/FEMA. Faculdades Integradas Machado de Assis. berres\_elis@yahoo.com.br.

<sup>3</sup> Doutora em Estudos da Linguagem pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Bolsa Capes. Mestre em Letras pela Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR. Professora de Língua Portuguesa e de Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica dos Cursos de Graduação e Pós-graduação das Faculdades Integradas Machado de Assis. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social/CNPq, da Universidade de Santa Cruz, Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas. Coordenadora do Grupo de Pesquisa PROPLAC - *Letramento Acadêmico/Científico no Contexto das Ciências Sociais Aplicadas e da Especialização em Práticas Pedagógicas para a Docência no Ensino Técnico, Tecnológico e Superior*. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão – NPPGE/FEMA. marciakraemer@fema.com.br

se, dessa forma, contribuir com estudos que promovam o desenvolvimento holístico do homem por meio do ensino filosófico-literário.

Palavras-chave: Filosofia – Literatura - Sujeito Social.

## ABSTRACT

The thematic delimitation of this investigation has as scope the reflection around the importance of the literary and philosophical study on the development of the social subject. The generation of data is based on the works of contemporary educators and philosophers in different áreas of knowledge. The problem of the research asks about how extent the literary and philosophical study can contribute significantly to the psychosocial and intellectual development of the human being? In fact, the objective is to study the theoretical presuppositions of today's thinkers in order to understand the extent to which literary and philosophical study can contribute to the constitution of the knowledge resulting from philosophical-scientific research. This work is justified by its importance, since, approaches literature and philosophy as tools for the contemplation of man about the balance between the metaphysical self and rational self of the subject. The work is theoretical, with the characters of qualitative analysis of information and explanatory purposes. The generation of data is done through indirect documentation, bibliographically. The analysis and interpretation of the elements investigated take place through the hypothetical-deductive methodological bias, with the aid of the historical and comparative technical procedure. The conclusion identifies philosophical and literary reading as indispensable tools for the construction of knowledge, since they have the function of analyzing life in different dimensions. They arise from the human attempt to demystify common sense and mass culture, as well as elucidate the thought of the social being, making him reflect on his condition in the world. It is hoped, therefore, to contribute with studies that promote the holistic developmet of man through philosophical-literary teaching.

Keywords: Philosophy – Literature – Social Subject.

## INTRODUÇÃO

A delimitação temática desta investigação tem por escopo a reflexão acerca da importância do estudo literário e filosófico para o desenvolvimento do sujeito social. O problema de pesquisa questiona em que medida esses saberes podem contribuir significativamente para o desenvolvimento do ser humano e, por conseguinte, a hipótese que respalda a pergunta é a de que o estudo literário e filosófico, possivelmente, auxilie o ser humano a ponderar a *reforma do pensamento*,

de maneira paradigmática, no intuito de articular e organizar os saberes, para o (re) conhecimento dos fenômenos globais que impactam a contemporaneidade.

O objetivo principal busca estudar os pressupostos teóricos de educadores e de filósofos hodiernos, com o objetivo de compreender em que medida o estudo filosófico e literário pode colaborar na constituição dos saberes que resultam da investigação filosófico-científica. Os específicos, por sua vez, tratam de:

- a) Pesquisar o construto teórico atinente à temática;
- b) Investigar a possível contribuição da Filosofia e da Literatura para a constituição do sujeito histórico-social.

Justifica-se este trabalho pela sua importância, uma vez que aborda a Filosofia e a Literatura como ferramentas para a contemplação do homem acerca do equilíbrio entre o *eu* metafísico e o *eu* racional do sujeito. A investigação é viável, uma vez que a leitura é de fácil compreensão e fundamentada em autores de estimado reconhecimento na área.

Espera-se, dessa forma, contribuir de maneira expressiva com estudos da área, os quais, da mesma forma, buscam promover e desenvolver o ser humano por meio do ensino filosófico-literário, o qual serve como ferramenta indispensável à construção do saber, pois surge na tentativa de desmitificar o senso comum e a cultura de massa, bem como elucidar a constituição do ser social, encaminhando-o a refletir sobre sua condição no mundo.

O trabalho tem cunho teórico, com caráter de análise qualitativa das informações e fins explicativos. A geração de dados realiza-se por meio de documentação indireta, bibliograficamente. A análise e a interpretação dos elementos investigados acontecem pelo viés metodológico hipotético-dedutivo, com auxílio do procedimento técnico histórico e do comparativo.

O artigo divide-se em duas seções: na primeira, são feitas observações sobre o estudo e a importância da Filosofia aliada à Literatura como instrumento pedagógico; a segunda parte investiga a contribuição desses dois campos do saber para a constituição do sujeito histórico-social, ilustrando com a obra de Jostein Gaarder, *O Mundo de Sofia*, trazendo as principais observações do autor quanto a relevantes temas e a essencialidade do debate filosófico.

## 1 A FILOSOFIA, A LITERATURA E O SUJEITO SOCIAL.

A Filosofia, como instrumento para a formação holística do sujeito social, busca auxiliar e encorajar na percepção de si mesmo e, ao mesmo tempo, na percepção coletiva de mundo. Não se trata de reinventar, reescrever ou refazer aquilo já posto, criado ou estabelecido, mas sim, estimular o pensar, a partir do que se compreende, com base em estudos teóricos ou empíricos, acerca da capacidade de refletir criticamente sobre a existência humana. Nesse sentido, cita Buzzi:

A filosofia pretende refletir o que já sabemos! Já sabemos morar na terra, já sabemos viver juntos, já sabemos que nascemos, que duramos pouco tempo, que morreremos. Da profundidade desse saber que sabemos, pouco ou nada sabemos. Daí o dito de Sócrates: -Eu sei que nada sei de tudo quanto sei. (BUZZI, 2007, p. 147-148).

A Filosofia, nessa mesma perspectiva, possui papel de suma importância, uma vez que amplia a capacidade de interpretação, argumentação, raciocínio e de comunicabilidade do sujeito que passa a compreender o mundo a partir de novas cosmovisões e mundividências, pelo olhar do outro ou como um *outro de si mesmo* (BAKHTIN, 2003). Como também, auxilia no reconhecimento e compreensão do papel que o homem possui em meio à sociedade e no tempo em que vive. Da mesma forma, sugerem Aguiar e Bordini sobre a Literatura:

A ampliação do conhecimento que daí decorre permite-lhe compreender melhor o presente e seu papel como sujeito histórico. O acesso aos mais variados textos, informativos e literários, proporciona, assim, a tessitura de um universo de informações sobre a humanidade e o mundo que gera vínculos entre o leitor e os outros homens. (AGUIAR; BORDINI, 1988, p.10).

Da mesma maneira que a Literatura é vozeada, como um clamor, também a Filosofia. Conforme Felipe Pondé, as duas ciências são, não só dialógicas, mas um instrumento que propicia a arte de assumir a própria língua, em um caleidoscópio ideológico e semântico. Referenciando Nietzsche, afirma ser necessário ter:

[...] coragem para falar em primeira pessoa. Quem nunca leu nada não tem opinião sólida sobre nada, apenas achismo, uma opinião vazia, como dizia Platão, quando fazia a diferença entre ter opinião (doxa) e conhecer algo (episteme). Conhecer demanda trabalho, conversar com outras pessoas e

ler alguns livros. Na maioria dos casos, conversar com mortos. Uma opinião vazia, qualquer bêbado tem. (PONDE, 2016, p. 21).

Logo, estar na zona confortável da fala do outro, sem reflexão profunda, sem conhecimento teórico pode ser perigoso para o desenvolvimento cognitivo do indivíduo. Conforme alguns pensadores, a indústria cultural, com seu *senso comum*, avassaladoramente contamina a modernidade:

A unidade evidente do macrocosmo e do microcosmo demonstra para os homens o modelo de sua cultura: a falsa identidade do universal e do particular. Sob o poder do monopólio, toda cultura de massas é idêntica, e seu esqueleto, a ossatura conceitual fabricada por aquele, começa a se delinear. Os dirigentes não estão mais sequer muito interessados em encobri-lo, seu poder se fortalece quanto mais brutalmente ele se confessa de público. (ADORNO; HORKHEIMER, 1947).

O papel da Filosofia e da Literatura é o de propiciar a compreensão do *status quo* da condição humana no mundo. Nesse sentido, surge o pensamento de Luckesi e Passos sobre o filosofar quando afirmam que —O pensar em nível de senso comum, para vir a ser filosofia, deverá ganhar outro patamar de criticidade, coerência. A filosofia possui um patamar de reflexão completamente diferente daquele que possui o senso comum. (LUCKESI; PASSOS, 2000, p. 86). Logo,

Falar a língua dos outros faz parte de um sentimento mais amplo, que é, de certa forma, viver uma vida que não é sua. Muitas vezes temos a sensação de que estamos vivendo a vida dos outros e não a nossa. Essa sensação aparece quando sentimos que fazemos o que os outros querem e não o que nós queremos. Esses -outros podem ser o que chamamos de sociedade, país, família, marido ou mulher, filhos, o mercado, o Estado, -Deus, o mundo. Pouco importa aqui se é o mundo ou a sociedade esse outro; o que importa é a sensação de que não estamos fazendo o que verdadeiramente queremos. (PONDE, 2016, p. 21).

Também a Literatura deve ser trabalhada e interpretada, não somente como entretenimento ou deleite, mas precipuamente como elucidação e reflexão crítica da vida em sociedade. Visto que, conforme Candido:

A literatura é o sonho acordado das civilizações. Portanto, assim como não é possível haver equilíbrio psíquico sem o sonho durante o sono, talvez não haja equilíbrio social sem a literatura. Deste modo, ela é fator indispensável de humanização e, sendo assim, confirma o homem na sua humanidade,

inclusive porque atua em grande parte no subconsciente e no inconsciente. (CANDIDO, 2006, p. 112)

Para tanto, no intuito de interrogarmo-nos acerca de nossos objetivos, é necessário conhecer a si mesmo. Surge o papel importantíssimo da ontologia, a qual consiste na busca esclarecedora do ser, na compreensão daquilo que é verdadeiro, na razão da existência humana, na questão do ser que, na esteira de Buzzi:

[...] é a experiência interior e irrecusável da necessidade da busca. Já desde o primeiro instante estamos na vontade de alguma coisa. A experiência humana resume-se na busca. Ela se perde buscando. O que mais aparece no imediato da busca é o mundo: a multiforme realidade do cotidiano, estabelecida deste ou daquele modo; sacra e profana, boa e má, útil e inútil, verdadeira e falsa, amiga e inimiga, bela e feia, natural ou artificial, masculina e feminina, jovem e velha. (BUZZI, 2007, p. 18)

Observa-se que, nesse panorama, o papel da Filosofia é de uma ferramenta de formação holística do ser social. Parte-se da Filosofia para a aprendizagem do pensar, para a busca das raízes mais profundas, para o desconhecido daquilo que já existe, bem como para a inquietação que suspeita da realidade. Percebe-se então, como afirmam Aranha e Martins que:

Se a filosofia é essencialmente teórica, isso não significa que ela esteja à margem do mundo, nem que constitua um corpo de doutrina ou saber acabado, com determinado conteúdo, ou que seja um conjunto de conhecimentos estabelecidos de uma vez por todas. Ao contrário, a filosofia supõe uma onipresente disponibilidade para a indagação. Por isso, segundo Platão, a primeira virtude do filósofo é admirar-se. Essa é a condição para problematizar, o que marca a filosofia não como posse da verdade, mas como sua busca. Ou seja, só o filósofo é capaz de se surpreender com o óbvio e questionar as verdades dadas, aceita a dúvida como desencadeadora desse processo crítico. (ARANHA; MARTINS, 2003, p.88)

A Filosofia, como se depreende, não busca crescer àquilo que já se sabe. Não busca crescer, nem diminuir, mas sim, romper os abismos e preencher as lacunas. Não se pode entendê-la somente como uma ciência propriamente dita, mas sim como a melancolia diante do desconhecido, o aprofundamento do saber já apreendido.

Portanto, para que se possa posicionar filosoficamente diante do mundo, é de suma importância a aprendizagem do pensar. Assim, —O ser humano, através da

reflexão, descobre em sua interioridade sua realidade interna e sabe-se ser tão-somente uma pessoa única, uma só realidade. II (GIRARDI; QUADROS, 2001, p.39).

*Pensar*, para Buzzi significa:

Pensar, na significação etimológica do termo, quer dizer sopesar, pôr na balança para avaliar o peso de alguma coisa, ponderar. O pensamento que filosofa usa ao máximo os seus recursos para aprender a avaliar: quer tornar-se avaliador justo. Por causa disso, sem imposição externa, se submete à aprendizagem do pensar: busca a cor, o som e o sabor da realidade; procura transformar-se em conhecimento e linguagem, lar acolhedor de todos os entes. (BUZZI, 2007, p. 11).

Da mesma forma, sustenta Morin, quando enfatiza ainda mais a questão, referindo que —Conhecer e pensar não é chegar a uma verdade absolutamente certa, mas dialogar com a incerteza. II (MORIN, 2003, p. 59). Ou seja, pensar significa buscar inferir, na profundidade daquilo que já existe, as mais diversas possibilidades, as quais, por mais que sejam apontadas, jamais poderão ser tidas como absolutas e certas.

Segundo Buzzi, pode-se entender que a linguagem filosófica e a literária compreendem a arte de pensar em três momentos distintos, quais sejam: a linguagem, o conhecimento e o ser. Logo, aprender a pensar significa obter, por meio da linguagem, o conhecimento sobre o ser:

Quem aprende é o pensamento. E quanto mais aprende a pensar, mais se torna conhecimento e se faz linguagem. No conhecimento e na linguagem aparece a realidade ou o ser dos entes, que o pensamento inquieto busca. A inquietação do pensamento promove a filosofia: a questão do ser. (BUZZI, 2007, p. 11)

Por conseguinte, à medida que o homem vivencia experiências e perfaz sua existência, surgem, cada qual a sua maneira, a Filosofia e a Literatura. É por meio delas que o pensamento aperfeiçoa seu desejo de busca, seu desejo de aprender a pensar. Ainda, aprendendo a pensar, o ser motiva-se a indagar-se acerca da realidade, deparando-se com fenômenos metafísicos e questionando-se sobre aquilo além do que pode ver.

Consequentemente, por meio das relações que o homem estabelece com o contexto social e com os demais seres humanos, o seu próprio *eu* passa a sofrer

alterações, por meio da transformação do meio em que vive. Isso pode humanizá-lo. Como afirmam Girardi e Quadros:

Há um momento em que o homem age sobre a natureza, modificando-a, transformando-a, dominando-a. É uma tarefa de libertação em busca de uma autonomia e independência. Este é o processo de humanização. A medida em que o homem se toma senhor da natureza na qual está inserido, vai se tornando mais humano. A ação, a atividade, o conhecimento em vários níveis, o trabalho se inserem nessa dinâmica de humanização do homem. (GIRARDI; QUADROS, 2001, p. 38).

Logo, a razão que instiga o pensamento a questionar a si e ao mundo está na própria necessidade de formação e de compreensão holística do ser. Por mais trabalhoso, árduo ou laborioso que possa ser a aprendizagem do pensar, é um caminho salutar para entender o ser social. Segundo Luckesi e Passos, a Filosofia é a ferramenta de concretização do pensar e:

O exercício de filosofar é importante, como temos visto, e implicará que cada um de nós individual e coletivamente, que deseja refletir filosoficamente, tome em suas mãos as significações corriqueiras da existência humana e lhes dê uma significação crítica e consciente. (LUCKESI; PASSOS, 2000, p. 90).

Pensar é tornar concreto e visível o ser. Para Arruda e Martins, —O próprio tecido do pensar filosófico é a trama dos acontecimentos, é o cotidiano. (ARANHA; MARTINS, 2003, p. 89). Nessa perspectiva, pode-se perceber a Literatura como a tessitura dos fios condutores do homem em sociedade. O texto literário, como o filosófico, é permeado de ideologias, correspondendo à representação das ações e das emoções humanas vividas em sociedade. O escritor, por meio das palavras, corporifica e materializa uma realidade, tornando-a Literatura, que tem o escopo de instigar no leitor uma visão inquieta diante do que lê e vive. Portanto,

A literatura não existe no vácuo, os escritores, como tais, têm uma função social definida, exatamente proporcional à sua competência como escritores. Essa é sua principal utilidade. [...] Um povo que cresce habituado à má literatura é um povo que está em vias de perder o pulso de seu país e o de si próprio. (POUND apud NICOLA, 1998, p. 24).

O ser, por meio da linguagem, adquire conhecimento, conhecimento pode resultar em um pensar filosófico. Esse ser, por meio da linguagem, do conhecimento, do estreitamento com a Filosofia e da aproximação com a Literatura de qualidade, pode propiciar a coragem e a capacidade de falar em sua própria língua. Sustenta-se, conseqüentemente que:

Falar em sua própria língua é, antes de tudo, ter coragem de enfrentar os problemas que a filosofia nos traz, sem medo de sermos obrigados a pensar em coisas de que não gostamos. É desistir de agradar quando se pensa. É ser (quase) indiferente a quem tem qualquer expectativa sobre quem você é e o que você pensa. É pensar sem querer construir -um mundo melhor. É pensar de modo -extramoral, como dizia Nietzsche. É não querer -fazer o bem enquanto pensamos. (PONDE, 2016, p. 27).

Entende-se, assim, a partir das reflexões aqui tecidas, que pensar e ser são elementos indissociáveis, isto é, existem um em razão do outro. Como afirma Parmênides, pensar e ser são o mesmo. De outra forma, o pensamento filosófico e o pensamento literário tomam, em sua totalidade e globalidade, o ser. Como também, de acordo com Buzzi:

O ser inicia, sustenta e conclui a atividade do pensamento. Este jamais se desgarra daquele. Em toda fala há sempre um acordo latente entre pensar e ser. Isso quer dizer: o pensamento é disponível ao ser e o ser ao pensamento. São co-pertença. (BUZZI, 2007, p. 36).

Ressalta-se, por fim, a importância do conhecimento literário, aliado ao filosófico, como libertador, motivador da intelectualidade e do processo reflexivo da existência, social e cultural, dos seres humanos. Para Llosa,

[...] o âmbito da literatura abarca toda a experiência humana — pois a reflete e contribui decisivamente para modelá-la — e de que, por isso mesmo, ela deveria ser patrimônio de todos, atividade que se alimenta no fundo comum da espécie e à qual se pode recorrer incessantemente em busca de ordem quando parecemos imersos no caos, de alento em momentos de desânimo e de dúvidas e incertezas quando a realidade que nos cerca parece excessivamente segura e confiável. (LIOSA, 2013, p. 44).

Compreende-se que -Os estudos literários e culturais, tal como as Ciências Humanas, precisam encontrar mecanismos que façam o lugar possível, que nos ajudem a identificar o espaço cultural dentro do qual operamos, em um dado

momento histórico. (BAZERMAN, 2006, p. 52). A Literatura representa, portanto, em seu -fazer artísticoll, uma dimensão da *imaginação*, um aspecto da faculdade de raciocínio (KRAEMER, 2014).

No interdito da linguagem, tanto a Filosofia quanto a Literatura permitem ao leitor extrair suas próprias conclusões no processo de leitura, —[...] ao se defrontar, por exemplo, com problemas de situações cotidianas que lhe causam perplexidades: o indivíduo é estimulado, no processo do aprender, a compreender o como e o porquê dessas situações e é impulsionado a buscar soluções para elas. (KRAEMER, 2014, p. 93).

Entende-se, com efeito, que a Filosofia e a Literatura são fenômenos complexos e *polifacéticos* que não podem ser interpretado sem inseri-los na unidade diferenciada de toda a cultura de uma época. No momento em que se faz a leitura desses dois instrumentos culturais, o sujeito necessita entender o que se passa dentro de si, não por meio somente da compreensão racional da natureza e do conteúdo de seu inconsciente, mas por meio de divagações com o pensamento, de cogitações em que organiza os elementos adequados da história em resposta às pressões inconscientes. É nesse aspecto que reside o valor inestimável de ambos, ao oferecer novas dimensões à imaginação humana, àquilo que talvez ela não poderia descobrir verdadeiramente por si só (KRAEMER, 2014).

## **2 O MUNDO DE SOPHIA E OUTROS: O DIÁLOGO DA FILOSOFIA EM TEXTOS DE DIFERENTES GÊNEROS LITERÁRIOS.**

Discorrer sobre *sophia* é refletir acerca dos dilemas vivenciados pelo ser humano na contemporaneidade. Esse radical, que pode ser nome próprio, origina-se do grego - σοφία – e significa sabedoria, sendo parte da composição de várias palavras neolatinas justapostas, como é o caso de Filosofia – Φιλοσοφία – *amor pela sabedoria* (HOUAISS, 2016).

Nessa perspectiva, esta seção trata da reflexão acerca de uma obra de Jostein Gaarder que une os dois conhecimentos - o filosófico e o literário – para ilustrar a tentativa de investigar a possível contribuição dessas duas ciências à constituição do sujeito histórico-social em diálogo com outros textos filosóficos e

literários.

Esse escritor, professor de Filosofia e intelectual norueguês - cria *O Mundo de Sofia*, cujo título trabalha o radical grego mencionado no início desta seção, em um jogo polissêmico: tanto pode ser entendido como o mundo de Sofia, a protagonista da narrativa primária, quanto, concomitantemente o mundo de *sophia*, do amor à sabedoria, no viés da narrativa secundária, subjacente à trama.

Publicado em 1991, pretende romancear a história da Filosofia, por meio da trama que tem, em seu princípio, como personagem principal, uma menina, chamada Sofia, orientada, em suas descobertas das questões mundanas, por um filósofo. O livro é fenômeno mundial, tornando-se um *best-seller*, ao ser traduzido para 53 línguas, com cerca de 40 milhões de cópias impressas (MUNDO DOS FILÓSOFOS, 2017).

Gaarder constrói o drama vivido por Sofia e seu professor misterioso, contando sobre a menina norueguesa que, prestes a completar seus quinze anos de idade, passa a receber cartas do enigmático mestre. Estas fundamentam-se em textos da história da Filosofia, alcunhado —Curso de Filosofiall, e abordam questões filosóficas que Sofia sequer poderia imaginar antes daquele contato. O livro traz pequenos detalhes da vida cotidiana e enriquece-os ao discutir a posição do ser humano frente a tais fatos. Trata-se, dessa forma, de um romance entre Sofia e a Filosofia, no qual os capítulos dividem-se em nomes de filósofos, momentos importantes para essa ciência, com definições e conceitos defendidos pelos mestres.

O surgimento da Filosofia, nesse drama literário, bem como as ideias defendidas por filósofos de grande importância para a sociedade, são, em suma, elementos fundamentais de compreensão da metodologia do narrador. Este resgata a ideia de que, para entender a Filosofia, é necessário compreender seu surgimento e, da mesma forma, para o ser humano conhecer a si, é fundamental compreender a Filosofia. Nada mais literário do que a forma de construção do gênero romance para alcançar a reflexão sobre o conteúdo proposto.

Em diálogo com o texto, pode-se citar Morin o qual tece observações sobre o papel da Filosofia na vida das pessoas, afirmando que não constitui uma disciplina possível de ser ensinada nas escolas, mas defende que ela precisa ser refletida

individualmente, pois é feita de interrogações de cunho pessoal e social. Nesse sentido:

[...] A filosofia não é uma disciplina, mas uma força de interrogação e de reflexão dirigida não apenas aos conhecimentos e à condição humana, mas também aos grandes problemas da vida. Nesse sentido, o filósofo deveria estimular, em tudo, a aptidão crítica e autocrítica, insubstituíveis fermentos da lucidez, e exortar à compreensão humana, tarefa fundamental da cultura. (MORIN, 2003, p. 54).

Essa afirmação dialoga com a construção artística de Gaarder que prima - nos interstícios da ficção e da realidade -, pelo estímulo à lucidez, à aptidão crítica e à autocrítica. Pode-se compreender, nesse caso, que preconiza o aprofundamento do pensar, por meio de uma ordem cronológico-histórica de eventos que perpassaram as experiências sensíveis humanas desde a tradição greco-latina de filosofar até a contemporaneidade. Em forma de metáfora, o narrador inicia a trama, comparando figurativamente a evolução do pensamento humano à pelagem de um coelho,

Resumindo: um coelho branco é retirado de uma cartola. Como é um coelho enorme, esse truque leva bilhões de anos para acontecer. Na ponta dos pelinhos nascem todas as crianças. E como elas se encantam com esse truque de mágica! Mas, à medida que envelhecem, elas vão afundando lentamente para a base dos pelos do coelho. E por lá ficam. Tão confortáveis que jamais ousarão subir de volta para a ponta dos pelos. Somente os filósofos ousam retomar essa jornada perigosa rumo à fronteira da linguagem e da existência. (GAARDER, 2012, p. 31).

Dessa maneira, é notável a ênfase ao modo como os indivíduos se acomodam ao padronizado, à medida que se tornam maduros, tornando-se, muitas vezes, incapazes de impactar-se diante dos fenômenos do mundo, característica essencial de um filósofo. Por isso, para o narrador, crianças são seres extremamente sensíveis, perceptivos e inteligentes: —[...] o mais triste de tudo é que, à medida que crescemos, vamos rapidamente perdendo a capacidade de nos maravilharmos com o mundo [...]|| (GAARDER, 2012, p. 30).

É provável que a sensibilidade humana seja embotada, progressivamente, pelo predomínio de uma racionalidade instrumental - em detrimento de uma

racionalidade crítica e estética -, advinda da indústria cultural, que parecem ser condição *sine qua non* ao rito de passagem da infância à vida adulta:

Na nossa vida consciente estamos expostos a todos os tipos de influência. As pessoas estimulam-nos ou deprimem-nos, ocorrências na vida profissional ou social desviam a nossa atenção. Todas estas influências podem levar-nos a caminhos opostos à nossa individualidade; e quer percebamos ou não o seu efeito, nossa consciência é perturbada e exposta, quase sem defesas, a estes incidente [...]

Quanto mais a consciência for influenciada por preconceitos, erros, fantasias e anseios infantis mais se dilata a fenda já existente, até chegar-se a uma dissociação neurótica e a uma vida mais ou menos artificial, em tudo distanciada dos instintos normais, da natureza e da verdade. (JUNG, 1996, p. 49).

A cultura em uma sociedade, portanto, é determinante para o processo comportamental dos sujeitos. Para Llosa, —[...] A cultura-mundo, em vez de promover o indivíduo, imbeciliza-o, privando-o de lucidez e livre arbítrio, fazendo-o reagir à ‘cultura’ dominante de maneira condicionada e gregária, [...] (LLOSA, 2013, p.8). Por isso, a leitura de textos filosóficos e literários pode provocar debates que instrumentalizem a consciência humana, promovendo a quebra de paradigmas e a crítica reflexiva acerca dos fenômenos naturais.

Em função dessa construção do conhecimento filosófico, o texto de Gaarder apresenta uma retrospectiva de pensadores que conduzem suas reflexões a partir de ideologias que orientam sua maneira de entender o mundo em cada época, de acordo com sua cultura, seus hábitos, suas crenças e sua tecnologia. O narrador inicia, expondo a história da Filosofia grega, a qual se divide em *Período Pré-Socrático*: fase naturalista; *Período Socrático*: fase antropológico-metafísica; e *Período Helenístico*: fase ética e cética.

No primeiro período, destacam-se os filósofos da natureza, também chamados de *filósofos da physis*, para quem a Filosofia deixa de sustentar-se em fundamentos religiosos e passa a determinar-se por um âmbito científico, buscando nos elementos naturais as respostas sobre a origem do ser e do mundo.

Diante disso, percebe-se que as definições e os conceitos acerca da espiritualidade humana, do existencialismo e da racionalidade são extremamente complexos e constantemente reiterados na história humana. Em virtude disso, as

religiões e as ciências têm-se contraposto por séculos. Alves descreve ciência e religião como fenômenos sociais dialéticos e que causam fascínio no homem, por isso, de natureza polêmica:

Não estou afirmando que religião é ciência e nem que ciência é religião. Estou, ao contrário, sugerindo que em ambos os casos os indivíduos estão em busca de ordem e que todos eles, independente de convicções pessoais, concordam em que a ordem é invisível. (ALVES, 2015, p. 43).

Nessa mesma perspectiva, Gleiser escreve que a ciência geralmente é considerada uma ameaça à fé, uma vez que, quanto mais se entende sobre fenômenos naturais, mais se distancia dos credos religiosos e, com efeito, menos se acredita em forças misteriosas ou divinas.

Há indagações comuns a todos, de acordo com o pensador: como crer em divindades e ter fé diante de um mundo indiferente ao indivíduo ou como equilibrar os avanços científicos e a tradição religiosa. A grande progressão da ciência, para o filósofo, cria uma brecha existencial que dificilmente é preenchida pela razão: os sentimentos, os comportamentos éticos e morais não são regidos por experiências positivistas.

Gleiser afirma que as duas instituições têm função social, embora com métodos de avaliação e de aplicação diferentes. Acredita que só chegarão a um consenso quando tiverem nítida qual a ação de cada uma na vida das pessoas. Reitera que a negação uma da outra não contribui, uma vez que o homem é formado de razão e de espiritualidade.

Também, na fase antropológico-metafísica, os gregos refletiam acerca dessas questões, embora com parâmetros diferentes do pensamento medievo, quanto do moderno e do contemporâneo. Os filósofos do Período Socrático provocam reflexões de extrema importância, pois introduzem, em contraponto aos paradigmas que os antecedem, o discurso moral e político, uma vez que, na *polis*, a convivência humana é privilegiada, bem como o ideal educativo. Assim, entende-se que o homem possui um corpo e uma alma intrinsecamente ligados pelo mundo dos sentidos e pelo mundo das ideias. Dessa forma:

Segundo Platão, o homem é um ser dual. Nós possuímos um corpo que flui. Ele está intrinsecamente ligado ao mundo dos sentidos e compartilha o mesmo destino de todas as demais coisas por aqui (inclusive uma bolha

de sabão). Todos os nossos sentidos estão conectados ao nosso corpo e não são, portanto, dignos de confiança. Mas também possuímos uma alma imortal onde habita a razão. Exatamente porque a alma não é material, ela pode penetrar o mundo das ideias. (GAARDER, 2012, p. 104)

Contudo, Aristóteles, o filósofo biólogo, traz a percepção de que o homem é feito, sim, de sentidos, os quais originam a razão, defendendo que —[...] a razão é justamente a mais perceptível característica do ser humano. Mas nossa razão é inteiramente —vazia antes que tenhamos sentido algo [...] (GAARDER, 2012, p. 124).

No romance, quando o mestre Alberto<sup>4</sup> apresenta a Sofia esses conhecimentos e reflexões filosóficas, já não o faz por meio de cartas, mas de encontros de estudo, favorecendo o diálogo menos formal e mais espontâneo, o que auxilia na construção de conhecimento da jovem sobre esse conteúdo complexo. Por meio dessa estratégia, o narrador apresenta o Período Helenístico na história da Filosofia:

O Helenismo foi marcado pelo desaparecimento das fronteiras entre os diversos países e culturas. Anteriormente, Gregos, Romanos e Egípcios, Babilônios, Sírios e Persas tinham venerado os seus deuses dentro do que geralmente chamamos uma -religião nacional. Nesta fase as diversas culturas misturaram-se e fundiram-se num grande caldeirão que continha idéias religiosas, filosóficas e científicas de todo o tipo [...] A partir de então, deuses orientais eram também adorados em toda a região do Mediterrâneo. Nasceram várias religiões novas cujos deuses e concepções religiosas provinham de diversas culturas antigas [...] Este fenômeno é designado por fusão de religiões ou -sincretismo [...] Anteriormente, os homens sentiam-se vinculados ao seu próprio povo e à sua própria cidade-estado. Como essas fronteiras e divisões eram cada vez mais postas de parte, muitos sentiram dúvidas e insegurança em relação à sua concepção de vida. A Antiguidade tardia foi marcada, em geral, pelas dúvidas religiosas, pela desagregação cultural e pelo pessimismo. (GAARDER, 2012, p. 213).

Assim, com o desenrolar do enredo, o professor apresenta, gradativamente, a Sofia, os fatos da história humana nos últimos milênios, bem como a maneira com que os filósofos posicionam-se diante dos fenômenos naturais. Da mesma forma que a Grécia Clássica é destaque, depois da Idade Média, também o Renascimento apresenta-se de suma importância, em que se contrapõe o teocentrismo ao

<sup>4</sup> *Alberto*, do teotônico, é uma variação de *Adalberto* que significa *nobre brilhante*, o que pode sugerir, no romance, uma metonímia em relação à personalidade do mestre que, para representar de forma primaz a Filosofia, deve ter ideais elevados e grande sabedoria (HOUAISS, 2017).

antropocentrismo. O narrador, ao abordar o Renascimento, menciona-o como um marco histórico que centraliza-se no estudo do homem, em resgate à Idade Clássica:

Inegavelmente. A nova visão do homem conduziu a uma nova *inspiração para a vida*. Os homens não existiam mais somente para adorar a Deus. Deus os havia criado também para que pudessem desfrutar a si próprios. Agora os homens podiam sentir prazer com a vida de vez em quando. E, agora que podiam se manifestar livremente, abria-se um leque de possibilidades infinitas [...] (GAARDER, 2012, p. 219)

Marcando a Modernidade, traz ensinamentos de grandes filósofos, como, por exemplo, Descartes, Spinoza, Locke e Hume, e, a partir de seus preceitos, finaliza a obra. É nesse momento, que o leitor entende a inserção de outra personagem chamada Hilde, que recebe, em seu aniversário, um diário de seu pai, com a história contada pelo diário, denominado *O mundo de Sofia*.

Trata-se de mais um artifício empregado pelo narrador. Este cria uma instância narrativa primária – a trama de Sofia – a qual se manifesta como protagonista -, e, dentro desta, outra, secundária, em que aparece a história de Hilde, agora protagonista, sendo Sofia um personagem adjuvante. A partir desse momento, o narrador intercala os capítulos entre as duas narrativas, primária e secundária, e apresenta o desconforto vivido por Sofia e Alberto em busca de explicações sobre o que está acontecendo. Então, no aniversário de Sofia, ela e o professor, como em um passe de mágica, transportam-se ao mundo da narrativa secundária, mas de imediato descobrem que não podem ser vistos e nem tocados.

Ao final, o leitor compreende que Sofia e Alberto são personagens fictícios de uma história criada pelo pai de Hilde. À medida que o leitor estabelece o fio condutor das duas narrativas sobrepostas, compreende a intencionalidade do livro em criar metáforas para construir a ideia do papel tanto da Filosofia quanto da Literatura na vida dos sujeitos sociais.

Dessa forma, percebe-se que a obra é enriquecida em cada um de seus *plots*, provavelmente na tentativa de romper a *zona de conforto* do leitor, que precisa esforçar-se para, além de compreender as diferentes maneiras de explicar o universo e seus fenômenos ao longo da história humana, interpretar os possíveis

sentidos da construção literária e das estratégias do dizer da obra, construída para ser um enigma gradativamente elucidado pelo verdadeiro protagonista da trama: quem o lê.

Em razão disso, é possível afirmar que o leitor tem papel de destaque na história. O que o leva a questionar-se também acerca de seu papel na narrativa da vida, pois é ele que, por meio de laços e de aprendizados, produz a sua história. A questão é: como protagonista ou como coadjuvante?

Com efeito, depende de o sujeito social compreender que a sua maneira de entender o mundo é que faz a diferença. Se optar por uma existência sem que haja reflexão sobre os eventos da vida, possivelmente será um mero personagem secundário na existência. Contudo, se optar pelo *amor à sabedoria*, alimentado pela sede de conhecimento e de saberes, é provável que tenha a chance de não ficar à margem dos acontecimentos, sendo um eterno filósofo que busca subir até a ponta dos pelos do coelho branco tirado da cartola.

## CONCLUSÃO

Por meio dessa reflexão, entende-se que é fundamental aproximar-se o quanto possível do conhecimento filosófico-literário, compreendo que a Filosofia agregada à Literatura deve provocar o sentimento de inquietação, de *catarse*. Precisa estimular a desconstrução de conceitos óbvios e desvelar novos paradigmas. Por isso, em um mundo midiaticizado e de exacerbação da cultura de massa, é imprescindível que o homem torne-se um ser pensante.

Têm-se a Filosofia e a Literatura para serem instrumentos de reflexão, a fim de proporcionar novas mundividências e cosmovisões sobre os diversos aspectos que promovem o pensar no ser humano, isto é, devem ser correlacionadas, pois é na vida prática, cotidiana, que seus principais ensinamentos são exercidos.

Se a Filosofia busca recuperar a visão de totalidade, perdida diante da multiplicação das ciências particulares e da valorização do mundo dos "especialistas", é ela que, diante do saber e do poder, avalia se estes estão a serviço

do homem ou contra ele, isto é, se servem para seu crescimento espiritual ou se o degradam, se contribuem para a liberdade ou para a dominação.

Nesse sentido, *O Mundo de Sofia* é o de cada ser humano. Cada sujeito possui um *ethos* e, por isso, deve compreender sua existência e aprimorar sua concepção existencial. É preciso entender que cada indivíduo é por si um mundo, uma história que só ele pode construir e a Filosofia e a Literatura, nesse viés, acrescentam questionamentos que propiciam o pensar, como também sugerem novos enredos e personagens à história. Basta permitir-se essa experiência do conhecimento.

## REFERÊNCIAS

ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. **Dialética do Esclarecimento:** Fragmentos Filosóficos. 1947. E-book disponível em: <<https://onedrive.live.com/view.aspx?resid=71B7E7833E24C047!677&ithint=file%2c.pdf&app=WordPdf&authkey=!AHvSetao74ZLWdl>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

AGUIAR, Vera Teixeira de; BORDINI, Maria da Glória. **Literatura:** a formação do leitor: alternativas metodológicas. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1988.

ALVES, Rubem. **Filosofia da Ciência:** introdução ao jogo e as suas regras. 19. ed. São Paulo: Loyola, 2015.

ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando:** introdução à filosofia. 3. ed. São Paulo: Moderna, 2003.

BAKHTIN, Mikhail Mikhailovich. **Estética da Criação Verbal.** 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

BAZERMAN, C. **Gêneros Textuais, Tipificação e Interação.** Angela Paiva Dionísio; Judith Chambliss Hoffnagel (Orgs.). Tradução e adaptação de Judith Chambliss Hoffnagel. São Paulo: Cortez, 2006.

BUZZI, Arcângelo R.. **Introdução ao Pensar:** o Ser, o Conhecimento, a Linguagem. 33. ed. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

CANDIDO, Antonio. **Literatura e Sociedade.** 9. ed. Rio de Janeiro: Ouro sobre Azul, 2006.

GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia:** romance da história da Filosofia. Tradução

de Leonardo Pinto Silva. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

GIRARDI, Leopoldo Justino; QUADROS, Odone José de. **Filosofia: aprendendo a pensar**. 17. ed. Porto Alegre: Sagra Luzzato, 2001.

GLEISER, Marcelo. Anjos e Demônios. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 28 jun. 2008. Mais!, Caderno 8, p.16.

GLEISER, Marcelo. Conciliando Ciência e Religião. **Folha de S. Paulo**, São Paulo, 26 jun. 2006. Caderno 8, p.18, Mais!.

HOUAISS. Dicionário Eletrônico. **Filosofia**. Disponível em: <<https://houaiss.uol.com.br/pub/apps/www/v3-3/html/index.php#1>>. Acesso em: 10 out. 2017.

KRAEMER, Márcia Adriana Dias. **Reflexão sobre o Trabalho Docente: o conhecimento construído na formação continuada e a transposição didática**. Santa Rosa: FEMA, 2014.

LIOSA, Mário Vargas. **A Civilização do Espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e de nossa cultura**. Tradução Ivone Benedetti. E-Pub. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

LUCKESI, Cipriano Carlos; PASSOS, Elizete Silva. **Introdução à Filosofia: aprendendo a pensar**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

MORIN, Edgar. **A Cabeça Bem-feita: repensar a reforma, reformar o pensamento**. 8. ed. Tradução de Eloá Jacobina. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2003. E-book disponível em: <<https://onedrive.live.com/view.aspx?resid=71B7E7833E24C047!384&ithint=file%2c.pdf&app=WordPdf&authkey=!ACnnXQT1dq-do-Q>>. Acesso em: 10 ago. 2015.

MUNDO DOS FILÓSOFOS. **Mundo de Sofia**. Disponível em: <[www.mundodosfilosofos.com.br](http://www.mundodosfilosofos.com.br)> . Acesso em: 10 mar. 2017.

NICOLA, José de. **Literatura Brasileira: das origens aos nossos dias**. 15. ed. São Paulo: Scipione, 1998.

PONDÉ, Luiz Felipe. **Filosofia para Corajosos**. 1. ed. São Paulo: Planeta, 2016.

**A RETÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS NO PROCESSO DEMOCRÁTICO:  
OS VIÉSSES IDEOLÓGICOS DAS PRÁTICAS LEGISLATIVAS.**Luciano Augusto de Oliveira Paz<sup>1</sup>  
Sinara Camera<sup>2</sup>**RESUMO**

O Estado Democrático de Direito está situado em um cenário de diversidade. Por um lado, fala-se em diversidade jurídica, em instrumentos para a realização dos direitos humanos. Por outro lado, fala-se em diversidade cultural, da participação de grupos com valores diferentes no processo democrático. Nesse contexto, o presente ensaio pretende analisar as relações e as tensões entre os direitos humanos e a democracia. Para tanto, em um primeiro momento, buscou-se compreender a afirmação do processo democrático como direito humano. Por fim, buscou-se compreender as possíveis inviabilizações à realização dos direitos humanos no processo democrático, analisando-se o caso do legislador brasileiro. No caso, constata-se a participação de grupos de pressão no processo democrático a utilizar discursos carregados com valores culturais que lhes são particulares, como justificativa para o exercício do poder político, inviabilizando a realização de direitos de outros indivíduos.

Palavras-chave: Direitos Humanos – Democracia – Realização de Direitos.

**RESUMEN**

El estado democrático de derecho está situado en un marco de diversidad. Por un lado, se habla de la diversidad legal en instrumentos para la realización de los derechos humanos. Por otro lado, se habla de la diversidad cultural, la participación de grupos con diferentes valores en el proceso democrático. En este contexto, el presente ensayo pretende analizar las relaciones y tensiones entre los derechos humanos y la democracia. Para ello, en un primer momento, intentó entender la instrucción del proceso democrático como un derecho humano. Por

<sup>1</sup> Bacharel em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA), Santa Rosa/RS. Colaborador, como pesquisador externo, no projeto de pesquisa -Estado, Direitos Humanos e Cooperação Internacionalll, Coordenado pela Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> Sinara Camera e desenvolvido junto ao Curso de Direito da Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA), Santa Rosa/RS. Advogado, inscrito sob a OAB/RS n.º 103.642. E-mail: lucianoaugustopaz@gmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS), com estágio doutoral na Universidade de Sevilla (US/ESPAÑA/AN), bolsista PDSE; Mestre em Integração Latino-Americana, área de concentração Direito do Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/BRASIL/RS); Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: aiacamera@hotmail.com

último, intentamos entender el inviabilizações posible la realización de los derechos humanos en el proceso democrático, analizando el caso de la legislatura brasileña. En este caso, los grupos de presión en el proceso democrático con discursos cargados de valores culturales particulares, como una justificación para el ejercicio del poder político, haciendo que la realización de los derechos de otras personas.

Palabras Claves: Los Derechos Humanos – La Democracia - Realización de los derechos.

## INTRODUÇÃO

O Estado Democrático de Direito está situado em um cenário de diversidade. Por um lado, fala-se em diversidade jurídica, da qual se denota a vocação contemporânea dos direitos humanos, isto é, a sua afirmação na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948) e a sua instrumentalização no Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) e a eleição da democracia como o ambiente em que poderão ser realizados a partir da Declaração e Programa de Ação de Viena (1993).

Por outro lado, fala-se também em diversidade cultural, a qual *pode* ser caracterizada pela participação de grupos de pressão no processo democrático a utilizar discursos carregados com aspectos *culturais-ideológicos* que lhes são particulares, como justificação para o exercício do poder político, *podendo* inviabilizar a realização de direitos de outros indivíduos.

Nesse contexto, o presente ensaio tem por objeto o estudo das relações e das tensões existentes entre os direitos humanos e a democracia no processo democrático, analisando-se o caso do Estado Democrático de Direito brasileiro. Para tanto, o estudo foi dividido em dois momentos. Em um primeiro momento, buscou-se compreender a afirmação do processo democrático como direito humano.

Por fim, em um segundo momento, buscou-se compreender as possíveis inviabilizações à realização de direitos humanos no processo democrático, as quais podem ser ocasionadas pela interpenetração do poder ideológico e do poder político em um cenário de diversidade cultural, analisando-se então o caso do legislador no Estado Democrático de Direito brasileiro.

## **1 A AFIRMAÇÃO DO PROCESSO DEMOCRÁTICO COMO DIREITO HUMANO: UM TERRENO EXPLÍCITO (?) DE LUTAS POLÍTICAS DE GRUPOS DE INTERESSE/PRESSÃO.**

Já ao início, e alertando que não se pretende aqui esgotar as discussões que envolvem direitos humanos e democracia, procuram-se significados. Então, o que são direitos humanos? Afirma a doutrina tratem-se de direitos que derivam de exigências próprias da pessoa humana: reconhecimento, respeito, tutela e promoção, o que conduz a atenção estatal para o desenvolvimento humano (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2013).

Consideração geral a ser tomada, em se falando do processo de construção dos direitos humanos, é que, dentre os seus modos de fundamentação, quais sejam, religioso, natural, positivista, marxista ou sociológico, o positivista sobressai como o cenário em que a construção de textos normativos protetores do indivíduo diante de ações ou omissões estatais passou a atuar (CULLETON; BRAGATO; FAJARDO, 2013).

Douzinas dá àquele cenário o nome de *Era das Declarações*, porque do seu nascimento a partir da Declaração Americana (1776) e da Declaração Francesa (1789). Ensina o autor que, por ocasião da *Era*, verificam-se as primeiras limitações do poder do Estado, até então dito *absoluto*, em face do indivíduo. Sem outra fonte aparente, coube às declarações o nascimento dos direitos humanos (DOUZINAS, 2010).

Não se ignora que, até então, a construção normativa em comento estabelecia apenas direitos civis, de essência liberal. Consequência é que o Estado, no ponto, em que pese não mais absoluto, passou a ser soberano e, porque de seu *suposto* respeito às declarações-constituições, passou a amoldar os indivíduos de acordo com a *raison d'état*, como refere Douzinas; isto é, às razões do Estado, ao expediente político (DOUZINAS, 2010).

Tem-se, por exemplo, o genocídio nazista, no qual a *construção normativa* passou a ser instrumento de dominação (LAFER, 1988). Diante da *raison d'état*, uma vez legítima a norma criada em concordância à declaração-constituição, não

interessavam os seus efeitos ou a sua repercussão. Impôs-se, assim, uma reconstrução, oferecida pela internacionalização do Direito, como resposta às violações de direitos praticadas pelo regime nazista (DOUZINAS, 2010).

Após a Segunda Guerra Mundial passou-se a falar propriamente nos direitos humanos, vindo estes a serem afirmados na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), quando a soberania do Estado foi relativizada, limitada pelo respeito àqueles direitos, dos quais os indivíduos tornaram-se destinatários (PIOVESAN, 2010).

Elenca-se, assim, o significado contemporâneo do que sejam direitos humanos. Estes aparecem não como um dado, mas como um construído histórico, porque de seu contínuo processo de *construção-fundamentação* (PIOVESAN, 2010); esboçam limites ao poder estatal (DOUZINAS, 2010); emancipam o indivíduo perante a sociedade e ao Estado (COMPARATO, 2013); removem-no de uma situação de objeto de direito e colocam-no em uma situação de sujeito de direitos (BOBBIO, 1992).

O significado do que seja democracia, por sua vez, reiterando que não é objeto deste ensaio esgotar as discussões que envolvem o tema, decorre da formação do significado contemporâneo do que sejam os direitos humanos. Estes, não limitados à Declaração Universal, prolongam-se através Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos (1966) e no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966).

Conjuntamente à Declaração Universal, aqueles Pactos compõem o *International Bill of Human Rights*, prevendo instrumentos para a proteção dos direitos humanos cujos efeitos *erga omnes* obrigam o Estado à observância dos direitos por ele veiculados (BIELEFELDT, 2000). No ponto, passa-se da internacionalização dos direitos humanos para a sua universalização (PIOVESAN, 2007), quando se introduz àqueles direitos a concepção de indivisibilidade e interdependência (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.).

Em um cenário de pluralidade normativa, quando, por um lado, despontam direitos civis e políticos; e, por outro, direitos econômicos, sociais e culturais; todos qualificados como direitos humanos universais, indivisíveis e interdependentes, apresenta-se a Declaração e Programa de Ação de Viena (1993) e o respeito aos

direitos humanos torna-se legitimador do governo do Estado, indicando-se a democracia como o ambiente fértil para que a sua realização seja atingida (DONNELLY, s.d.).

A partir daí a democracia é definida na Declaração e Programa de Ação de Viena. De acordo com o seu artigo 8º, —A democracia assenta no desejo livremente expresso dos povos em determinar os seus próprios sistemas políticos, econômicos, sociais e culturais e a sua participação plena em todos os aspectos das suas vidas. (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1993).

A Declaração Universal, por sua vez, também trata da democracia. Em seu artigo 21 preconiza que —Todo ser humano tem o direito de fazer parte no governo de seu país [...] A vontade do povo será a base da autoridade do governo; esta vontade será expressa em eleições periódicas e legítimas, por sufrágio universal [...]. (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 1948, p. 11). Já em seu artigo 27 acrescenta que —Todo ser humano tem direito de participar livremente da vida cultural da comunidade [...]. (NAÇÕES UNIDAS DO BRASIL, 1948, p. 14-15).

*Livre determinação, participação*; estas são expressões que aparecem em ambos os documentos. No entanto, é apenas a partir do *International Bill of Human Rights*, somado à Declaração e Programa de Ação de Viena, de que advém —[...] a idéia (sic) de que a legitimidade de um governo é baseada na extensão do respeito e defesa aos direitos humanos dos seus cidadãos [...]. (DONNELLY, s.d., p. 2).

Cabe à vocação contemporânea dos direitos humanos provocar a *livre determinação* dos indivíduos e a sua *participação* – falando-se em direito humano à democracia –, *supostamente* assegurando atuações do Estado responsáveis e transparentes (DONNELLY, s.d.). Contudo, o relacionamento entre os direitos humanos e a democracia causa controvérsia. Afinal, ou os direitos humanos são proteção a direitos individuais e pré-políticos ou somente através da política democrática adquirem forma concreta (BIELEFELDT, 2000).

A questão é suscitada pela *retórica dos direitos humanos*. Nela, demandas em nome dos direitos humanos passam a ser a justificativa para que haja exceções à igualdade e à dignidade (DOUZINAS, 2010). Além disso, aquelas demandas comportam interesses como os que atinem às questões de gênero, de opção sexual, características físicas, grupos étnicos, religiões e a própria natureza, etc. (SORJ,

2004).

Naqueles diferentes interesses os direitos humanos exercem o papel de conceito-chave. No entanto, havendo choques conceituais, deixam de ser ponto de referência (BIELEFELDT, 2000). Passa a ser verificado um pluralismo jurídico e as demandas *em nome* dos direitos humanos suplantam-substituem o Estado, deslocando a produção jurídica a grupos de interesse (ARNAUD, 1999).

Há aí figura de um Estado Democrático de Direito limitado, cujas atuações têm caráter programático e em que o indivíduo participa do processo político, através de um governo representativo (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003). Observa-se, porém, que o corpo estatal não é um todo homogêneo, mas um composto de diferentes interesses (DAHL, 2012).

Desdobra-se então o *princípio democrático*. Este indica —[...] a estruturação dos processos que ofereçam aos cidadãos efectivas possibilidades de aprender a democracia, participar nos processos de decisão, exercer controlo crítico na divergência de opiniões, produzir *inputs* políticos democráticos. (CANOTILHO, 2003, p. 288).

Nesse sentido, o Estado Democrático de Direito prevê atuações estatais voltadas à transformação do *status quo* do indivíduo, propondo-se ser o *locus* de construção do sujeito democrático, —[...] porque envolve a participação crescente do povo no processo decisório e na formação dos atos de governo [...] respeita a pluralidade de ideias, culturas [...] pressupõe o diálogo entre opiniões e pensamentos divergentes e a possibilidade de convivência [...]. (SILVA, 2014, p. 121-122).

A partir daí, falando-se em conjugar os direitos humanos e a democracia, levantam-se tensionamentos. A representação deverá ser uma representação democrática material e não uma delegação da vontade do povo (CANOTILHO, 2003). No entanto, as deliberações que dizem respeito a toda a coletividade são tomadas por alguns poucos eleitos *para essa finalidade* (BOBBIO, 2000a) e indivíduos com diferentes interesses formam grupos que buscam prevalecer sobre os demais no processo democrático (DALLARI, 2009).

A democracia torna-se, assim, o espaço em que movimentos sociais (SORJ, 2004) ou grupos de interesse (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003) ou de opinião

(DALLARI, 2009) ou de pressão (BONAVIDES, 2010), *em nome* dos direitos humanos, ao deslocarem a produção jurídica para si (ARNAUD, 1999), formam centros de poder. É que, na esquematização conhecida do processo democrático em que *A* representa *B*, questiona-se *como* e *o que* representa, aparecendo então o problema da democracia e o problema do pluralismo (BOBBIO, 2000a).

Respondendo-se ao *como* representa, ou é o representante um *porta-voz* do representado ou é o seu substituto no processo democrático. Já se respondendo a *o que* representa, ou a interesses gerais ou a interesses específicos. Nesse cenário, aqueles grupos de interesse referidos alhures formam oligarquias a controlar a distribuição do poder. Desse modo, o representante é substituto dos integrantes daquele *grupo* de interesse em que se insere (BOBBIO, 2000a).

Verifica-se, assim, a incapacidade do processo democrático ampliar o seu círculo, abrangendo a diferentes grupos de interesse, isto é, às diversidades em todo o seu pluralismo (BOBBIO, 2000a). Em que pese as promessas do Estado Democrático de Direito estejam voltadas à *livre determinação*, à *participação* do indivíduo e à transformação de seu *status quo*, constatam-se grupos de interesse inseridos no processo democrático a advogar por causas particulares, distintas daquelas promessas (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).

## **2 A (CO)EXISTÊNCIA DE GRUPOS DE INTERESSE/PRESSÃO NO PROCESSO DEMOCRÁTICO: ENTRE PRÁTICAS LEGISLATIVAS E (IN)VIABILIZAÇÃO DE DIREITOS.**

Grupos de interesse, inseridos no processo democrático, advogam por causas particulares, distintas das promessas do Estado Democrático de Direito. Desponta daí a questão democrática, a se traduzir em obstáculos à realização de direitos (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003). A partir disso, importa examinar essa (co)existência daqueles grupos no processo democrático e o modo com que obstaculizam a *livre determinação* e a *participação* e impedem a realização do direito humano à democracia (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.).

<sup>3</sup> Com a Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 a dar tônica ao texto da Declaração Universal, passa-se a falar em direito humano à democracia. Assim, violando-se à democracia, viola-se a direito humano. São aspectos da universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.).

Assim, procura-se compreender o problema do pluralismo, isto é, a (in)capacidade do processo democrático ampliar o seu círculo, abrangendo a diferentes grupos de interesse, isto é, às diversidades (BOBBIO, 2000a). A doutrina indica que —[...] uma forma de governo é democrática quando todos os destinatários das leis participam *igualmente* (em princípio) da sua produção.¶ (BOVERO, 2002, p. 26) [grifo dos autores].

A igualdade trata de um gênero universal, o *gênero humano*. No entanto, no processo democrático, traduz a inclusão do indivíduo em um grupo de interesse que influi no processo, (im)possibilitando a verificação de sua *vontade*, expressa no momento eleitoral. Afinal, aquela vontade expressa, até que repercute sobre os papéis institucionais de comando, sofre influências daquele(s) grupo(s), desnudando uma prática de desigualdade no acesso àqueles papéis (BOVERO, 2002).

Nesse sentido, questiona-se se processo democrático alcança a *todos* os indivíduos situados no Estado ou apenas a *alguns*, tão somente sujeitando *todos* às suas *regras*. A questão é crítica à alegada (in)capacidade do processo democrático para *tutelar* o consentimento individual. Afinal, em sendo verificado o consentimento dos governados, todas as regras a que se submetem serão consideradas democráticas. Desse modo, adverte-se que

Se todas as pessoas estão sujeitas às leis têm o direito [...] de participar do processo de criação das leis; se o requisito do consentimento é universal e incontestável, a argumentação a favor da democracia é muito poderosa e, na mesma medida, a argumentação contra as alternativas excludentes [...] o Princípio Forte de Igualdade<sup>4</sup> [...] deve, necessariamente, existir. (DAHL, 2012, p. 199).

Assim, a igualdade denota a inclusão do indivíduo em um grupo de interesse (BOVERO, 2002). Desse modo, o problema do pluralismo (BOBBIO, 2000a), torna-se o problema da inclusão (DAHL, 2012). Desponta então o *multiculturalismo*, a expor um *terreno explícito de lutas políticas* e a desnudar diferentes pontos de vista e culturas<sup>5</sup> entre os diferentes grupos de interesse e a tomada de uma posição política (SANTOS; NUNES, 2003).

<sup>4</sup> O princípio remonta à ideia de *igualdade intrínseca*, a significar que -[...] todos os seres humanos têm valor intrínseco igual, ou, na ordem inversa, nenhuma pessoa é intrinsecamente superior a outra.¶ (DAHL, 2012, p. 131). Compreende-se que a ideia não denota a realização *plena* de seu sentido gramatical. Assim, supor-se um *princípio forte de igualdade*, procura-se aproximar a igualdade prática real: -Também podemos nos referir a ele como um pressuposto de qualificação aproximadamente igual [...]¶ (DAHL, 2012, p. 150).

e culturas<sup>5</sup> entre os diferentes grupos de interesse e a tomada de uma posição política (SANTOS; NUNES, 2003).

Por meio do *multiculturalismo* movimentos políticos atuam na defesa do reconhecimento da diferença, visando a impedir a marginalização ou a exclusão de culturas na sociedade. Trata-se, assim, de uma noção emancipatória, em que a cultura obtém força política, quando o conjunto de valores que permeiam a identidade de um indivíduo e do seu grupo de interesse na sociedade choca-se com outro (SANTOS; NUNES, 2003).

Desse modo, o modelo democrático *teórico* afasta-se do *real*. Se nas *regras do jogo* era prevista a *livre determinação* e a *participação* do *indivíduo*, o que há é a influência de grupos de interesse (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003), que tem o poder político deslocado para si (SORJ, 2004). Afirmam-se oligarquias (BOBBIO, 2000a), que excluem o sentido primitivo da participação política, isto é, o consentimento expresso no momento eleitoral (BOVERO, 2002).

A questão democrática expõe obstáculos à realização dos direitos humanos. Se, por um lado, na democracia há *livre determinação* e *participação* no processo democrático; por outro, a dinâmica representativa faz as *razões do Estado* sobreporem-se às *razões políticas*, em racionalidade tecnocrática (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).<sup>6</sup> Não se transforma o *status quo* do indivíduo (SILVA, 2014), mas satisfazem-se grupos de pressão<sup>7</sup> (BONAVIDES, 2010) e impede-se a

<sup>5</sup> Compreende-se cultura como o conjunto de valores a permear a identidade de um indivíduo e do seu grupo de interesse na sociedade. Assim [...] a cultura, neste sentido, é baseada em critérios de valor, estéticos, morais ou cognitivos que, definindo-se a si próprios como universais, elidem a diferença cultural ou a especificidade histórica dos objetos que classificam. (SANTOS; NUNES, 2003, p. 17). Nesse sentido, -A afirmação de identidades baseadas no sexo, na raça, na etnia, na orientação sexual, entre outras, vem ampliar o universo dos direitos que são reconhecidos como direitos humanos. (NUNES, 2004, p. 24).

<sup>6</sup> Entende-se por *razões do Estado*, o Estado como *mecanismo-instrumento*, com vistas a influir no processo democrático, prestigiando grupos de interesse determinados, em substituição ao indivíduo. Já por *razões políticas*, o conjunto de interesses externados *primitivamente* no momento eleitoral pelo indivíduo, com vistas a influir nos processos de decisão do Estado (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).

<sup>7</sup> Estes, [...] são organizações da esfera intermediária entre o indivíduo e o Estado, nas quais um interesse se incorporou e se tornou politicamente relevante. Ou são grupos que procuram fazer com que as decisões dos poderes públicos sejam conformes com os interesses e as idéias (sic) de uma determinada categoria social. (J. H. KAISER apud BONAVIDES, 2010, p. 460). A doutrina diverge sobre o que sejam grupos de interesse e grupos de pressão. Aqueles, apesar existirem organizadamente, não necessariamente demonstram atuação política. Os grupos de pressão, por sua vez, definem-se [...] pelo exercício de influência sobre o poder político para obtenção de uma

realização plena do direito humano à democracia (LAMOUNIER; MAGALHÃES, s.d.).

A partir daí, examina-se o caso do legislador no Estado Democrático de Direito brasileiro e a possibilidade de tensionamento e supressão de direitos humanos, considerando-se a atuação da Frente Parlamentar Evangélica<sup>8</sup> no Congresso Nacional brasileiro como grupo de pressão e a repercussão de seus projetos legislativos, os quais implicam em supressão de direitos *diversos-diferentes* daqueles relativos à *cultura cristã* (DUARTE, 2011)

No ponto é importa relacionar o poder ideológico e o poder político. Enquanto o poder político denota a posse dos instrumentos por meio dos quais se exerce a força<sup>9</sup>, o poder ideológico consubstancia ideias formuladas de um determinado modo, emitidas em determinadas circunstâncias, por uma pessoa investida de uma determinada autoridade, difundidas através de determinados procedimentos (BOBBIO, 2000b).

A participação de grupos de pressão religiosos na política nacional remonta à década de 1980, período de redemocratização do país, quando os —[...] representantes de igrejas perceberam a política institucional como um canal de participação ativa nas questões candentes na sociedade civil. (DUARTE, 2011, p. 63). No entanto, foi a partir do ano de 2006 que a Frente Parlamentar Evangélica passou a demonstrar um maior número de parlamentares e uma maior produção legislativa (GONZATTO, 2015).

Com um discurso carregado de carga moral, a agenda legislativa da Frente Parlamentar Evangélica no Congresso Nacional brasileiro pauta-se no raciocínio de que os evangélicos, justos; em contraponto aos ímpios, legislam a vista de restabelecer os bons costumes da sociedade. Desse modo, —[...] valores religiosos

---

determinada medida de governo que lhe favoreça os interesses. (BONAVIDES, 2010, p. 461). Nesse ponto, passa-se a falar em grupos de pressão.

<sup>8</sup> A vista de não ser uma entidade jurídica, mas a —[...] reunião de um grupo de parlamentares de diversos partidos que lutam por uma causa em comum [...] (DUARTE, 2011, p. 58), denomina-se a *Bancada Evangélica*, como *Frente Parlamentar Evangélica*.

<sup>9</sup> Salienta-se que o poder político não se encerra na possibilidade de exercício da força. Coagir condutas implica também que estas sejam criminalizadas ou penalizadas (BOBBIO, 2000b). É o que se denomina poder potencial, isto é, a capacidade de determinar o comportamento dos outros (BOBBIO; MATTEUCCI; PASQUINO, 2002).

são travestidos em projetos políticos intencionando moralizar costumes e garantir que o Estado legisle em prol dos cidadãos retos. (DUARTE, 2011, p. 192).

Evidencia-se, assim, a atuação da Frente Parlamentar Evangélica como grupo de pressão. Afinal, trata-se de grupo com influência sobre o poder político para que tenha os seus interesses favorecidos através do Estado (BONAVIDES, 2010) e o potencial para determinar condutas através de valores (BOBBIO, 2000b), relativos estes à *cultura cristã* e travestidos de projetos legislativos (DUARTE, 2011).

Nesse sentido, questionando-se à medida que as relações e as tensões entre os direitos humanos e a democracia inviabilizam a realização de direitos, atentando à questão democrática e demonstrando a atuação da Frente Parlamentar Evangélica como grupo de pressão cujos projetos legislativos, implicam em supressão de direitos *diversos-diferentes* daqueles relativos à *cultura cristã* e o descompasso das Propostas de Emenda à Constituição n.º 12/2015 e 99/2011 e do Projeto de Lei n.º 6.583/2013 à vocação contemporânea dos direitos humanos.

O primeiro projeto legislativo refere-se à Proposta de Emenda à Constituição n.º 12/2015<sup>10</sup>, com o objetivo de alterar o parágrafo único, do artigo 1º, da Constituição Federal de 1998. Enquanto a redação do diploma preconiza que —Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (BRASIL, 1988), a sua alteração visa a preconizar que —Todo o poder emana de Deus [...] (BRASIL, 2015).

Esse projeto legislativo demonstra o uso de discursos ideológicos a interferirem no poder político, cujos valores remetem à *cultura cristã*. Evidencia-se, assim, uma situação de *marketing eleitoral*, isto é, proposta política carregada de *discurso retórico* que visa a obter votos (DONNELLY, s.d.), para, na suposta legitimidade do processo democrático, estabelecer as *razões do Estado* (STRECK; BOLZAN DE MORAIS, 2003).

O segundo projeto legislativo refere-se à Proposta de Emenda à Constituição n.º 99/2011<sup>11</sup>, com o objetivo de possibilitar às instituições religiosas a competência para propor as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de

<sup>10</sup> Proposição do Deputado Federal pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL) Cabo Daciolo.

<sup>11</sup> Proposição do Deputado Federal pelo Partido da Social Democracia Brasileira (PSDB) João Campos.

constitucionalidade de leis ou atos normativos, perante do Supremo Tribunal Federal. Atentando-se contra a laicidade estatal, a despeito de qualquer liberdade religiosa, revela-se interferência à realização da *diferença cultural* como direito humano<sup>12</sup>.

Já o terceiro projeto legislativo refere-se ao Projeto de Lei n.º 6.583/2013<sup>13</sup>, o Estatuto da Família, com o objetivo de (re)definir o que é *entidade familiar*<sup>14</sup>. Afirmado discursos ideológicos com valores relativos à *cultura cristã* e atentando à laicidade estatal, à liberdade religiosa, à *diferença cultural* e, portanto, afirmando um processo democrático que tende a inviabilizar direitos o artigo 2º, do projeto, dispõe —[...] define-se entidade familiar como o núcleo social formado a partir da união entre um homem e uma mulher [...] (BRASIL, 2013).

Constata-se que o legislador brasileiro, em sintonia às críticas doutrinárias apontadas nesse ensaio, desafia à vocação contemporânea dos direitos humanos. Contrariando ao estabelecimento de um processo democrático que indique a *livre determinação* e a *participação* do indivíduo, preza pelo estabelecimento de grupos de pressão, para a realização de alguns interesses determinados. Desse modo, falando-se em democracia como direito humano, fala-se em violação a direitos humanos.

## CONCLUSÃO

Falando-se em direitos humanos e democracia, fala-se em convergência. É que a partir do complexo normativo assentado no *International Bill of Human Rights*, a declarar direitos humanos, que são reforçados pela Declaração e Programa de Ação de Viena a eleger a democracia como o ambiente possível para que sejam

<sup>12</sup> Nesse sentido, a Declaração e Programa de Ação de Viena preconiza que -As pessoas pertencentes a minorias têm o direito de usufruir a sua própria cultura, de professar e praticar a sua religião e de se exprimir na sua língua, tanto em privado como em público, livremente e sem interferências ou qualquer forma de discriminação. (ORGANIZATION OF AMERICAN STATES, 1993, p. 6).

<sup>13</sup> Proposição do Deputado Federal pelo Partido da República (PR) Anderson Ferreira.

<sup>14</sup> Em que pese a postura do Poder Legislativo, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADI 4.277, reconheceu a união entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, estendendo os mesmos direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis àquelas uniões (BRASIL, 2011a). Na ADPF 132, por sua vez, compreendeu a Corte Superior que o não reconhecimento da união homoafetiva contraria direitos fundamentais (BRASIL, 2011b).

realizados, reconhecem-se direitos ao indivíduo, permitindo a sua participação no processo democrático.

No entanto, o cenário em que os direitos humanos e a democracia vêm a se encontrar, em que pese detenha o conjunto normativo necessário ao respeito dos indivíduos, revela a possibilidade de inviabilização de direitos. Afinal, quando há referência a um sujeito de direitos, inevitavelmente, refere-se também aos valores que estão em seu entorno, à sua cultura e ao seu direito a essa cultura.

A democracia, compreendida como processo, abrange indivíduos com diferentes interesses. Aqueles, para a realização de seus interesses, por meio do acesso aos papéis institucionais de comando no processo democrático, utilizam discursos carregados com aspectos culturais-ideológicos que lhes são particulares, como justificção para o exercício do poder político, inviabilizando a realização de direitos de outros indivíduos.

Conquanto o processo democrático objetive alcançar a todos os indivíduos, não possui essa capacidade. Quando se fala em diferença, manifestam-se diferentes atores sociais, grupos de interesse ou grupos de pressão que advogam por causas particulares que se afastam dos fundamentos do Estado Democrático de Direito ou ainda colidem com o ele. Desse modo, falando-se em democracia como direito humano, fala-se em violação a direitos humanos.

Apontando-se ao caso do legislador no brasileiro, observam-se projetos legislativos carregados de valores relativos à cultura cristã violam aos direitos humanos, que exigem respeito às diversidades culturais e às práticas religiosas. Afinal, afirmando-se que *todo o poder emana de Deus*, parece-se restabelecer um Estado confessional, empoderando instituições religiosas *definidas*, já que se fala de uma Frente Parlamentar *Evangélica*, quando lhes confere legitimidade para a proposição das *ações constitucionais*.

Aqueles projetos legislativos afirmam do poder político de um grupo de pressão, impondo valores relativos à cultura cristã, como o que diz respeito à entidade familiar, reconhecendo apenas casais heterossexuais, em que pese o tribunal constitucional brasileiro tenha reconhecido a união homoafetiva como entidade familiar, em respeito aos direitos humanos e fundamentais individuais dos

casais compostos por pessoas do mesmo sexo.

Nesse sentido, a partir das conclusões apresentadas, a hipótese de que as relações e as tensões entre os direitos humanos e a democracia criam óbices à realização dos direitos humanos é confirmada. Com efeito, no caso concreto, constata-se que o legislador brasileiro, atua em contraste à vocação contemporânea dos direitos humanos, amoldando indivíduos e as suas culturas às suas razões, violando a direitos humanos.

## REFERÊNCIAS

ARNAUD, André-Jean. Da regulação pelo direito na era da globalização. In: MELLO, Celso de Albuquerque (Coord.). **Anuário Direito e Globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

BIELEFELDT, Heiner. **Filosofia dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. 18. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

\_\_\_\_\_, Norberto. **As Ideologias e o Poder Em Crise**. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

\_\_\_\_\_, Norberto. **O Futuro Da Democracia**. São Paulo: Paz e Terra, 2000a.

\_\_\_\_\_, Norberto. **Teoria Geral Da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos**. Rio de Janeiro: Campus, 2000b.

\_\_\_\_\_, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco. **Dicionário de Política**. 12. ed. Brasília. Universidade de Brasília, 2002. 2. v.

BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BOVERO, Michelangelo. **Contra o Governo dos Piores: uma gramática democrática**. Rio de Janeiro: Campus, 2002.

BRASIL. **Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.277**, Tribunal Pleno, Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Britto, Julgado em: 05/05/2011a. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628635>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 132**, Tribunal Pleno. Supremo Tribunal Federal, Relator: Ayres Brito, Julgado em 05/05/2011b.

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>>.  
Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Projeto de Lei n.º 6.583**, de 2013. Dispõe sobre o Estatuto da Família e dá outras providências. Disponível em:  
<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1159761&filename=PL+6583/2013)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 12**, de 2015. Altera a redação do parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal, para declarar que todo o poder emana de Deus. Disponível em:  
<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1313782&filename=PEC+12/2015](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1313782&filename=PEC+12/2015)>. Acesso em: 16 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n.º 99**, de 2011. Acrescenta ao art. 103, da Constituição Federal, o inc. X, que dispõe sobre a capacidade postulatória das Associações Religiosas para propor ação de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade de leis ou atos normativos, perante a Constituição Federal. Disponível em:  
<[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=931483&filename=PEC+99/2011](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=931483&filename=PEC+99/2011)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>.  
Acesso em: 11 nov. 2015.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação História dos Direitos Humanos**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

CULLETON, Fernando; BRAGATO, Fernanda Frizzo; FAJARDO; Sinara Porto. **Curso de Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

DAHL, Robert A.. **A Democracia e seus Críticos**. São Paulo: Martins Fontes, 2012.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos de Teoria Geral do Estado**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

DONNELLY, Jack. **Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/26194-26196-1-PB.pdf>>. Acesso em: 1 abr. 2014.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. São Leopoldo: Unisinos, 2010.

DUARTE, Tatiane dos Santos. **“A Casa dos Ímpios se Desfará, mas a Tenda dos Retos Florescerá”**: a participação da Frente Parlamentar Evangélica no legislativo brasileiro. 2011. 229f. Dissertação (Mestrado em Antropologia Social) – Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <[http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9803/1/2011\\_TatianeSantosDuarte.pdf](http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/9803/1/2011_TatianeSantosDuarte.pdf)>. Acesso em: 11 nov. 2015.

GONZATTO, Marcelo. Saiba como a bancada evangélica pode mudar a sua vida. **Zero Hora**, Porto Alegre, 23 fev. 2015. Disponível em: <<http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2015/02/saiba-como-a-bancada-evangelica-pode-mudar-a-sua-vida-4704370.html>>. Acesso em: 11 nov. 2015.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos**. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LAMOUNIER, Gabriela Maciel; MAGALHÃES, José Luiz Quadros. A internacionalização dos direitos humanos. **Jurisway**, [s.l.], mar. 2008. Disponível em: <[http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id\\_dh=572](http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=572)>. Acesso em: 01 abr. 2015.

NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL. **Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948**. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

NUNES, João Arriscado. **Um Novo Cosmopolitismo?** Reconfigurando os direitos humanos. In: BALDI, C. A. (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

ORGANIZATION OF AMERICAN STATES. **Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%Aancia%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>>. Acesso em: 17 abr. 2015.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, 2007.

\_\_\_\_\_, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

SANTOS, Boaventura de Sousa; NUNES, João Arriscado. **Introdução**: para ampliar o cânone do reconhecimento, da diferença e da igualdade. In: BALDI, C. A. (Org.). **Direitos humanos na sociedade cosmopolita**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

SILVA, José Afonso da Silva. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 37. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SORJ, Bernardo. **A Democracia Inesperada**: cidadania, direitos humanos e desigualdade social. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luis. **Ciência Política e Teoria Geral Do Estado**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

## ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO: CAMINHOS POSSÍVEIS À JUSTIÇA.

Sandra Inês Arenhart<sup>1</sup>  
Márcia Adriana Dias Kraemer<sup>2</sup>

### RESUMO

Este artigo tem como objetivo apresentar um estudo sobre o Instituto da Arbitragem e Mediação aplicada à resolução de processos judiciais e/ou extrajudiciais, para compreender como se efetiva e em que medida é possível ao profissional contábil contribuir para esse procedimento. A geração de dados acontece no Tribunal de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul – TMA/RS, como também no Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Santa Rosa-RS (CEJUSC). A pesquisa investiga em que medida a aplicação da Arbitragem e da Mediação pode auxiliar a resolução de processos e apresentar-se como um campo profícuo à atuação do profissional da área contábil, analisando os pressupostos teóricos dos dois Institutos. Justifica-se a pesquisa pela importância do tema, uma vez que é pouco conhecido e que pode trazer uma repercussão positiva para a comunidade acadêmica e a sociedade. A metodologia caracteriza-se como de natureza teórico-empírica, com fins explicativos e método de análise quantitativo e qualitativo. A geração de dados acontece por meio de documentação indireta, em fontes primárias e secundárias, e de direta intensiva. A interpretação das informações utiliza a abordagem hipotético-dedutiva, com procedimento técnico estatístico, histórico, comparativo e monográfico. Entende-se que há boas expectativas em relação à evolução do Instituto de Arbitragem e Mediação, pois sua expansão e aplicação poderão trazer grandes avanços ao desenvolvimento da Justiça e da sociedade, como também ser uma área de trabalho interessante, favorável ao profissional contábil.

Palavras-chave: Instituto da Arbitragem – Mediação – Contabilidade - Profissional Contábil.

<sup>1</sup> Bacharel em Ciências Contábeis. Pós-graduada em MBA em Controladoria e Finanças pelas Faculdades Machado de Assis e acadêmica do MBA em Auditoria e Perícia. Faculdades Integradas Machado de Assis. sandra.arenhart@hotmail.com

<sup>2</sup> Doutora em Estudos da Linguagem pela Universidade Estadual de Londrina – UEL/PR. Bolsa Capes. Mestre em Letras pela Universidade Estadual de Maringá – UEM/PR. Professora de Língua Portuguesa e de Metodologia da Pesquisa Científica e Jurídica dos Cursos de Graduação e Pós-graduação das Faculdades Integradas Machado de Assis. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas de Inclusão Social/CNPq, da Universidade de Santa Cruz, Rio Grande do Sul, na linha de pesquisa Direito, Cidadania e Políticas Públicas. Coordenadora do Grupo de Pesquisa PROPLAC - *Letramento Acadêmico/Científico no Contexto das Ciências Sociais Aplicada e da Especialização em Práticas Pedagógicas para a Docência no Ensino Técnico, Tecnológico e Superior*. Coordenadora do Núcleo de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão – NPPGE/FEMA. marciakraemer@fema.com.br

## RESUMEN

Este artículo pretende presentar un estudio sobre el arbitraje y el Instituto de la mediación aplicada a la resolución de judicial o extrajudicial, para comprender la eficacia y en qué medida es posible por la ayuda profesional de contabilidad para este procedimiento. Generación de datos ocurre en mediación y arbitraje Tribunal de Rio Grande do Sul – TMA/RS, sino también en el Centro Judicial de conflictos solución de Santa Rosa-RS (CEJUSC). La investigación investiga en qué medida la aplicación de arbitraje y mediación puede ayudar a la resolución de casos y se presentan como un campo fértil para el profesional contable, analizando los supuestos teóricos de los dos institutos. La investigación se justifica por la importancia del tema, ya que es poco conocido y que puede traer un impacto positivo a la comunidad académica y la sociedad. La metodología se caracteriza por ser teórico y empírico de la naturaleza, con fines explicativos y método cuantitativo y análisis cualitativo. La generación de datos pasa a través de documentación indirecta, en fuentes primarias y secundarias, directas e intensivas. La interpretación de la información utiliza el enfoque hipotético-deductivo, procedimiento técnico, estadística, historia comparada y monográfico. Entende-se que há boas expectativas em relação à evolução do Instituto de Arbitraje y mediación, debido a su expansión y aplicación pueden traer importantes avances en el desarrollo de la justicia y la sociedad, pero también ser un espacio de trabajo interesante, profesional contabilidad-ambiente.

Palabras Claves: Instituto del Arbitraje – La Mediación – La Contabilidad – Profesional del Contabilidad.

## INTRODUÇÃO

Este artigo tem como temática o estudo sobre os Institutos da Arbitragem e da Mediação aplicado à resolução de processos judiciais e/ou extrajudiciais, para compreender como se efetiva e em que medida é possível ao profissional contábil contribuir para esse procedimento. A geração de dados acontece por meio do Tribunal de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul (TMA/RS), como também do Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Santa Rosa-RS (CEJUSC). O questionamento que predomina sobre a pesquisa é em que medida a aplicação da Arbitragem e da Mediação pode auxiliar a resolução de processos e apresentar-se como um campo profícuo à atuação do profissional da área contábil?

A hipótese pressuposta para responder ao problema é a de que haja contribuição significativa na agilidade dos processos e na satisfação das partes

envolvidas, permitindo a atuação do profissional da área contábil em situações que exijam o conhecimento desse âmbito do saber.

Logo, o objetivo geral é analisar os pressupostos teóricos do Instituto da Arbitragem e Mediação, a fim de responder à problematização proposta. Os objetivos específicos deste trabalho são:

- a) Estudar a teoria sobre a Arbitragem e a Mediação;
- b) Pesquisar a atuação do profissional contábil nessa seara;
- c) Realizar um estudo de caso no Tribunal de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul (TMA/RS), como também no Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Santa Rosa-RS (CEJUSC), sobre estes métodos e o papel do profissional contábil.

Justifica-se a pesquisa pela importância do tema, uma vez que é considerado algo novo e que pode trazer uma repercussão positiva para a comunidade acadêmica e a sociedade. A investigação torna-se viável pelo acesso à literatura acerca do Instituto da Arbitragem e Mediação, bem como às informações que serão geradas junto Tribunal de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul (TMA/RS), como também no Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Santa Rosa-RS (CEJUSC).

Assim, a contribuição está no reconhecimento da Arbitragem e da Mediação como instrumentos facilitadores para que os processos judiciais e/ou extrajudiciais sejam resolvidos com maior celeridade, proporcionando mais satisfação e entendimento às partes, uma forma alternativa para desafogar o judiciário.

Para a exposição clara da organização do estudo, apresentam-se quatro seções: a primeira trata do percurso metodológico da pesquisa; a segunda, da construção teórica acerca da teoria do Instituto da Arbitragem e Mediação; a terceira, sobre a atuação do profissional contábil nessa seara; a quarta expõe, a partir de um estudo de caso no Tribunal de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul (TMA/RS), como também no Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Santa Rosa-RS (CEJUSC) sobre os métodos de Arbitragem e Mediação e o papel do profissional contábil.

## 1 METODOLOGIA DA PESQUISA

A metodologia define-se como a utilização de métodos e, nesta seção, aponta-se a categorização da pesquisa, a geração de dados, a análise e a interpretação das informações, o método de abordagem e os de procedimento, bem como a descrição do perfil das entidades a serem investigadas.

Segundo Lakatos e Marconi, entende-se que o método é o conjunto das atividades sistemáticas e racionais que, com maior segurança e economia, permite alcançar o objetivo - conhecimentos válidos e verdadeiros -, traçando o caminho a ser seguido, detectando erros e auxiliando as decisões do cientista (LAKATOS; MARCONI, 2003). É por meio da utilização de métodos eficazes e bem estruturados que o pesquisador conseguirá orientar-se para realizar sua investigação de forma adequada. Para Gil,

Pode-se definir método como caminho para se chegar a determinado fim. E método científico como o conjunto de procedimentos intelectuais e técnicos adotados para se atingir o conhecimento. Muitos pensadores do passado manifestaram a aspiração de definir um método universal aplicável a todos os ramos do conhecimento. Hoje, porém, os cientistas e os filósofos da ciência preferem falar numa diversidade de métodos, que são determinados pelo tipo de objeto a investigar e pela classe de proposições a descobrir. Assim, pode-se afirmar que a Matemática não tem o mesmo método da Física, e que esta não tem o mesmo método da Astronomia. E com relação às ciências sociais, pode-se mesmo dizer que dispõem de grande variedade de métodos. (GIL, 2008, p.8).

A pesquisa caracteriza-se como teórico-empírica, pois se efetua o levantamento de dados no Tribunal de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul (TMA/RS), como também no Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Santa Rosa-RS (CEJUSC), por meio dos quais se investigam os principais elementos que evidenciem os benefícios que a Arbitragem e Mediação podem trazer para a sociedade e também para a área profissional. Assim, trata-se de um estudo de fins explicativos, pois busca difundir a temática de forma clara e compreensiva. Este estudo tem a incidência do método hipotético-dedutivo, conforme Gil,

Quando os conhecimentos disponíveis sobre determinado assunto são insuficientes para a explicação de um fenômeno, surge o problema. Para tentar explicar ou falseadas. Falsear significa tentar tornar falsas as consequências deduzidas das hipóteses a dificuldade expressa no problema, são formuladas conjecturas ou hipóteses. Das hipóteses formuladas, deduzem-se consequências que deverão ser testadas. Enquanto no método dedutivo procura-se a todo custo confirmar a hipótese, no método hipotético-dedutivo, ao contrário, procuram-se evidências empíricas para derrubá-la. (GIL, 2008, p.12).

Como métodos de procedimento, o trabalho realiza-se por meio do histórico, comparativo e monográfico, com o acesso à literatura, ao embasamento teórico, às informações empíricas geradas, sendo possível, a partir dessa triangulação, efetuar a comparação da prática com a teoria. Com efeito, a investigação é de cunho qualitativo, para atender aos fins explicativos:

A pesquisa explicativa é aquela que além de registrar e analisar os fenômenos estudados, busca identificar suas causas, seja através da aplicação do método experimental/matemático, seja através da interpretação possibilitada pelos métodos qualitativos. (SEVERINO, 2007, p.123).

A geração dos dados para este estudo, portanto, utiliza documentação direta intensiva, com a elaboração de entrevista semiestruturada a cada entidade, na tentativa de responder à pergunta de pesquisa. Segundo Severino, a Entrevista é uma

Técnica de coleta de dados de informações sobre um determinado assunto, diretamente solicitadas aos sujeitos pesquisados. Trata-se, portanto, de uma interação entre pesquisador e pesquisado. Muito utilizada nas pesquisas da área das Ciências Humanas. O pesquisador visa apreender o que os sujeitos pensam, sabem, representam, fazem e argumentam. ...As Entrevistas estruturadas são aquelas em que as questões são direcionadas e previamente estabelecidas, com determinada articulação interna. Aproxima-se mais do questionário, embora sem a impessoalidade deste. Com questões bem diretas, obtém do universo de sujeitos, respostas também mais facilmente categorizáveis, sendo assim muito útil para o desenvolvimento de levantamentos sociais. (SEVERINO, 2007, p.124, 125).

As entrevistas previamente elaboradas são encaminhadas ao Tribunal de Mediação e Arbitragem – TMA de Porto Alegre - RS, e também ao Centro Judiciário

de Solução de Conflitos – CEJUSC de Santa Rosa – RS, gerando as informações empíricas necessárias à análise que se propõe no trabalho.

## **2 INSTITUTO DE ARBITRAGEM E A MEDIAÇÃO: UMA POSSIBILIDADE DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.**

Nesta pesquisa, apresenta-se um breve estudo sobre os conceitos e a possibilidade de aplicação da Arbitragem e da Mediação, como técnicas alternativas de solucionar conflitos das mais diversas áreas. A existência de controvérsias na sociedade é algo comum, mas que, por meio de métodos adequados, podem ser resolvidos com maior celeridade. Conforme Tartuce, essas estratégias não são novidade, pois

A arbitragem consiste em um antigo método de composição de controvérsias consistente na escolha pelas partes de um terceiro para definir o destino da controvérsia. Sua utilização se verificou longamente no direito romano, tanto no período das ações da lei quanto no período formulário; a atividade do pretor se limitava a admitir ou não a dedução da querela em juízo. Sendo positivo seu juízo, passavam às partes a escolha do *arbiter* para definir a questão. (TARTUCE, 2008, p.74).

Como se tem o conhecimento, o acesso à justiça, especialmente no nosso país, não está sendo promovida conforme a necessidade e o direito da sociedade. Há excesso de burocracia e acúmulo de processos no Poder Judiciário, sendo que grande parte prolonga-se por anos até a sua definitiva resolução, o que gera diversos problemas e frustrações.

Para promover uma melhoria nessa questão, há o ressurgimento do Instituto da Arbitragem e Mediação, por meio da regulamentação da Lei Nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996, da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010 e da Lei Nº 13.140, de 26 de Junho de 2015. Segundo Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul (CRC, RS),

A Lei n. 9.307-96 trouxe consigo vantagens na adoção do juízo arbitral, destacando-se como principais:

1. A rapidez com que os litigantes escolhem os árbitros e fixam o prazo para que a sentença arbitral seja proferida;

2. A economia com que as partes negociam os honorários dos juízes e o tempo fixado para resolução do litígio;
3. O sigilo – principal característica na arbitragem –, pois somente às partes interessa o processo;
4. Os juízes especialistas possuem competência e conhecimento específico na matéria objeto do litígio;
5. A democracia, pois as partes convencionam com liberdade se o juízo arbitral será de direito ou equidade;
6. A informalidade e flexibilidade que, sem autuações, vista, carimbos, prazos e recursos desnecessários, utilizando conhecimento e bom senso, solucionam o litígio;
7. A tolerância que preserva as relações entre as partes em conflito; e,
8. A confiança, que é o maior compromisso e, por consequência, cria maior segurança entre as partes em conflito. (CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO RIO GRANDE DO SUL, 2005, p.19-20).

Há muitos estudos sobre os Institutos de Arbitragem e de Mediação e, para tornar claras as definições caracterizadores de cada um dos fenômenos, apresentam-se as considerações pertinentes aos métodos de forma esquematizada. Ao tratar de Legislação, por exemplo, expõem-se os seguintes destaques:

Item	ARBITRAGEM	MEDIAÇÃO
<b>Lei</b>	Lei de nº 9.307/96, sendo ampliada e melhorada com a Lei de nº 13.129/2015 (BRASIL, 2015).	Lei de nº 13.140, de 26 de junho de 2015. Entrou em vigor em janeiro/2016 (180 dias após a sua divulgação no Diário oficial) (BRASIL, 2015).
<b>Emenda</b>	Emenda 2, de 08 de Março de 2016, alterando e acrescentando artigos à Resolução 125 de 2010, renovada com a criação de CEJUSC e Câmaras Privadas (BRASIL, 2016).	

**Ilustração 1: Legislação Brasileira.**

Fonte: Produção da pesquisadora (2017).

Percebe-se, por meio da prescrição legal, que, com a prática desses métodos, o que se propõe não é a extinção do Poder Judiciário, mas otimizar os processos, propiciando maior espaço aos métodos consensuais. Com isso, pretende-se que os indivíduos, ao optarem por determinada estratégia, renunciem ao trâmite eminentemente Estatal, de maneira realmente voluntária e não devido à inacessibilidade ao Poder Judiciário, ao contrário do visto cotidianamente (PEREIRA, 2011).

Pode-se perceber que, com a regência de leis específicas, há um grande avanço para reinserir esses métodos na sociedade, pois são instrumentos que melhoram o acesso à justiça, que atende processos acumulados ao longo dos anos.

Sabe-se que existem fatores que geram certa resistência a sua utilização, como a falta de conhecimento da sua existência. No entanto, com maior divulgação e esclarecimentos à sociedade, esse panorama poderá ser mudado em futuro próximo. Para compreender de que forma podem ser executados esses institutos, segue a Ilustração 2:

Item	ARBITRAGEM	MEDIAÇÃO
<p><b>Formas de convencionar</b></p>	<p style="text-align: center;"><b>CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA</b></p> <p>A cláusula compromissória é a convenção através da qual as partes em um contrato comprometem-se a submeter à arbitragem os litígios que possam vir a surgir, relativamente a tal contrato.</p> <p>Deve ser estipulada por escrito, podendo estar inserta no próprio contrato ou em documento apartado que a ele se refira (BRASIL, 1996).</p> <p style="text-align: center;"><b>COMPROMISSO ARBITRAL</b></p> <p>O compromisso arbitral é a convenção através da qual as partes submetem um litígio à arbitragem de uma ou mais pessoas, podendo ser judicial ou extrajudicial.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Compromisso arbitral judicial: celebrar-se-á por termo nos autos, perante o juízo ou tribunal, onde tem curso a demanda.</li> <li>• Compromisso arbitral extrajudicial: será celebrado por escrito particular, assinado por duas testemunhas, ou por instrumento público (BRASIL, 1996).</li> </ul>	<p style="text-align: center;"><b>MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL</b></p> <p>O convite para iniciar o procedimento de mediação extrajudicial poderá ser feito por qualquer meio de comunicação e deverá estipular o escopo proposto para a negociação, a data e o local da primeira reunião.</p> <p>O convite formulado por uma parte à outra considerar-se-á rejeitado se não for respondido em até trinta dias da data de seu recebimento.</p> <p>Para a realização da primeira reunião de mediação, prazo mínimo de dez dias úteis e prazo máximo de três meses, contados a partir do recebimento do convite (BRASIL, 2015).</p> <p style="text-align: center;"><b>MEDIAÇÃO JUDICIAL</b></p> <p>Realizado em centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação, pré-processuais e processuais, e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição.</p> <p>Os mediadores não estarão sujeitos à prévia aceitação das partes, as quais deverão ser assistidas por advogados ou defensores públicos.</p> <p>Conclusão deve ser em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação. Se houver acordo, os autos serão encaminhados ao juiz, que determinará o arquivamento do processo. Solucionado o conflito pela mediação antes da citação do réu, não serão devidas custas judiciais finais (BRASIL, 2015).</p>

**Ilustração 2: Convenção da Mediação e Arbitragem.**

Fonte: produção das pesquisadoras.

Ao aprofundar-se no estudo acerca da Legislação no âmbito da Arbitragem, em suas formas de convencionar, pode-se citar a diferença de que, na Cláusula Compromissória, as partes preveem divergências futuras, remetem sua solução a Árbitros por elas indicadas, podendo ser por escrito, no próprio contrato ou em outro documento exclusivo. Já na segunda forma, do Compromisso Arbitral, a pendência é existente, o litígio é atual, em que as partes, de comum decisão, preferem designar um terceiro, alguém de confiança das partes, considerado Árbitro, para, juntos, buscar uma solução a determinado conflito.

A Arbitragem pode ser operacionalizada de duas formas: institucional e *ad hoc*. A primeira forma também chamada de arbitragem administrada, seguem as regras da Instituição ou de uma Câmara de Arbitragem. Quando em um contrato a cláusula arbitral se reporta a uma instituição arbitral para administrar o procedimento arbitral, seguem-se as regras de um regulamento, que determina como a arbitragem deve transcorrer. Já a segunda forma de colocar em prática a arbitragem é através da *ad hoc*, que por meio da qual as partes ou os Árbitros estabelecem as suas próprias regras para proceder à arbitragem do conflito em questão.

Neste caso, as partes fixam as regras e formas em que o processo arbitral será conduzido naquele caso específico. O procedimento arbitral não seguirá as regras de uma instituição arbitral, mas as disposições fixadas pelas partes, ou na ausência de disposição o procedimento será aquele determinado pelo Árbitro (ZULLO, 2017).

No que tange a Mediação, as suas formas de convencionar, pode-se notar que a primeira forma de tratá-la, é por meio Extrajudicial, uma parte enviando um Convite à outra, para ambas buscarem através do auxílio de uma terceira pessoa imparcial, de confiança, que tenha conhecimento para orientá-las na resolução do conflito.

Na segunda forma de Mediação, por via Judicial, esta recomendada pelo Juiz, pode ser pré-processual, acontecendo antes mesmo de realmente ser instaurado o processo, e a processual, sendo encaminhado o processo judicial ao Juiz, que através dos Centros Judiciários, criados para facilitar a resolução de conflitos, são realizadas as sessões de Mediação com Mediadores previamente definidos. A

seguir, a Ilustração 3 aborda sobre os princípios e aspectos mais relevantes destes métodos:

Item	ARBITRAGEM	MEDIAÇÃO
<p><b>Princípios e Aspectos importantes</b></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Autonomia;</li> <li>• Celeridade;</li> <li>• Direito / Equidade;</li> <li>Confidencialidade;</li> <li>• As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.</li> <li>• A arbitragem poderá ser de direito ou de equidade, a critério das partes.</li> <li>• As partes poderão escolher, livremente, as regras de direito que serão aplicadas na arbitragem, desde que não haja violação aos bons costumes e à ordem pública.</li> <li>• Poderão, também, as partes convencionar que a arbitragem se realize com base nos princípios gerais de direito, nos usos e costumes e nas regras internacionais de comércio (BRASIL, 1996).</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Imparcialidade do mediador;</li> <li>• Isonomia entre as partes;</li> <li>• Oralidade;</li> <li>• Informalidade;</li> <li>• Autonomiada vontade das partes;</li> <li>• Busca do consenso;</li> <li>• Confidencialidade;</li> <li>• Boa fé;</li> <li>• Com previsão contratual de cláusula de mediação, as partes deverão comparecer à primeira reunião de mediação;</li> <li>• Ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação;</li> <li>• Pode ser objeto de mediação o conflito que verse sobre direitos disponíveis ou sobre direitos indisponíveis que admitam transação.</li> <li>• A mediação pode versar sobre todo o conflito ou parte dele.</li> <li>• O consenso das partes envolvendo direitos indisponíveis, mas transigíveis, deve ser homologado em juízo, exigida a oitiva do Ministério Público (BRASIL, 2015).</li> </ul>

Ilustração 3: Princípios e Aspectos Importantes.

Fonte: produção das pesquisadoras.

Em relação aos princípios e aspectos importantes pode-se observar que apesar de suas peculiaridades, ambos os métodos buscam com objetividade confrontar com agilidade a resolução de conflitos através da composição das partes, com contribuição de pessoas capazes, com sigilo, através do bom uso da comunicação, trazendo simplicidade e economia para todos os envolvidos, sendo fundamental a escolha apropriada dos Árbitros e Mediadores, sejam estes vinculados a uma instituição ou definidos pelo acordo das partes. Neste viés, a Ilustração 4, apresenta algumas considerações sobre as instituições e entidades e os tipos de conflitos que podem ser tratados pelas mesmas:

Item	ARBITRAGEM	MEDIAÇÃO
<b>Instituições</b>	<p><b>Tribunal Arbitral ou Câmara Arbitral</b> É um tribunal privado com todas as obrigações, direitos e deveres de uma empresa comum, porém dotado de instrumentos jurídicos legais capazes de decidir discussões cíveis ou comerciais (TOSCANO, 2006).</p> <p>Podem ser tratados conflitos que envolvam direitos disponíveis. Exemplos: Direito do Trabalho: Verbas controversas após a rescisão do contrato de trabalho (homologado); Direito Imobiliário: Contrato de locação; Revisional de aluguel; Conflitos e despesas condominiais; Compra e venda de imóveis permuta;</p>	<p><b>Mediação Extrajudicial:</b> Pode ser em Tribunal ou Câmara arbitral, ou no local estipulado pelas partes;</p> <p><b>Mediação Judicial:</b> Pode ser num Centro Judiciário junto ao Fórum da cidade, nomeados de CEJUSC ou em Escritórios jurídicos filiados ao Fórum.</p> <p>Podem ser tratados casos como: Exemplo: Guarda e visita de filhos, pensão alimentícia, divórcio, divisão de bens, sucessão, dificuldade de convivência entre parentes, cuidados com idosos, questões de vizinhança e condomínios, ações possessórias;</p>
<b>Tipo de conflitos</b>	<p>Direito Civil: Inadimplência; Quebra de contrato; Ressarcimento por danos materiais; Infração contratual; Cobrança; Contrato sobre bens e serviços, Compra e venda;</p> <p>Direito do Consumidor: Contratos entre fornecedores, consumidores e fabricantes, seguros em geral; Cobranças;</p> <p>Direito do Trânsito: Acidentes de trânsito, conflitos secundários; Direito de família: Inventários, partilha de bens;</p> <p>Direito Comercial: Sociedades, contrato social, etc. (ZULLO, 2017).</p>	<p>Também podem ser objeto de mediação relações envolvendo direitos do consumidor, negócios e contratos entre particulares e ações de indenização (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2009).</p>

Ilustração 4: Instituições e Entidades, Tipos de Conflitos.

Fonte: produção das pesquisadoras.

Na busca por uma instituição ou entidade de Arbitragem e ou Mediação, que regulamenta seus procedimentos aplicados, deve-se tomar precaução na escolha da entidade, é aconselhável, antecipadamente à seleção, tomar conhecimento das suas regras, sua idoneidade, inclusive valores cobrados, entre outros detalhes, como o perfil do Árbitro e Mediador cadastrados. A Ilustração 5, apresenta algumas observações sobre a exercício destas funções:

Item	ARBITRAGEM	MEDIAÇÃO
<b>Quem exerce</b>	<p><b>ARBITRO:</b> Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, sendo sempre em número ímpar, podendo nomear, também, os respectivos suplentes.</p>	<p><b>MEDIADOR:</b> O mediador precisa ter: capacidade de escuta; capacidade de manter sigilo; imparcialidade, criatividade; capacidade comunicativa; conhecimento básico da legislação nacional; ética e conhecimento</p>

	<p>Deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição.</p> <p>O árbitro poderá determinar às partes o adiantamento de verbas para despesas e diligências que julgar necessárias.</p> <p>Estão impedidos de funcionar como árbitros as pessoas que tenham, com as partes ou com o litígio que lhes for submetido, algumas das relações que caracterizam os casos de impedimento ou suspeição de juízes, aplicando-lhes, os mesmos deveres e responsabilidades, conforme previsto no Código de Processo Civil (BRASIL, 1996).</p>	<p>dos direitos humanos; sensibilidade; estilo cooperativo (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, 2009).</p> <p>Poderá funcionar como <b>mediador extrajudicial</b> qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.</p> <p>Poderá atuar como <b>mediador judicial</b> a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e com capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça (BRASIL, 2015).</p>
--	---	---

Ilustração 5: Perfil do Árbitro e Mediador.

Fonte: produção das pesquisadoras.

Já a diferença entre o Juiz Togado e o Árbitro, segundo a Câmara de Mediação e Arbitragem de Brusque de Santa Catarina, está no Juiz exercer essa função de forma permanente, ou seja, vitalícia, pago pelo Estado, e, o Árbitro só julgar quando indicado para decidir um caso específico, onde que as partes pagam seus honorários, limitado a questões de direito patrimonial disponível, e pode agir com mais flexibilidade e independência em relação às estruturas burocráticas estatais (CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE BRUSQUE DE SANTA CATARINA, 2017).

A atuação do Árbitro deve ser embasada em conhecimentos aprofundados, com capacitação técnica adequada, sendo primordial a boa comunicação, com competências específicas, pois tem poder de decisão, de definir a sentença, e, para isso, necessita estar preparado para desempenhar esta função de forma imparcial e justa, Já a atuação do Mediador, também com o uso de técnicas apropriadas, postura coerente, auxilia na formulação do diálogo na busca de uma solução mais

satisfatória para ambas as partes. Neste viés, a Ilustração 6, demonstra como pode ser dada a conclusão destes métodos:

Item	ARBITRAGEM	MEDIAÇÃO
<b>Conclusão</b>	<p><b>SENTENÇA ARBITRAL</b></p> <p>O Árbitro é Jiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.</p> <p>Equipara-se à Sentença Judicial.</p> <p>Prazo: A sentença arbitral será proferida no prazo estipulado pelas partes. Nada tendo sido convencionado, o prazo para a apresentação da sentença é de seis meses, contado da instituição da arbitragem ou da substituição do árbitro (BRASIL, 1996).</p>	<p><b>ACORDO</b></p> <p>O procedimento de mediação será encerrado com a lavratura do seu termo final, quando for celebrado acordo ou quando não se justificarem novos esforços para a obtenção de consenso, seja por declaração do mediador nesse sentido ou por manifestação de qualquer das partes.</p> <p>A celebração de acordo, constitui título executivo extrajudicial e, quando homologado judicialmente, título executivo judicial, por sentença, sendo posteriormente arquivado.</p> <p>Mediação judicial deverá ser concluída em até sessenta dias, contados da primeira sessão, salvo quando as partes, de comum acordo, requererem sua prorrogação (BRASIL, 2015).</p>

Ilustração 6: Decisão do Conflito.

Fonte: produção das pesquisadoras.

Conforme se apresenta na legislação, a decisão do Árbitro é igualada à decisão de um Juiz Togado. Inexistindo o recurso. O prazo estimado para conclusão é de até 180 dias, salvo por prorrogação das partes. Na mediação, as partes com um bom trabalho de diálogo assistido e facilitado pelo Mediador, onde que as partes declaram a decisão, chegam num acordo, respeitando prazos estipulados previamente. Entretanto, a Ilustração 7 apresenta aspectos importantes sobre a nulidade da sentença ou acordo:

Item	ARBITRAGEM	MEDIAÇÃO
<b>Nulidade</b>	<p>Se caso for anulada a convenção de arbitragem;</p> <p>Caso haja impedimentos do árbitro;</p> <p>Comprovado que foi proferida por prevaricação, concussão ou corrupção passiva;</p> <p>Não cumprir os princípios que consta em Lei;</p> <p>Não decidir todo o litígio submetido à arbitragem;</p>	<p>A mediação pode ser revogada por vontade das partes, ou ser anulada, se houver qualquer vício no negócio jurídico.</p> <p>A mediação pode ainda ser homologada judicialmente, todavia, neste caso não pode ser revogada por vontade das partes, uma vez que, sentença homologatória produz efeito de</p>

	Proferida fora do prazo estipulado (BRASIL, 1996).	coisa julgada (GALO, 2015).
--	--	-----------------------------

**Ilustração 7: Nulidade da Decisão do Conflito.**

Fonte: produção das pesquisadoras.

Em caso do não cumprimento dos princípios e regras pode ocorrer à nulidade destes métodos, salvo de exceções, levando o conflito ao Poder Judiciário, para então finalizar o processo e buscar a solução almejada para as partes. Ao tratar sobre o item valores, a Ilustração 8, apresenta algumas considerações:

Item	ARBITRAGEM	MEDIAÇÃO
<b>Valores</b>	A arbitragem é sempre custeada pelas partes. Diante disso, elas que devem efetuar o pagamento dos honorários dos árbitros, visto que têm direito de serem remunerados pelo trabalho desempenhado. Os honorários do árbitro podem estar previstos nos acordos estabelecidos pelas partes ou nos regulamentos das instituições arbitrais que forem administrar o procedimento. O não pagamento dos valores devidos pelas partes aos árbitros poderá gerar execução de título extrajudicial. (SANTOS, GUIMARÃES, 2014).	A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes; Aos que comprovarem insuficiência de recursos será assegurada assistência pela Defensoria Pública (BRASIL, 2015).

**Ilustração 8: Valores.**

Fonte: produção das pesquisadoras.

Pode-se observar que na Arbitragem a remuneração dos Árbitros e suas demais despesas referentes ao conflito em questão serão custeadas pelas partes, previamente estabelecidas via regulamento, como também as mediações tratadas em Tribunal Arbitral. E, estes valores podem variar de acordo com o Regulamento de cada Tribunal ou Câmara Arbitral.

Já na Mediação Judicial tem-se a remuneração estabelecida pelo Tribunal a qual pertencem os Centros Judiciários de Solução de Conflitos da remuneração, sendo custeada pelas partes. Porém aos mais necessitados, comprovadamente, assistência gratuita assegurada.

Para auxiliar o trabalho do Árbitro foi elaborada a Carta Arbitral, em caso necessário, fazer cumprir a decisão do arbitro conforme esclarece a Lei da

Arbitragem, o Árbitro ou o Tribunal Arbitral poderá expedir carta arbitral para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo Árbitro (BRASIL, 1996).

Para constituir um Tribunal de Mediação e Arbitragem se faz necessário uma boa equipe de profissionais, árbitros ou juízes especialistas, com qualidades específicas e conhecimentos aprimorados em cálculos financeiros, sendo uma área interessante para o profissional de área contábil atuar.

Com o passar dos anos, com as alterações sofridas economia, através da globalização e a evolução da sociedade, e com a exigência do mercado de trabalho, o profissional da área contábil teve que buscar seu aperfeiçoamento nos mais diferentes aspectos, adaptar-se aos cenários econômicos, aprofundar seus conhecimentos, mantendo-se atualizado. Assim, ficando preparado para acompanhar as mudanças que vem surgindo, visualizando as oportunidades que pode aproveitar, muito além de apenas área empresarial, e entre estas se encontra a atuação na área da Mediação e Arbitragem. Segundo Brittes e Antonio fica

Evidenciado que na arbitragem o contador poderá exercer a função de árbitro, é comum que nos Tribunais Arbitrais um contador faça parte do quadro de árbitros. Dessa forma, as funções do contador como árbitro e técnico naturalmente se confundem e facilitam a solução do conflito sem a necessidade da perícia. (BRITTES; ANTONIO,2009).

Para fundamentar, a própria Lei de nº 9.307/96 prevê que quando for necessário poderá o Árbitro ou o Tribunal Arbitral tomar depoimento das partes, ouvir as testemunhas e determinar a realização de perícias ou outras provas que julgar necessárias, mediante requerimento das partes ou de ofício (BRASIL, 1996)

Verifica-se, portanto, que, além de Árbitro, o Contador poderá atuar isoladamente como Perito-Contador nos processos em que se torne necessária uma intervenção em auditoria ou perícia contábil, ou seja, nos casos em que o Árbitro julgar que seu conhecimento não é suficiente para proferir a sentença arbitral (BRITTES; ANTONIO, 2009).

Para atuar como Perito Arbitral, o Contador deve se cadastrar perante Tribunais ou Câmaras de Arbitragens legalmente instituídas. Conforme enfatiza

Brittes e Antonio, o juízo arbitral proporciona à sociedade a oportunidade de valer-se de profissionais experientes e conhecedores de matérias específicas, configurando-se o surgimento da figura do Árbitro Perito (BRITTES; ANTONIO, 2009).

O profissional da área contábil com seus conhecimentos amplamente desenvolvidos, educação continuada, com suas técnicas qualificadas, tem oportunidade de trabalhar como Mediador ou Arbitro. Segundo o Conselho Regional de Contabilidade do Rio Grande do Sul,

A atuação como árbitro depende do objeto da arbitragem e, por consequência, da qualificação do profissional. O Código de Processo Civil Brasileiro coloca, entre os objetos de arbitragem, questões envolvendo valores relativos a direitos patrimoniais. Tanto a formação requerida se enquadra no perfil do profissional da Contabilidade quanto o objeto da arbitragem em seu campo de atuação profissional, o que o inclui como profissional potencialmente capaz ao exercício da arbitragem (CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO RIO GRANDE DO SUL, 2005, p.39).

Para o profissional adequadamente qualificado e que tiver interesse em atuar nesta área, segue uma idéia de valores referente às taxas e honorários que um Árbitro e ou Mediador poderá ser remunerado, trata-se da Tabela de Custas e Honorários dos Árbitros e Mediadores da Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul (CAMERGS), localizada na Avenida Assis Brasil, 8787, em Porto Alegre – RS:

<b>CUSTAS E HONORÁRIOS DOS ARBITROS E MEDIADORES</b>	
<b>Taxa de Registro</b>	A taxa de registro deverá ser recolhida pelo Requerente, na data em que for solicitada a instauração do procedimento arbitral, na quantia de 0,5% do valor envolvido no conflito, observando o seguinte critério: a) o valor mínimo será R\$ 2.000,00; b) o valor máximo será R\$ 5.000,00. Não sendo possível definir o valor envolvido, o Requerente deverá recolher o valor mínimo, a título de taxa de registro, que deverá ser complementado quando o valor da demanda for fixado no Termo de Arbitragem.
<b>Taxa de Administração</b>	A taxa de administração a ser recolhida em partes iguais, pelo Requerente e pelo Requerido, quando solicitado pela Câmara, equivale a 1,5% do valor envolvido no conflito, observando o seguinte critério: a) o valor mínimo será R\$ 10.000,00; b) o valor máximo será R\$ 90.000,00. Os associados ao Centro das Indústrias do Rio Grande do Sul - CIERGS, que estiverem com suas obrigações financeiras regulares, terão desconto de 15% no valor correspondente à taxa de administração.

<b>Honorários</b>	Os honorários do(s) árbitro(s) deverão ser recolhidos, em partes iguais, pelo Requerente e pelo Requerido, quando solicitado pela
	Câmara. A carga horária mínima é 20 horas. Os honorários do(s) árbitro(s) serão calculados na base de R\$400,00 (quatrocentos reais) por hora. Durante o procedimento arbitral, a Câmara solicitará relatórios de horas parciais ao(s) árbitro(s) e, caso o número de horas ultrapasse o valor mínimo recolhido pelas Partes, será solicitada a respectiva complementação. Ao final do procedimento arbitral, com a prolação da sentença arbitral e esclarecimentos, se houver, o(s) árbitro(s) apresentará(ão) relatório de horas final, para que a Câmara elabore o demonstrativo de custas.
<b>Despesas</b>	Além das taxas de registro e de administração, bem como honorário de árbitro, as Partes deverão fazer recolhimento antecipado, quando solicitado pela Câmara, das despesas dos árbitros com gastos de viagem, diligências fora do local da arbitragem, realização de reuniões fora do horário de funcionamento da Câmara ou em outra localidade, dos honorários e despesas de perito (s) que atuarem no procedimento, serviços de intérprete, estenotipia e outros recursos utilizados pela Câmara para o bom andamento do procedimento. Quando o idioma do procedimento arbitral for uma língua estrangeira, por acordo entre as Partes, a Câmara contratará um(a) secretário(a) com fluência na língua escolhida, cujos honorários e despesas deverão ser rateados entre as Partes.

### Ilustração 9: Exemplo de Custas.

Fonte: produção das pesquisadoras.

Ao se tratar de valores, Tabelas de custas, podem variar dependendo de cada Tribunal ou Câmara Arbitral, com este exemplo de remuneração, pode-se notar que neste campo de mercado, poderá oportunizar bons rendimentos ao profissional atuante.

Para complementar, além do profissional contábil atuar como Contador, Perito, Mediador ou Árbitro, entre outras funções, poderá também atuar como Consultor no âmbito empresarial, orientar os seus clientes sob os mais diversos aspectos, inclusive para fazer uso dos métodos de Mediação e Arbitragem e mostrar os benefícios que podem trazer, elaborar os seus contratos e inserir as cláusulas específicas, redigidas devidamente conforme cada situação.

### 3 UM ESTUDO DE CASO: A ATUAÇÃO DO PROFISSIONAL CONTÁBIL EM ARBITRAGEM E MEDIAÇÃO NO CEJUSC E NO TMA/RS.

O presente estudo tem a finalidade além de divulgar mais estas formas

alternativas de resolver conflitos à sociedade, também tem o intuito de demonstrar aos profissionais de diversas áreas, mais especificamente da área contábil, que existe este campo promissor aberto para ser ocupado, ser trabalhado, que é a Mediação e a Arbitragem. Onde que poderá exercer seus conhecimentos e habilidades qualificadas, uma forma de auxiliar os profissionais da área jurídica, sendo mais uma vantagem para resolução dos conflitos existentes.

Para apresentar maiores informações, foi realizado um estudo de caso nas instituições: Tribunal de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul (TMA/RS), como também no Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Santa Rosa-RS (CEJUSC), através de entrevistas para ambas as entidades, e a seguir um relato dos dados levantados (APÊNDICE A, p. 86 ; APÊNDICE B, p. 87).

Questionado sobre quais são os tipos de mediações aplicadas pelo CEJUSC, o Excelentíssimo Juiz da Comarca de Direito de Santa Rosa – RS, o Senhor Eduardo Sávio Busanello, esclarece que a Resolução CNJ nº 125/2010 determinou a criação de Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania, sendo realizados mediações segundo estabelecido no Conselho Nacional de Justiça (APÊNDICE A, p. 86).

Nesse sentido, sobre o mesmo questionamento, a Mediadora a Sr<sup>a</sup>. Nola Figueiredo, do Tribunal de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul - TMA/RS explica que tratam apenas de conflitos relacionados aos direitos patrimoniais disponíveis, bens que podem ser livremente negociados, extrajudicialmente. Sendo que a Mediação é utilizada em todos os momentos, pois o objetivo sempre é o acordo entre as partes (APÊNDICE B, p. 87).

Busanello, questionado sobre quais os passos ou etapas dos procedimentos para um processo via Mediação, explica que, a mediação pode ser pré-processual, previamente a instauração do processo, encaminhada no CEJUSC ou na UNIJUI, ou processual, quando o processo é encaminhado pelo Juiz para a audiência de Mediação (APÊNDICE A, p. 86).

Sobre a mesma questão, Figueiredo, relata alguns detalhes dos procedimentos, onde que dispõe de uma Mediação Conciliadora, onde que o Requerente, instaura o procedimento declarando seu propósito e prestando as informações sobre o Requerido. Em data ajustada conforme disponibilidade das

Partes será realizada a Audiência, caso o acordo não ocorra, poderá ajustar-se com as Partes uma data para nova tentativa, e ou encerrar definitivamente o procedimento de Mediação, mas havendo acordo será firmado um Termo de Ajustamento de Propósitos de Mediação Conciliadora (APÊNDICE B, p. 87).

Quando o Juiz Busanello indagado se há homologação do Juiz togado nas mediações, e custos, o mesmo informa que ao se dar o acordo é feita a homologação do caso, não gerando custo, e ainda acrescenta que ao ajuizar uma ação, há custas são pagas para todos os atos processuais. Já no TMA-RS, Figueiredo expõe que não tem homologação por Juiz Togado (APÊNDICE A, p. 86; APÊNDICE B, p. 87).

Sobre os ramos tratados pelo CEJUSC, Busanello, responde que a mediação poder ser cível e de família, com exceções. Segundo Figueiredo, a mediação pode ser empregada em diversas áreas, como exemplo: do Trabalho, do Tributário, do consumidor, de escola, e também de Família (APÊNDICE A, p. 86; APÊNDICE B, p. 87).

Na questão sobre de que forma atuam os Mediadores e como os mesmos são selecionados, o Juiz Busanello cita que a mediação é realizada através de um mediador, um co-mediador e um observador, com preparação adequada. Sobre este questionamento, Figueiredo, coloca que existe um quadro com todas as pessoas qualificadas, para a seleção e aprovação das partes (APÊNDICE A, p. 86; APÊNDICE B, p. 87).

Ao perguntar sobre as características e requisitos de um Mediador, Busanello evidencia que para ser mediador é necessário, ter formação de nível superior (qualquer curso). E, ainda, a pessoa que demonstrar interesse e se identificar com a prática autocompositiva, terá que participar do curso teórico de 40h e estágio prático, supervisionado, destinado a voluntários, com ou sem vínculo com o Poder Judiciário, realizado pelo Tribunal de Justiça do Estado (APÊNDICE A, p. 86).

Sobre a mesma questão, Figueiredo, explica que as pessoas devem estar dispostas a ouvir as partes, e a lei diz em seu Art. 13, ser pessoa capaz e que tenha a confiança das partes, e afirma que para atuar no TMA/RS ou em uma de suas Seccionais deve-se fazer uma qualificação, para tomar conhecimento da filosofia Tribunal e também dos procedimentos, que são realizados 8 (oito) encontros com

instrutores próprios, todos mediadores/árbitros (APÊNDICE B, p. 87).

Busanello, ao ser perguntado sobre a realização de alguma perícia por meio da Mediação, no CEJUSC, responde que não são efetuadas. Já no TMA-RS, Figueiredo esclarece que são realizadas perícias, mas que ficam por conta das partes (APÊNDICE A, p. 86; APÊNDICE B, p. 87).

Quanto à questão sobre a existência de regras e ou penalidades no processo da Mediação, Busanello expõe que no CEJUSC, o mediador deve seguir regras estabelecidas no curso de formação, bem como os princípios estabelecidos na Lei da Mediação, sendo as penalidades as previstas no Código de Processo Civil. Por outro lado, Figueiredo responde que as regras estão dispostas na Lei da Arbitragem 9.307/96, e também na Lei da Mediação Lei 13.140/15, e ainda afirma que o mediador/árbitro deve sempre observar quanto à capacidade civil das partes (APÊNDICE A, p. 86; APÊNDICE B, p. 87).

Em relação à cobrança de valores no processo das Mediações e Arbitragens, segundo Figueiredo do TMA/RS – Porto Alegre Central, existe uma taxa de registro, para despesas de Cientificação, cada seccional estabelece o valor a ser cobrado. E na conclusão do processo tem custas e honorários que vai até 10% sobre o valor acordado ou arbitrado pela câmara sobre o valor final da causa (APÊNDICE B, p. 87).

Ao questionar sobre a atuação de profissionais da área contábil e demais áreas de profissionais nos processos em Santa Rosa-RS, Busanello confirma que geralmente os profissionais da área contábil atuam nas perícias de ações bancárias e comerciais, inclusive, os contabilistas, querendo, podem ser mediadores. Segundo ele, há vários profissionais atuando, como peritos, em processos, onde que cita: Engenheiros, Médicos, Psicólogos, etc. (APÊNDICE A, p. 86). Já no TMA/RS, de acordo com Figueiredo, na cidade de Santa Rosa,

Existe uma equipe multidisciplinar que já está dando providências para a abertura da Seccional no Município das seguintes áreas: 2 CONTADORES, 9 profissionais da área do Direito, 1 assistente social, 1 aposentada, 2 pedagogos, 3 administradores, 1 vendedora, 1 corretor de imóveis, 1 técnico em segurança do trabalho, 1 formado em ciências exatas, 1 engenheiro agrônomo, 1 psicóloga, 1 músico e 1 comerciante. (APÊNDICE B, p. 87).

Na questão que visa sobre qual a importância de profissionais das mais diversas áreas, mais especificamente da área contábil, se pode ser considerado um campo de trabalho promissor, aberto, Busanello enfatiza que os profissionais/peritos que atuam no processo como auxiliar do Juiz, e que existe a necessidade de formar bons peritos, principalmente na área contábil, sendo que há campo de trabalho para estes profissionais (APÊNDICE A, p. 86).

Para Figueiredo, também é com certeza um campo de trabalho promissor sendo de extrema importância a atuação do profissional contábil para a realização de perícia contábil, e análise de planilhas dos processos (APÊNDICE B, p. 87).

Para concluir, sobre o questionamento da opinião dos entrevistados sobre estas formas alternativas de resolver conflitos, Busanello na sua condição de Juiz Coordenador do CEJUSC acredita em todas as práticas autocompositivas, entre elas a mediação, a qual considera mais importante, por ter como objetivo primordial obter a paz social e, por consequência secundária, reduzir o número elevado de demandas que tramitam no Judiciário do Brasil, sendo essencial a participação dos profissionais de mais diversas áreas (APÊNDICE A, p. 86).

Figueiredo, deixa sua opinião, ressaltando, que a melhor forma de resolução de conflitos é através da Mediação e Arbitragem, pelo fato das partes interessadas saberem todos os infortúnios que as levaram a tal conflito, e os facilitadores ficam disponíveis para proporcionar o diálogo entre ambas através de várias técnicas para chegar a uma solução pacífica. E ainda deixando de judicializar e desafogando o Poder Judiciário (APÊNDICE B, p. 87).

Para finalizar, pode-se constatar nas informações obtidas, que ambas as entidades, com suas particularidades, mantém a concordância em relação à importância e a necessidade da atuação do profissional contábil nesta área, de auxiliar na resolução de conflitos tanto em Tribunais Arbitrais como também em Centros Judiciários de Solução de Conflitos.

## CONCLUSÃO

O estudo apresentado, sobre o Instituto da Arbitragem e Mediação, focaliza a

investigação da teoria, da compreensão da sua legislação, de seus princípios e aspectos mais relevantes, das etapas de seus procedimentos, bem como da realização de entrevistas às entidades: Tribunal de Mediação e Arbitragem do Rio Grande do Sul (TMA/RS), além do Centro Judiciário de Solução de Conflitos de Santa Rosa-RS (CEJUSC).

Todas essas estratégias de estudo tem a finalidade de verificar em que medida a aplicação dos métodos de arbitragem e mediação podem auxiliar na resolução de conflitos e compreender se pode ser um campo de atuação promissor às mais diversas áreas profissionais, neste caso mais específico, a área contábil.

Ao analisar as informações descritas, mesmo com algumas limitações, pode-se reconhecer que há muitos benefícios propiciados ao adotar esses métodos de resolução de conflitos, visto que o processo acontece de forma mais branda, eficaz, rápida, confidencial e, na maioria das vezes, mais econômica para as partes.

Nota-se que a busca por esses métodos está aumentando, devido principalmente à morosidade da justiça Estatal. Grandes empresas já estão optando por esse tipo de resolução de conflitos e tem-se a expectativa de que as empresas de todos os níveis também sejam inspiradas e procurem por esses métodos.

Diante disso, serão necessários mais profissionais, adequadamente habilitados, para atender toda a demanda, sendo de grande relevância a participação do profissional contábil, com sua bagagem de conhecimentos específicos, cooperando com os profissionais jurídicos na resolução de conflitos.

Ao realizar os estudos e observando o panorama atual do setor judiciário, consegue-se compreender que ainda há muito a ser discutido e difundido sobre esse assunto, que, com desempenho, divulgação, pode trazer esclarecimentos à sociedade. Certamente, a Mediação e a Arbitragem poderão contribuir para melhorar e agilizar o acesso à justiça para todos, oportunizando espaço para os que têm interesse e qualificação.

Por meio deste artigo, instiga-se a elaboração de mais pesquisas sobre o tema e a sugestão de que as mais diversas instituições de ensino, inclusive a Fundação Educacional Machado de Assis (FEMA), possam tematizar esse assunto nos cursos oferecidos, particularmente, no curso de Ciências Contábeis. Além disso, estende-se a ideia da formação de Tribunais ou Câmaras de Arbitragem e Mediação

compostas por acadêmicos, profissionais das mais variadas áreas, inclusive área contábil, na cidade de Santa Rosa – RS, assim poderá ser um meio de aperfeiçoar e agregar mais conhecimento profissional e contribuir para aprimorar a pacificação da sociedade.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 9.307, de 23 de Setembro de 1996**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9307.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm)>. Acesso em: 14 fev.2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.129, de 26 de Maio de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm)>. Acesso em: 14 fev.2017.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 13.140, de 26 de Junho de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm)>. Acesso em: 14 fev.2017.

\_\_\_\_\_. **Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010**. Disponível em: <[http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs\\_cnj/resolucao/arquivo\\_integral\\_republicacao\\_resolucao\\_n\\_125.pdf](http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/arquivo_integral_republicacao_resolucao_n_125.pdf)>. Acesso em: 14 fev. 2017.

\_\_\_\_\_. **Emenda 2, de 08 de Março de 2016**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/d1f1dc59093024aba0e71c04c1fc4dbe.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2017.

BRITTES, Renato; ANTONIO, Valéria de Souza. O Papel do Contador na Arbitragem. **Revista Mineira de Contabilidade**, v.2, n.34, 2009. Disponível em: <<http://revista.crcmg.org.br/index.php?journal=rmc&page=article&op=view&path%5B%5D=371&path%5B%5D=179>>. Acesso em: 16 fev. 2017.

CÂMARA DE ARBITRAGEM, MEDIAÇÃO E CONCILIAÇÃO DO CENTRO DAS INDÚSTRIAS DO RIO GRANDE DO SUL (CAMERGS). **Tabela de custas e honorários dos Árbitros e Mediadores**. Disponível em: <<http://www.camers.org.br/content/17>>. Acesso em: 13 fev.2017.

CÂMARA DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM DE BRUSQUE DE SANTA CATARINA. **Quem é o árbitro?** Disponível em: <<http://www.arbitragembrusque.com.br/archives/278>> Acesso em: 17 fev. 2017.

CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO RIO GRANDE DO SUL.CRC. **Arbitragem: a decisão por especialistas da Contabilidade**. Porto Alegre: CRC, 2005.

CRUZ, Marcilia Maria César F. da. **A Lei de Arbitragem e seus Efeitos**. Disponível em: <<http://www.cmaj.org.br/2012/10/30/a-lei-de-arbitragem-e-seus>>

efeitos/>. Acesso em: 16 fev.2017.

GALO, Carlos Henrique. **Mediação como Forma Alternativa de Solução de Conflitos e Acesso à Justiça**. Disponível em: <https://henriquegalo.jusbrasil.com.br/artigos/204394245/mediacao-como-forma-alternativa-de-solucao-de-conflitos-e-acesso-a-justica>. Acesso em: 16 fev.2017.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e Técnicas de Pesquisa Social**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

LAKATOS, Eva Maria; MARCONI, Marina de Andrade. **Fundamentos de Metodologia Científica**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

PEREIRA, Daniela Torrada. Mediação: um novo olhar para o tratamento de conflitos no Brasil. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=10864&revista\\_caderno=21](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10864&revista_caderno=21)>. Acesso em: 10 fev. 2017.

SANTOS, Flávia Daniela da Silva; GUIMARÃES, Luciana Aparecida. Arbitragem. **Revista de Ciências Jurídicas e Sociais**, v.4, n.1, 2014. Disponível em: <<http://revistas.ung.br/index.php/cienciasjuridicasesociais/article/viewFile/2298/1670>> Acesso em: 16 fev. 2017.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos Conflitos Cíveis**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2008.

TOSCANO, Fernando. **Entenda o que é o Juizado Arbitral**. Disponível em: [http://www.portalbrasil.net/2006/colunas/direito/fevereiro\\_01.htm](http://www.portalbrasil.net/2006/colunas/direito/fevereiro_01.htm)>. Acesso em: 16 fev.2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. 2009. **Mediação**. Disponível em: <<https://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/mediacao.html?print=true>>. Acesso em: 16 fev.2017.

ZULLO, Sergio Roberto. Perguntas e Respostas. **Tribunal Arbitral Brasileiro**. Disponível em: <<http://tribunalarbitralbrasileiro.org/site/perguntas-e-respostas/>>. Acesso em: 16 fev.2017.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do Trabalho Científico**. 23. ed. ver. e atual. São Paulo: Cortez, 2007.

## APÊNDICES

## APÊNDICE A – Entrevista com Exmo. Juiz de Direito

FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS
CURSO DE POS-GRADUAÇÃO MBS AUDITORIA E PERICIA
ENTREVISTA
Tema: Mediação

Entrevistado: Exmo. Juiz de Direito Eduardo Sávio Busanello
Acadêmica/Pesquisadora: Sandra Arenhart
Orientadora: Prof. <sup>a</sup> Dr. <sup>a</sup> Márcia Adriana Dias Kraemer
<b>QUESTOES PROPOSTAS</b>
<p><b>1. Quais são os tipos de mediações aplicadas pelo Cejusc? Judiciais e Extrajudiciais?</b> A Resolução CNJ n° 125/2010 determinou a criação dos NUPEMECs e CEJUSCs, em todos os estados federativos Na Comarca de Santa Rosa temos um CEJUSC (Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania), o qual realiza mediação nos moldes definidos pelo CNJ. A mediação pode ser extrajudicial (pré-processual) ou judicial. No CEJUSC temos mediadores judiciais e de família.</p>
<p><b>2. Quais são passos ou etapas dos procedimentos para um processo via Mediação?</b> Como dito, a mediação pode ser pré-processual, previamente a instauração do processo, ou processual. A mediação pré-processual pode ocorrer no CEJUSC ou no Posto do CEJUSC, junto a UNIJUI. Na mediação processual, o Juiz, após receber a inicial, verificando que a matéria é afeita, encaminha o processo para o CEJUSC, o qual vai pautar a mediação. Também, em qualquer momento do processo, o juiz pode submeter um processo a mediação, desde que a matéria debatida seja adequada.</p>
<p><b>3. Tem Homologação do Juiz togado? Gera algum custo para a realização dos processos por este meio de resolução?</b> Quando obtida a homologação, o acordo é homologado pelo Juiz Togado. A mediação, como uma audiência normal, não tem custo específico. Ao ajuizar uma ação, há custas que são pagas para todos os atos processuais.</p>
<p><b>4. Por meio do Cejusc, a Mediação pode ser utilizada em quais ramos do Direito?</b> A mediação é cível e de família. Todavia, no cível, nem todos os processos estão sujeitos a mediação, apenas aqueles que possuem conflitos de relações continuadas, como, por exemplo, direito de vizinhança. Uma ação cível de cobrança, de um cheque, não admite mediação, apenas conciliação.</p>
<p><b>5. De que forma atuam os Mediadores? Como os mesmos são selecionados?</b> Na sessão de mediação, atuam um mediador, um co-mediador e um observador, todos formados em mediação. A seleção é realizada pelo CEJUSC, de cada Comarca.</p>
<p><b>6. Quais as características e requisitos de um Mediador? Tem algum curso específico?</b> Para ser mediador é necessário, como requisito, ter curso superior (qualquer curso). Além disso, a pessoa de se identificar com a prática autocompositiva e ter interesse de participar da implantação desta política pública no Judiciário. O Tribunal de Justiça do Estado realiza curso teórico de 40h e estágio prático, supervisionado, destinado a voluntários, com formação de nível superior, com ou sem vínculo com o Poder Judiciário.</p>
<p><b>7. É realizado algum tipo de perícia por meio da Mediação? Ex: Trabalhista; Contábil</b> Não.</p>
<p><b>8. Existem regras e ou penalidades no processo da Mediação?</b> Na mediação, o mediador deve seguir regras estabelecidas no curso de formação, bem como os princípios estabelecidos no art. 2.º, da Lei 13.140, de 26 de junho de 2015 (Lei de Mediação), entre eles: I - imparcialidade do mediador; II - isonomia entre as partes; III - oralidade; IV - informalidade; V - autonomia da vontade das partes; VI - busca do consenso; VII - confidencialidade; VIII - boa-fé. As penalidades são as previstas no Código de Processo Civil.</p>

**9. Tem alguma atuação de profissionais da área contábil nos processos em Santa Rosa? Quais outras áreas de profissionais participam?**

Sim. Geralmente os profissionais da área contábil atuam nas perícias de ações bancárias e comerciais. Também, os contabilistas, querendo, podem ser mediadores. Há vários profissionais atuando, como peritos, em processos. Engenheiros, Médicos, Psicólogos, etc. Por exemplo, numa indenização por erro médico, com certeza, será realizada uma perícia por um médico.

**10. Qual a importância de profissionais das mais diversas áreas, mais especificamente da área contábil? Pode ser considerado um campo de trabalho promissor, aberto? Os profissionais/peritos que atuam no processo atuam como auxiliar do Juiz. Há necessidade de formar bons peritos, principalmente na área contábil, sendo que há campo de trabalho.**

**11. Qual a opinião do Excelentíssimo Senhor Juiz sobre esta forma alternativa de resolver conflitos? A importância da sua divulgação, e da participação de profissionais de outras áreas profissionais.**

Na condição de Juiz Coordenador do CEJUSC acredito em todas as práticas autocompositivas, entre elas a mediação, a qual reputo mais importante de todas. Na mediação o acordo é construído pelas partes, não imposto pelo Juiz. A mediação tem como objetivo primordial obter a paz social e, por consequência secundária, reduzir o número elevado de demandas que tramitam no Judiciário do Brasil. A mediação é uma política pública do Poder Judiciário, com enorme divulgação nos meios publicitários, caracterizando-se por uma quebra de paradigma, já que afasta o litígio, sendo essencial a participação dos profissionais de mais diversas áreas.

## APÊNDICE B – Entrevista com Mediadora do TMA/RS

<b>FACULDADES INTEGRADAS MACHADO DE ASSIS</b> <b>CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO MBS AUDITORIA E PERÍCIA</b> <b>ENTREVISTA</b>
Tema: Mediação e Arbitragem
Entrevistado: Mediadora Nola Figueiredo – Tribunal de Mediação e Arbitragem - TMA/RS
Acadêmica/Pesquisadora: Sandra Arenhart
Orientadora: Prof. <sup>a</sup> Dr. <sup>a</sup> Márcia Adriana Dias Kraemer
<b>QUESTÕES PROPOSTAS</b>
<p><b>1. Quais são os tipos de Mediações e ou Arbitragens aplicadas pelo TMA/RS? Judiciais e Extrajudiciais? Esclareça a aplicada.</b></p> <p><b>O TMA/RS – trata apenas de conflitos relacionados aos direitos patrimoniais disponíveis, é o que estabelece o art. 1º da lei 9.307/96, (Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a <u>direitos patrimoniais disponíveis</u>.) que são aqueles bens que podem ser livremente negociados, envolvendo pessoas físicas maiores e civilmente capazes ou pessoas jurídicas, <u>extrajudicialmente</u>. No TMA/RS a Mediação é utilizada em todos os momentos, pois o objetivo sempre é o acordo entre as partes.</b></p>
<p><b>. Quais são passos ou etapas dos procedimentos para um processo via Mediação e ou Arbitragem? Documentação necessária; Prazos de resolução.</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>❖ O TMA/RS tem dois procedimentos - <b>A Mediação Conciliadora</b>, onde Inicialmente o <b>Requerente</b>, devidamente identificado, instaura o procedimento declarando seu propósito e prestando as informações básicas para a identificação do <b>Requerido</b>.</li> <li>❖ Na seqüência a Seccional encaminha uma <b>Cientificação</b> ao Requerido.</li> <li>❖ Acompanha a Cientificação ao Requerido uma mensagem que contém uma série de informações úteis, destacando que, ao optar por requerê-lo para um <b>Fórum de Mediação</b>, o Requerente está oferecendo uma demonstração que preza pelo entendimento, e assim, abrindo espaço para a construção de uma solução legal pelo caminho do diálogo e da conciliação dos interesses momentaneamente divergentes.</li> <li>❖ Na Cientificação o Requerido é orientado a buscar a assistência de <b>Advogado</b> da sua confiança, o qual poderá acompanhá-lo nas Audiências de Mediação e Conciliação, orientando-o e esclarecendo-o quanto aos seus direitos.</li> <li>❖ Ao receber a Cientificação, o Requerido pode entrar em contato com a Seccional por telefone e/ou comparecer pessoalmente para agendar a Audiência de Mediação Conciliadora, sendo <b>assegurado o direito de livremente optar por esta via pacificadora de conflitos</b>.</li> <li>❖ Se optar por comparecer pessoalmente na Seccional, o Juiz Mediador Plantonista irá orientá-lo no sentido que a <b>Audiência de Mediação Conciliadora</b> é o momento de retomada do diálogo entre Requerido e Requerente, quando terão a oportunidade de apresentarem suas verdades, ouvirem e serem ouvidos, na busca da aproximação dos interesses conflitantes.</li> <li>❖ Em <b>data ajustada conforme disponibilidade das Partes</b>, ocorrerá a Audiência de Mediação Conciliadora, conduzida por uma <b>Câmara de Mediação</b>, composta por <b>03(três) Juízes Mediadores, conforme escala da Seccional</b>.</li> <li>❖ Ao iniciar a Audiência, o Presidente da Câmara esclarecerá as Partes quanto ao objetivo daquele ato, destacando que ao final o que se pretende é a pacificação do conflito, sendo-lhes garantida a <b>livre manifestação e oportunidade para defenderem suas posições, propor, negociar, transigir, repactuar, e construir o entendimento (acordo)</b>.</li> <li>❖ Na condução da Audiência, o Juiz Mediador Presidente da Câmara irá intervir no sentido de assegurar a palavra, o respeito mútuo, o diálogo propositivo, e <b>as prerrogativas dos Advogados</b> que estiverem atuando em assistência às Partes, <b>ao estimular a conciliação entre</b></li> </ul>

**os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios.**

- ❖ Caso o acordo não ocorra, poderá:
- ❖ Ajustar-se com as Partes uma data para nova tentativa de conciliação;
- ❖ Suspender-se o procedimento até a retomada em momento mais oportuno;
- ❖ Oportunizar a instauração de Procedimento de Mediação e Arbitragem colhendo a assinatura das Partes em um Termo de Compromisso Arbitral;
- ❖ Encerrar definitivamente o procedimento de Mediação Conciliadora, disponibilizando as Partes a expedição de Certidão de Tentativa de Conciliação.
- ❖ Havendo acordo será firmado um **Termo de Ajustamento de Propósitos de Mediação Conciliadora** no qual, pelo que foi livremente firmado entre as Partes, tendo como testemunhas os (03) três Juízes Mediadores que compuseram a Câmara de Mediação, estarão convencionando que o cumprimento integral de seus termos ali ajustados representará a plena quitação das obrigações de Parte a Parte e a pacificação do litígio acerca das questões ali acordadas.
- ❖ Por fim, o procedimento prevê **Cláusula Compromissória Arbitral**, onde fica definido que toda e qualquer dúvida ou eventual disputa decorrente do Termo de Ajustamento firmado, resolver-se-á conforme dispõe a Lei Federal 9.307/96, elegendo-se expressamente o **Tribunal de Mediação e Arbitragem do Estado do Rio Grande do Sul - TMA/RS**, suas Seccionais e seu regimentos, como Foro competente para dirimir tais questões.

**NA ARBITRAGEM** (muitas vezes existe cláusula compromissória onde as partes determinam que as disputas relativas a um contrato serão resolvidas através de arbitragem.)

A pessoa física ou jurídica ou até mesmo o advogado constituído, se dirige até uma Seccional, com documento de identificação (RG, CPF...), procuração caso seja advogado, cópias do documento referente ao litígio (contrato de prestação de serviços, cheque, nota promissória, contratos educacionais, condomínios, etc.) então é acolhida suas declarações iniciais e também o seu pedido, bem como uma declaração quanto o impedimento ou não de algum árbitro que compõe os nossos quadros. Após ele paga uma taxa de registro, então a parte requerida é cientificada e convidada a comparecer na Seccional para prestar as suas declarações e então é firmado o Termo de compromisso arbitral e agendada audiência para as partes dialogarem sobre tal conflito juntamente com 3 mediadores/árbitros em caso de não composição de acordo é agendada nova audiência de instrução para juntada de documentos ou até mesmo oitiva de testemunhas até 2 para cada parte, realizada audiência e não havendo novamente acordo entre as partes a câmara passará a decisão do litígio.

**3. Tem Homologação do Juiz togado?**

**Não.** Lei 9.307/96 - Art. 18. O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário.

**4. A Mediação pode ser utilizada em quais ramos do Direito? Do Trabalho; Do Tributário; do consumidor; quais mais?** A mediação pode ser utilizada nessas áreas mencionadas acima, bem como no Direito de Família, existe também a mediação escolar. Mas o TMA/RS e suas Seccionais só podem desenvolver o trabalho na área cível, dentro dos direitos patrimoniais disponíveis.

**5. De que forma atuam os Mediadores ou Árbitros? Como são selecionados? Nomeação, indicação; ou pelas partes?** No TMA/RS existe um quadro com todas as pessoas qualificadas. Quando as partes comparecem a Seccional é apresentado este quadro, para que o requerente ou requerido olhe e indique se existe algum impedimento (amigo, inimigo, familiar, etc.) quanto aos mediadores/árbitros, se sim então o requerente ou requerido indica qual deste estaria impedido o motivo e então este será retirado do sorteio da Câmara. Se não há qualquer impedimento dos mediadores passaremos ao setor responsável para o sorteio da câmara, conforme a disponibilidade dos mediadores/árbitros.

**6. Quais as características e requisitos de um Mediador ou Arbitro? Tem algum curso específico?** Sim, para atuar no TMA/RS ou em uma de nossas Seccionais deve-se fazer uma qualificação, para tomar conhecimento da nossa filosofia e também dos procedimentos, são 8 encontros com nossos instrutores todos mediadores/árbitros. As características ou requisitos: as pessoas devem estar dispostas a ouvir as partes, e a lei diz em seu Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes.

**7. É realizado algum tipo de perícia através da Mediação e ou Arbitragem?** Sim, mas é por conta das partes, quaisquer despesas quanto a pericias.

**8. Existem regras e ou penalidades no processo da Mediação e ou Arbitragem? Cite as principais.** As regras estão dispostas na Lei da Arbitragem 9.307/96, e também na Lei da Mediação Lei 13.140/15. O que o mediador/árbitro deve observar sempre é quanto à capacidade civil das partes.

**9. No processo das Mediações e Arbitragens é cobrado algum valor para a sua resolução?** No TMA/RS – Porto Alegre Central, existe uma taxa de registro, para despesas de Cientificação, cada seccional estabelece o valor a ser cobrado. Ao final do processo tem às custas e honorários que vai até 10 % sobre o valor acordado ou arbitrado pela câmara sobre o valor final da causa.

**10. Tem alguma atuação de profissionais da área contábil nos processos em Santa Rosa? Quais outras áreas de profissionais participam?** Na cidade de Santa Rosa, existe uma equipe multidisciplinar que já está dando providências para a abertura da Seccional no Município das seguintes áreas: 2 CONTADORES, 9 profissionais da área do Direito, 1 assistente social, 1 aposentada, 2 pedagogos, 3 administradores, 1 vendedora, 1 corretor de imóveis, 1 técnico em segurança do trabalho, 1 formado em ciências exatas, 1 engenheiro agrônomo, 1 psicóloga, 1 músico e 1 comerciante.

**11. Qual a importância de profissionais das mais diversas áreas, mais especificamente da área contábil? Pode ser considerado um campo de trabalho promissor, aberto?** Sim, com certeza é um campo de trabalho promissor devido a grande número de processos, quando a câmara não possui um membro da área contábil, deve-se tomar muito cuidado ao analisar planilhas de cálculos juntadas aos autos com isso a atuação de um profissional da área contábil é de extrema importância para a realização de perícia contábil.

**12. Qual a sua opinião sobre estas formas alternativas de resolver conflitos?** Melhor forma de resolução, pois as partes interessadas é que sabem todos os infortúnios que as levaram a tal conflito, e os facilitadores ficam disponíveis para proporcionar o dialogo entre ambas através de várias técnicas para as partes tenham autoconfiança para então através do bom senso e respeito cheguem a uma solução para o litígio. Recebendo as em ambiente diferenciado acolhedor, proporcionando a autonomia das partes, a autocomposição, de forma célere, confidencial. Deixando de judicializar e desafogando o Poder Judiciário.

## **O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA SOB A ÓTICA DO NOVO CPC E SUA REPERCUSSÃO NO PROCESSO DO TRABALHO**

Bruna Sinigaglia<sup>1</sup>  
Rosmeri Radke Cancian<sup>2</sup>

### **RESUMO**

O presente trabalho tem como tema a desconsideração da personalidade jurídica no novo Código de Processo Civil - CPC. O objetivo é analisar a personalidade jurídica e o procedimento de desconsideração frente ao novo diploma processual, a fim de compreender suas repercussões no processo do trabalho. O estudo busca verificar se o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, regulamentado no novo CPC, garante segurança e eficiência processual às partes no âmbito da Justiça do Trabalho. Para atingir esse objetivo, realiza-se uma análise doutrinária acerca do tema, em que se parte da noção geral da personalidade jurídica, com maior ênfase na Teoria da Desconsideração. Desenvolve-se uma análise específica acerca do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica, instituto com abrangência inovadora no novo diploma processual civil. Por fim, busca-se mensurar as repercussões do instituto no âmbito do processo do trabalho, que tem como regência subsidiária e supletiva as normas processuais civis.

Palavras-chave: Personalidade Jurídica – Desconsideração – Novo CPC – Processo do Trabalho.

### **ABSTRACT**

This present research has as its subject the piercing of the corporate veil viewed from the perspective of the new Civil Procedure Code - CPC. The objective is to analyze the legal personality and the procedure of disregard in the face of the new procedural law, in order to understand its impact on the labour process. The research aims to verify whether the incident disregard for legal personality, regulated in the new CPC, ensures safety and procedural efficiency to the parties within the Labour Court. To achieve the aforementioned purpose, a doctrinal analysis on the subject is carried, in which the starting point is the overall concept of legal personality, with greater emphasis on the Theory of Disregard. A specific analysis is developed on the Incident of Disregard of the Legal Personality, institute with innovative coverage in

<sup>1</sup> Mestranda do Programa de Pós-Graduação - Área de concentração em Práticas Socioculturais e Desenvolvimento Social, pela Universidade de Cruz Alta/RS (UNICRUZ) - Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES). Possui especialização em Gestão e Legislação Trabalhista pelas Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA, 2016). Possui Graduação em Direito pelas Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA, 2014). Advogada inscrita na OAB/RS sob o nº. 93.411. brunasinigaglia@hotmail.com

<sup>2</sup> Mestre em Docência Universitária, Especialista em Novos Direitos na Sociedade Globalizada, Docente do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis. rosmeri\_cancian@hotmail.com

the new civil procedural law. Finally, it is sought to measure the impact of the institute in the labour process, which has as subsidiary and supplementary regency the civil procedural rules.

Keywords: Legal Personality – Disregard – New CPC – Labour Procedure.

## INTRODUÇÃO

A Teoria da desconsideração da personalidade jurídica é amplamente utilizada no direito brasileiro. No entanto, apesar de muito usual, não se contava com uma legislação que tratasse de forma específica desta questão, em especial no tocante às normas processuais, que eram totalmente omissas a esse respeito.

Até pouco tempo, a desconsideração da personalidade jurídica vinha sendo aplicada sem que houvesse um procedimento específico a ser seguido. A multiplicidade de procedimentos, causada pela ausência de regulamentação legal, fazia com que a desconsideração fosse decretada sem a verificação dos requisitos materiais, ou pior, sem a citação das partes que compõem o polo passivo, impossibilitando, dessa forma, sua defesa.

Situações como esta eram muito frequentes no processo do trabalho, onde pelo simples fato da empresa não deter patrimônio suficiente para saldar o crédito do empregado, o magistrado decretava a desconsideração da personalidade jurídica, atacando o patrimônio pessoal dos sócios como forma de saldar o débito.

O novo CPC permite pacificar os inúmeros entendimentos acerca da desconsideração. Com o novo diploma processual, nasce o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, instituto que conta agora não apenas com normas de direito material, mas também com normas processuais que regulamentam a questão de forma específica.

A preocupação com o tema se justifica perante a insegurança jurídica que a ausência de procedimento único proporciona às partes, problema superado a partir do advento do novo CPC. Ademais, os reflexos da nova legislação processual civil são de grande relevância social, eis que, o momento é de transição entre um diploma processual totalmente omissos, para um código que trata de forma especial o procedimento a ser seguido nos casos de desconsideração da personalidade jurídica.

Pelo exposto, propõem-se este trabalho ao estudo das principais repercussões do incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, uma vez que este se utiliza das normas processuais civis de forma subsidiária.

Para a presente análise utiliza-se de pesquisa teórica, qualitativa, explicativa, obtida por meio de dados bibliográficos e pelo método hipotético-dedutivo. Parte-se de um estudo acerca da personalidade jurídica, seus recortes conceituais e seus requisitos, bem como sobre a teoria da desconsideração dessa personalidade. Em seguida, trata-se de forma especial das alterações trazidas pelo novo CPC em relação à matéria, e para finalizar se enfatiza as principais mudanças introduzidas no processo do trabalho, verificadas em razão da integração dos sistemas processuais.

## **1 A PERSONALIDADE JURÍDICA NO DIREITO BRASILEIRO**

Para que se possa compreender no que consiste a personalidade jurídica e quais as hipóteses de desconsideração, é necessário tecer algumas considerações acerca da pessoa jurídica.

No direito brasileiro as pessoas podem ser classificadas sob duas óticas, ou seja, pessoa natural ou pessoa jurídica. A pessoa natural é o ser humano, pessoa física propriamente dita, a qual adquire sua personalidade, direitos e obrigações, a partir do nascimento com vida. A pessoa jurídica, por outro lado, é uma ficção do direito, na qual pessoas naturais ou pessoas jurídicas já constituídas, que possuem interesses comuns, unem esforços, bens e capital próprio com a finalidade de desenvolver uma atividade econômica. A pessoa jurídica adquire personalidade jurídica com o ato do registro no órgão competente. Para Ricardo Negrão, personalidade jurídica conceitua-se da seguinte forma:

A personalidade jurídica é uma ficção jurídica, cuja existência decorre da lei. É evidente que às pessoas jurídicas falta existência biológica, característica própria das pessoas naturais. Entretanto, para efeitos jurídicos e, leia-se, para facilitar a vida em sociedade, concede-se a capacidade para uma entidade puramente legal subsistir e desenvolver-se no mundo jurídico. Sua realidade, dessa forma, é social, concedendo-lhe direitos e obrigações. (NEGRÃO, 2010, p. 263).

A personalidade jurídica surgiu da necessidade de disciplinar o agrupamento dos indivíduos que cooperavam entre si para alcançarem objetivos comuns. Era necessário atribuir personalidade própria a este grupo, a fim de que ele pudesse agir em nome próprio, como se fosse uma pessoa natural.

Para Gonçalves, a personalidade jurídica é proveniente do fenômeno histórico e social e —[...] consiste num conjunto de pessoas ou de bens, dotado de personalidade jurídica própria e constituído na forma da lei, para consecução de fins comuns. (GONÇALVES, 2009, p. 182).

Pode-se afirmar que o motivo mais relevante para a criação da pessoa jurídica dotada de personalidade própria, é a autonomia patrimonial da sociedade em relação ao patrimônio de seus sócios. O risco da atividade é inerente à própria atividade empresarial, portanto, conferir vida patrimonial própria e independente a sociedade, surge como um instrumento acautelatório do patrimônio pessoal dos sócios, que não foi investido na sociedade. Em relação à personalidade da pessoa jurídica, Silvio de Salvo Venosa explica:

As pessoas jurídicas, segundo essa corrente, são reais, porém dentro de uma realidade que não se equipara à das pessoas naturais. Existem, como o Estado que confere personalidade às associações e demais pessoas jurídicas. O Direito deve assegurar direitos subjetivos não unicamente às pessoas naturais, mas também a esses entes criados. Não se trata, portanto, a pessoa jurídica como uma ficção, mas como uma realidade, uma —realidade técnica. (VENOSA, 2003, p. 257).

São muitas as teorias que explicam a personalidade das pessoas jurídicas, no Brasil, a Teoria adotada é a Teoria da Realidade Técnica. Segundo ela, a personalidade dos grupos sociais é expediente de ordem técnica, sendo um atributo que o Estado defere a certas entidades para que elas possam alcançar determinados fins (GONÇALVES, 2009).

Por ora, a personalidade das pessoas jurídicas também está condicionada a alguns requisitos. Basicamente pode-se dizer que para uma pessoa jurídica adquirir personalidade, é necessário que se verifique primeiramente a *Affectio societatis*<sup>3</sup>, a licitude de seu objeto, um estatuto ou contrato social e por fim, o registro de seu ato constitutivo no órgão competente.

<sup>3</sup> Consiste na intenção dos sócios de constituir uma sociedade. (WIKIPEDIA, 2012).

Parte deste entendimento está expresso nos artigos 45<sup>4</sup> e 985<sup>5</sup> ambos do Código Civil, que disciplinam que a sociedade somente adquire personalidade jurídica com a respectiva inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos (BRASIL, 2002).

Com a aquisição de personalidade, a pessoa jurídica não se confunde com a pessoa dos sócios. Conseqüentemente, a pessoa jurídica passa a ter titularidade negocial, ou seja, poderá fazer negócios em seu nome, titularidade processual, que lhe permite demandar e ser demandada em juízo, e o mais importante, responsabilidade e autonomia patrimonial, a qual lhe permite patrimônio próprio, inconfundível e incomunicável com o patrimônio dos sócios (COELHO, 2011).

Em razão dessa autonomia patrimonial, o patrimônio dos sócios de responsabilidade limitada não será atingido em decorrência dos negócios celebrados pela pessoa jurídica. Dessa forma, aos sócios é conferido o benefício de ordem, direito previsto nos artigos 1.024<sup>6</sup> do CC, 596<sup>7</sup> do CPC/1973 e 795<sup>8</sup> do novo CPC.

É justamente em razão da autonomia patrimonial que surge um dos problemas mais graves no tocante a personalidade da pessoa jurídica, eis que, permite que a sociedade seja utilizada como instrumento para a prática de atos ilícitos, fraudulentos e lesivos a terceiros.

Ocorre que, algumas vezes, a pessoa jurídica é utilizada como um meio para que seus sócios possam fazer negócios obscuros sem que seu patrimônio pessoal seja prejudicado, ou até mesmo, utilizando-se do patrimônio da empresa em seu próprio favor, com intenção de escusar-se de obrigações contraídas.

<sup>4</sup> Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo. (BRASIL, 2002).

<sup>5</sup> Art. 985. A sociedade adquire personalidade jurídica com a inscrição, no registro próprio e na forma da lei, dos seus atos constitutivos. (BRASIL, 2002).

<sup>6</sup> Art. 1.024. Os bens particulares dos sócios não podem ser executados por dívidas da sociedade, senão depois de executados os bens sociais. (BRASIL, 2002).

<sup>7</sup> Art. 596. Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade senão nos casos previstos em lei; o sócio, demandado pelo pagamento da dívida, tem direito a exigir que sejam primeiro executados os bens da sociedade. (BRASIL, 1973).

<sup>8</sup> Art. 795 Os bens particulares dos sócios não respondem pelas dívidas da sociedade, senão nos casos previstos em lei.

§ 1º Cumpre ao sócio, que alegar o benefício deste artigo, nomear bens da sociedade, sitos na mesma comarca, livres e desembargados, quantos bastem para pagar o débito. (BRASIL, 2015).

Seu manejo doloso, seu uso com imprudência ou negligência, assim como seu exercício em moldes que excedem manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes, constituem ato ilícito. E se há uso ilícito da personalidade jurídica de sociedade, associação ou fundação, daí decorrendo danos a terceiros, é preciso responsabilizar civilmente aquele(s) que deu(ram) causa eficaz a tais prejuízos. (MAMEDE, 2012. p. 157).

Doutrinariamente a personalidade jurídica é um direito relativo, e por esse motivo, toda vez que a pessoa jurídica for utilizada como meio de fraude, é passível de sofrer a decretação da desconsideração de sua personalidade jurídica e, conseqüentemente, sua autonomia patrimonial será afastada, passando a atingir e vincular os bens particulares dos sócios para que haja a satisfação da dívida.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu a partir do século XIX nos países de *Common Law*<sup>9</sup>, mais especificamente por meio de decisões jurisprudenciais nos Estados Unidos, Inglaterra e Alemanha. Já nessa época, a desconsideração tinha como objetivo ignorar a autonomia patrimonial, responsabilizando direta, pessoalmente e ilimitadamente, o sócio por obrigação que aparentemente cabia à sociedade (COELHO, 2011, p. 153).

O primeiro caso de desconsideração da personalidade jurídica foi o caso de *Salomon v. Salomon & Com*, em 1897. Aaron Salomon constituiu uma empresa com os membros de sua família e algum tempo antes de sua falência, emitiu títulos privilegiados, os quais ele mesmo adquiriu, assim, *Salomon*, que passou a ser o credor privilegiado da sociedade em razão dos títulos que ele mesmo emitiu, obteve preferência em relação a todos os demais credores quirografários, e não pagou nenhuma das dívidas da empresa (LUDVING, 2010).

A personalidade da pessoa jurídica foi desconsiderada pela primeira instância da justiça da Inglaterra, no entanto, a Câmara dos Lordes reformou a decisão das instâncias inferiores acatando a defesa de *Salomon*. Foi a partir desse caso que o tema passou a ser visto na jurisprudência dos EUA e também da Alemanha (COELHO, 2011).

No Brasil, Rubens Requião, no final de 1960, foi o primeiro Jurista a tratar da desconsideração da personalidade jurídica. Sua Doutrina dava respaldo a decisões

<sup>9</sup> Palavra de origem inglesa que significa "direito comum". É o direito que se desenvolveu em certos países por meio das decisões dos tribunais, e não mediante atos legislativos ou executivos. (WIKIPEDIA, 2012)

de Juízes e Tribunais, sustentando sua aplicação mesmo perante o vácuo legislativo (GONÇALVES, 2009).

Posteriormente, com o advento do Código Tributário Nacional, a desconsideração da personalidade jurídica era aplicada por analogia a regra do artigo 135<sup>10</sup>, o qual responsabilizava pessoalmente os diretores, gerentes ou representantes legais de pessoa jurídicas que, praticassem atos com excesso de poderes ou infração a lei.

Foi com o advento do Código de Defesa do Consumidor, em 1990, que a desconsideração passou a ter um tratamento especial. O artigo 28<sup>11</sup> refere que, o juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade sempre que houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social, ou ainda nos casos de falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocada por má administração (BRASIL, 1990).

Com o advento do Código Civil de 2002, a desconsideração também passou a ser regulamentada pelo diploma civilista. Mesmo não estando expressamente transcrito, o artigo 50 deixa clara a intenção do legislador em trazer a desconsideração da personalidade jurídica para o referido diploma:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica. (BRASIL, 2002).

Há no direito pátrio, duas teorias que tratam sobre a desconsideração da personalidade jurídica. Adeptos da teoria menor defendem o entendimento de que a mera insolvência da pessoa jurídica permite a desconsideração de sua

<sup>10</sup> Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto. (BRASIL, 1966).

<sup>11</sup> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (BRASIL, 1990).

personalidade. Esta teoria é aplicada de forma restrita, e foi adotada pelo art. 28, § 5º do CDC e pela legislação ambiental (FARACO, 2014).

Já para os adeptos da teoria maior, adotada pelos civilistas, bem como transcrita no caput do art. 28<sup>12</sup> do CDC, é necessário provar o motivo pelo qual se está aplicando a desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, além do inadimplemento é necessário comprovar a fraude ou o abuso (FARACO, 2014). Em relação à Teoria Maior, Coelho traz a seguinte consideração:

A teoria maior da desconsideração da personalidade jurídica não é uma teoria contrária à personalização das sociedades empresárias e à sua autonomia em relação aos sócios. Ao contrário, seu objetivo é preservar o instituto, coibindo práticas fraudulentas e abusivas que dele se utilizam. (COELHO, 2003, p. 35).

A desconsideração da personalidade jurídica é medida excepcional, e somente deverá ser aplicada em hipóteses específicas, como veremos na sequência:

- a) Dolo e Fraude: O uso da pessoa jurídica para praticar atos ilícitos por meio de comportamento doloso e fraudulento é hipótese que sustenta a desconsideração da personalidade jurídica. Ou seja, não basta apenas praticar ato ilícito, é necessário que se comprove que esta ilicitude decorreu de ação dolosa, com intuito de causar prejuízos à terceiro.
- b) Desvio de Finalidade: Segundo Mamede, a pessoa jurídica é um ser finalístico, portanto, deverá praticar somente as atividades fins, que estão previstas em seu contrato social ou estatuto. Por sua vez, os atos que vão além do que está previsto, caracteriza-se como desvio de finalidade, ato ilícito que possibilita sua desconsideração (MAMEDE, 2012).
- c) Confusão Patrimonial: A pessoa jurídica goza de autonomia patrimonial, que lhe confere patrimônio independente daquele de seus sócios. Portanto, o patrimônio da pessoa jurídica e de seus sócios não podem se misturar, a empresa não poderá arcar com despesas de foro pessoal de seus sócios,

<sup>12</sup> Art. 28. O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração. (BRASIL, 1990).

sob a pena de desconsideração de sua personalidade. A esse respeito refere Gonçalves:

Configura-se confusão patrimonial quando a empresa paga dívidas dos sócios, ou este recebe crédito dela, ou o inverso, não havendo suficiente distinção, no plano patrimonial, entre pessoas – o que se pode verificar pela escrituração contábil ou pela movimentação de contas de depósitos bancários. Iguamente constitui confusão, a ensejar a desconsideração da personalidade jurídica da sociedade, a existência de bens dos sócios registrados em nome da sociedade, e vice-versa. (GONÇALVES, 2009, p 186).

Portanto, sempre que restar comprovado que o patrimônio da sociedade e de seus sócios não mantém mais autonomia entre si, estar-se-á diante de hipótese de desconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido, lembra Fredie Didier Jr.:

É preciso admitir que, nesses casos, assim como o direito reconhece a autonomia da pessoa jurídica e conseqüente limitação da responsabilidade que ela invoca, a própria ordem jurídica deve encarregar-se de cercear os possíveis abusos, restringindo, de um lado, a autonomia e, do outro, a limitação. É nesse cenário, portanto, que desponta a teoria de desconsideração da personalidade jurídica, visando corrigir essa eventual falha do direito positivo. Trata-se, pois de uma sanção à prática de um ato ilícito. (DIDIER JR., 2009, p. 278-279).

Apesar de não haver previsão legal, a doutrina e a jurisprudência já vêm admitindo a possibilidade de desconsideração inversa da personalidade jurídica. Isso ocorre quando o sócio transfere todo seu patrimônio para a pessoa jurídica da qual é sócio, com a finalidade de não responder por obrigação pessoal.

Quando tal fato ocorrer, o Juiz irá afastar a autonomia patrimonial da empresa para que esta seja responsabilizada pela obrigação de seu sócio, tendo em vista o caráter fraudulento que deu origem a transferência dos bens. Gonçalves cita como exemplo clássico de desconsideração inversa, o caso no qual um dos cônjuges registra seus bens de maior valor em nome da sociedade a fim de livrá-lo da partilha em uma possível separação judicial (GONÇALVES, 2009).

É importante destacar que o instituto da desconsideração da personalidade jurídica não irá desfazer o ato constitutivo da sociedade, tampouco irá gerar sua liquidação. Nesse sentido, Didier vem a corroborar com seu ensinamento:

Cumpra alertar, ainda, que a teoria da desconsideração da personalidade jurídica não pretende destruir o histórico princípio da separação dos patrimônios da sociedade e da pessoa jurídica, mas, contrariamente, servir

como mola propulsora da *funcionalização da pessoa jurídica*, garantindo as suas atividades e coibindo a prática de fraudes e abusos através dela. (DIDIER JR., 2009, p. 279).

Portanto, a desconsideração apenas acarreta a suspensão da personalidade jurídica da sociedade para aquele ato em que houve confusão patrimonial ou desvio de finalidade capaz de prejudicar terceiro. Para os demais atos praticados pela sociedade, nenhum efeito da desconsideração irá se operar, ou seja, eles permanecem nos moldes em que foram pactuados.

### 1.1 O NOVO CPC E O INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA

A Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica passou a ser debatida no Direito Brasileiro a partir da década de 60, com o doutrinador Rubens Requião. É possível afirmar que desconsideração da personalidade é um tema relativamente novo em nosso meio, o qual vem demonstrando maior repercussão no cenário jurídico e econômico dos últimos anos.

Verdadeiramente, a Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica nasceu do entendimento doutrinário, jurisprudencial e principiológico. Como já mencionado no primeiro título, a desconsideração da personalidade jurídica apenas ganhou previsão legal, propriamente dita, como o Código de Defesa do Consumidor na década de 90, e posteriormente também foi tratada de forma especial pelo Código Civil de 2002.

Dessa análise verifica-se que até o momento têm-se no ordenamento jurídico apenas previsões de direito material acerca do tema, carece-se, portanto, de normas procedimentais que disciplinem o modo com que a desconsideração da personalidade jurídica irá se perfectibilizar.

O Código de Processo Civil até então vigente, Lei nº 5.869 de 11 de Janeiro de 1973, era totalmente omissivo quanto à procedibilidade da desconsideração da personalidade jurídica. Nesse sentido ensina Carvalho:

Não há nenhuma lei, nem mesmo o Código Civil ou o Código de Processo Civil, estabelecendo procedimento específico para a desconsideração da

pessoa jurídica, ficando ao elevado alvedrio do magistrado condutor do feito estabelecer regras adequadas, que resguardem os direitos fundamentais da pessoa jurídica e de seus integrantes. (CARVALHO, 2006, p.908 *apud* GARCIA, p. 09).

Era justamente a ausência de uma legislação que disciplinasse o procedimento que deveria ser seguido na desconsideração da personalidade jurídica que ensejava tantas controvérsias no meio jurídico.

A dúvida assentava-se sobre a necessidade de propositura de uma ação autônoma para a decretação da desconsideração da personalidade jurídica, ou se ela poderia ser deferida em sede de despacho em um processo de execução ou no próprio cumprimento de sentença. A doutrina apresentava-se dividida quanto à essa questão. Adeptos da Teoria Maior defendiam que não era possível que a desconsideração da personalidade jurídica ocorresse em sede de processo de execução por meio de um mero despacho do Juiz.

Para seguidores dessa corrente, como Fabio Ulhôa Coelho, era preciso que se proporcionasse oportunidade para que as partes pudessem debater e trazerem provas da real existência dos pressupostos de desconsideração, pois "[...] simples despachos, em processo de execução, determinando a penhora de bens dos sócios, importa em flagrante violação ao direito constitucional do devido processo legal." (SILVA, 2002, p. 56 *apud* BASTOS, 2011, p. 02).

Para os adeptos da Teoria Menor, a desconsideração da personalidade jurídica poderia se operar por meio do próprio processo de execução, sem que houvesse qualquer violação ou cerceamento de defesa. Esse entendimento visava levar em conta a instrumentalidade, celeridade e efetividade do processo, eis que os sócios poderiam se manifestar em momento posterior a decisão que cerceou seus bens (BASTOS, 2011).

Majoritariamente o entendimento mais adotado pelos julgadores era o de que a desconsideração da personalidade jurídica não carecia de processo autônomo, podendo perfeitamente ser decretada no bojo do processo de execução. O jurista e doutrinador Fredie Didier Jr. muito bem se posiciona em seu entendimento de que, mesmo que a desconsideração ocorra por meio incidental, sem uma ação própria, é preciso permitir momentos para que as partes possam exercer seu direito de defesa, vejamos:

Admite-se como lícita, também, a citação do sócio já no processo de execução, desde que se instaure um incidente cognitivo – o que não é raro nem esdrúxulo, basta ver o exemplo do concurso de credores – no procedimento executivo, para que se apure, em contraditório, o preenchimento dos pressupostos legais que autorizam a aplicação da teoria, bem como se lhe permita o exercício da sua ampla defesa. Não é necessária a instauração de um processo de conhecimento com esse objetivo; o que se impõe é a existência de uma fase cognitiva, mesmo incidente, de modo que o contraditório possa ser exercitado. (DIDIER, 2012, p. 12).

Perante toda a divergência e entendimentos contraditórios, o novo Código de Processo Civil, Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015, também conhecido como "Código Fux"<sup>13</sup>, veio como uma luz para os juristas, pois finalmente apontou para um único procedimento para a desconsideração da personalidade jurídica.

Os requisitos necessários para a desconsideração da personalidade jurídica são aqueles já previstos nos citados artigos 50 do CC, 28 do CDC e 135 do CTN, o que é novo é justamente o procedimento que deverá ser adotado a fim de que se possa provar a existência dos requisitos e consequente desconsiderar da personalidade jurídica.

Tamanha foi à preocupação do legislador em regulamentar o procedimento de desconsideração, que o novo CPC conta com um capítulo próprio para regulamentar a matéria, qual seja, o capítulo IV do título III. A preocupação do novo CPC em regulamentar a desconsideração da personalidade jurídica não foi apenas a questão de proteção ao patrimônio dos sócios mais principalmente, proporcionar uma análise mais minuciosa dos requisitos capazes de ensejar a desconsideração, colocando fim a decisões que partem de meras presunções e que violam os princípios da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal (PALARO, 2015). O artigo 133 do novo CPC inaugura o capítulo próprio trazendo os principais ensinamentos acerca do incidente de desconsideração, vejamos:

Art. 133. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo.

§ 1º O pedido de desconsideração da personalidade jurídica observará os pressupostos previstos em lei.

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de desconsideração inversa da personalidade jurídica. (BRASIL, 2015).

<sup>13</sup> O novo Código de Processo Civil foi formado por uma comissão de jurista presidida pelo Ministro do STF, Luiz Fux, dando origem a demonização "Código Fux".

Este artigo apresenta mudanças significativas e também simboliza um avanço legislativo, pois pela primeira vez, a desconsideração da personalidade jurídica passa a ser tratada não apenas no âmbito do direito material, mas também no direito processual.

Primeiramente há de se destacar que a partir da vigência do novo CPC, a desconsideração da personalidade jurídica apenas poderá ser instituída de forma incidental ao processo principal, quando requerido pela parte interessada ou a pedido do Ministério Público, quando este estiver operando como fiscal da lei.

Essa inovação trazida pelo novo diploma legal, tem como um de seus objetivos, impedir que a desconsideração da personalidade jurídica ocorra por meio de um incidente arbitrário dos próprios magistrados. É de notório conhecimento que no antigo modelo processualista, como não havia um procedimento estabelecido na lei, os Juízes decretavam a desconsideração da personalidade jurídica por meio de mero despacho, sem ter no mínimo possibilitado que as partes apresentassem previamente suas alegações.

Pois bem, com o novo CPC, a desconsideração da personalidade jurídica, *ex officio*, não poderá mais ser aplicada. O Juiz somente poderá decretar a desconsideração quando assim for solicitado pelas partes ou pelo Ministério Público.

Sem dúvidas, esta é uma questão bastante polêmica entre os doutrinadores. A desconsideração da personalidade jurídica guarda em seu interior o interesse público, pois a sua decretação visa garantir um interesse que vai além uma simples obrigação entre particulares.

Defende-se o entendimento de que, quando a pessoa jurídica não está cumprindo com sua finalidade, praticando atos fraudulentos, a sociedade como um todo é prejudicada, "[...] desviar a atividade fim é cometer abuso de direito, verdadeiro ato ilícito civil", motivo pelo qual, justificava a atuação dos magistrados em decretarem de ofício sua desconsideração de modo a chegar ao patrimônio pessoal dos sócios (LOVATO, 2014). Nesse sentido defende Lovato:

A desconsideração da personalidade jurídica, que tem por base verdadeiro ato ilícito civil, também deveria ser permitida ao magistrado praticar de ofício, pois visa garantir uma tutela, normalmente executiva, e possui a mesma natureza da fraude a execução. (LOVATO, 2014, p. 261).

Outra inovação de suma importância é a expressa admissão da desconsideração inversa da personalidade jurídica, conforme § 2º do referido artigo. Embora a desconsideração inversa não esteja prevista em nosso direito material, a jurisprudência, por meio de uma interpretação extensiva, vem concedendo-a. Mesmo assim, o novo CPC trata de disciplinar o entendimento dos Tribunais, prevendo a aplicação do incidente também para os casos em que se tem como objetivo alcançar os bens da empresa a fim de saldar obrigações dos sócios (PALARO, 2015).

O novo CPC também se preocupou em regulamentar outros detalhes acerca da desconsideração da personalidade jurídica, conforme podemos perceber no artigo 134 do referido diploma:

Art. 134. O incidente de desconsideração é cabível em todas as fases do processo de conhecimento, no cumprimento de sentença e na execução fundada em título executivo extrajudicial.

§ 1º A instauração do incidente será imediatamente comunicada ao distribuidor para as anotações devidas.

§ 2º Dispensa-se a instauração do incidente se a desconsideração da personalidade jurídica for requerida na petição inicial, hipótese em que será citado o sócio ou a pessoa jurídica.

§ 3º A instauração do incidente suspenderá o processo, salvo na hipótese do § 2º.

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica. (BRASIL, 2015).

Conforme podemos extrair do referido artigo, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica é instrumento cabível em qualquer fase do processo, seja em fase de conhecimento, cumprimento de sentença, execução de título executivo extrajudicial ou até mesmo em fase recursal (PALARO, 2015). A partir do novo diploma legal, a desconsideração da personalidade jurídica poderá ser instaurada por meio de incidente ao processo principal, ou por meio de ação autônoma por meio de petição inicial.

A desconsideração por incidente está prevista no artigo 134, § 1º do CPC. O incidente será requerido pelas partes legitimadas e será acessório a um processo principal que já está em tramitação, cujo resultado poderá ser prejudicado em decorrência dos atos fraudulentos que levaram a dilapidação do patrimônio da pessoa jurídica (BRASIL, 2015).

Assim que o incidente for instaurado, será de imediato comunicado o distribuidor afim de que proceda com as medidas cabíveis, restando suspenso o processo principal até o término do incidente, conforme dispõem § 1º e § 3º do artigo 134 do CPC, eis que, o incidente se trata de uma questão prejudicial, a qual deverá ser resolvida antes do mérito do processo principal, motivo pelo qual este deverá permanecer suspenso (FERRAGUT, 2015).

O novo instituto processual também possibilita que a parte legitimada possa requerer a desconsideração da personalidade jurídica em sua peça inaugural, desde que preencha os requisitos materiais para requerê-la. Ou seja, a parte pleiteia seu objetivo principal, e já requer que o patrimônio dos sócios ou o patrimônio da empresa, nos casos de desconsideração inversa, sejam atingidos para saldar a obrigação invocada (LOPES, 2015).

Assim, quando a desconsideração é mencionada na própria petição inicial, considera-se uma forma de economia e celeridade processual, pois o processo não será suspenso para a apuração de possível desconsideração.

Em respeito aos princípios constitucionais do contraditório, ampla defesa e do devido processo legal, princípios que eram considerados desrespeitados pelo antigo método de desconsideração, passaram a ser assegurados tanto no incidente quanto no requerimento feito na própria petição inicial.

Segundo o artigo 135, quando "[...] instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias." (BRASIL, 2015). Assim, tanto quando a desconsideração for invocada por incidente quanto na petição inicial, os sócios e a pessoa jurídica serão citados para manifestarem-se, inclusive requerendo às provas que acharem cabíveis, em um prazo de 15 (quinze) dias.

Depois que as partes apresentarem suas alegações e provas, caberá ao Juiz decidir acerca da desconsideração da personalidade jurídica, decisão que será exarada de forma interlocutória, eis que tem como objetivo apenas decidir a questão incidente, sem dar uma solução final à lide principal que tramita naquele juízo, conforme prevê art. 136 do novo CPC (PALARO, 2015).

Segundo o artigo 136, caput e parágrafo único do novo CPC, o recurso aplicável para ao incidente será o agravo de instrumento, na forma do artigo 1.015,

IV, do CPC. Nos casos em que a decisão for proferida por Relator, em ações de natureza originárias ou pendentes de recurso, caberá agravo interno na forma do artigo 1.021 do CPC (FERRAGOUT, 2015).

Por fim, após decretação da desconsideração da personalidade jurídica, a alienação ou a oneração de bens, ocorrida com objetivo de fraudar a execução, será declarada ineficaz em relação ao requerente, conforme entendimento transcrito no artigo 137 do novo CPC.

Considera-se oportuno referir que, a desconsideração da personalidade jurídica apenas "[...] torna ineficaz e imponível, ao juízo, as limitações de responsabilidade previstas em lei e no contrato social da empresa." (LOVATO, 2014. p. 262). No entanto, a empresa continuará a existir, mantendo-se plenamente válidos aqueles atos praticados em conformidade com a lei e com boa-fé. Ademais, os efeitos da desconsideração apenas atacam os sócios ou administradores que agiram com a intenção de prejudicar terceiros, mantendo-se inatingíveis os demais credores de boa-fé, salvo condições especiais.

### **1.1.1 Desconsideração no processo do trabalho sob a ótica do novo CPC**

Na Justiça do trabalho tem-se reconhecido a desconsideração da personalidade jurídica com muita facilidade. A simples ausência de patrimônio da empresa já é fundamento para que o patrimônio dos sócios seja atingido como forma de sanar os passivos trabalhistas em aberto.

Grande parte dos Juízes vem aplicando a Teoria Menor a fim de justificar a decretação da desconsideração da personalidade jurídica. De acordo com esse entendimento, toda vez que a empresa não possui patrimônio para cumprir com as dívidas trabalhistas, os bens pessoais dos sócios serão chamados a saldar o crédito, tendo em vista a natureza superprivilegiada do crédito trabalhista e o seu caráter alimentar.

A Teoria do Risco da Atividade Econômica e o princípio da alteridade, implícitos no artigo 2º da CLT, também servem como embasamento para a desconsideração da personalidade jurídica. De acordo com o referido dispositivo legal, o empregador assume os riscos da produção, dessa forma, a desconsideração

da personalidade jurídica, nos casos de insolvência, se mostra viável, eis que o empregador, que foi quem teve o aumento de patrimônio em razão da atividade, permaneceria ileso, enquanto o empregado, que nunca participou do resultado positivo da empresa, teria seu patrimônio pessoal diminuído, em razão do não pagamento de seu labor (FARACO, 2014).

Nesse sentido, memorável se fazem os ensinamentos de Carina Rodrigues Bicalho, com seu texto publicado na Revista Forense:

[...] o princípio da alteridade e o caráter alimentar do crédito trabalhista, na situação concreta de colisão entre proteção à autonomia patrimonial de sócios/sociedade e a satisfação do trabalhador, fazem preceder o valor trabalho à iniciativa privada, pois a empresa deve servir ao homem e não este àquela. Ao ponderar os valores da dignidade da pessoa humana e do trabalho em contraposição ao valor da livre iniciativa, tende a balança para os primeiros quando a análise serve ao caso concreto trabalhista. [...] cede à proteção à personalidade jurídica em face da proteção ao trabalhador, pessoa humana cuja dignidade é valor constitucional, mormente quando deixa de cumprir sua função social. (BICALHO, 2004, p. 43).

O patrimônio dos sócios e da pessoa jurídica, em regra não se confundem, tendo em vista o princípio da autonomia patrimonial. Portanto, de acordo com os dispositivos de direito material, o Juiz somente poderia afastar essa autonomia patrimonial nos casos de abuso e desvio de finalidade ou confusão patrimonial, o que não corresponde à maioria das decisões proferidas na Justiça do Trabalho no Brasil.

Presencia-se no direito do trabalho que a desconsideração da personalidade jurídica vem sendo aplicada de ofício pelos magistrados, —[...] o abuso da personalidade jurídica tem sido presumido pela mera ausência de pagamento da condenação pela pessoa jurídica [...]II, inclusive, considerando desnecessária a citação dos sócios ou administradores para efetuarem o pagamento da dívida, ou seja, a desconsideração ocorre de forma —automáticaII (RABAY, 2015, p.01).

Essa forma diferenciada de interpretação e aplicação da desconsideração da personalidade jurídica no direito do trabalho é fruto da ausência de uma norma de caráter processual. A CLT não contempla nenhuma norma específica acerca da desconsideração da personalidade jurídica, até mesmo pelo fato de que, em meados do ano de 1943, tampouco se falava sobre esse assunto.

Em razão da omissão do microsistema jurídico trabalhista, o direito processual do trabalho sempre buscou no processo civil, o respaldo para a tramitação de suas demandas. No entanto, a aplicação subsidiária do CPC a CLT já dava ensejo a grande discussão na época de sua promulgação.

O ponto de debate entre os doutrinadores era a autonomia do direito processual do trabalho em relação ao direito processual civil. De acordo com o entendimento dos monistas<sup>14</sup>, o processo do trabalho é um simples desdobramento do processo civil, portanto, as regras de um instituto poderiam ser utilizadas subsidiariamente pelo outro, eis que ambos formam um único contexto maior. Já para os dualistas<sup>15</sup>, o processo do trabalho é totalmente autônomo em relação ao processo civil, tendo em vista que, ambos os institutos possuem regramentos e princípios próprios, e inclusive autonomia didática (KOURY, 2012).

Por mais que haja entendimentos divergentes, ao se partir de uma análise hermenêutica acerca do texto celetista, percebe-se que se esta diante um sistema aberto, o qual permite a aplicação do princípio da subsidiariedade. Essa constatação decorre dos artigos 8º, 769 e 889 da CLT, cláusulas abertas que permitem que "[...] nos casos omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo que for incompatível." (BRASIL, 1943).

O direito processual do trabalho sempre se utilizou do princípio da subsidiariedade como forma de regulamentar matéria sobre a qual seu texto fosse omissos. No caso da desconsideração da personalidade jurídica, o processo do trabalho não encontrava nenhuma regulamentação nem em seu microsistema, nem no processo comum, motivo que possibilitava que os julgadores aplicassem o instituto da forma com que melhor se adaptasse a demanda, sem que houvesse um procedimento padrão.

O problema que enfrentam os litigantes reside no fato de que, por não haver regramento legal para proceder ao ingresso do sócio nos autos, assumindo

<sup>14</sup> Para os monistas só existe uma ordem jurídica, que engloba o direito interno e o externo, ou seja, o direito é um só. O direito interno e o externo são elementos de uma única ordem jurídica, de um único ordenamento. Hans Kelsen é um dos defensores desse entendimento. (ROQUE, 2010).

<sup>15</sup> Para os Dualistas, existem duas ordens jurídicas, a interna e a externa, cada uma com fundamentos de validade distintos e destinatários distintos. O direito interno cuida de relacionamento entre pessoas pertencentes a um Estado, ou entre um Estado e seus cidadãos. Por outro lado, o Direito Internacional cuida do relacionamento entre um Estado e outros Estados. (ROQUE, 2010).

a posição do devedor judicial, temos uma multiplicidade de procedimentos, ocasionando séria insegurança jurídica. Em alguns casos respeita-se o direito de defesa, concedendo-se prazo para manifestação do sócio antes de atingir seu patrimônio, mas em outros casos há penhora de imediato, sem que o interessado tenha seu direito de defesa assegurado, o que a própria CLT garante ao executado, que é parte no processo (CLT, artigo 880). (MANUS, 2015, p.02).

Por essa razão, era muito usual no processo do trabalho, que a desconsideração da personalidade jurídica fosse decretada *ex officio*, logo após a constatação de ausência patrimonial para saldar o crédito trabalhista. Pois bem, se não havia norma regulamentadora em nenhum instituto processual, cabia aos juízes do trabalho adequar o procedimento de forma a atender os principais objetivos da justiça do trabalho, consistentes na celeridade processual e na proteção dos direitos da classe empregada, em decorrência de sua fragilidade e submissão.

O novo CPC veio, de forma inovadora, trazer a regulamentação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica, bem como a aplicação subsidiária de suas normas a outros institutos jurídicos. Em relação à subsidiariedade, o artigo 15 do novo CPC traz a previsão de que —[...] na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente. (BRASIL, 2015).

Portanto, tendo como base as cláusulas abertas da própria CLT, juntamente com o artigo 15 do novo diploma processual civil, não há como afastar o entendimento de que nos casos de omissão aplicar-se-á o processo comum ao processo do trabalho sempre que houver compatibilidade entre as normas (MANUS, 2015).

Embora esteja clara a aplicação subsidiária das regras do novo CPC ao processo do trabalho, entendimentos antagônicos afirmam que não seria aplicável o incidente de desconsideração da personalidade jurídica na esfera trabalhista. Contudo, o Supremo Tribunal Federal já se posicionou em várias oportunidades acerca do caso, e afirmou que para o Juiz poder justificar a não aplicação válida da lei, só restaria a sua declaração de inconstitucionalidade, portanto, se a regra do novo CPC for constitucional, como de fato o é, não poderá o Juiz do trabalho simplesmente desconsiderar a personalidade da pessoa jurídica sem seguir os tramites processuais agora legalmente estabelecidos (MANUS, 2015).

A aplicação do processo comum ao processo do trabalho decorre da regra legal e não da vontade do juiz. Se há omissão do texto consolidado e não há incompatibilidade entre a regra do processo comum e o processo do trabalho, sua aplicação é obrigatória. Resta ao juiz da causa avaliar se há ou não omissão e incompatibilidade. (MANUS, p. 03, 2015).

A justificativa que sustenta a incompatibilidade do incidente de desconsideração ao processo do trabalho é a colisão entre os princípios da celeridade, concentração, economia processual, eventualidade e oralidade, os quais norteiam o processo do trabalho e os princípios constitucionais da ampla defesa, contraditório e devido processo legal.

O grande receio está no fato de que o incidente disciplinado pelo novo CPC irá acabar com a agilidade com que a matéria é tratada no processo do trabalho, tornando o processo moroso. No entanto, é preciso analisar que a multiplicidade de procedimento até então adotados deixava as partes, em especial o empregador, em um polo desprovido de segurança jurídica, pois seus bens particulares poderão ser atingidos a qualquer momento, até mesmo antes de sua defesa nos autos (KUMPEL, 2015).

Dessa forma, a aplicação do novo incidente visa proporcionar decisões mais razoáveis mesmo que se perca um pouco da agilidade do procedimento trabalhista. O incidente de desconsideração "[...] confere as partes maior segurança jurídica, pois não precisarão raciocinar buscando compreender qual a formação que dará este ou aquele juiz." (WAKI, 2015, p.18).

A partir da entrada em vigor do novo CPC, a desconsideração da personalidade jurídica, tanto no processo civil quanto no processo do trabalho, seguirão o mesmo procedimento. Em ambos, é imprescindível a presença e comprovação dos fundamentos capazes de ensejar a desconsideração.

Além disso, a impossibilidade do Juiz em promover a desconsideração de ofício é uma forma de respeitar os preceitos constitucionais do art. 93, IX da CF. A esse respeito, muito bem se posiciona Kleber Waki:

É fácil compreender o porquê da exclusão do juiz como legitimado para a propositura do incidente. Afinal, um dos requisitos do incidente consiste em apontar os pressupostos legais para o pedido de desconsideração. Ora, se o próprio juiz apontar estes pressupostos legais, como ele, na qualidade de julgador avaliará a defesa que se oponha aos argumentos iniciais, que são seus (do juiz)? (WAKI, 2015, p.21).

Sendo a CLT uma legislação extravagante e omissa em relação à desconsideração da personalidade jurídica, conclui-se que o incidente criado pelo novo diploma processual civil será sim aplicado ao processo do trabalho. Por ora, não se pode negar que o novo procedimento irá modificar o desenvolvimento das decisões na esfera trabalhista, eis que, os momentos assegurados para que as partes possam defender-se assim como a produzirem provas acerca dos fatos, deverão obrigatoriamente ser cumpridos.

Não se pode desconsiderar que o processo do trabalho possui características próprias, como por exemplo, a celeridade de seus atos. Por essa razão, será aplicada ao processo do trabalho a essência do incidente de desconsideração, contudo, caberá ao Juiz fazer a adequação do procedimento ao processo do trabalho.

Sendo assim, o prazo geral de 15 dias fixado para que as partes apresentem sua defesa e provas, poderá ser reduzido no âmbito do direito do trabalho a fim de proporcionar maior celeridade ao processo, no entanto, não poderá sob nenhuma hipótese ser excluído. Além do prazo, há algumas especificidades que deverão ser ponderadas, como por exemplo, a impossibilidade recursal das decisões interlocutórias no processo do trabalho, exceto quando forem terminativas.

No âmbito trabalhista, quando a desconsideração da personalidade jurídica for proposta de forma incidental, sua decretação será por decisão interlocutória, não sendo a ela aplicável a figura do agravo de instrumento, recurso apontado pelo novo CPC como sendo o meio adequado para reanalisar à decisão. Apenas será recorrível a desconsideração que for decretada por sentença, sendo cabível o Recurso Ordinário na forma do art. 895 da CLT (WAKI, 2015).

O novo procedimento criado pelo diploma processual civilista certamente trará mudanças significativas tanto no âmbito civil quanto no trabalhista, pois está instituindo um procedimento único que deverá ser respeitado, sob a pena de causar nulidade processual. Contudo, as vantagens do incidente de desconsideração certamente superarão os aspectos negativos, pois além de proporcionar harmonia entre os microssistemas jurídicos e os preceitos constitucionais, trará uniformidade de procedimentos, respeito ao devido processo legal, ampla defesa e contraditório, e, conseqüentemente proporcionará segurança jurídica as partes.

## CONCLUSÃO

Dentre as inúmeras mudanças trazidas pelo novo CPC, a que mais despertou interesse durante todo esse estudo foi à criação do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica. O novo diploma processual é um marco importante no ordenamento jurídico brasileiro, pois foi o primeiro sistema processual a prever a regulamentação da desconsideração da personalidade jurídica.

O grande problema enfrentado era a multiplicidade de procedimentos, principalmente no processo do trabalho, no qual além do magistrado ser parte legítima para decretar a desconsideração de ofício, também contava com a liberalidade de gravar o patrimônio particular dos sócios sem ao menos ter concedido o direito a ampla defesa e ao contraditório.

Como verificado a partir deste estudo, a pessoa jurídica tem como uma de suas principais características a autonomia e independência patrimonial, sendo assim, em tese, somente se poderia afastar esta autonomia nos casos em que estiverem presentes os requisitos do artigo 50 do CC, ou seja, em casos de abuso, desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Os requisitos materiais acerca da desconsideração da personalidade jurídica continuam os mesmos, o único diferencial é que com o novo CPC o instrumento ganha regulamentação de ordem processual, o que significa um grande avanço. Além de estabelecer um procedimento único, o novo CPC garante as partes o direito de defesa, inclusive de produzir provas antes da prolação da decisão acerca da desconsideração, em respeito aos princípios constitucionais.

Da mesma forma, foi possível concluir que mesmo perante tantas divergências, o incidente de desconsideração da personalidade jurídica deverá ser aplicado ao processo do trabalho. Tal conclusão decorre do próprio entendimento da CLT, que por ser uma legislação com cláusulas abertas, no entanto, omissa quanto ao tema, se utiliza de forma subsidiária das normas processuais civis.

Portanto, entende-se que o incidente de desconsideração será plenamente aplicável ao processo do trabalho, eis que, não há qualquer incompatibilidade entre os dois diplomas legais. Assim, do mesmo modo em que se estará respeitando as garantias constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do

contraditório, estar-se-á também permitindo segurança jurídica a todos aqueles que de alguma forma se encorajam a enfrentar os desafios e os riscos da empresarialidade, em um cenário altamente competitivo e que vem sendo fortemente abalado pelas crises econômicas verificadas no Brasil.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. Código de defesa do Consumidor. **Lei nº 8.078, de 11 de Setembro de 1990**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8078.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRASIL. Código Civil. **Lei n.º 10.406 de 10 de Janeiro de 2002**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/L10406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm)>. Acesso em: 05 jan. 2016.

BRASIL. Código Tributário Nacional. **Lei nº 5.172, de 25 de Outubro de 1966**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L5172.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5172.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. Código de Processo Civil. **Lei nº 5.869, de 11 de Jan de 1973**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L5869.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm)>. Acesso em: 18 abr. 2016.

BRASIL. Consolidação das Leis Trabalhistas. **Decreto-Lei nº. 5.452, de Maio de 1943**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del5452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm)>. Acesso em: 16 dez. 2015.

BRASIL. Novo Código de Processo Civil. **Lei nº. 13.105, de 16 de março de 2015**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em: 14 dez. 2015.

BASTOS, Marina Candim. **Alguns Aspectos Processuais da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica e Análise do Procedimento Pretendido pelo Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil**. Jun. 2011. Disponível em:

<[http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9577&revista\\_caderno=21.htm](http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9577&revista_caderno=21.htm)>. Acesso em 05 jan. 2016.

BICALHO, Carina Rodrigues. **Aplicação Sui Generis da Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Processo do Trabalho: aspectos materiais e processuais**. Jan./jun.2004. Disponível em: <[http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev\\_69/Carina\\_Bicalho.pdf.htm](http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_69/Carina_Bicalho.pdf.htm)>. Acesso em 05 jan. 2016.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Manual de Direito Comercial**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COELHO, Fábio Ulhôa. **Curso de Direito Comercial**, São Paulo: Saraiva, 2003. 3. v.

DIDIER JR, Fredie. CUNHA; Leonardo José Carneiro; BRAGA, Paula Sarno. OLIVEIRA, Rafael. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

DIDIER JR, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil: Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento**, 47 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007. 1. v.

DIDIER JR, Fredie. **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Fev. 2012. Disponível em: <http://www.frediedidier.com.br/wp-content/uploads/2012/02/aspectos-processuais-da-desconsideracao-da-personalidade-juridica.pdf.htm> Acesso em: 05 Jan. 2016.

FARACO, Marcela. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito do Trabalho e sua Fundamentação**. Set. 2014. Disponível em: <http://marcelafaraco.jusbrasil.com.br/artigos/138708463/a-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-direito-do-trabalho-e-sua-fundamentacao.htm>. Acesso em 05 jan. 2016.

FERRAGUT, Maria Rita. **NCPC e os Grupos Econômicos: intervenção de terceiros e a aplicação do incidente de desconsideração da personalidade jurídica**. Out. 2015. Disponível em: <http://www.fiscosoft.com.br/a/6yjl/ncpc-e-os-grupos-economicos-intervencao-de-terceiros-e-a-aplicacao-do-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-maria-rita-ferragut.htm>. Acesso em 05 jan. 2016.

GARCIA, Gabriela Helou. **Aspectos Processuais da Desconsideração da Personalidade Jurídica**. Disponível em: <http://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/download/455/293>. Acesso em 05 jan. 2016.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro: Parte Geral**. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2009. 1. v.

KOURY, Suzy Elizabeth Cavalcante. **As Repercussões do Novo Código de Processo Civil no Direito do Trabalho: avanço ou retrocesso?** Set. 2012. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/documents/1295387/6051320/As+repercuss%C3%B5es+do+novo+C%C3%B3digo+de+Processo+Civil+no+Direito+do+Trabalho+avan%C3%A7o+ou+retrocesso.htm>. Acesso em 05 jan. 2016.

KUMPEL, Vitor Frederico. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica no Novo CPC.** Mar. 2015. Disponível em:

<<http://www.migalhas.com.br/Registralhas/98,MI218182,81042+desconsideracao+da+personalidade+Juridica+no+novo+CPC.htm>>. Acesso em 05 jan. 2016.

LOVATO, Luiz Gustavo. **Da Personalidade Jurídica e sua Desconsideração e Previsões do Novo CPC.** 2014. Disponível em:<

<http://www.revista.esmesc.org.br/re/article/view/102.htm>>. Acesso em 05 jan. 2016.

LOPES, Sávio Oliveira. **A Desconsideração da Personalidade Jurídica à Luz do Novo Código de Processo Civil.** Jul. 2015. Disponível

em:<<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9191/A-desconsideracao-da-personalidade-juridica-a-luz-do-novo-Codigo-de-Processo-Civil.htm>>. Acesso em 05 jan. 2016.

LUDVING, Gabriel Teixeira. **Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Redirecionamento da Execução na Pessoa dos Sócios.** 2010. Disponível

em:<[http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010\\_2/gabriel\\_ludvig.pdf.htm](http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2010_2/gabriel_ludvig.pdf.htm)>. Acesso em 05 jan. 2016.

MAMEDE, Gladston. **Direito Empresarial Brasileiro: Direito Societário: Sociedades Simples e Empresárias,** 6. ed. São Paulo: Atlas, 2012. 2. v.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Aplicação do Novo CPC ao Processo do Trabalho Trará Segurança às Partes.** Ago. 2015. Disponível em:

<<http://www.conjur.com.br/2015-ago-14/reflexoes-trabalhistas-aplicacao-cpc-processo-trabalho-trara-seguranca.htm>>. Acesso em 05 jan. 2016.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito Processual do Trabalho: Doutrina e Prática Forense.** 29. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

NEGRÃO, Ricardo. **Manual de Direito Comercial e de Empresa.** 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2010. 1. v.

PALARO, Taína. **O Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica no Código de Processo Civil de 2015.** Set. 2015. Disponível em:

<http://tainapalaro.jusbrasil.com.br/artigos/235000805/o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-no-codigo-de-processo-civil-de-2015.htm>> Acesso em: 14 dez. 2015.

RABAY, Dario; NETO, Aldo Martinez. **Questões Trabalhistas no Novo CPC.** Out. 2015. Disponível em: <http://www.granadeiro.adv.br/destaque/2015/10/28/questoes-trabalhistas-no-novo-cpc>> htm>. Acesso em: 05 Jan. 2016.

ROQUE, Sebastião José. **O Monismo e o Dualismo no Direito Internacional.**

**Universo Jurídico,** Juiz de Fora, ano XI, 04 de out. de 2010. Disponível em:

< [http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7184/o\\_monismo\\_e\\_o\\_dualismo\\_no\\_direito\\_in](http://uj.novaprolink.com.br/doutrina/7184/o_monismo_e_o_dualismo_no_direito_in)

ternacional >. Acesso em: 04 de abr. de 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito Civil**. 3 ed. Atlas. São Paulo. 2003. 1. v.

WAKI, Kleber de Souza. **Aspectos do novo CPC o Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica e o Processo do Trabalho**, 04 de Jul. de 2015.

Disponível em:< <http://direitoeoutrostemas.wordpress.com/2015/06/01/aspectos-do-novo-cpc-iii-o-incidente-de-desconsideracao-da-personalidade-juridica-e-o-processo-do-trabalho/> htm>. Acesso em 05 jan. 2016.

WIKIPEDIA, 30 de Janeiro de 2012. Disponível em:

< [https://pt.wikipedia.org/wiki/Affectio\\_societatis](https://pt.wikipedia.org/wiki/Affectio_societatis)>. Acesso em 31 mar. 2016.

WIKIPEDIA, 12 de Mai. de 2012. Disponível em:<

[https://pt.wikipedia.org/wiki/Common\\_law](https://pt.wikipedia.org/wiki/Common_law)>. Acesso em 04 mai. 2016.

## OS MIGRANTES E A SUA PROTEÇÃO NORMATIVA: GARANTIAS E DESAFIOS<sup>1</sup>

Régis Eduardo da Silva<sup>2</sup>  
Sinara Camera<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente artigo versa sobre a problemática dos migrantes, analisando como as normativas brasileira e internacional regulam a sua condição, enfocando, especialmente, a Lei 6.815 de 1980 (Estatuto do Estrangeiro) e como essa compreende a questão migratória. Busca-se, dessa forma, entender em que medida a normativa brasileira tem se mostrado adequada, na atualidade, à proteção dos direitos humanos dos indivíduos em dinâmicas migratórias. A metodologia aplicada nesse estudo é de caráter teórico, atendo-se a uma coleta bibliográfica de dados, que serão analisados de forma qualitativa, com fins explicativos. A fim de sistematizar a pesquisa, o presente trabalho foi dividido em três etapas: primeiramente, aborda-se a normativa internacional concernente à questão, seguido pela análise da Lei 6.815 de 1980, e por fim, o exame do Projeto da Nova Lei de Migração. Com as análises viabilizadas por esse ensaio, percebe-se que o migrante ainda carece de uma normativa protetiva de garantias inclusivas e integradoras, tanto em âmbito nacional quanto internacional, para a sua efetiva proteção e integração social.

Palavras-chave: Fluxos Migratórios - Migrante. Direitos Humanos - Estatuto do Estrangeiro.

### RESUMEN

Este artículo aborda los problemas de los migrantes, analizando cómo los estándares nacionales e internacionales regulan su condición, centrándose, en particular, la ley de 1980 6.815 (estatuto del extranjero) y como tal entiendo la cuestión migratoria. Hay, por lo tanto, para entender el alcance que la legislación brasileña ha demostrado ser adecuado en el momento actual, a la protección de los

<sup>1</sup> Trabalho desenvolvido sob a égide do Projeto de Pesquisa -Estado, Direitos Humanos e Cooperação Internacionalll, desenvolvido no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA, coordenado pela Professora Dr.<sup>a</sup> Sinara Camera.

<sup>2</sup> Acadêmico do 10º Semestre do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: st.regis.eduardo@gmail.com.

<sup>3</sup> Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS), com estágio doutoral na Universidade de Sevilla (US/ESPAÑA/AN), bolsista PDSE; Mestre em Integração Latino-Americana, área de concentração Direito do Mestrado em Integração Latino-Americana (MILA) da Universidade Federal de Santa Maria (UFSM/BRASIL/RS); Graduada em Direito pelo Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo (IESA/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: aiacamera@hotmail.com

derechos humanos de los individuos en la dinámica migratoria. La metodología aplicada en este estudio es de carácter teórico, para cumplir con la recolección de datos bibliográficos, que se analizará cualitativamente, con fines explicativos. Con el fin de sistematizar la búsqueda, este trabajo se dividió en tres pasos: en primer lugar, se ocupa de las normas internacionales al respecto, seguido por el análisis de la ley de 1980 6.815 y por último, el examen del proyecto de la nueva ley de migración. Con el análisis por esta prueba, uno se da cuenta que los migrantes aún carece de una normativa protectora de incluido y garantiza la completa, nivel nacional e internacional, para su protección efectiva y la integración social.

Palabras Claves: Flujos Migratorios – Migrantes - Derechos Humanos - Estatuto del Extranjero.

## INTRODUÇÃO

Atualmente, o número total de migrantes ao redor do planeta, segundo dados da ONU, é de 244 milhões de pessoas, o que sinaliza um aumento de 41% no total, desde 2000 (ONU, 2016). Esse número é maior que a população total de um país com as dimensões do Brasil, que de acordo com o último censo está perto da casa das 200 milhões de pessoas (INSTITUTO BRASILEIRO GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010). Questiona-se, desse modo, em que medida a normativa brasileira tem se mostrado adequada, na atualidade, à proteção dos direitos humanos dos indivíduos em dinâmicas migratórias?

De forma a responder esse questionamento, busca-se analisar brevemente o que definem os tratados e convenções internacionais, bem como a normativa brasileira sobre o tema migratório, através da Lei 6.815 de 1980. Atualmente, além da Constituição Federal, a referida Lei é o principal documento a definir os direitos e deveres dos migrantes em território nacional. É importante ainda referenciar nesse estudo o Projeto da Nova Lei de Migração (Projeto de Lei 2.516 de 2015), que se aprovado, substituirá o atual Estatuto. Assim, faz-se necessária uma análise conjunta de ambos os instrumentos normativos.

A metodologia aplicada nesse projeto é de caráter teórico, a partir de análise de fenômenos normativos, conjuntamente com estudos doutrinários acerca da questão migratória brasileira, na atualidade. O tratamento dos dados é realizado de

forma qualitativa, analisando diferentes visões doutrinárias, em consonância com a legislação, a fim de encontrar os pontos de conexão que ajudem a compreender tais dinâmicas.

A coleta de dados, por meio de documentação indireta, foi bibliográfica, em livros e artigos científicos sobre o tema abordado, e documental, na legislação internacional (tratados, convenções, etc), bem como na legislação interna positivada, que versem sobre as garantias e deveres do Estado para com a população migrante.

De forma a sistematizar a leitura, dividiu-se o trabalho em três momentos: inicialmente, busca-se analisar a normativa internacional acerca das migrações; posteriormente, faz-se um estudo da normativa nacional sobre a questão, especificamente, o Estatuto do Estrangeiro; e por fim, traz-se uma breve análise sobre o novo Projeto de Lei de Migração, e como este se diferencia do Estatuto com relação ao tratamento dispensado aos migrantes que adentram o território brasileiro.

## **1 O MIGRANTE E SUA PROTEÇÃO NA NORMATIVA INTERNACIONAL**

Para se analisar a questão das migrações, é preciso conceituar quem são os migrantes: pessoas que se deslocam de seus respectivos Estados, geralmente, em busca de melhores oportunidades através do trabalho, da educação, para reunião com seus familiares, ou de um modo geral, buscar as condições de vida que não veem ofertadas em seu país de origem. Para efeitos jurídicos, os migrantes sujeitam-se à legislação do Estado para o qual escolheram imigrar (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2015).

Inexiste uma definição unânime quanto ao conceito de migração (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2015).

Entretanto, o entendimento que se assumirá aqui compreende o termo migrante como um conjunto genérico de pessoas que se locomovem pelo globo. Seguindo a compreensão de que migrante é aquele que se locomove, o conceito pode englobar ainda diversos grupos distintos de pessoas, com características específicas que os

definam, tais como os refugiados, estrangeiros, asilados, e os deslocados internos:

[...] essa distinção é relevante, uma vez que permite entender que a natureza e o escopo da proteção a ser garantida a um refugiado, por exemplo, sejam diferentes daqueles conferidos a um migrante trabalhador, o qual pode continuar a contar com a proteção do Estado do qual é nacional, em face do caráter complementar da proteção internacional. Mas, por outro lado, ela deveria partir da ótica das migrações em geral, [...] pois na realidade tanto os migrantes forçados quanto os migrantes voluntários são migrantes e a distinção a partir da ótica dos migrantes pode levar a processos de discriminação ou de categorização de pessoas as quais, em verdade, compartilham a mesma qualidade de dignidade inerente. (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2010, p.281).

Assim, por mais que existam no âmbito internacional orientações que versam acerca de migração, elas não compreendem o migrante como um todo, e desse modo, só encontrarão efetividade quando colocadas lado a lado com outras normativas que dividem o migrante em suas diversas classes. Sobre esse ponto, Jubilut e Apolinário apontam que:

Apesar de ser um fato do cenário internacional, verifica-se, atualmente, que não há um instrumento internacional amplo o qual regule a conduta dos Estados a respeito de todas as variáveis existentes na migração. O que há são normas internacionais que, ao regularem questões como segurança, nacionalidade, apatridia, liberdade de circulação de pessoas, unificação familiar, direitos humanos, saúde, tráfico de pessoas, refúgio, asilo, tocam na temática das migrações; ou, ainda, normas de proteção geral aos seres humanos que se aplicam também às pessoas em movimento. (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2010, p.277).

No entanto, o enfoque genérico na concepção de migrante, embora seja benéfico às classes citadas quando subjetivamente entendidas, enfraquece a ideia ampla da migração. Falta em âmbito internacional uma normativa reguladora com foco específico no migrante, o que, segundo Jubilut e Apolinário: —[...] impede o desenvolvimento de novas formas de proteção, ao mesmo tempo que minimiza a efetividade das poucas normas existentes. (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2014, p.277).

Assim, por mais que exista no Direito Internacional, mecanismos de proteção estabelecidos com fim de assegurar a tutela desse grupo específico, estes ainda são parcos e dispersos. Os migrantes, por representarem um grupo com necessidades particulares, precisam de um tratamento diferenciado que compreenda essas singularidades (JUBILUT, 2007).

Um dos poucos documentos a tratar especificamente dos migrantes é a Constituição da Organização Internacional para as Migrações (OIM). Essa, no entanto, serve como um documento de aspirações éticas, deixando ao arbitramento do Estado a efetivação dos direitos da classe que visa proteger. Frente a essas oportunidades, compreende-se que: —[...] não há uma proteção internacional sistematizada às pessoas em movimento, o que leva [...] à vulnerabilidade dessas pessoas. (JUBILUT; APOLINÁRIO, 2014, p.280).

As funções e objetivos da OIM, elencados na Constituição da Organização, conferem poder ao Estado para que este regule as diretrizes quanto aos direitos, deveres, e padrões de proteção estatal à que o migrante ficará sujeito, abrindo dessa forma espaço para exercícios arbitrários de soberania. Nessa linha:

Em relação ao tema migratório, [...] foram celebrados documentos importantes, como a Convenção de Genebra sobre Direitos do Refugiado de 1951 e seu Protocolo de 1967, que fortaleceram institutos jurídicos de proteção humanitária, sem, todavia, interferir diretamente na capacidade soberana do Estado de decisão em última instância. A despeito dos avanços legais internacionais, os fluxos migratórios contemporâneos continuam à mercê da política dos governos locais. (OSÓRIO, 2013).

Assim, além de o Direito Internacional ser parco no tocante aos direitos do migrante, as convenções internacionais pactuadas trazem forte carga de respeito à soberania do Estado, o que pode indicar menos uma proteção ao ser humano que se procura tutelar, e mais uma preocupação para com o Estado, em definir quem é ou não digno dessa proteção (OSÓRIO, 2013). Uma concepção que enfraquece ainda mais a prestação de proteção ao povo em dinâmicas de locomoção entre Estados. Complementando:

[...] a prevalência da soberania do Estado sobre os valores fundamentais do indivíduo expõe como a Política se inter-relaciona com o Direito, tanto no aspecto internacional quanto no interno. O tratamento dado aos migrantes estrangeiros reflete esta lógica aplicável às duas dimensões, extra e intraterritorial. O direito ao refúgio é um exemplo ilustrativo de normatividade, cuja efetividade fica restrita à vontade estatal, pois ambiciona promover uma proteção digna àquele ser humano que não goze da devida proteção jurídica, garantida pela nacionalidade, em seu país de origem e que seja ameaçado ou perseguido por motivos específicos. Suas especificidades serão conferidas, todavia, pelas legislações internas, o que garante a discricionariedade estatal e reduz as garantias individuais na verificação do preenchimento dos pressupostos necessários e no reconhecimento da condição de refugiado. (OSÓRIO, 2013).

Muito embora o exemplo proposto por Osório trate de refugiados, o mesmo entendimento está implícito no tratamento dispensado ao migrante que não se encaixa sob essa categoria. Seja no tocante ao exercício de discricionariedade em permitir ou não a entrada dessas pessoas para dentro do território, seja na forma abstrata como a legislação internacional determina as diretrizes de proteção, delegando ao Estado o poder para melhor moldá-la, em busca do *interesse dos indivíduos*. Nesse sentido,

Nenhuma pessoa hoje pode cruzar a fronteira de nenhum país sem estar munida de um passaporte, e muitas vezes também de um visto, a não ser nos casos em que haja acordos entre os países [...]. O monopólio de legitimidade da mobilidade é considerado um dos fundamentos da soberania do Estado. (REIS, 2004, p.150).

Dessa forma, percebe-se a intrínseca relação (e tensão) entre a proteção internacional ao migrante e as ações estatais soberanas. Acredita-se que essa relação está evidenciada no Direito brasileiro, que trata o migrante como estrangeiro, e uma questão de segurança nacional. Os esforços para a releitura legislativa da temática já estão em pauta, e serão analisados mais a frente nesse trabalho. Entretanto, é preciso nesse momento, pensar sobre as normativas que ainda estão gerando efeitos jurídicos e sociais no momento atual.

## 2 O MIGRANTE NO DIREITO BRASILEIRO

No Direito brasileiro, junto à Constituição Federal, tem-se como lei específica que determina a condição jurídica do imigrante a Lei 6.815 de 1980, conhecida como Estatuto do Estrangeiro, que regula a entrada e permanência destes em território nacional. Todo migrante, quando admita sua entrada no Brasil – e não se encaixando em alguma das classes citadas anteriormente -, está protegido pelos dispositivos estabelecidos nessa lei, gozando assim, de todos os direitos que o cidadão nato possui. Conforme o artigo 95: —O estrangeiro *residente* no Brasil goza de todos os direitos reconhecidos aos brasileiros, nos termos da Constituição e das leis.¶ (BRASIL, 1980) [grifo nosso].

No entanto, ao colocar o migrante sob a égide do Estatuto do Estrangeiro, entra em discussão um fator de extrema importância para que se possa pensar a proteção desse indivíduo: o poder discricionário do Estado brasileiro, à luz do Estatuto.

O exercício de discricionariedade está ligado, de forma incontornável, à atual problemática das migrações, e se estende à todas as etapas de entrada e permanência no migrante em território nacional. Engloba, desde a admissão com o reconhecimento jurídico da condição do indivíduo solicitante, passando pela concessão de alguma das categorias de visto previstas na Lei, e por fim, determinando as condições necessárias para a permanência do mesmo no país, sob pena de saída de dentro do território.

Inicialmente, é de suma importância atentar ao fato de que o Estatuto do Estrangeiro é uma lei de 1980, período de transição de regimes na política brasileira: do ditatorial, que só viria a acabar cinco anos mais tarde, em março de 1985, para a democracia representativa que se tem hoje.

O referido Estatuto, em análise de Sprandel, é um documento seletista, com políticas segregacionistas, voltado unicamente para a proteção do Estado, e que, em função dessa visão arcaica, entendia o estrangeiro como um ser nocivo à segurança do país. A ideologia do Estatuto parece sugerir que o migrante é o perigo do qual o Estado deve ser resguardado (SPRANDEL, 2015).

O exercício discricionário do Estado perpassa toda a Lei 6.815, a começar pela admissão do migrante em território brasileiro. O artigo 1º determina que: —[...] qualquer estrangeiro poderá, *satisfeitas as condições desta Lei*, entrar e permanecer no Brasil e dele sair [...] (BRASIL, 1980) [grifo nosso]. No entanto, tal permissão está condicionada à observância dos interesses e da segurança nacionais. Essa concepção fica ainda mais clara, quando analisados os artigos seguintes:

Artigo 2º Na aplicação desta Lei atender-se-á precipuamente à *segurança nacional*, à organização institucional, *aos interesses políticos, sócio-econômicos e culturais do Brasil*, bem assim à defesa do trabalhador nacional.

Artigo 3º A concessão do visto, a sua prorrogação ou transformação ficarão *sempre condicionadas* aos interesses nacionais. (BRASIL, 1980) [grifo nosso].

Percebe-se, assim, pela insistente repetição da expressão, que os *interesses nacionais* aparentam estar em plano superior ao interesse do migrante estrangeiro, o que denota a política excludente do Estatuto. A lógica parece evidente: não é o indivíduo que merece a proteção do Estado, mas sim o Estado que precisa ser protegido da *ameaça* externa, o estrangeiro. Sobre essa concepção, Sprandel remonta à mentalidade da época que antecedeu a criação da Lei 6.815/80, durante a Ditadura:

Ao defender que era preciso impedir de ingressar no país, prender, deportar ou expulsar estrangeiros em nome da segurança nacional, a ditadura militar aprofunda uma percepção da periculosidade do estrangeiro [...] num cenário marcado pelo nacionalismo e sua intolerância para com a diferença cultural ou étnica. (SPRANDEL, 2015, p.149).

Dessa forma, cabe ao Estado decidir se o solicitante preenche os requisitos, altamente subjetivos, de interesse nacional, e liberar a sua entrada encaixando-o sob uma das categorias de visto. A discricionariedade, no entanto, não se restringe à entrada do estrangeiro. Os outros artigos da Lei 6.815/80 determinam os requisitos, ou funções a serem seguidos por estes, a fim de permanecer no país. Em casos de visto para trabalho, por exemplo, o artigo 18 estabelece que o estrangeiro deverá ser designado a local específico para desempenho da função, e não poderá dele mudar-se, sob pena de revogação do visto (BRASIL, 1980).

O artigo 26 aponta o fato de que o visto não constitui um direito ao estrangeiro, senão uma mera expectativa, que só será efetivada se atendidos os interesses estatais. O preocupante, no entanto, é o caráter parcial e subjetivo desse interesse. O Estatuto utiliza o termo *inconveniência*, porém, deixa em aberto o que exatamente caracterizaria uma *conduta inconveniente*, ficando assim ao entendimento arbitral do Estado determinar quem é ou não praticante da mesma:

Artigo 26. O visto concedido pela autoridade consular configura mera expectativa de direito, podendo a entrada, a estada ou o registro do estrangeiro ser obstado ocorrendo qualquer dos casos do artigo 7º, ou a inconveniência de sua presença no território nacional, a critério do Ministério da Justiça. (BRASIL, 1980).

Essa noção de *conveniência* é retomada nos institutos da deportação e expulsão do estrangeiro, quando elencadas as possibilidades de aplicação de algum destes. O interessante com relação à deportação é o que determina o artigo 62, ao

dizer que: —Não sendo exequível a deportação ou quando existir [...] *indesejabilidade do estrangeiro*, proceder-se-á à sua expulsão. (BRASIL, 1980) [grifo nosso]. Novamente, há uma forte carga discricionária do Estado em detrimento da proteção do indivíduo, quando este não for desejável aos interesses estabelecidos pelo primeiro.

Para melhor análise da normativa brasileira de proteção ao migrante faz-se necessário, também, o estudo de alguns dispositivos constitucionais norteadores do nosso Estado. Parte-se da leitura do caput do artigo 5º da Constituição, que afirma a condição igualitária entre estrangeiros e nacionais:

Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos *brasileiros e aos estrangeiros* residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]. (BRASIL, 1988). [grifo nosso]

Como qualquer dispositivo legal, a leitura do artigo 5º deve estar em consonância com aquele que é um dos fundamentos sobre os quais se sustenta o Estado Democrático de Direito, o *princípio da dignidade humana*, elencado no inciso III, do artigo 1º, da Carta Magna, o que denota que o texto constitucional funda-se em uma perspectiva oposta àquela na qual se assenta o Estatuto do Estrangeiro.

A Constituição, conforme preceituado em seu preâmbulo, visa a: —[...] assegurar o exercício de direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos [...] (BRASIL, 1988). Um ideal que vai de encontro à ideologia excludente do Estatuto.

Os direitos e garantias constitucionais mencionados abarcam, de forma geral, grande parcela dos direitos conferidos ao estrangeiro. Os direitos sociais fundamentais como acesso à educação, saúde, moradia e trabalho digno, são garantidos a todo estrangeiro residente no país, conforme análise do inciso XIII, do artigo 5º, e do caput do artigo 6º:

XIII - é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

[...]

Artigo 6º São direitos sociais *a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia*, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social,

Ainda que de forma breve e exemplificativa, percebe-se os descompassos entre as normativas de proteção à pessoa (internacionais e constitucionais) e o Estatuto do Estrangeiro. Mas é importante ressaltar os esforços empreendidos para uma nova leitura sobre os movimentos migratórios e para a realização de direitos e garantias dos migrantes no Brasil. Para tanto, voltar-se-á a atenção ao Projeto de Lei de Migração, que pretende substituir o atual Estatuto, e traz uma política migratória mais em consonância com os ideias humanitários e constitucionais.

### **3 O PROJETO DA NOVA LEI DE MIGRAÇÃO BRASILEIRA**

Tramita atualmente na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 2.516, de 2015, de autoria do Senador Aloysio Nunes Ferreira. O referido projeto foi remetido à Câmara dos Deputados em 04 de Agosto de 2015, onde aguarda votação. Caso aprovada, a nova Lei irá revogar, em partes, a atual Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro), dispendo as novas diretrizes acerca da regulamentação da entrada, estadia, e casos de remoção do migrante do território brasileiro, bem como seus direitos e deveres.

Segundo Ventura e Reis (2014), esse projeto de lei se contrapõe ao atual Estatuto do Estrangeiro, uma vez que exclui o ideário da abordagem meramente securitária e de interesses nacionais, para substituí-lo por um que esteja em consonância com os fundamentos da Constituição Federal, e com os tratados internacionais sobre direitos humanos em vigência no Brasil.

Um ponto importante de destaque é encontrado já quando analisados os artigos iniciais do Projeto de Lei, comparando-os aos artigos iniciais do Estatuto, uma vez que denotam claramente a visão que embasa cada um desses dois documentos, e as diferenças em cada texto.

A mudança no tom de compreensão sobre a proteção da pessoa fica explícita no artigo 3º do Projeto de Lei, onde estão dispostos os princípios e garantias que irão reger a política migratória no Brasil. Não é uma simples questão de opor o entendimento vigente, mas sim, a de trazer uma nova forma de entender o migrante

dentro do espaço interno do Estado:

Artigo 3º A política migratória brasileira rege-se pelos seguintes princípios:  
I – universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos;  
II – repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação;  
[...]  
IV – acolhida humanitária; (BRASIL, 2015).

Fica perceptível a preocupação não apenas com o respeito e amparo aos direitos humanos, como também, de forma enfática, o combate às diversas formas de preconceito, e discriminação a que estão sujeitos os migrantes. Discursos de ódio são facilmente disseminados em nosso cotidiano social, através dos meios de comunicação, redes sociais, e afins, e geralmente, partem da ignorância de indivíduos que não compreendem os fundamentos daquilo que atacam.

Nesse sentido, torna-se ainda mais perceptível a necessidade de normas que busquem combater essas práticas, destacando que estas condutas são reprovadas pelo Estado e seus institutos, incentivando, desse modo, a promoção de uma política acolhedora não apenas por parte do Estado, mas também da sociedade como um todo. A própria mudança do termo *estrangeiro* para *migrantes*, aponta para esse sentido.

O Projeto determina, dentre outras especificações, que, —Ao imigrante é garantida, em condição de igualdade com os nacionais, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...] (BRASIL, 2015). Tal previsão encontra-se no artigo 4º, que traz ainda um rol de direitos pertinentes aos migrantes, garantindo sua liberdade de locomoção e de expressão social e cultural no território brasileiro, bem como a equidade de tratamento com relação aos demais nacionais.

Um ponto de análise importante, que reforça o respeito à dignidade humana e proteção a esses direitos, pode ser encontrado em leitura do artigo 14 em consonância com o artigo 25 do Projeto de Lei. O artigo 14, inciso III, trata acerca da concessão de visto de visita, em condições de *acolhida humanitária*, sendo definido, no parágrafo § 3º do referido artigo, que:

O visto temporário para acolhida humanitária poderá ser concedido ao apátrida ou ao nacional de qualquer país em situação, reconhecida pelo

Governo brasileiro, de grave ou iminente instabilidade institucional, de conflito armado, de calamidade de grande proporção, de grave violação de direitos humanos ou de direito internacional humanitário, ou em outras hipóteses, na forma de regulamento. (BRASIL, 2015).

O reconhecimento da acolhida humanitária aludida resgata, basicamente, os mesmos elementos motivadores do pedido de refúgio, conferindo assim, uma segurança maior ao migrante e a sua entrada no país. O outro fator determinante nessa análise é o encontrado no artigo 25, inciso III, que confere ao migrante com visto de visita *em condição de acolhida humanitária*, o pedido de residência no território brasileiro, na forma da lei.

Ainda, acerca da residência, tem-se que a sua perda só poderá ser decretada mediante processo, desde que atendidos as garantias do contraditório e da ampla defesa. Tal entendimento estende-se da mesma forma aos exercícios da deportação, e repatriação. No caso da repatriação há uma proteção ainda maior, pois esta não poderá ocorrer nos casos de refúgio, apatridia, ou acolhida humanitária, conforme o artigo 47, § 3º do PL 2.516/15 que determina:

Não será aplicada medida de repatriação à pessoa em situação de refúgio ou de apatridia, de fato ou de direito, ou a quem necessite de acolhimento humanitário, nem, em qualquer caso, de devolução para país ou região que possa apresentar risco à sua vida, segurança ou integridade. (BRASIL, 2015).

Outro exemplo a se destacar acerca do caráter receptivo e integrador do Projeto encontra-se em leitura do artigo 33, que versa acerca da reunião dos migrantes com seus familiares, através de concessão de visto ou residência á estes familiares, que pode ainda ser estendido à *dependentes afetivos*. O referido artigo, ainda menciona, no inciso I, que o visto ou autorização será concedido ao —cônjuge ou companheiro, sem distinção de gênero ou de orientação sexual. (BRASIL, 2015).

Caso prospere a nova Lei de Migrações, além de afirmar garantias e direitos que há muito são necessários para que haja uma real proteção aos migrantes, e a sua inserção na vida social, honrará ainda:

[...] uma dívida histórica do Brasil para com os migrantes que contribuíram, de modo decisivo, com seu desenvolvimento. Honra também a democracia,

eliminando mais um entulho autoritário que parasita o presente e hipoteca o futuro do país. (VENTURA; REIS, 2014).

Em uma análise político-social, de forma bastante esclarecida, Ventura e Reis ressaltam à importância de uma nova legislação migratória que busque erradicar preconceitos, ao trazerem que —[...] nós que vivemos num país marcadamente desigual, onde campeiam violência, machismo, racismo e homofobia, temos uma grata surpresa: apesar de tudo, há quem aqui veja esperança e oportunidade de trabalho. (VENTURA; REIS, 2014).

Percebe-se a preocupação do legislador em compreender dentro do texto legal, os recentes avanços que a comunidade LGBT adquiriu na afirmação do reconhecimento dos seus direitos. Reitera, ainda, a ideologia por trás do Projeto, no combate às diversas formas de discriminação, discursos de ódio, e outras manifestações de xenofobia à que estão sujeitos os migrantes.

## CONCLUSÃO

Os migrantes, na realidade contemporânea, representam um importante elemento social a ser debatido e analisado. Os fluxos migratórios crescem exponencialmente, e as razões para tal fenômeno são as mais diversas. Com isso, os Estados veem-se na necessidade de criar ou modificar suas políticas migratórias, bem como as normativas que regulem a situação desses indivíduos, a fim de prestar a devida proteção à essa classe de pessoas que entram em seus espaços.

Com a análise dos autores, e dispositivos normativos elencados ao longo desse estudo, percebe-se a necessidade de uma normativa internacional que compreenda o migrante em sua condição especial, a fim de estabelecer padrões concretos de proteção. É possível notar que para garantir direitos para a classe de migrantes, como um todo, carece-se de normas que os enfoquem enquanto grupo, e não apenas em suas diversas classes individualmente compreendidas.

Em âmbito nacional, percebe-se que a atual legislação está defasada, e fora de sintonia com o que preceitua a Constituição Federal. O Estatuto do Estrangeiro possui caráter protecionista com relação aos interesses do Estado em detrimento da

tutela dos direitos dos migrantes. Seus artigos reforçam uma ideologia excludente, e abrem espaço para exercício de discricionariedade do Estado para com os indivíduos que deveria proteger.

Entretanto, ao que tudo indica, essa problemática está passando por uma reavaliação conceitual e normativa, através do projeto da nova Lei de Migração, que, se aprovado, trará uma nova dinâmica para o tratamento das situações atinentes a essa classe de indivíduos. O Projeto de Lei busca não apenas preencher as lacunas existentes quanto à sua proteção, mas também suprimir uma concepção atrasada e seletista, compreendida pela atual legislação brasileira.

Espera-se, desse modo, que o presente trabalho possa contribuir para a reflexão e a discussão sobre o tema das migrações, uma vez que os fluxos migratórios são uma realidade inalterável, e crescem constantemente, gerando diversos desafios, legislativos e sociais, relativos à proteção destes indivíduos.

É necessário entender que essa proteção perpassa não apenas as garantias oferecidas pelo Estado, mas também a busca por uma conscientização por parte da sociedade, para que compreenda o migrante não como um ser alienígena, ou um inimigo. Deve ser sentido como um indivíduo integrante do meio no qual está inserido, compartilhando espaços e direitos, para que se possa caminhar para uma sociedade mais justa e igualitária.

## REFERÊNCIAS

ACNUR. **Refugiado ou Migrante?** O ACNUR incentiva a usar o termo correto. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/refugiado-ou-migrante-o-acnur-incentiva-a-usar-o-termo-correto>>. Acesso em: 09 set. 2016.

APOLINÁRIO, Silvia Menicucci. O. S.; JUBILUT, Liliansa Lyra. **A Necessidade de Proteção Internacional no Âmbito da Migração.** Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v6n1/13.pdf>>. Acesso em: 08 set. 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm)>. Acesso em: 08 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Lei nº 6.815, de 19 de Agosto de 1980.** Define a situação jurídica do estrangeiro no Brasil, cria o Conselho Nacional de Imigração. Disponível em:

<[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L6815.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm)>. Acesso em: 07 set. 2016.

IBGE. **Censo demográfico 2010**. Disponível em:

<<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2010/>>. Acesso em: 08 set. 2016.

JUBILUT, Lílíana Lyra. **O Direito Internacional dos Refugiados**: e sua Aplicação no Ordenamento Jurídico Brasileiro. São Paulo: Editora Método, 2007. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O\\_Direito\\_Internacional\\_dos\\_Refugiados.pdf?view=1](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2013/O_Direito_Internacional_dos_Refugiados.pdf?view=1)>. Acesso em: 09 set. 2016.

ONU. **Número de migrantes internacionais chega a cerca de 244 milhões, revela ONU**. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/numero-de-migrantes-internacionais-chega-a-cerca-de-244-milhoes-revela-onu/>>. Acesso em: 08 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **A História da Organização**. Disponível em:

<<https://nacoesunidas.org/conheca/historia/>>. Acesso em: 08 set. 2016.

OSÓRIO, Luiz Felipe Brandão. Soberania estatal e o direito do migrante internacional: antinomia irresolúvel?. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 118, nov. 2013. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=13776](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13776)>. Acesso em: 09 set. 2016.

REIS, Rossana Rocha. Políticas De Nacionalidade E Políticas De Imigração Na França. **Revista brasileira de Ciências Sociais**, jun. 2004, vol.14, nº55. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbcsoc/v19n55/a09v1955.pdf>>. Acesso em: 10 set. 2016.

SPRANDEL, Marcia Anita. **Migração e Crime**: a Lei 6.815, de 1980. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/remhu/v23n45/1980-8585-REMHU-23-45-145.pdf>>. Acesso em: 09 set. 2016.

VENTURA, Deisy; REIS, Rossana Rocha. **Carta Capital**. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/sociedade/divida-historica-uma-lei-de-migracoes-para-o-brasil-9419.html>>. Acesso em: 09 set. 2016.

## REFUGIADOS E OS CONFLITOS ARMADOS NA SOMÁLIA: (IN) SUFICIÊNCIAS DAS NORMATIVAS E DOS MECANISMOS DE PROTEÇÃO.<sup>1</sup>

Guilherme Henrique Tavares Diniz<sup>2</sup>  
Sinara Camera<sup>3</sup>

### RESUMO

O presente ensaio tem como objetivo geral analisar a situação da proteção oferecida pela comunidade internacional aos refugiados que migram por motivo de conflito armado, a partir do caso da Somália. Para tanto a análise foi dividida em dois momentos. Primeiramente traçam-se as notas da proteção internacional conferida aos refugiados que deverá respaldar a proteção específica aos refugiados pelos Estados e pela comunidade internacional, bem como os mecanismos protetivos dos quais dispõem. Em um segundo momento analisa-se a situação do conflito na Somália, assim como o seu reflexo nos Estados que destinaram parte do seu território para receber refugiados somalis em campos de refugiados criados pelo ACNUR.

Palavras-chave: Conflitos Armados - Direitos Humanos – Refugiados - Somália.

### RESUMEN

Este ensayo pretende analizar la situación de la protección general ofrecida por la comunidad internacional a los refugiados que emigran debido a los conflictos armados, el caso de Somalia. Por tanto el análisis se dividieron en dos fases. Primero pone notas de que refugiados deben apoyar la protección de los refugiados específicos por Estados y por la comunidad internacional, así como los mecanismos protectores de la característica de que la protección internacional. En un segundo momento la situación de conflicto en Somalia, así como su reflejo en los Estados

<sup>1</sup> Trabalho que resulta de pesquisa em construção, a partir dos estudos realizados no Projeto de Pesquisa **Estado, Direitos Humanos e Cooperação Internacional**, desenvolvido no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA, sob a coordenação da Professora Dr.<sup>a</sup> Sinara Camera.

<sup>2</sup> Acadêmico do 4º Semestre do Curso de Graduação em Direito. Bolsista do Projeto de Pesquisa *Estado, Direitos Humanos e Cooperação Internacional*, coordenado pela Professora Dr.<sup>a</sup> Sinara Camera, desenvolvido no Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA. E-mail: guilherme\_diniz7@hotmail.com.

<sup>3</sup> Orientadora. Doutora em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/BRASIL/RS), com estágio doutoral na Universidade de Sevilla (US/ESPAÑA/AN), bolsista PDSE; Mestre em Integração Latino-Americana pela Universidade Federal de Santa Maria (MILA/UFSM/BRASIL/RS). Professora do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA/BRASIL/RS). E-mail: aiacamera@hotmail.com

que fueron parte de su territorio para recibir a refugiados somalíes en los campamentos de refugiados establecido por el ACNUR.

Palabras Claves: Conflictos Armados - Derechos Humanos – Refugiados - Somalia.

## INTRODUÇÃO

Quando as pessoas têm que deixar suas casas para escapar da perseguição ou conflito armado, toda uma gama de direitos humanos são violados, incluindo o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal, o direito de não ser submetido à tortura ou outros tratamentos degradantes, o direito à privacidade e à vida familiar, o direito à liberdade de circulação e residência, bem como o direito a não ser submetido a um exílio arbitrário.

Sadako Ogata

A problemática atinente aos refugiados é tema atual e de relevância para os Estado e para a comunidade internacional que comungam dos ideais de sua proteção, reconhecendo a sua condição de vulnerabilidade. O tema a que se dedica o estudo aqui delineado analisa a proteção internacional dos refugiados. Como delimitação temática, têm-se o sistema global de proteção dos refugiados como fundamento dos mecanismos oferecidos pela comunidade internacional para garantir a segurança dos refugiados que migram por força de conflitos armados, especificamente no caso Somália.

O objetivo geral deste trabalho é pesquisar como se dá a atuação da comunidade internacional, para a proteção dos refugiados que migram por força de conflitos armados. Para tanto, os objetivos específicos são: a) analisar as normativas de proteção na esfera global, destinadas aos refugiados; b) estudar os mecanismos, ou instrumentos, de proteção que a comunidade internacional dispõe para a proteção aos refugiados; c) investigar os casos de espaços em conflitos armados que apresentam refugiados que migram em razão dos conflitos; d) realizar estudo de caso sobre o caso dos refugiados da Somália.

Pretende-se com o presente ensaio analisar a situação da proteção oferecida pela comunidade internacional aos refugiados que migram por motivo de conflito armado, a partir do caso da Somália. Para tanto a análise foi dividida em dois

momentos. Primeiramente traçam-se as notas da proteção internacional conferida aos refugiados que deverá respaldar a proteção específica aos refugiados pelos Estados e pela comunidade internacional, bem como os mecanismos protetivos dos quais dispõem. Em um segundo momento analisa-se a situação do conflito na Somália, assim como o seu reflexo nos Estados que destinaram parte do seu território para receber refugiados somalis em campos de refugiados criados pelo ACNUR.

## 2 O DESENVOLVIMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL DOS REFUGIADOS

A questão dos refugiados existe desde o século XV, porém a proteção por meio de normas internacionais só apareceu na segunda década do século XX, motivado principalmente pelo aumento desproporcional do número de indivíduos refugiados (de milhares para milhões). O desenvolvimento tardio de normas internacionais sobre a matéria dos refugiados deve-se ao tratamento dispensado para o problema, tratado como pontual, que logo findaria como ocorrera no passado. Por ocasião de não haver norma internacional sobre o tema, cada Estado agia pela discricionariedade, estipulando regras próprias para a entrada no seu território e, na maioria das vezes, não concedendo refúgio àqueles seres humanos que chegavam em numerosos grupos, sem qualquer quantidade monetária ou condição de sobrevivência adequada (JUBILUT, 2007). Conforme Douzinas,

Pessoas tornam-se refugiados não por seus atos criminosos ou revolucionários, mas por serem quem são. A maioria delas não fez nada errado, exceto fugir, mudar para o outro lado, atravessar fronteiras. Sua falta de direitos, a falta de personalidade legal, não é uma consequência de severa punição ou um sinal de extrema criminalidade, mas o acompanhamento da total inocência e do movimento, de uma circulação de sacrifício. O refugiado é definido não pelo que fez ou faz - a característica definidora da moderna natureza humana - mas por quem ele é, por ser e não por sua ação para se tornar. Nisso, ele se associa aos grandes seres perigosos da modernidade, o louco, o homossexual, o judeu. Mas como sua ameaça está a caminho, ele também representa o grande perigo pós-moderno, o vírus. (DOUZINAS, 2009, p. 154).

Duas características são marcantes sobre o instituto do refúgio, a primeira é que predominam na aplicação do refúgio, as situações que apresentam —[...] fortes

violações dos direitos humanos, conflitos armados ou guerras. || (JUBILUT, 2007, p. 31). Vale ressaltar que normalmente, os grandes fluxos de refugiados são originários de —[...] Estados sem grande expressão no cenário internacional. || (JUBILUT, 2007, p. 31).

No que tange às normativas internacionais para a proteção dos refugiados, destacam-se a Convenção de 1951 e o Protocolo de 1967, ambos relativos ao Estatuto dos Refugiados, daí o início efetivo da sistematização internacional de proteção. A convenção assegura em seu artigo 1º, o status de refugiado a qualquer pessoa que:

[...] temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951, p. 2).

A Convenção no seu artigo 33 garante o chamado princípio de *non-refoulement*, isto é, de não devolução pelo qual —Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou rechaçará, de maneira alguma, um refugiado para as fronteiras dos territórios em que a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada [...] || pelos mesmos motivos supracitados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1951, p. 15).

O termo refugiado é um tanto limitado na convenção, vez que os motivos supramencionados relacionam-se minimamente a direitos civis e políticos. Pelas limitações e surgimento de grupos que não se enquadravam na definição restritiva da Convenção de, foi aderido o Protocolo de 1967, este aboliu as reservas geográfica e temporal, conferindo maior amplitude e abrangência à definição. Entretanto, não fomentou a discussão da classificação de refugiados, permanecendo a limitada caracterização baseada na violação de direitos civis e políticos. Tal fato tem sido atribuído ao medo dos Estados desenvolvidos de uma ampliação do número de refugiados. Cumpre ressaltar o avanço na determinação do termo refugiado proposto pela Organização da Unidade Africana (OUA) responsável pelos acontecimentos que tocam os refugiados na África:

O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos

que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutra lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade. (ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA, 1969, p. 2).

Nessa linha de evolução, —[...] a Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (1984) vai além, ao estender proteção a vítimas de ‘violência generalizada’, ‘conflitos internos’ e ‘violações maciças de direitos humanos’..ll (TRINDADE, 2003, p. 398). Para efetivar a proteção aos refugiados foi instituído, em 1950, o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), conforme seu Estatuto, é um trabalho puramente humanitário e apolítico, visa providenciar proteção internacional, buscar soluções permanentes para o problema dos refugiados e eliminar as causas do êxodo dos refugiados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1950). Localizado em Genebra, seu Alto Comissariado trabalha diretamente vinculado ao Secretário Geral da ONU,

[...] assim como os organismos que o antecederam, trazia em seu instrumento constitutivo a previsão de uma data para o término de suas atividades, mas que, contrariando tal determinação, perdura como o órgão responsável pela proteção internacional dos refugiados, diante da existência constante – constância percebida pela comunidade internacional – de situações que estimulam, ainda hoje, o surgimento de refugiados, justificando, assim, a sua existência. (JUBILUT, 2007, p. 26-27).

De acordo com Cançado Trindade, as necessidades de proteção levaram o ACNUR a desenvolver duas novas etapas para a proteção: a prévia e a posterior (TRINDADE, 2003). Na primeira, além da proteção, tem-se a prevenção e a solução (que pode ser duradoura ou permanente), tradicionalmente os olhares concentravam-se tão somente na etapa intermediária de proteção (leia-se refúgio). O eixo central do mandato do ACNUR ainda é a proteção, assim como a concessão de asilo e cumprimento do princípio de *não-devolução* ainda são fundamentos do Direito Internacional dos Refugiados. Na análise do autor, a dimensão preventiva objetiva proteger as vítimas potenciais. Para tanto, incluem-se vários elementos, como a previsão de situações que possam gerar fluxos de refugiados. Os diversos dilemas (de natureza política, étnica, religiosa, de nacionalidade) não solucionados estimulam conflitos armados que geram êxodos e fluxos maciços de refugiados.

Quanto à etapa posterior, são três as estratégias de soluções duráveis do ACNUR: (1) a integração local, (2) a repatriação voluntária e (3) o reassentamento. A primeira solução consiste em adaptar o refugiado à sociedade do Estado de acolhida, tarefa que recebe um auxílio, de organizações não governamentais defensoras dos refugiados. A segunda solução, é a repatriação voluntária, é o regresso do refugiado ao seu país pelo fim dos motivos que o fizeram buscar refugio, é a melhor solução, não priva o indivíduo de sua origem, e por ser voluntária evita no processo de consumação da sua cidadania, traumas. A terceira solução consiste em realocar um refugiado, que não pode permanecer no Estado acolhedor, e com a ajuda monetária e política do ACNUR, integrar-se-á em outro Estado (JUBILUT, 2007).

Cançado Trindade observa que a etapa posterior, de estabelecimento de soluções duráveis, requer maior atenção à situação dos direitos humanos no país de origem, pois no momento em que estes não são respeitados no retorno dos refugiados à sua pátria, criam-se condições para novos êxodos e fluxos de refugiados, o que desencadeia um círculo vicioso (TRINDADE, 2003). Portanto, a nova concepção adotada pelo ACNUR, contempla como elemento necessário e invariável o respeito aos direitos humanos nas etapas de prevenção, refúgio e solução duradoura. Quanto à perseguição:

O ACNUR estabelece [...] que perseguição é qualquer ameaça à vida ou à liberdade, devendo ser auferida tanto por critérios objetivos como por critérios subjetivos. Desse modo, pode-se dizer que há perseguição quando houver uma falha sistemática e duradoura na proteção de direitos do núcleo duro de direitos humanos, violação de direitos essenciais sem ameaça à vida do Estado, e a falta de realização de direitos programáticos havendo os recursos disponíveis para tal. (JUBILUT, 2007, p. 46).

Perante a ocorrência dos êxodos e fluxos maciços de refugiados o conceito individual de —perseguição mostrou-se anacrônico e impraticável. O holofote voltou-se à responsabilidade do Estado na solução dos motivos que originam os fluxos de pessoas. A inadequação conceitual de quais são os indivíduos que precisam de proteção promove a extensão desta para pessoas que apresentam necessidades iguais, ou até mesmo maiores de proteção, como os deslocados internos.<sup>4</sup> De acordo com Cançado Trindade: —Isto apresenta a vantagem de ampliar o âmbito de proteção, sem recair na polêmica sobre se o ACNUR tem ou não competência para

estender a proteção dos refugiados aos deslocados internos. II (TRINDADE, 2003, p. 399).

A delimitação das pessoas que estão sobre a proteção do ACNUR, está no seu estatuto. Inicialmente, restringia-se aos refugiados, mas com a evolução da temática, incluíram-se os deslocados e outros determinados como de interesse do ACNUR, isto é, pessoas que se encontram em situação semelhante a dos refugiados. Nesta perspectiva, a extensão do mandato do ACNUR quanto ao conceito refúgio, abarca duas questões de notoriedade, os deslocados internos, e os refugiados ambientais<sup>5</sup> (JUBILUT, 2007).

Das agências e órgãos criados para organizar a proteção internacional dos refugiados na história, o ACNUR é o que obteve maior sucesso no seu propósito, isso se fundamenta pelo recebimento de dois Prêmios Nobel da Paz (1954 e 1981), por permanecer ademais da previsão de sua data limite, pela criação de instrumentos jurídicos universais de proteção aos refugiados e, sobretudo, por caminhar junto à evolução da problemática dos refugiados, de forma a adaptar-se às novas questões, trazendo soluções e resposta acertadas ao tema (JUBILUT, 2007).

Para a OEA:

Existe uma relação estreita e múltipla entre a observância das normas relativas aos direitos humanos, os movimentos de refugiados e os problemas de proteção. As violações graves de direitos humanos provocam movimentos de refugiados, algumas vezes em escala maciça, e dificultam o logro de soluções duradouras para estas pessoas. Ao mesmo tempo, os princípios e práticas relativas aos direitos humanos proporcionam regras aos Estados e às organizações internacionais para o tratamento dos Refugiados Ambientais são [...] as pessoas fugiram de suas casas por causa de mudanças ambientais que tornaram suas vidas ameaçadas ou insustentáveis [...] II (DERANI, 2006). A ONU aponta que até o

<sup>4</sup> Entende-se por deslocados internos pessoas que, por forças alheias às suas vontades, deixam seus lares, para proteger suas vidas, e buscar proteção em outra parte do território dentro do seu próprio Estado. São de responsabilidade do ACNUR a proteção, abrigo emergencial e coordenação de campos e gerenciamento de deslocados internos que estão nessa situação resultante da existência de conflitos. Segundo a ONU o número de refugiados no mundo está diminuindo desde 2001, ao mesmo tempo em que o número de deslocados internos vem aumentando (JUBILUT, 2007).

ano 2050 existirão 150 milhões de pessoas nessa condição e que o número atual de -refugiados ambientais II já é equivalente ao de refugiados, repatriados e pessoas deslocadas. (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1989, p. 25).

Sobre esta relação tripartite (muito bem observada pela CIREFCA) entre a observância dos direitos humanos, os fluxos de refugiados e a proteção dos

mecanismos disponibilizados pela comunidade internacional aos refugiados, que versará o próximo tópico. Este apresentará os resultados obtidos no estudo de caso sobre os refugiados somalis, que migram por força de conflito(s) armado(s).

### **3 O REFÚGIO NOS CONFLITOS ARMADOS: UMA ANÁLISE SOBRE A SOMÁLIA**

O Oriente, ano de 1960, segunda década de libertação da África, começa a história do –Inferno, ou pelo menos, de um dos –infernos africanos. Somália, África Oriental, as partes britânicas e italianas, enfim deixam o país, que se torna independente, formando a República Unida da Somália. O presidente eleito, Aden Abdullah Osman Daar, permanece no poder até 1967, onde é derrotado por Abdi Rashid Ali Shermarke nas eleições presidenciais (BRITISH BROADCASTING CORPORATION, 2016).

O novo governo dura em torno de dois anos, quando é interrompido por um golpe de Estado. Muhammad Siad Barre assume o lugar vago, deixado por Shermarke que fora assassinado (BRITISH BROADCASTING CORPORATION, 2016). De acordo com Faganello, —A Somália não se divide politicamente em função de religião, língua ou cultura. O fator político que demarca a sociedade é a fidelidade dos somalis aos clãs e subclãs a que pertencem. (FAGANELLO, 2013, p. 101). Afirma a autora que Barre explorou esse fator para permanecer no poder.

Entre 1969, e 1981 os problemas enfrentados pela ditadura de Barre, foram motivados pela guerra fria – entre os anos de 1970-1978 o país adotou como regime econômico o socialismo – e pelas secas, que deram origem a uma crise de subnutrição crônica. Foi no ano de 1981, quando alguns membros das tribos Mijertyn e Isaq foram excluídos do governo ditatorial, que este perdeu boa parte do apoio político e adquiriu opositores.

O desfecho se deu dez anos mais tarde quando Muhammad Siad Barre foi deposto do poder, após três dias de sua deposição Ali Mahdi do subclã Abgal declarou-se presidente interino da Somália, gerando o conflito com o general Aidid do subclã Dabr Gedir. Nesse momento inicia-se uma disputa pelo poder entre generais de dois subclãs, (Mohamed Farah Aidid *versus* Ali Mahdi Mohamed) deixa

milhões de feridos, a esta crise, soma-se a independência da Somalilândia, situada ao norte da Somália (BRITISH BROADCASTING CORPORATION, 2016).

Em 1991 afundou-se o Estado na Somália, tendo como causas: a crise política, (isto é, a submissão do povo à luta dos clãs e suas milícias) acompanhada de uma crise econômica e da fome, anseios que levaram a uma mobilização por parte da Comunidade Internacional. Os resultados foram pífios, os auxílios dificilmente chegavam aos aldeões, pois, eram fracionados entre os chefes de grupos, sobreviviam somente aqueles que possuíam armas, além disso, dois terços do envio evaporaram no trajeto e vinte caminhões da Cruz Vermelha foram desviados (BETTATI, 1996).

Em 1992, quinhentas crianças morriam por dia devido a essas ações de restrição promovidas pelas milícias que também se dedicavam a combates de rara violência, o mais poderoso dirigido pelo general Mohamed Aidid que de forma alguma aceitava o envio de força estrangeira. Bandos armados tomaram os centros de encaminhamento e distribuição e pilharam os fornecimentos dos navios ancorados bem como dos portos (BETTATI, 1996).

Como resposta a situação, o Conselho de Segurança editou a Resolução 733 (1992) que determinava a imposição de um embargo de armas ao país. Esta foi o início das decisões a respeito da Somália, seguida da Resolução 746 (1992) que conduziu à intervenção militar de tropas dos Estados Unidos sob a iniciativa das Nações Unidas, cabe ressaltar que essa atitude foi tomada a requerimento da Somália. Em seguida, no dia 24 de abril de 1992 foi adotada a Resolução 751 que estabeleceu a Operação das Nações Unidas na Somália, denominada de ONUSOM I<sup>6</sup>. Inicialmente, foram enviados cinquenta observadores da ONU à Somália, o principal escopo era construir um plano de ação que efetivasse a prestação da assistência humanitária de urgência (CAMERA, 2008).

---

<sup>6</sup> -A ONUSOM I, criada pela Resolução 751, tem, portanto igualmente como tarefa coordenar a ajuda humanitária e assegurar a segurança do encaminhamento dos auxílios. II (BETTATI, 1996, p. 180).

Relata Faganello, que as consultas feitas as partes conflitantes persistiram por dois meses, o acordo era que seria enviado somente pessoal desarmado à Somália (FAGANELLO, 2013). Porém, a situação no país se deteriorou, de tal forma que motivou a aprovação da Resolução 767 (1992), que consiste na autorização para que se utilizasse o auxílio aéreo, com o intuito de facilitar a atuação das Nações Unidas na prestação da ajuda humanitária. Dada a evolução do conflito<sup>7</sup>, o Secretário Geral solicitou ao Conselho de Segurança o envio de mais militares, o pedido foi autorizado pela Resolução 775 (1992), foram enviados 4.219 militares, além dos 50 observadores que já estavam na Somália.

Os militares encontraram sólida resistência das facções, descontentes com a decisão unilateral protagonizada pelas Nações Unidas. A insatisfação foi evidenciada quando o General Aidid proibiu militares em Mogadishu, e abriu fogo contra aqueles que faziam a segurança do aeroporto local:

Travou-se, então, uma queda de braço entre o General Aidid, que não aprovava o controle do aeroporto pela UNOSOM, e Mahdi, que apoiava o papel da missão de paz. A situação ficou insustentável a partir do momento em que não existia um governo capaz de assegurar a lei e a ordem no país, enquanto saques a armazéns e comboios, sequestros de carros e troca de tiros ocorriam a olhos vistos. (FAGANELLO, 2013, p. 105).

O ápice da UNOSOM I foi a adoção da Resolução 794, que traduz a ideia de —ameaça à paz e à segurança internacional, pela qual era necessária a intervenção armada como único meio para a obtenção dos objetivos da intervenção, isto é, a efetiva distribuição de alimentos e ajuda médica. Foram dadas boas vindas em especial aos Estados Unidos,<sup>8</sup> e aos Estados membros que estivessem em condição de fornecer forças militares. Os resultados da ONUSOM I não foram satisfatórios, o

<sup>7</sup> -[...] ante o caráter peculiar da situação imperante na Somália (sem autoridade que pusesse fim ao caos da guerra civil e à anarquia que impediam o acesso da ajuda humanitária), acolhe o apoio logístico e material de vários Estados (de forma especial dos Estados Unidos), autoriza o aumento dos seus efeitos [...] (CAMERA, 2008, p. 67).

<sup>8</sup> -A resposta do presidente estadunidense George Bush à resolução foi a decisão, em 4 de dezembro de 1992, de iniciar a *Operation Restore Hope*, na qual os EUA assumiam o comando militar da United Task Force (UNITAF) – missão multinacional formada por 24 países, autorizada pela Resolução 794 (1992) do Conselho de Segurança, fundamentada no capítulo VII e não submissa ao comando da ONU –, que tinha como mandato criar em parceria com a UNOSOM um ambiente seguro para a prestação de ajuda humanitária, podendo, para tanto, usar *all necessary means*. Até fevereiro de 1993, havia 24 mil militares estadunidenses e cerca de 13 mil homens de outras nacionalidades espalhados pela Somália, o que fazia da UNITAF a maior operação de alívio humanitário da história da ONU. (FAGANELLO, 2013, p.106).

que é reconhecido na Resolução 794. Conforme o autor, a ação humanitária e os seus movimentos inevitavelmente resultaram no uso da força, esta chamar-se-á *Restore hope*, se desenvolverá juntamente com as medidas tomadas pelas Nações Unidas (BETTATI, 1996). Tal afirmação é evidenciada pela Resolução 814, que institui a ONUSOM II, responsável por dar continuidade às tarefas empreendidas pela UNITAF.

Entretanto, a operação *Restore Hope* foi um fracasso completo. Os Estados Unidos chegaram a ter mais de 28 mil soldados no país. A ocupação durou cerca de 15 meses e resultou em 221 baixas norte-americanas (44 mortos e 177 feridos). Além disso, o Exército dos Estados Unidos sofreu uma das mais humilhantes derrotas da história militar do país ao tentar prender o líder guerrilheiro Mohamed Farad Aidid (CAMERA, 2008). Em resposta, o presidente Clinton exigiu o retorno de todos os militares estadunidenses aos EUA.

Em 21 de fevereiro de 1995, um acordo de paz foi assinado entre os Generais Aidid e Mahdi, em nome da *Somali National Alliance* e da *Somali Salvation Alliance*, objetivando a promoção, a reconciliação nacional e um ajuste pacífico. Os generais aceitaram dividir o poder, norteados por eleições democráticas, resolver as disputas por meio do diálogo e medidas pacíficas, e foi convencionada a abertura dos portos para o tráfego comercial. O resultado deste acordo foi que em 28 de março de 1995 a missão de paz foi completamente retirada da Somália (FAGANELLO, 2003).

Segundo Bettati, a retirada da ONUSOM II deixa a Somália exposta aos senhores da guerra. Reconheceu-se o insucesso político da operação, mas no plano humanitário foi um sucesso. Exceto para o Conselho de Segurança, detentor das informações de campo, bem diferentes daquelas veiculadas pelos meios de informação, que propalaram:

Ainda que tardiamente, a ONUSOM, as ONG, e os organismos doadores intervieram e, apesar das condições extremamente difíceis, tiveram êxito na contenção e finalmente na redução, de forma substancial do desastre humanitário (Quênia) [...]. O objetivo humanitário fundamental foi atingido. A fome já não ameaça a terra somali. Morrer de fome já não é uma ameaça para todo um povo (Nova Zelândia) [...]. Todas as informações provenientes da Somália concordam num ponto: a situação humanitária é bastante satisfatória (Djibouti) [...]. A Organização das Nações Unidas não falhou na sua tarefa na Somália (Nigéria) [...]. Não poderíamos ignorar o sucesso da ONUSOM no setor humanitário (Paquistão) [...]. Os piores aspectos da crise humanitária neste país foram ultrapassados (Argentina). Concordância de opiniões que contrasta com as ideias recolhidas sobre este assunto. (BETTATI, 1996, p.181-182).

As violações de direitos humanos provocadas pelos conflitos motivaram fluxos de refugiados somalis, notadamente a partir de 1991, ano em que o Estado afunda na Somália. Cumpre frisar o entendimento de que quando um ser humano é violado uma gama de direitos é igualmente violada, não só a vida ou liberdade, mas todos os outros direitos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais, transindividuais) que tem como fundamento o caráter indivisível e interdependente, no momento em que um deles é negado, todos os outros também o são.

Como solução temporária para os refugiados que derivaram do conflito, a Comunidade Internacional construiu, em maio de 1991, em Dadaab no Quênia, campos de refugiados para abrigar os somalis. Conforme relatório do ACNUR, inicialmente foram projetadas três extensões entre 1991-1992: Ifo, Dagahaley e Hagadera, com possibilidade de abrigar até 30.000 pessoas cada. Um segundo fluxo de refugiados motivado pela fome e pela seca no Sul da Somália, fez com que fossem desenvolvidos mais duas extensões (Ifo 2 e Kambioos) para abrigar os mais de 130 mil refugiados. Sem qualquer perspectiva de retorno a seu país, gerações de refugiados foram formadas, alguns dos refugiados inclusive possuem filhos e netos. O campo de refugiados possui plenas características de uma cidade, porém não possui reconhecimento legal ou jurídico que possibilitem sua oficialização (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES 2014).

No entanto, os campos, que deveriam ser temporários, até que se encontrasse uma solução duradoura, têm se mostrado definitivos. O maior campo de refugiados no mundo completa nesse ano 25 anos de existência. Dadaab está situado no nordeste do Quênia, a 100 quilômetros da fronteira, tem hoje uma população que gira em torno dos 335 mil habitantes<sup>9</sup>. Em contrapartida na Somália direitos humanos continuam sendo violados sistematicamente: o número de deslocados internos supera os 430 mil, além de que o número de refugiados somalis no mundo é maior do que 1,1 milhão, terceiro maior índice somente atrás do número

<sup>9</sup> Segundo dados do ACNUR, em 2011 esse número foi superior a 463 mil refugiados registrados, sem contar os muito mais não registrados. A mesma notícia relata a informação de que existem famílias de refugiados de até três gerações, das quais os filhos e netos nasceram nos campos (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2012).

de refugiados provenientes do Afeganistão (2,7 milhões) e da Síria (4,9 milhões). Aliás, cumpre ressaltar que mais de 54% dos refugiados provem destes três países supracitados, o que eles têm em comum? Conflitos internos que motivam grande parte das migrações (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2016).

No pior dos cenários, em comunicado oficial feito pelo ministro da Segurança Interna do Quênia, foi anunciada a decisão de fechamento dos campos até novembro de 2016. Um dos principais motivos alegados foi que os campos seriam uma ameaça à segurança. A decisão reflete o medo de que aconteça no Quênia o mesmo que na Somália, a entrada de extremistas Islâmicos do al-Shabab ligada à al-Qaeda. O ACNUR junto de algumas ONGs posicionaram-se de forma contrária à decisão pedindo que o governo reconsidere-a, alegam que seria uma violação ao princípio da não-devolução, um desastre humanitário (UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES, 2016).

A situação nos campos do Quênia, de acordo com o escritor norte-americano Ben Rawlence (que nos últimos cinco anos visita os campos) segue a lógica dos outros países hospedeiros, que impedem os refugiados de trabalhar, dessa forma cabe a ONU o envio de mais de cinco toneladas de alimentos (principalmente arroz e feijão) por mês, contudo, pelas limitações de recurso esses envios sofreram um corte de 30%. Conta o autor que os países que recebem refugiados costumam responder ao aumento das populações com restrições e políticas mais rígidas (RAWLENCE, 2015).

O Quênia figura entre os mais rígidos, no ano passado, refugiados encontrados no lado de fora dos campos foram presos pela polícia no estádio nacional. —A vida em Dadaab e em todos os outros campos é um exercício diário de fabricação de esperança. Provavelmente os membros da terceira geração de filhos passarão toda sua vida em Dadaab. Como resposta, deveria o governo do Quênia permitir aos refugiados liberdade de movimento, além de todos os direitos concedidos aos demais cidadãos, como por exemplo, o direito de viajar ao exterior e procurar trabalho legalmente, porém, infelizmente, a maré da opinião pública, tem se

## CONCLUSÃO

O presente ensaio centrou-se na temática da proteção internacional dos refugiados. Ao longo das análises buscou-se responder à pergunta que vem norteando a investigação: em que medida as migrações forçadas de conflitos armados encontram proteção suficiente nos mecanismos disponibilizados pela comunidade internacional para garantir a segurança humana dos refugiados?

É importante reafirmar o que já está consagrado nos documentos internacionais sobre os refugiados: independente do motivo que os faz migrar eles são titulares de direitos humanos, que têm de ser respeitados em qualquer momento, circunstância ou lugar. São direitos inalienáveis e como tal, devem ser respeitados antes, durante e depois do seu êxodo ou do regresso aos seus lares, é responsabilidade comum dos Estados e da Comunidade Internacional proporcionar o necessário para garantir o bem-estar e dignidade humana (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 1994).

No presente estudo, ao se analisar os mecanismos disponibilizados pela comunidade internacional para a proteção e garantia de direitos dos refugiados, verificou-se que tem se prestado à assistência e ao auxílio emergencial. Demonstrou-se que as questões que tocam os refugiados, não recebem a atenção merecida, muito disso acontece pelo fato de ocorrerem em países sem grande expressão no território nacional e pelo pensamento de que logo findarão como ocorrera no passado. Os instrumentos não têm se mostrado efetivos para soluções duráveis, conforme se pode confirmar no caso da Somália.

O fato de que existem campos no Quênia que deveriam ser temporários, mas alcançam a marca de mais de 25 anos deveria no mínimo provocar um sentimento de necessidade de reconstrução das respostas dispensadas aos problemas que surgem por força dos conflitos armados. Isso comprova que as soluções são paliativas, e mais, os últimos relatórios do ACNUR falam por si só, no momento em que apresentam a inalteração dos números de refugiados provenientes da Somália, ele permanece sendo de mais de 1,1 milhões de refugiados nos últimos dois

relatórios.

Conviver com dados como o de que mais de 54% dos refugiados provêm de países em conflitos armados é assustador. Inexistem normativas específicas sobre conflitos armados e como proceder diante destes. O que se evidencia é um desinteresse pela causa das pessoas em situação de refúgio em lugares como a África, e/ou pela ampliação do conceito de refugiado, isso é comprovado nas funções desempenhadas pelo ACNUR, que extrapolam conceitos e, por vezes, até mesmo limites estatais em prol da segurança dos seres humanos, tal atuação é louvável.

Por fim, pode-se concluir que as migrações forçadas de conflitos armados não têm encontrado proteção suficiente nos mecanismos disponibilizados pela comunidade internacional para garantir a segurança humana dos refugiados. A realidade é que as normativas e mecanismos de proteção são insipientes, e que há certo despreparo da comunidade internacional para lidar com estes problemas. Isso é constatado nos relatórios disponíveis sobre a atuação na ONUSOM I e na ONUSOM II, o fato da retirada de poder bélico, quando não foram eficazes as suas atuações, atesta mais uma vez que o objetivo não é a solução das violações de direitos humanos e que tais violações não se encontram no centro das atenções da comunidade internacional.

## REFERÊNCIAS

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. ACNUR. **Declaração de San José sobre Refugiados e pessoas deslocadas.** Colóquio Internacional em Comemoração do Décimo Aniversário da Declaração de Cartagena sobre Refugiados. 1994. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bpointer%5D=0&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Buid%5D=592&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bmode%5D=1](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=592&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1)>. Acesso em 18 set. 2016.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. ACNUR. **Dadaab, o maior campo de refugiados do mundo, completa 20 anos.** 2012. Disponível em: <<http://www.acnur.org/portugues/noticias/noticia/dadaab-o-maior-campo-de-refugiados-do-mundo-completa-20-anos/>>. Acesso em: 02 set. 2016.

BRITISH BROADCASTING CORPORATION. BBC. **Somalia profile – Timeline**. Disponível em: <<http://www.bbc.com/news/world-africa-14094632>>. Acesso em: 07 set. 2016.

BETTATI, Mario. **O Direito de Ingerência**: mutação da ordem internacional. Tradução de Ana Faria. Lisboa: Instituto Piaget, 1996.

DERANI, Cristiane. Refugiado ambiental. **Dicionário de Direitos Humanos**. Disponível em: <<http://escola.mpu.mp.br/dicionario/tiki-index.php>>. Acesso em: 09 nov. 2015.

CAMERA, Sinara. **Da Intervenção à Solidariedade**: caminhos para uma nova ordem mundial. 2008. 123f. Dissertação (Mestrado em Integração Latino-Americana) – Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2008.

DOUZINAS, Costas. **O Fim dos Direitos Humanos**. Tradução de Luzia Araújo. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

FAGANELLO, Priscila Liane Fett. **Operações de Manutenção da Paz da ONU**: de que forma os direitos humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz. Brasília: FUNAG, 2013.

JUBILUT, Liliana Lyra. **O Direito Internacional Dos Refugiados E Sua Aplicação No Ordenamento Jurídico Brasileiro**. São Paulo: Editora Método, 2007.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos**. CIREFCA. Guatemala, 1989. Disponível em: <[https://www.oas.org/dil/esp/cirefca\\_89-9\\_esp.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/cirefca_89-9_esp.pdf)>. Acesso em: 16 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Assembléia Geral. **Estatuto do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados**. 1950. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bmode%5D=1&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bpointer%5D=2&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bsort%5D=doctitle:1&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Buid%5D=594](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=2&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle:1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=594)>. Acesso em: 18 set. 2016.

\_\_\_\_\_. ACNUR. **Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados**. 1951. Disponível em: <[http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao\\_relativa\\_ao\\_Estatuto\\_dos\\_Refugiados.pdf](http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf)> Acesso em: 02 set. 2016.

ORGANIZAÇÃO DA UNIDADE AFRICANA. **Convenção da Organização da Unidade Africana (OUA) Que Rege Os Aspectos Específicos Dos Problemas**

**Dos Refugiados Na África.** 1969. Disponível em:

<[http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bpointer%5D=0&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bmode%5D=1&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx\\_danpdocumentdirs\\_pi2%5Buid%5D=586](http://www.acnur.org/t3/portugues/recursos/documentos/?tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bpointer%5D=0&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bmode%5D=1&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bsort%5D=doctitle,sorting,uid&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownload%5D=yes&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Bdownloadtyp%5D=stream&tx_danpdocumentdirs_pi2%5Buid%5D=586)>. Acesso em: 02 set. 2016.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003. v. 1.

UNITED NATIONS HIGH COMMISSIONER FOR REFUGEES. UNHCR. World Conference on Human Rights. **Statement by Mrs. Sadako Ogata, United Nations High Commissioner for Refugees.** Vienna, 16 June 1993. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/admin/hcspeeches/3ae68fcc40/statement-mrs-sadako-ogata-united-nations-high-commissioner-refugees-world.html>>. Acesso em 18 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **UNHCR Dadaab and alinjugur, Kenya briefing note.** Geneva. 2014. Disponível em: <<https://data.unhcr.org/horn-of-africa/download.php?id=1375>>. Acesso em: 10 set. 2016.

\_\_\_\_\_. **Global Trends Forced Displacement in 2015.** Geneva. 2016. Disponível em: <<http://www.unhcr.org/576408cd7>>. Acesso em: 03 set. 2016.

RAWLENCE, Ben. The Other Refugee Crisis. **The New York Times**, New York, Out. 2015. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2015/10/10/opinion/the-other-refugee-crisis.html>>. Acesso em 18 set. 2016

## **A EFICÁCIA SOCIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FUNDAMENTAIS: UM DESAFIO [PRINCIPIOLÓGICO] DA BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.**

Lairton Ribeiro de Oliveira<sup>1</sup>

### **RESUMO**

As políticas públicas, como um dos principais instrumentos de concreção dos objetivos do Estado [Social] Democrático de Direito, inaugurado com Constituição Federal de 1988, constituem-se no tema central desta abordagem. Delimita-se o estudo na (in)eficácia social daquelas, sobretudo quando dirigidas à satisfação de direitos fundamentais, enquanto supedâneos da dignidade da pessoa humana e da própria cidadania, problematizando-se acerca da compreensão dos objetivos e fundamentos deste modelo estatal, como conformadores do conteúdo jurídico de um pretense princípio da eficácia social das políticas públicas fundamentais, a integrar o Regime Jurídico da boa Administração Pública. Objetiva-se estimular o debate acadêmico sobre a necessidade de efetividade da atuação finalística do Estado, que poderia pressupor a releitura de alguns institutos clássicos, par e passo com a permanente autoconstrução do Direito, apta a acompanhar os dinâmicos anseios de uma sociedade pós-moderna. Para tanto, a análise parte do estatuído no texto constitucional, nas normas infraconstitucionais correspondentes, ancorada na doutrina constitucionalista e administrativista clássica e contemporânea, bem como na jurisprudência pátria. A abordagem tem natureza teórica, com fins exploratórios e se desenvolve por meio da pesquisa bibliográfica, cujos dados são tratados qualitativamente, privilegiando-se o método dedutivo. Almeja-se, a partir deste estudo, estimular o debate sobre a responsabilidade de todos os atores públicos, da academia e da própria sociedade, no desenvolvimento de mecanismos capazes de dar concretude ao programa social constitucional, com ênfase na garantia da fruição dos direitos fundamentais mais elementares dos indivíduos, por meio da consolidação da eficácia social das políticas públicas, como princípio norteador da atividade administrativa pública, para assegurar a plena cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Políticas Públicas – Eficácia Social – Dignidade Humana.

### **ABSTRACT**

<sup>1</sup> Mestre em Integração Latino-Americana, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). lairtonsm@gmail.com

Public policies as one of the main instruments for achieving the objectives of the Social-Democratic State, inaugurated with the Federal Constitution of 1988, are the central theme of this approach. This study is delimited by the (in-)effectiveness of public policies, especially when addressed to the satisfaction of fundamental rights, as a support for the dignity of the human person and citizenship, problematizing about the understanding of the objectives and foundations of this state-owned model, as conforming the legal content of a supposed principle of the social effectiveness of the fundamental public policies, to integrate the Juridical Regime of good Public Administration. The objective is to stimulate the academical debate about the lack for effectiveness of the State's final action, which could presuppose the rereading of some classical institutes, jointly with the permanent self-construction of Law/Justice, able to follow the dynamic desires of postmodern society. For that, the analysis starts from the expressed in the constitutional text, in laws, anchored in classical and contemporary constitutionalist and administrativist doctrine, as well as in the national jurisprudence. The approach is essentially theoretical, for exploratory purposes and is developed through bibliographic research, whose data are treated qualitatively, privileging the deductive method. Starting from this study, it is hoped to stimulate the debate on the responsibility of all public actors, the academy and even society, in the development of mechanisms capable of giving concreteness to the constitutional social program, with emphasis on ensuring the possession of the most elementary fundamental rights of individuals, by consolidating the social effectiveness of public policies, as guiding principle of public administrative activity, to ensure the full citizenship and dignity of the human person.

Key words: Public Policies – Social Effectiveness – Human Dignity.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, ao instaurar o modelo de Estado Democrático de Direito, no Brasil, o fez com um enfoque nitidamente social, ao prescrever, como fundamentos republicanos, já em seu artigo inaugural, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana. Aprofundando tal propósito, estabeleceu o Legislador Constituinte, como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, apta a erradicar a pobreza e a marginalização, voltada à redução das desigualdades sociais e regionais, com o fim primordial de promover o bem de todos (BRASIL, 1988).

A concretização deste programa constitucional, na divisão funcional das

atribuições dos Poderes, cabe, precipuamente ao Poder Executivo, por meio da atividade de Administração Pública. Atuando de forma positiva ou negativa, desenvolve-se um plexo de atividades que compreende o exercício do Poder de Polícia, o ordenamento econômico e social, o fomento público a determinadas atividades de interesse público e, principalmente, a atividade de prestação dos serviços, bens e utilidades públicas, que visam à garantia das condições existenciais mínimas do indivíduo, correspondentes aos seus direitos fundamentais.

Esta atividade prestacional se desenvolve, primordialmente, por meio da elaboração e execução de políticas públicas, nas mais diversas áreas, aqui enfocadas aquelas relacionadas ao plexo de direitos fundamentais do indivíduo, que lhe asseguram a dignidade e a cidadania, fundamentos constitucionais republicanos.

Contudo, no atual estágio social deste Estado Constitucional, apesar de uma incipiente evolução democrática, inclusive no contexto da elaboração dessas políticas públicas fundamentais, certo é que ainda não se alcançou um estágio elementar de eficácia social prestacional, do programa constitucional.

A partir deste cenário, e tendo-se presentes os desafios contemporâneos, problematiza-se a presente análise na (in) efetividade do programa social estabelecido pela Constituição, delimitada à discussão relativa à necessidade de serem propostos mecanismos, inclusive teóricos, para a busca da eficácia das políticas públicas fundamentais, propondo-se o debate acerca da viabilidade de torná-la um princípio norteador da [pós-moderna] boa Administração Pública.

Para tanto, propõe-se uma abordagem de natureza teórica, com fins exploratórios, por meio da pesquisa bibliográfica, fundada na Constituição Federal, nas normas infraconstitucionais pertinentes, na doutrina constitucionalista e administrativista pátria, mesclando-se doutrinas clássicas e propostas contemporâneas, notadamente aquelas propositivas de novas leituras de institutos que necessitam ser revistos, sem prejuízo do cotejo de alguns pontos com a jurisprudência da Suprema Corte, cujos dados serão qualitativamente tratados, privilegiando-se o método dedutivo.

Com forma de alcançar o objetivo proposto, entende-se pertinente estruturar o

estudo em duas seções: a primeira, destinada delinear a normatização do Estado Social Democrático de Direito brasileiro e as políticas públicas como instrumento de concreção dos seus programas; e a segunda, destinada a apresentar um suporte teórico para a definição daquilo que poderia ser considerado o conteúdo jurídico de um pretense princípio da eficácia social das políticas públicas fundamentais, a compor o Regime Jurídico de uma almejada boa Administração Pública.

## **1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS FUNDAMENTAIS COMO INSTRUMENTOS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO**

A estruturação do modelo de Estado [social] Democrático de Direito, ao longo do tempo, decorreu de um processo histórico de consolidação e efetivação de direitos, a partir da constatação, sobretudo no decorrer do século XX, da insuficiência dos postulados da separação dos Poderes, generalização do princípio da legalidade e universalização de jurisdição - dogmas caracterizadores do Estado de Direito – para a plena autonomia do indivíduo e adequada fruição de direitos.

Este diagnóstico se mostrou notório diante das condicionantes impostas, sobretudo, pelo processo de industrialização, sabidamente concentrador de renda e causador da massificação das relações sociais e de trabalho, aspectos que tornaram premente a necessidade de substituição de um modelo de Estado de Direito, notadamente liberal, para um Estado com viés mais interventivo, prestacional e regulador, capaz de assegurar condições mínimas de dignidade e de fruição de direitos fundamentais pelos indivíduos, representado pelos pressupostos do Estado Social (JUSTEN FILHO, 2014).

As marcas indeléveis do Estado Social, presentes na Carta Republicana de 1988, são assim delineadas, na lição de Paulo Bonavides:

A Constituição de 1988 é basicamente em muitas de suas dimensões essenciais, uma Constituição de Estado social. Portanto, os problemas constitucionais referentes a relações de poderes e exercício de direitos subjetivos têm que ser examinados e resolvidos à luz dos conceitos derivados daquela modalidade de ordenamento. Uma coisa é a Constituição

do Estado liberal, outra a Constituição do Estado social. A primeira é uma Constituição antigoverno e anti-Estado; a segunda uma Constituição de valores refratários ao individualismo do Direito e ao absolutismo do Poder. (BONAVIDES, 2004, p. 371).

Não obstante, a necessidade de consolidação das conquistas, tanto do Estado Liberal, quanto do Estado Social, sobretudo em relação ao viés patrimonialista dos Estados absolutistas, que imperaram até a segunda metade do século XVIII, impôs um modelo Estatal que também se constituísse, na sua essência, irremediável e igualmente, Democrático e de Direito.

Neste novo modelo, que encontrou um movimento de constitucionalização ao longo do século XX, além da separação dos Poderes, da generalização do princípio da legalidade e da universalidade de jurisdição, também se mostram presentes outras dimensões de valores sociais e democráticos, como a supremacia da constituição, a soberania popular, a máxima do respeito aos direitos fundamentais, tendo-se o cidadão como sujeito de direitos subjetivos públicos, cuja dignidade constitui o epicentro do sistema jurídico.

Marcelo Novelino, ao sistematizar as características do também denominado “Estado Constitucional Democrático”, esclarece que:

Na busca pela conexão entre a democracia e o Estado de direito, o *princípio da soberania popular* se apresenta como uma das vigas mestras deste novo modelo, impondo uma organização e um exercício democráticos do Poder (ordem de domínio legitimada pelo povo). Além da ampliação dos mecanismos tradicionais de democracia representativa, com a universalização do sufrágio para categorias antes excluídas do processo participativo (como mulheres e analfabetos...), são consagrados instrumentos de participação direta do cidadão na vida política do Estado, tais como plebiscito, referendo e iniciativa popular. A tensão entre a nova configuração do constitucionalismo e o conceito meramente formal de democracia, tradicionalmente associado à premissa majoritária, promove o desenvolvimento de uma dimensão substancial da democracia, **a fim de assegurar que os direitos fundamentais sejam efetivamente usufruídos por todos, inclusive pelas minorias perante a vontade da população majoritária.** (NOVELINO, 2016, p. 246). (grifou-se)

Nesta senda, enfatizando-se o estabelecimento de consensos mínimos, capazes de assegurar os direitos fundamentais das minorias, como limitação à ação,

por vezes potencialmente homogeneizante, perpetrada pelas maiorias governantes no modelo democrático, ressalta-se a hermenêutica deste novo modelo, delineada por Luís Roberto Barroso, para quem há:

[...] duas grandes funções desempenhadas pela Constituição em um Estado democrático de direito: (i) proteger valores fundamentais e consensos básicos contra a ação predatória das maiorias e (ii) garantir o funcionamento adequado da democracia e do pluralismo político. A proteção dos consensos é feita por meio de regras – âmbito no qual se situa o núcleo essencial dos princípios –, ficando limitada, em sua interpretação, quer a ação do legislador quer a de juízes e tribunais. Já o pluralismo político se manifestará na escolha, pelas maiorias de cada época, dos meios que serão empregados para a realização dos valores e fins constitucionais – i.e., dos princípios – em tudo que diga respeito à sua parte não nuclear. (BARROSO, 2013, p. 165).

Delineados tais parâmetros, é oportuno trazer a lume o conteúdo jurídico básico dos fundamentos constitucionais do Estado Democrático de Direito Brasileiro, considerados, nesta abordagem, como supedâneos do marco social deste modelo estatal, quais sejam a cidadania e a dignidade da pessoa humana, insculpidos respectivamente nos incisos II e III, do artigo preambular da Carta<sup>1</sup> (BRASIL, 1988).

Neste passo, não se pode olvidar que a dignidade da pessoa humana encontra-se positivada, em relevo, na Ordem Jurídica internacional, desde o artigo inaugural da Declaração Universal dos Direitos Humanos, cujo dispositivo expressa que “[...] todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos”, cada um devendo agir, em relação uns aos outros, de forma fraterna e com espírito de solidariedade. Esta diretriz universal permite concluir que basta a condição de ser humano, até mesmo antes do nascimento ou mesmo após a morte, para se constituir na titularidade deste direito subjetivo público, considerado núcleo essencial do constitucionalismo moderno (ONU, 1948).

A dignidade da pessoa humana - considerada por Robert Alexy (2015) como um princípio prevalente sobre todos os demais dos sistemas constitucionais e um fim

<sup>1</sup> Assim se procede por se considerar que, para o objeto desta abordagem, mostra-se desnecessária a ênfase nas outras características elementares do referido modelo, representadas pelos objetivos fundamentais da República (art. 3º, CF/88), plenamente compreensíveis na sua literalidade.

último dos direitos fundamentais - como fundamento republicano brasileiro<sup>1</sup>, é teorizada pelo Professor Dalmo de Abreu Dallari, nos seguintes termos:

Para os seres humanos, não pode haver coisa mais valiosa do que a pessoa humana. Essa pessoa, por suas características naturais, por ser dotada de inteligência, consciência e vontade, por ser mais do que uma simples porção de matéria, tem uma dignidade que a coloca acima de todas as coisas da natureza. [...]. Existe uma dignidade inerente à condição humana, e a preservação dessa dignidade faz parte dos direitos humanos. O respeito pela dignidade da pessoa humana deve existir sempre, em todos os lugares e de maneira igual para todos. (DALLARI, 2004, p. 15).

No mesmo norte, destaca Novelino que a dignidade da pessoa humana constitui-se em valor constitucional supremo, servindo com diretriz, não só no momento da elaboração da norma, mas também na interpretação e na aplicação do Ordenamento Jurídico, notadamente quando se visa o fim estatal de realização dos direitos fundamentais e de promoção da democracia (NOVELINO, 2016).

Já a cidadania, considerada um dos principais vetores democráticos do modelo estatal em comento, traduz-se, em linhas gerais, na possibilidade de efetiva e qualificada participação política do indivíduo, nos mais variados âmbitos estatais, inclusive em instâncias decisórias, sobretudo relacionadas às políticas públicas.

Para Dallari, a cidadania, cujo significado, na antiguidade, residia na indicação da situação política de uma pessoa e do exercício dos respectivos direitos, passou a ganhar significativo enfoque, em sua acepção moderna, a partir da Revolução Francesa, notadamente com a “Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão”, de 1789, traduzindo-se na integração social do indivíduo, para assegurar sua participação na vida pública. No Brasil, para o autor, a partir da Carta Republicana de 1988, a cidadania representa:

[...] o direito de votar para escolher os representantes no Legislativo e no Executivo e o direito de se candidatar para esses cargos. [...] Como inovação, foi dado ao cidadão o direito de apresentar projeto de lei, por meio de iniciativa popular, [...] o direito de participar de plebiscito ou referendo, quando forem feitas consultas ao povo brasileiro sobre projetos

<sup>1</sup> A dignidade se corporifica em diversos direitos e garantias fundamentais da Carta (a exemplo do previsto nos incisos XLII, XLIII, XLVIII, XLIX, L, do art. 5º; art. 226, § 7º, art. 227 e 230 da CF/88).

de lei ou atos do governo. Além disso, foi atribuído aos cidadãos brasileiros o direito de propor certas ações judiciais, denominadas garantias constitucionais, especialmente previstas para a garantia de direitos fundamentais. [...]

A par disso, a Constituição prevê a participação obrigatória de representantes da comunidade em órgãos de consulta e decisão sobre os direitos da criança e do adolescente, bem como na área de educação e da saúde. Essa participação configura o exercício de direitos da cidadania e é muito importante para a democratização da sociedade. (DALLARI, 2004, p. 24).

Estes dois valores supremos, que congregam conjuntos de direitos fundamentais, para atingirem a plena concretude, efetividade ou eficácia social democratizada, demandam adequadas ações estatais, por intermédio das políticas públicas, a serem concebidas como verdadeiros programas estatais, muito mais que simples plataformas governamentais transitórias.

Comumente representadas pela expressão “Estado em Ação”, por meio da elaboração e execução de projetos e programas para os mais diversos setores, as políticas públicas, na ótica de Maria Paula Dallari Bucci, constituem-se em “programas de ação governamental, visando a coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.” (BUCCI, 2006, p. 241).

Antônio Eduardo de Noronha Amabile, enfatiza que as políticas públicas representam a concretização da ação governamental, cujo ciclo de implementação deve passar pelas fases de formulação, execução, monitoramento e avaliação, nas quais deve se buscar a efetiva participação social, para maior legitimação democrática. Assim, as políticas públicas,

[...] são decisões que envolvem questões de ordem pública com abrangência ampla e que visam à satisfação do interesse de uma coletividade. Podem também ser compreendidas como estratégias de atuação pública, estruturadas por meio de um processo decisório composto de variáveis complexas que impactam na realidade. São de responsabilidade da autoridade formal legalmente constituída para promovê-las, mas tal encargo vem sendo cada vez mais compartilhado com a sociedade civil por meio do desenvolvimento de variados mecanismos de participação no processo decisório. (AMABILE, 2012, p.390).

Porquanto representem decisões de cunho preponderantemente político, com elevado grau de discricionariedade, por vezes, o processo de definição das políticas públicas, pode não representar o legítimo interesse público.

Assim, tem-se advogado, modernamente, uma releitura desses conceitos, sobretudo em relação à necessidade de que a discricionariedade política nas escolhas públicas deve encontrar limites objetivos. Tais limites residiriam nas prioridades estabelecidas constitucionalmente, aptas a vincular as opções mais convenientes e oportunas ao interesse público primário, a fim de se atribuir legitimidade democrática à discricionariedade na tomada das decisões públicas.

Sobre a temática, o Professor Juarez Freitas, ao tecer crítica sobre a tomada de decisão puramente discricionária, típica de modelos autoritários, leciona acerca do conteúdo jurídico do “Direito fundamental à boa Administração Pública”, propondo uma releitura da conceituação das políticas públicas, redefinindo-as como:

[...] programas que o Poder Público, nas relações administrativas, deve enunciar e implementar de acordo com prioridades constitucionais cogentes, sob pena de omissão específica lesiva. Ou seja, as políticas públicas são assimiladas como autênticos programas de Estado (mais do que de governo), que intentam, **por meio de articulação eficiente e eficaz dos atores governamentais e sociais, cumprir as prioridades vinculantes da Carta, de ordem a assegurar, com hierarquizações fundamentadas, a efetividade do plexo de direitos fundamentais das gerações presentes e futuras.** (FREITAS, 2014, p. 32). (grifou-se)

Assinala o autor que o controle da discricionariedade nas escolhas públicas deve levar em conta a relação custo-benefício, não apenas econômicos, mas também sociais e ambientais, para proporcionar o bem-estar multidimensional, nele incluída a garantia de um desenvolvimento sustentável. Para tanto, vislumbrando-se os efeitos de longo prazo das escolhas públicas, sugere FREITAS que,

[...] **as políticas públicas não são meros programas episódicos de governo, motivo pelo qual seu núcleo tem de ser revisto**, com a concomitante reconceituação da discricionariedade administrativa. Eis, nessa perspectiva, a tríade de elementos caracterizadores das políticas públicas, no acordo semântico proposto:

- (a) **são programas de Estado Constitucional** (mais do que de governo);
- (b) **são enunciadas e implementadas por vários atores políticos**,

**especialmente pela Administração pública; e**  
(c) **são prioridades constitucionais cogentes.** Vale dizer, são programas que precisam ser enunciados e implementados a partir da vinculação obrigatória com as prioridades estatuídas pela carta, cuja normatividade depende da positivação final (insubstituível), pelo administrador. (FREITAS, 2014, p. 33-34). (grifou-se)

Nesta via, entendendo-se que o plexo de direitos e garantias fundamentais, estabelecidos pela Carta Republicana de 1988, constitui-se nas aludidas prioridades constitucionais vinculantes, a moldar as escolhas administrativas públicas, no momento da formulação e execução das políticas públicas, mostra-se necessário enfatizar o conteúdo jurídico de um dos princípios de interpretação das normas constitucionais, qual seja o da máxima efetividade, a permear, tanto as decisões do administrador público, quanto o labor daqueles agentes de Estado encarregados de sindicarem tais decisões, sejam integrantes dos próprios órgãos de controle interno do Poder Executivo, dos órgãos integrantes do Poder Legislativo, ou mesmo os membros do Poder Judiciário, estes no exercício funcional de suas atribuições ou quando provocados a exercer, ambos, o controle externo da atividade administrativa.

O princípio da máxima efetividade da norma constitucional desenvolveu-se a partir da jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão, de comum chamamento nas questões relativas aos direitos fundamentais. Sobre estes, opera a força normativa do aludido princípio, como garantidor da maior efetividade e concretude possível, inclusive por meio das ações constitucionais, capazes de tutelar a garantia do exercício, até mesmo nos casos de omissões normativas que impedem a fruição desses direitos, aos moldes do *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de segurança e de injunção (NOVELINO, 2016, p.138).

O conteúdo jurídico do princípio que, para o autor, atua ao lado da existência, validade e eficácia da norma, é apresentado por Barroso, nos seguintes termos:

Efetividade significa a realização do Direito, a atuação prática da norma, fazendo prevalecer no mundo dos fatos os valores e interesses por ela tutelados. Simboliza, portanto, a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social. O intérprete constitucional deve ter compromisso com a efetividade da Constituição: entre interpretações alternativas e plausíveis, deverá prestigiar aquela que

permita a atuação da vontade constitucional, evitando, no limite do possível, soluções que se refugiem no argumento da não autoaplicabilidade da norma ou na ocorrência de omissão do legislador. (BARROSO, 2013, p.138).

No mesmo sentido, Bonavides, discorrendo acerca da necessidade de um método interpretativo que permita fazer eficazes os direitos fundamentais, ratifica as lições do constitucionalista alemão Peter Häberle, destacando que,

[...] Häberle declara que “esses direitos se generalizam” e sua eficácia vinculante já escalou o sentido de declaração de valor meramente programático, que tinham as garantias clássicas, para subir ao degrau da **“vinculatoriedade imediata das cláusulas de realização, as quais, por via das tarefas de Estado (Grundrechtsaufgaben), são honradas mediante desenvolvimento de novas dimensões, conferidas aos direitos fundamentais:** da versão individual e objetivo-institucional para o umbral da prestação processual e obrigação da prestação processual. [...] Entende ele [Häberle] que essa efetividade não é automática nem espontânea; não decorre unicamente de **“uma ordem abstrata de eficácia ou da eficácia vinculante de um texto”**, mas se prende a uma pluralidade de interpretes, sendo, portanto – e aqui entramos no âmago de sua doutrina -, “o resultado complexo e cheio de riscos de processos pluriarticulados de interpretação, de números participantes: dos destinatários e titulares dos direitos fundamentais, enfim, de toda a *res publica* como cultura desses direitos”.

Distingue o eminente professor alemão, com manifesta originalidade, **dois componentes da eficácia dos direitos fundamentais: o componente jurídico**, que deixa, assim, de ser exclusivo, e o componente cultural, em aditamento àquele cuja estreiteza se rompe nessa perspectiva, onde o que cumpre, segundo ele, **“é elaborar um conceito de eficácia em função da interpretação ou uma interpretação orientada para a efetividade.”** (BONAVIDES, 2004, p. 596-597). (grifou-se)

Nota-se que as expressões em destaque sintetizam os fundamentos teóricos e sistêmicos da essência desta abordagem, qual seja a de problematizar acerca da viabilidade da propositura de definição de um princípio específico, a nortear a atuação de uma pretensa boa Administração Pública, como à diretriz otimizadora da atuação administrativa pública, em busca da eficácia social das políticas públicas.

A partir deste intento, especula-se que a imperatividade da eficácia social das políticas públicas, em especial àquelas mais essenciais à existência minimamente digna do indivíduo, a incidirem sobre as escolhas públicas, poderia redundar, inclusive, além da melhoria do incremento de tais políticas, na mitigação da crescente necessidade de imposição de obrigações de fazer, pelo Poder Judiciário,

ao Poder Executivo, notadamente nas áreas mais fundamentais, a exemplo da a saúde, a educação e a segurança, amplamente judicializadas no cenário pátrio.

## **2 A EFICÁCIA SOCIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS FUNDAMENTAIS COMO PRINCÍPIO NORTEADOR DA ATIVIDADE ADMINISTRATIVA PÚBLICA**

A atividade fim de um Estado marcadamente social pode ter sido sintetizada pelo Constituinte pátrio na positivação do caráter de fundamentalidade da promoção do bem de todos, por meio da garantia da dignidade da pessoa humana, da cidadania, da liberdade, da justiça, da solidariedade e da redução das desigualdades, num almejado ambiente social plural, multicultural e tolerante (BRASIL, 1988).

Este plexo programático constitucional fundamental, sintetizado na satisfação dos direitos fundamentais e a promoção da democracia, constitui objeto precípua da função típica do Poder Executivo, qual seja a atividade administrativa pública.

Nesse sentido, Justen Filho esclarece que “[...] a atividade de administração pública se vincula à realização de direitos fundamentais, definidos especialmente a partir da dignidade humana” (JUSTEN FILHO, 2014, p.93), por um lado limitando os poderes estatais, por meio de uma atuação negativa ou omissiva e, por outro, atuando positivamente, na produção ativa dos valores humanos fundamentais, por meio da atividade prestacional dos serviços públicos, do fornecimento de bens e utilidades necessárias para assegurar um mínimo de dignidade aos indivíduos.

A Administração Pública, para a realização dessas prioridades constitucionais, desenvolve suas elevadas atribuições constitucionais albergada em um Regime Jurídico peculiar, necessário para fazer prevalecer os legítimos interesses da coletividade, sobretudo aqueles relacionados aos consensos mínimos do Estado Social Democrático de Direito, fiduciários da dignidade humana.

Este Regime Jurídico de Direito Administrativo, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, funda-se em duas “pedras de toque” ou “supraprincípios”, quais

sejam a supremacia do interesse público sobre o interesse particular<sup>1</sup> e o princípio da indisponibilidade do interesse público, representativos, respectivamente, de prerrogativas e restrições, necessárias à correta atuação administrativa pública, para a adequada realização dos seus fins. Destes decorreriam diversos outros, expressos na Constituição e nas normas infraconstitucionais<sup>2</sup>, ou mesmo sistematizados pela doutrina, pois implicitamente postos no ordenamento (MELLO, 2009).

Ombreado com as funções hermenêutica e integrativa dos princípios, destacam-se também as suas dimensões fundamentadora, orientadora, supletiva, diretiva e limitativa (BONAVIDES, 2004), admitindo-se, contemporaneamente, consoante a lição de Fernanda Marinela, a sua a plena normatividade como:

[...] mandamentos de otimização, normas que ordenam a melhor aplicação possível, dentro das possibilidades jurídicas reais existentes, portanto, a sua incidência depende de ponderações a serem realizadas no momento de sua aplicação. Existindo para o caso concreto mais de um princípio aplicável, estes não se excluem. (MARINELA, 2016, p. 78).

Não obstante, apesar do protagonismo dos direitos fundamentais, como fins Estatais primordiais, e de todo um sistema jurídico voltado à sua realização, inclusive com a configuração de um Regime Jurídico peculiar regente da atividade administrativa, subsistem muitos desafios para a consolidação dos preceitos do constitucionalizado Estado Social Democrático de Direito brasileiro. Acerca do desafio finalístico estatal contemporâneo, adverte Bonavides que,

---

<sup>1</sup> Necessário mencionar que parte da doutrina administrativista, embora não majoritária, e aqui representada pela abordagem da Professora Odete Medauar, estabelece contundente crítica ao “ultrapassado princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse particular”, sob fundamentos como a priorização dos direitos fundamentais pela CF/88; a necessidade de ponderação de interesses para se evitar sacrifícios de uns pelos outros, conciliando-os; a proporcionalidade como mitigadora da absolutização da supremacia do interesse público; e a negação moderna do princípio pela doutrina, tanto do direito comparado quanto, nacional, a exemplo de autores como Marçal Justen Filho e Diogo de Figueiredo de Moreira Neto (MEDAUAR, 2015).

<sup>2</sup> A Constituição Federal prevê expressamente princípios norteadores da atividade administrativa estatal, a exemplo do disposto nos arts. 5º, incisos LIV, LV e LXXVIII; 37, *caput*; 74, inciso II; e 93, inciso X. Além disso, há previsão expressa de princípios do Direito Administrativo na normativa infraconstitucional, a exemplo do disposto no *caput* do art. 2º, da Lei 9.784/99; no *caput* do art. 3º da Lei 8.666/93 e no § 1º, do art. 6º, da Lei 8.987/95.

[...] o verdadeiro problema do Direito Constitucional em nossa época está, ao nosso ver, em como juridicizar o Estado social, como estabelecer e inaugurar novas técnicas ou institutos processuais para garantir os direitos sociais básicos, a fim de fazê-los efetivos. [...]

Até onde irá, contudo, na prática essa garantia, **até onde haverá condições materiais propícias para traduzir em realidade o programa de direitos básicos formalmente postos na Constituição**, não se pode dizer com certeza. É muito cedo para antecipar conclusões, **mas não é tarde para asseverar que, pela latitude daqueles direitos e pela precariedade dos recursos estatais disponíveis, sobretudo limitados, já se armam os pressupostos de uma procelosa crise.** (BONAVIDES, 2004, p.373). (grifou-se)

Na tentativa de apontar um norte para este celeuma da (reduzida) efetividade da atuação estatal, diante de um contexto de ineficácia social de suas políticas públicas, sobretudo das relativas a um núcleo mínimo essencial de direitos fundamentais, Justen Filho sugere as bases teóricas para um Direito Administrativo pós-moderno, atento às alterações sociopolíticas e econômicas, que admita ser impossível de compreender o momento presente a partir das formulações teóricas do ultrapassado Estado de Direito (JUSTEN FILHO, 2014, p. 109).

Premente se mostra, portanto, para a doutrina, a constante atualização de suas propostas, compreendendo-se o Direito como um verdadeiro sistema autopoietico<sup>1</sup>, apto a acompanhar as transformações sociais cotidianas.

Propõe Justen Filho, para tanto, a revisão dos institutos do Direito Administrativo que, em sua percepção, ainda se encontra amalgamado por vieses não propriamente democráticos. Segundo o autor,

[...] a atividade administrativa estatal continua a refletir concepções personalistas de poder, em que o governante pretende imprimir sua vontade pessoal como critério de validade dos atos e invocar projetos individuais como fundamento de legitimação para a dominação exercitada. A concepção de um Estado [Social] Democrático de Direito é muito mais afirmada (semanticamente) na Constituição do que praticada na dimensão governativa. Isso deriva da ausência de incorporação, no âmbito do direito administrativo, de concepções constitucionais fundamentais. **É a visão**

<sup>1</sup> Sobre a compreensão do Direito como um sistema autopoietico, a análise da obra de Niklas Luhmann por Geailson Soares Pereira, nos seguintes termos: "Um sistema autopoietico é aquele que, a partir de suas próprias estruturas, se reproduz e se desenvolve, mas jamais poderá suprimir a si próprio (LUHMANN, 2005). [...] Luhmann (2003) observa que o direito é um sistema que opera ligado a auto-observação. Pela diferenciação entre sistema e meio (respectivamente autorreferência e heterorreferência), o sistema se reproduz com suas próprias estruturas." (PEREIRA, 2011).

**constitucionalizante que se faz necessária para o direito administrativo brasileiro, o que importa a revisão dos conceitos pertinentes ao chamado regime de direito público [...]. (JUSTEN FILHO, 2014, p. 110). (grifou-se)**

Semelhante ensejo propositivo, pós-moderno, pode ser verificado na obra do Professor Juarez Freitas, ao propor uma releitura de diversos institutos clássicos do Direito Administrativo - à luz das denominadas prioridades constitucionais vinculantes - para sistematizar o conteúdo jurídico do, também fundamental, direito à boa Administração Pública<sup>1</sup>, cuja definição cumpre transcrever:

[...] trata-se do **direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz**, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. (FREITAS, 2014, p. 21). (grifou-se)

A partir desse enfoque doutrinário, e da natural inquietação acadêmica sobre a temática da (in)eficácia social das políticas públicas fundamentais, não seria desarrazoado especular acerca da possibilidade de sistematização de um novo princípio específico, igualmente regente do Direito Administrativo, a figurar - inclusive colmatando suas eventuais arestas hermenêuticas - entre as mencionadas “pedras de toque” deste regime, qual seja o “princípio da eficácia social das políticas públicas fundamentais”, dogmaticamente enraizado no princípio da máxima efetividade da interpretação das normas constitucionais.

Por tal intento, ousar-se-ia supor que as aludidas funções/dimensões (fundamentadora, diretiva, interpretativa, supletiva, integrativa e limitativa) deste pretense princípio, já estariam produzindo efeitos práticos, estampadas ou implícitas em decisões judiciais do próprio Supremo Tribunal Federal, especialmente quando

---

<sup>1</sup> Celso Antônio Bandeira de Mello discorre em sua obra sobre a boa administração como princípio do Direito Administrativo, do qual decorreria o princípio da eficiência, apresentando o conceito tomado da doutrina administrativista italiana, especificamente do autor Guido Falzone, para quem o aludido princípio significa a realização da tarefa administrativa pública “do modo mais congruente, mais oportuno e mais adequado aos fins a serem alcançados, graças a escolha dos meios e da ocasião de utilizá-los, concebíveis como os mais idôneos para tanto.” (MELLO, 2013, p. 125).

impõem obrigações de fazer ao Poder Executivo, sobretudo nas áreas de saúde, educação e segurança pública (sistema carcerário) diante de casos de aparente colisão de princípios, como o da separação dos Poderes e da reserva do possível.

Assim, a partir da ideia de que o Estado cumpre seu papel elementar, de realização dos direitos fundamentais e promoção da democracia, por meio da implementação de políticas públicas fundamentais, não seria impropério atribuir ao imperativo de eficácia destas, um conteúdo normativo com força capaz de também orientar a aplicação e a execução das demais normas do Regime Jurídico Administrativo, conferindo-lhe *status* de princípio implícito.

Em que pese a ausência de adequada teorização e sistematização da eficácia social das políticas públicas fundamentais como princípio, entende-se que se trataria, sim, de um princípio implícito da Ordem Constitucional do Estado Social Democrático de Direito, inaugurado em 1988, decorrente da compreensão e interpretação sistêmica das normas fundamentais previstas nos art. 1º, II e III; art. 3º, I, III e IV da CF/88; todas ínsitas prioridades constitucionais vinculantes, necessárias ao efetivo desenvolvimento social e econômico da nação (BRASIL, 1988).

Assim, em sendo as políticas públicas um dos principais instrumentos pelos quais o Estado persegue o atingimento do aludido programa fundamental, entende-se justificável que a busca pela sua eficácia seja alçada a um patamar de postulado básico, de verdadeiro mandamento otimizador e prescritivo, capaz de suplantar eventuais dissonâncias na conformação do Ordenamento Jurídico, na fixação da jurisprudência e, sobretudo, nas escolhas discricionárias concretas e cotidianas dos encarregados da atividade administrativa pública.

Não foi diversa a intenção do Constituinte - atento à circunstância de que a realização das políticas públicas depende da adequada execução dos orçamentos públicos – ao determinar aos Poderes Estruturais do Estado, a elaboração de sistemas de controle, com a finalidade, dentre outras, de avaliar os resultados quanto à eficácia e eficiência da gestão orçamentária, na aplicação dos recursos públicos, conforme preceituado no art. 74 da Constituição Federal, a saber:

Art. 74. Os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, **sistema de controle interno com a finalidade** de:

[...]

II - comprovar a legalidade e **avaliar os resultados, quanto à eficácia** e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da administração federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado. (BRASIL, 1988). (grifou-se)

A inserção constitucional da eficácia da gestão orçamentária, que engloba toda a atuação estatal, notadamente em relação às políticas públicas, poderia ser considerada, teoricamente, o fundamento constitucional expresso do nominado princípio da eficácia social das políticas públicas fundamentais, ora preludiado.

Não se pode olvidar, sobre o princípio constitucional da eficácia, a doutrina do Prof. Juarez Freitas, ao argumentar que:

O aludido princípio consta expressamente no art. 74 da CF. Portanto – disputas semânticas à parte -, **o direito subjetivo público à eficácia merece definitivo reconhecimento**. Integra o direito fundamental à boa administração pública, já que consiste justamente em incrementar a gestão pública, de maneira que a administração **escolha fazer o que constitucionalmente deve fazer (conceito de eficácia sob a inspiração de Peter Drucker)**, em lugar de apenas fazer bem ou eficientemente aquilo que, não raro, se encontra mal concebido ou contaminado. Motivo precípua de se falar em eficácia: **avolumam-se os casos de discricionariedade administrativa ineficaz**. A eficiência, por sua vez, consiste em melhor emprego dos recursos disponíveis [...]. (FREITAS, 2014, p. 23). (grifou-se)

Para melhor compreensão, bem como para evitar qualquer confusão semântica, mostra-se de bom alvitre rememorar a distinção conceitual entre a eficiência (princípio do Direito Administrativo), e os institutos do Direito Constitucional da eficácia jurídica (aptidão da norma para produzir os efeitos para os quais fora editada) e a eficácia social (efetividade), tomando-se emprestada, para esta, os preceitos relativos à classificação das normas constitucionais.

A eficiência, entronizada como princípio regente da Administração Pública, na Carta Republicana em 1998, pela Emenda Constitucional 19, apresenta dois enfoques, conforme bem anotado pela Professora Maria Sílvia Zanela Di Pietro: o primeiro relacionado ao desempenho da atuação do agente público, na busca pelos melhores resultados da atividade administrativa pública; e o segundo, com a mesma

finalidade, mas correspondente à forma de organização e estruturação e disciplinamento da Administração Pública (DI PIETRO, 2014, p. 84).

A mais destacada definição deste princípio, entre os administrativistas pátrios, foi elaborada pelo sempre lembrado Helly Lopes Meireles, como sendo:

[...] o que se impõe a todo agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento funcional. É o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhada apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros. (MEIRELLES, 2003, p. 102).

Já a eficácia social de uma norma jurídica, consoante o ensinamento de Marcelo Novelino,

[...] está relacionada à produção concreta de efeitos. O fato de uma norma existir, ser válida, vigente e eficaz não garante, por si só, que os efeitos por ela pretendidos serão efetivamente alcançados. Para ter efetividade, é necessário que a norma cumpra sua finalidade, **atenda à função social para a qual foi criada**. Algumas normas constitucionais, **em especial as que tratam de direitos fundamentais sociais, apresentam sérios problemas de efetividade em razão de limitações orçamentárias ou de omissões inconstitucionais em sua regulamentação**. É o que ocorre, por exemplo, no caso do direito à moradia (CF, art. 6º) na proteção da relação de emprego contra despedida arbitrária ou sem justa causa (CF, art. 7º, I) ou em relação ao direito de greve dos servidores públicos (CF, art. 37, VII). (NOVELINO, 2016, p. 106). (grifou-se)

Como corolário, a partir desta ideia geral, aliada ao conteúdo do princípio interpretativo da máxima efetividade dessas normas e, somada aos alertas doutrinários sobre a dificuldade de produção concreta de efeitos dessas legítimas prioridades constitucionais vinculantes, busca-se enaltecer a premência da sistematização de um princípio jurídico de elevada dimensão e de primeira grandeza, que oriente e condicione a atuação dos agentes da Administração Pública - principais responsáveis para a execução concreta daqueles postulados constitucionais fundamentais, por meio da implementação das políticas públicas - qual seja o aqui denominado princípio da eficácia social das políticas públicas fundamentais, credenciado a contribuir com potencialização da força normativa do princípio da eficiência, para a realização do programa constitucional fundamental.

A elevação da eficácia social das políticas públicas fundamentais ao patamar de princípio constitucional do Direito Administrativo encontraria suporte, também, na interpretação dada pela jurisprudência, notadamente do STF, quando se vê compelido a decidir sobre a imposição de obrigações fazer ao Poder Executivo, diante da ineficácia das políticas públicas, sem que isso represente indevida intervenção de um Poder nas atribuições de outro, sobretudo em questões relativas aos direitos fundamentais, como a “judicialização” das políticas públicas para a saúde (internações hospitalares e fornecimento de medicamentos de alto custo) educação (abertura de vagas em creches e pré-escolas) e segurança pública (sistema carcerário, reconhecidamente sob um “estado de coisas inconstitucional”<sup>1</sup>).

Percebe-se que, em tais enfrentamentos, nas análises e ponderações das decisões judiciais, a eficácia social das políticas públicas fundamentais tem prevalecido, a despeito de dogmas como a separação dos Poderes estruturais do Estado, materializando-se assim a ideia da existência de prioridades constitucionais vinculantes, em especial as garantidoras de um mínimo existencial<sup>2</sup> ao indivíduo.

Neste sentido, a elucidativa fundamentação exarada, no âmbito do STF, no julgamento da ADPF nº 45/MC DF, a saber:

EMENTA: ARGÜIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. A QUESTÃO DA LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO

<sup>1</sup> Conforme destacado no Informativo 796, do STF, tal situação se configuraria “diante da seguinte situação: violação generalizada e sistêmica de direitos fundamentais; inércia ou incapacidade reiterada e persistente das autoridades públicas em modificar a conjuntura; transgressões a exigir a atuação não apenas de um órgão, mas sim de uma pluralidade de autoridades”. Destacou o Ministro do STF Marco Aurélio Melo, relator do julgamento da ADPF 347/MC DF, que “no sistema prisional brasileiro ocorreria violação generalizada de direitos fundamentais dos presos no tocante à dignidade, higidez física e integridade psíquica. As penas privativas de liberdade aplicadas nos presídios converter-se-iam em penas cruéis e desumanas”. O Ministro **ponderou que haveria problemas tanto de formulação e implementação de políticas públicas, quanto de interpretação e aplicação da lei penal.** [...] Assim, **caberia à Corte o papel de retirar os demais poderes da inércia, catalisar os debates e novas políticas públicas, coordenar as ações e monitorar os resultados.** A intervenção judicial seria reclamada ante a incapacidade demonstrada pelas instituições legislativas e administrativas. [...] O Tribunal deveria superar bloqueios políticos e institucionais sem afastar esses poderes dos processos de formulação e implementação das soluções necessárias” (BRASIL, 2015).

<sup>2</sup> Na lição de Barroso, trata-se de “um conjunto de condições materiais essenciais e elementares cuja presença é pressuposto da dignidade para qualquer pessoa. Se alguém viver abaixo daquele patamar, o mandamento constitucional estará sendo desrespeitado.” (BARROSO, 2013, p. 136).

CONTROLE E DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS, QUANDO CONFIGURADA HIPÓTESE DE ABUSIVIDADE GOVERNAMENTAL. [...] INOPONIBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. [...]. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA CLÁUSULA DA "RESERVA DO POSSÍVEL". NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO "MÍNIMO EXISTENCIAL.[...] Não obstante a **formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas** a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo. É que, **se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível, consubstanciador de um conjunto irreduzível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo**, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado. [...]

No entanto, **parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social**, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.

**A eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais** a prestações materiais depende, naturalmente, dos recursos públicos disponíveis; normalmente, há uma delegação constitucional para o legislador concretizar o conteúdo desses direitos. Muitos autores entendem que seria ilegítima a conformação desse conteúdo pelo Poder Judiciário, por atentar contra o princípio da Separação dos Poderes (...).

Muitos autores e juízes não aceitam, até hoje, uma obrigação do Estado de prover diretamente uma prestação a cada pessoa necessitada de alguma atividade de atendimento médico, ensino, de moradia ou alimentação. **Nem a doutrina nem a jurisprudência têm percebido o alcance das normas constitucionais programáticas sobre direitos sociais, nem lhes dado aplicação adequada como princípios-condição da justiça social.**

A negação de qualquer tipo de obrigação a ser cumprida na base dos Direitos Fundamentais Sociais tem como consequência a renúncia de reconhecê-los como verdadeiros direitos. (...) **Em geral, está crescendo o grupo daqueles que consideram os princípios constitucionais e as normas sobre direitos sociais como fonte de direitos e obrigações e admitem a intervenção do Judiciário em caso de omissões inconstitucionais.** (BRASIL, 2004). (grifou-se)

Da análise do julgado supra, soa evidente a prevalência daquilo que se

poderia ter como conteúdo jurídico do princípio da eficácia social das políticas públicas fundamentais que, se não observadas pelos demais Poderes Estatais, autorizam o Judiciário, como legítimo guardião da efetividade das normas constitucionais, a impor medidas para que também aquela seja alcançada.

Mostra-se necessária, pois, a assimilação deste postulado, por meio de sua sistematização como princípio norteador da atividade administrativa pública, para que irradie efeitos tanto no momento da formulação de normas infraconstitucionais relativas à concretização dos direitos fundamentais pelo Legislador, quanto no momento da realização das escolhas discricionárias para definição das políticas públicas correspondentes pelo agente da Administração Pública.

Por fim, assevera-se que, conquanto se admita a despeito da necessidade de maior enfrentamento do tema pela doutrina pátria, sobretudo para uma definição mais precisa do conteúdo jurídico daquilo que se pretende caracterizar como o princípio da eficácia social das políticas públicas fundamentais, tenciona-se, nestas breves considerações, chamar a atenção para a importância acadêmica e prática desta abordagem no atual contexto jurídico e social pátrios.

## CONCLUSÃO

É senso comum, no Brasil, a necessidade de se aumentar a efetividade prestacional dos serviços, bens e utilidades públicas, sobretudo em relação aos direitos fundamentais, para que se possa atender a um mínimo existencial capaz de assegurar a dignidade da pessoa humana.

Contudo, apesar de a Ordem Constitucional ter estabelecido objetivos, finalidades e programas fundamentais para tanto, a atividade administrativa estatal responsável por este desiderato, compreendida a atuação de todos os Poderes estruturais do Estado, ainda não conseguiu atingir um patamar aceitável em relação à eficácia social das políticas públicas fundamentais correspondentes.

Diante deste cenário, a presente abordagem buscou enfatizar aspectos normativos, doutrinários, jurisprudenciais e sociológicos, que possam fundamentar o

conteúdo jurídico do pretense princípio da eficácia social das políticas públicas fundamentais, a guiar a atuação dos atores públicos e privados, envolvidos na formulação, execução e garantia dos programas estatais voltados à promoção da dignidade e cidadania, por meio da realização dos direitos fundamentais.

Assim, mostra-se relevante compreender a atividade estatal, enquanto atribuição dos diversos Poderes do Estado, à luz da eficácia social das políticas públicas fundamentais, para que se possa interpretar, aplicar e executar o Ordenamento Jurídico pátrio, num sentido único, qual seja a promoção do bem de todos, sem distinções, no ensejo de erradicar a pobreza, a marginalização e a desigualdade social, para viabilizar o desenvolvimento sustentável de uma sociedade livre, justa e solidária, tal como determinou o Legislador Constituinte.

Para tanto, aguçar o debate acadêmico sobre esta possibilidade, pode significar um contributo para o efetivo alcance da eficiência e da eficácia das prestações públicas, potencializando-se a concretude do conteúdo jurídico do Direito Fundamental à Boa Administração Pública.

A tentativa de delinear tal perspectiva e de provocar a discussão da temática se traduziu na principal pretensão desta limitada abordagem, para que se possa avançar rumo à lídima e eficaz realização dos fins estatais, instrumentalizados por mecanismos inerentes a um Direito Administrativo pós-moderno, que atue em prol da coletividade com desempenho semelhante aos das melhores práticas prestacionais da iniciativa privada.

## REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

AMABILE, A. E. N. et al (Org.). **Dicionário de Políticas Públicas**. Barbacena, EdUEMG, 2012.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 4. ed. – São Paulo: Saraiva, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição**. Brasília: Senado Federal, 1988.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.666**, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8666cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm)>. Acesso em: 4 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 8.987**, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8987compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm)>. Acesso em: 4 set. 17.

\_\_\_\_\_. **Lei 9.784**, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L9784.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9784.htm)>. Acesso em: 6 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45/MC DF**, Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Celso de Mello. Julgado em: 29.04.2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm#>>. Acesso em: 8 set. 2017.

\_\_\_\_\_. **Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347/MC DF** Supremo Tribunal Federal, Relator: Min. Marco Aurélio Mello. Medida Cautelar julgada em: 09.09.2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=347&classe=ADPF&origem=AP&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 8 set. 2017.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania**. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 27. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

FREITAS, Juarez. **Direito Fundamental à Boa Administração Pública**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10. ed. rev. atual. e

ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

MARINELA, Fernanda. **Direito Administrativo**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

MEDAUAR, Odete. **Direito Administrativo Moderno**. 19. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MEIRELLES, H. L. et al. **Direito Administrativo Brasileiro**. 36. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de Direito Constitucional**. 11. Ed. rev. atual. e ampl. Salvador: JusPodvim, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. 1948. Disponível em:  
<[https://www.unicef.org/brazil/pt/resources\\_10133.htm](https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10133.htm)>. Acesso em: 09 set.2017

PEREIRA, Geailson Soares Pereira. **O Direito como um Sistema Autopoiético**. Revista CEJ, Brasília, Ano XV, n. 55, p. 86-92, out./dez. 2011.

**A RELATIVIZAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NA PERSECUÇÃO PENAL: UMA ANÁLISE DO HABEAS CORPUS Nº 126.292- STF SOB O VIÉS DA (IN) EFETIVIDADE PROCESSUAL.**

Carina Laís Ribeiro de Oliveira<sup>1</sup>  
Laura Ferreira Schlösser<sup>2</sup>  
Lairton Ribeiro de Oliveira<sup>3</sup>

**RESUMO**

O presente trabalho tem como tema a análise da recente decisão proferida pela Suprema Corte no habeas corpus nº 126.292, que autorizou o início da execução da pena após a confirmação da sentença condenatória em segunda instância, bem como os potenciais efeitos dela decorrentes em acusados inocentes, considerando a “falência” do sistema processual penal vigente. Esta pesquisa fará o uso do método de abordagem dialético e o método de procedimento empregado será o monográfico. Diante da repercussão provocada pela decisão no âmbito jurídico, estabeleceu-se como problema de pesquisa o seguinte questionamento: em que medida o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória pode se traduzir em maior efetividade do processo penal? Nesse sentido, verificou-se que a decisão da Suprema Corte reduz garantias, relativiza o princípio da presunção de inocência, desvenda uma resposta midiática ao clamor social e poderá acentuar ainda mais a falibilidade do sistema.

Palavras-chave: Sistema Processual Penal - Habeas Corpus - Presunção da Inocência - Falibilidade.

**ABSTRACT**

This work is subject to analysis of the recent decision of the Supreme Court in habeas corpus No. 126,292, which authorized the start of the sentence after the confirmation of the judgment on appeal and the potential it effects on innocent defendants, considering the "bankruptcy" of the current criminal justice system. This

<sup>1</sup> Acadêmica do 9º semestre de Direito, da Universidade Federal de Santa Maria- UFSM, Santa Maria, Brasil, carinalais@yahoo.com.br

<sup>2</sup> Acadêmica do 9º semestre de Direito, da Universidade Federal de Santa Maria-UFSM, Santa Maria, Brasil, laurinha\_schlösser@hotmail.com

<sup>3</sup> Mestre em Integração Latino-Americana, pela Universidade Federal de Santa Maria (UFSM). Professor do Curso de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis (FEMA). Santa Rosa, Brasil. E-mail: lairtonisma@gmail.com

research will make use of the dialectical method of approach and the method of procedure employed will be the monographic. Given the impact caused by the decision in the legal framework, it was established as a research problem the following question: to what extent the beginning of the execution of a sentence before the final and unappealable criminal sentence conviction can translate into greater effectiveness of the criminal proceedings? In this sense, it was found that the Supreme Court's decision reduces guarantees, relativized the principle of presumption of innocence, uncovers a media response to public outcry and may further accentuate the fallibility of the system.

**Key words:** Criminal Procedural System - Habeas Corpus - Presumption of Innocence - Public Outcry - Fallibility.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Cidadã de 1988 protagonizou uma nova era no Ordenamento Jurídico pátrio, trazendo em seu cerne vasta gama de direitos e garantias que, pela sua essencialidade à uma condição humana minimamente digna, foram revestidos do *status* de fundamentalidade. Entre essas salvaguardas conferidas ao indivíduo, encontram-se as garantias penais e processuais penais, a exemplo do princípio da presunção de inocência, insculpido no art. 5º, LVII, segundo o qual ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BRASIL, 1988).

Este princípio, que imperava com inabalável força na Jurisprudência brasileira, parece ter sofrido uma significativa mitigação na mais alta corte do Poder Judiciário, após o pleno do Supremo Tribunal Federal, em decisão paradigmática, proferida em 17 de fevereiro de 2016, no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, reconhecer a legalidade da execução da pena privativa de liberdade a partir da confirmação da sentença penal condenatória por Tribunal de segunda instância.

Trata-se de uma decisão que impacta profundamente o ambiente jurídico, daí porque é objeto de estudo desta abordagem, o qual, ainda que despido de qualquer pretensão de dissecar aspectos teóricos ou ideológicos que fundamentaram os votos dos Ministros do Supremo, buscará analisá-lo no contexto jurídico-social vigente, questionando-se acerca da legitimidade e utilidade dessa decisão, para o

sistema penal pátrio.

Nesse sentido, objetiva-se analisar se o novo entendimento adotado pelo STF, autorizando o início da execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, representa um instrumento legítimo e eficaz para garantir maior efetividade ao sistema processual penal, a ponto de ser considerado um avanço na jurisprudência pátria, ou se trata de um artifício jurídico voltado a amenizar o clamor popular contra a impunidade, manifestado por uma sociedade que sofre as consequências de um sistema penal claudicante e desacreditado.

Para atingir este objetivo, questiona-se: em que medida o início do cumprimento de pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória pode se traduzir em maior efetividade do processo penal?

O método de abordagem empregado é o dialético, já que o objeto de estudo será analisado a partir de suas diferenças/confrontações, a fim de se aferir se o início de cumprimento da pena, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, poderá contribuir para uma maior efetividade do sistema penal. Em relação ao método procedimento empregado na pesquisa será o monográfico, utilizando-se a técnica de pesquisa documental, a partir da análise da decisão proferida pela Suprema Corte no *habeas corpus* nº 126.292, contrapondo-o a julgados que fragilizam o posicionamento problematizado.

Assim, em face da repercussão provocada pela decisão, é de significativa importância o estudo do tema, abordando-se aspectos relevantes da decisão e os potenciais efeitos dela decorrentes.

Desse modo, o artigo se organizará da seguinte forma: na primeira parte será analisada a evolução histórica dos principais sistemas de persecução penal, o sistema vigente e a falibilidade do resultado por ele alcançado, reportando-se ao princípio da presunção da inocência como importante instrumento de segurança do próprio sistema. Na segunda parte, será analisado o *habeas corpus* nº 126.292, pautando-se no entendimento anterior, há muito sedimentado na jurisprudência pátria, bem como enfatizar-se-ão excertos de alguns votos de Ministros do STF. Por fim, serão ponderados os reflexos que esta decisão pode causar, por exemplo, em

acusados inocentes, colacionando-se julgados em que a inocência dos réus restou comprovada em sede de revisão criminal.

## 1 SISTEMAS DE PERSECUÇÃO PENAL

O termo persecução penal (*persecutio criminis*) traduz o conjunto de atividades desenvolvidas pelas autoridades estatais, que permitem elucidar um delito e impor uma sanção ao seu. Isto é, investiga-se a conduta criminosa para identificação da autoria, as circunstâncias, os motivos e demais elementos que, uma vez esclarecidos, permitirão a aplicação de uma punição ao culpado, para se atingir as finalidades retributivas, ressocializadoras e de prevenção, consoante os propósitos ditados pela correspondente normativa repressora de delitos.

A *persecutio criminis* ou persecução penal consiste, portanto, no iter seguido pelo Estado, para atingir o objetivo de punir o autor de ações violadoras dos bens jurídicos mais relevantes à sociedade, visando aplicar a sanção previamente prevista na norma penal. Tal atribuição compete ao Estado, por meio do devido processo legal, à luz de um conjunto de princípios que garantem a razoável e proporcional sanção ao indivíduo infrator, a partir de um modelo constitucional de persecução penal, que permita tal desiderato.

### 1.1 OS MODELOS DE PERSECUÇÃO PENAL

Tendo-se como referência a civilização grega, nota-se que havia o monopólio da jurisdição penal apenas com relação aos crimes que atentavam contra a coletividade, permanecendo os delitos cometidos de forma individual a cargo da pessoa lesada. Ao Estado não pertencia a exclusividade no exercício da pretensão punitiva, havendo a possibilidade de, nos ditos crimes privados, o próprio particular exercer essa atividade.

Conforme as lições Marcellus Polastri Lima “[...] na Grécia, os chamados crimes privados eram reprimidos por particulares, cabendo à sociedade a repressão

aos crimes públicos, e os chamados crimes políticos eram apreciados pela Assembleia do Povo<sup>1</sup>."(LIMA, 2006, p.1).

Já na Antiga Roma, os delitos privados eram arbitrados pelo Estado, que decidia conforme as provas apresentadas pelas partes. Porém, com o passar do tempo, se deixou de aplicar tal processo penal privado, e fortaleceu-se o julgamento dos delitos públicos. No referido processo, era inexistente a limitação concernente ao julgamento pelo Estado, sendo que, apenas posteriormente, com a *Lex Valeria de Provocatione*<sup>2</sup>, foi estipulado o direito de o réu recorrer.

No antigo império germânico, existia a figura da vingança privada, visto que os crimes de gravidade maior eram considerados privados. A persecução penal geralmente era feita por meio de uma Assembleia, presidida pelo príncipe ou nobre responsável, e deveria ser requisitada pela vítima ou por seu representante. O referido processo era público e acusatório, mas existia certa valoração quanto à confissão e a prova obtida mediante tortura.

O processo penal moderno, segundo Mirabete, tem suas raízes:

[...] na segunda metade do século XVIII, com o chamado período humanitário do Direito Penal. O objetivo é a humanização da Justiça, procurando-se conciliar a legislação penal com as exigências da justiça e os princípios de humanidade. Montesquieu elogiava a instituição do Ministério Público, que fazia desaparecer delatores; Beccaria condena a tortura, os juízos de Deus, o testemunho secreto, preconiza a admissão em Juízo de todas as provas, investe contra a prisão preventiva sem prova da existência do crime e de sua autoria. Voltaire censura a lei que obriga o juiz a portar-se não como magistrado mas como inimigo do acusado. (MIRABETE, 2005, p. 38).

Dessa forma, lançaram-se as bases para os sistemas processuais vigentes, afastando-se de vez a ideia de pretensão punitiva privada, e baseando-se nas figuras do acusador e julgador. São três os modelos processuais penais surgidos ao longo desse período evolutivo: inquisitivo, acusatório e o misto.

Segundo Guilherme de Souza Nucci:

<sup>1</sup> A assembleia do povo na Grécia Antiga era formada por cidadãos acima de 20 anos e possuidores de direitos políticos. Tinha atribuições legislativas, executivas e judiciárias.

<sup>2</sup> A *Lex Valeria de Provocatione*- Estabeleceu que, dentro da cidade de Roma cada cidadão poderia limitar o poder do Império dos cônsules para recorrer a *provocatio ad populum*.

[...] o sistema processual inquisitivo se caracteriza pela concentração de poder nas mãos do julgador, que exerce, também a função de acusador, sendo a confissão do réu considerada a rainha das provas, não há debates orais, predominando procedimentos exclusivamente escritos, os julgadores não estão sujeitos à recusa, o procedimento é sigiloso, inexistente contraditório e a defesa é meramente decorativa. (NUCCI, 2013, p. 65).

Já no modelo processual acusatório, ainda segundo Nucci, dentre outros aspectos, mostra-se nítida a distinção funcional entre o órgão acusador e o julgador; há liberdade de acusação; o direito do ofendido e de qualquer cidadão é reconhecido; há predomínio da liberdade de defesa e a isonomia entre as partes no processo; a publicidade do procedimento vigora; há presença do contraditório; existe a possibilidade de recusa do julgador; há sistema de livre produção de provas; e há um predomínio maior da participação popular na justiça penal, tendo-se a liberdade do réu como regra. (NUCCI, 2013)

Na mesma linha, Aury Lopes Júnior assinala que "o sistema acusatório é um imperativo do moderno processo penal, frente à atual estrutura social e política do Estado" (LOPES JÚNIOR, 2012).

O sistema processual misto, conhecido também como acusatório formal, configura uma mescla entre o sistema processual acusatório e o inquisitivo, em razão de manter a base procedimental existente no modelo inquisitivo, adaptando princípios do sistema acusatório na fase do julgamento.

No Brasil, foi adotado, com a Constituição Federal de 1988, o modelo acusatório, restando definidas as funções de acusar e julgar para órgãos distintos. São inúmeros os princípios e garantias previstos na Carta Maior, ratificando tal sistema, entre eles se pode destacar a ação penal pública promovida, privativamente, pelo Ministério Público (art. 129, I, da CF); a autoridade julgadora é a autoridade competente – juiz natural (art. 5º, LIII, 92 a 126, da CF); há publicidade dos atos processuais (art. 5º, LX, da CF), entre outros (BRASIL, 1988).

No entendimento de Paulo Rangel, que representa a posição doutrinária preponderante, no processo penal brasileiro, o sistema vigente é o acusatório, em vista que a função de acusar foi entregue, exclusivamente, a um órgão distinto: O

Ministério Público, e, em casos excepcionais, ao particular (RANGEL, 2008).

## 1.2 A PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA NO SISTEMA PROCESSUAL PENAL MODERNO: SINTOMAS DE CRISE

Atualmente, o processo penal é apresentado como a solução para os conflitos criminalizados da contemporaneidade, ocupando um lugar de destaque ao ser habilitado como um meio eficiente para a reconstrução de um fato passado, a atribuição de culpa no presente e a determinação de uma pena a ser cumprida no futuro. Conforme Luigi Ferrajoli,

[...] o processo, como a pena, se justifica precisamente enquanto técnica de minimização da reação social frente ao delito: de minimização da violência, mas também do arbítrio que de outro modo se produziria com formas ainda mais selvagens e desenfreadas. (FERRAJOLI, 1995, p. 54).

Nota-se que o processo penal tem finalidade protetiva quanto aos acusados de cometer algum delito, os quais não podem ser penalizados sem o devido processo legal<sup>1</sup>. Todavia, não é possível ser efetivada a punição de um acusado sem que este tenha sido levado, de forma prévia e formal, a julgamento. Além disso, o referido julgamento não pode ser realizado sem a observância de todos os instrumentos cabíveis à defesa do acusado, ou seja, dos direitos e garantias individuais, elencados pela Carta Magna.

Contudo, embora o Código de Processo Penal (CPP), instituído pelo Decreto-Lei nº 3.689/1941, deva ser, necessariamente, compatível com a Constituição Federal vigente, o que se pode perceber, na prática, é um total desrespeito com a suas disposições, tanto por parte das regras do CPP, como também pela não aplicação do teor da norma constitucional nas decisões proferidas por Juízes, sendo estes de Primeira e Segunda Instância, e também dos Tribunais.

Como exemplo de não aplicação das regras constitucionais, poder-se-ia citar a recente decisão proferida no *Habeas Corpus* n. 126.292, da mais alta corte judicial

<sup>1</sup> Art. 5º, da CF, inciso LIV: Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

do país, o Supremo Tribunal Federal - STF, que resulta em conflito com o princípio da presunção da inocência, previsto no art. 5º, LVII, CF/88, principal objeto do presente trabalho, a ser abordado no capítulo seguinte.

Torna-se cada vez mais nítido que a estrutura do processo penal apresenta sintomas de crise, ao passo que nem os direitos do indivíduo são respeitados pelos Tribunais pátrios, tampouco o interesse social de repressão aos que cometem delitos é atingido pela aplicação do Direito material e processual penal, de forma que se agrava a função repressora do Direito Penal e se expande a instrumentalidade repressiva do processo penal.

No que tange ao Direito Penal, percebe-se uma descontrolada busca pela segurança por meio da irracional edição de leis penais, aumentando-se as penas imputadas e criando-se novos tipos penais inseridos em leis já vigentes, em clara inclinação à superada tendência filosófica do movimento “lei e ordem”.

No que concerne ao processo penal, são apresentadas três opções: O processo penal de Emergência<sup>1</sup>; o início do respeito às normas constitucionais, abrangendo todos seus princípios penais basilares; e novas formas de administração da justiça criminal.

Vale ressaltar, que o processo penal de emergência já foi utilizado, sem apresentar efeitos exitosos, uma vez que o processo penal não serve para combater o crime e impedir o delinquente de praticá-lo, mas sim tem como finalidade a não penalização de forma sumária, sem direito à ampla defesa e o contraditório.

Quanto à observação dos direitos e garantias individuais por parte dos Tribunais, por mais que seja juridicamente possível e necessária, percebe-se que continua distante da prática forense. Ao passo que persistir na propagação do pensamento de que o responsável por todos os males do mundo é o delinquente e que este deverá ser punido o mais rápido possível, a concretização dos princípios processuais penais constitucionais permanecerá tão distante quanto atualmente.

Por fim, ao apresentar novas formas de solucionar os conflitos criminais, a

---

<sup>1</sup> O Processo Penal de Emergência orienta uma legislação de urgência, criada em relação a fatos específicos, sem qualquer estudo sociológico, preocupando-se somente com a repressão e não se importando com a prevenção delitiva.

edição da Lei 9.099/95 corrobora o fato que já se podia perceber: a falência do modelo de processo penal atualmente em vigor em nosso país. E em razão da notável falência processual e do expressivo clamor social por segurança, que a Corte Superior decidiu pela possibilidade da execução da pena após a decisão condenatória de segunda instância, por mais que esta deliberação vá de encontro ao princípio constitucional da presunção da inocência.

A presunção da inocência, conjuntamente com o princípio da jurisdicionalidade, tornou-se conhecido com a Declaração dos Direitos do Homem de 1789. No Brasil, o princípio da presunção da inocência está expressamente consagrada no art. 5º, LVII, da Constituição Federal, sendo considerado o princípio reitor do processo penal, podendo funcionar como parâmetro de qualidade de um sistema processual penal, a ser definido pelo seu nível de aplicabilidade.

Segundo, o art. 5º da Constituição Federal:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LVII- ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. (BRASIL, 1988).

Conforme leciona Lopes, Jr.:

A presunção de inocência remonta ao Direito romano (escritos de Trajano), mas foi seriamente atacada e até invertida na inquisição da Idade Média. Basta recordar que na inquisição a dúvida gerada pela insuficiência de provas equivalia a uma semi-prova, que comportava um juízo de semi-culpabilidade e semi-condenação a uma pena leve. Era na verdade uma presunção de culpabilidade. (LOPES JÚNIOR, 2014).

O doutrinador Amilton B. de Carvalho afirma que “o Princípio da Presunção de Inocência não precisa estar positivado em lugar nenhum: é ‘pressuposto’ – para seguir Eros – nesse momento histórico, da condição humana.” (CARVALHO apud LOPES Jr., 2014).

O princípio em análise é tido como fundamental para que haja civilidade, sendo fruto de uma opção garantista em favor de uma tutela de imunidade dos

inocentes, mesmo que para isso tenha-se que pagar o preço da impunidade de algum culpável, já que para a sociedade basta que os culpados sejam punidos, pois o maior interesse é que todos os inocentes tenham sua segurança protegida.

Os cidadãos vivem constantemente ameaçados pela possibilidade de sofrerem delitos, mas também estão pelas penas arbitrárias, o que torna a presunção da inocência, não apenas uma garantia de liberdade e de verdade, mas também uma garantia de segurança ou defesa social.

Nesse diapasão, BECCARIA, já chamava a atenção para o fato de que

[...] um homem não pode ser considerado culpado antes da sentença do juiz; e a sociedade só lhe pode retirar a proteção pública depois que seja decidido ter ele violado as condições com as quais tal proteção lhe foi concedida. (BECCARIA, 1997, p. 45).

Diante disso, percebe-se a real importância da presunção da inocência, e que por este motivo deve ser maximizada em todos seus detalhes, mas principalmente no que se refere à carga da prova, visto que afeta diretamente, a limitação à publicidade, para que seja reduzida a exposição do sujeito passivo e, especialmente, a vedação ao uso abusivo das prisões cautelares.

Por fim, a presunção de inocência, na medida em que exige que o suspeito seja tratado como inocente, impõe um real dever de tratamento, podendo atuar em duas dimensões: interna ao processo e externa a ele.

Conforme entendimento de Lopes Jr:

Na dimensão interna, é um dever de tratamento imposto primeiramente – ao juiz, determinando que a carga da prova seja inteiramente do acusador (pois, se o réu é inocente, não precisa provar nada) e que a dúvida conduza inexoravelmente à absolvição; ainda na dimensão interna, implica severas restrições ao (ab)uso das prisões cautelares. (LOPES Jr., 2014, p. 43).

Ainda segundo entendimento de Lopes, Jr:

Externamente ao processo, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização (precoce) do réu. Significa dizer que a presunção de inocência (e também as garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade) deve ser utilizada como verdadeiros limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo judicial. (LOPES Jr., 2014).

Em que pese se tratar de princípio consagrado no ordenamento brasileiro, recentemente sofreu forte impacto pela relativização do seu conteúdo, pela Suprema Corte, quando do julgamento do *Habeas Corpus* nº 126.192, permitindo a prisão após condenação em segunda instância, antes do trânsito em julgado da decisão condenatória.

## **2 ANÁLISE DA DECISÃO DO *HABEAS CORPUS* Nº 126.292**

A decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal em 17/02/2016 no julgamento do *habeas corpus* nº 126. 292/SP alterou o posicionamento até então adotado pela Corte, ao possibilitar o início da execução da pena condenatória a partir da confirmação da sentença pelo Tribunal de segundo grau de jurisdição, afirmando-se, para tanto, que esta circunstância não ofende o princípio constitucional da presunção da inocência (MASI, 2016).

Por oportuno, de modo a deixar mais inteligível o contexto em que foi proferido o julgado faz-se necessário tecer um breve relato acerca do caso *sub judice*.

### **2.1 CONTEXTUALIZAÇÃO DO JULGADO**

O caso sob análise tratava da condenação de Márcio Rodrigues Dantas, pela prática do crime de roubo qualificado, sendo imposta a pena de 5 anos e 4 meses de prisão, no regime inicial fechado, com direito de recorrer em liberdade. Inconformada com o resultado da demanda, a defesa interpôs Recurso de Apelação para o Tribunal de Justiça de São Paulo, o qual negou provimento ao recurso, determinando a expedição de mandado de prisão. Diante disso, contra a ordem de prisão, a defesa impetrou *habeas corpus* no Superior Tribunal de Justiça-STJ que, por meio do Ministro Presidente, Francisco Falcão, indeferiu o pedido de liminar, mantendo o réu preso. Em seguida, o caso foi levado ao STF, que concedeu liminar para soltá-lo, por decisão do Ministro Relator Teori Zavascki, o qual depois afetou o caso ao Pleno.

Cumprido destacar que os fundamentos alegados pela defesa no *habeas corpus* sob análise, consistiam basicamente na ideia de que a expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória, afrontaria a jurisprudência consolidada do próprio Supremo e o princípio da presunção da inocência (BRASIL, 2016):

Deve-se destacar que o entendimento até então adotado pela Suprema Corte, firmado em virtude do julgamento do Habeas Corpus nº 84.078/MG em 05/02/2009, pautava-se na impossibilidade de determinação da ordem de prisão, antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, ressalvados os casos em que presentes os requisitos, bem como a expressa fundamentação para estabelecimento da prisão preventiva, prevista no art. 312 do Código de Processo Penal.

A propósito, insta consignar que nessa ocasião foi deferida a ordem de *habeas corpus* por sete votos a quatro, sendo vencedores os votos dos Ministros Eros Grau (relator), Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, já os votos vencidos foram dos Ministros Menezes Direito, Cármen Lúcia, Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

No entanto, como já mencionado, não foi esse o entendimento que prevaleceu no julgamento do HC nº 126. 292. De fato, por maioria dos votos, curiosamente, o mesmo “placar” do HC nº 84.078, ou seja, sete votos a quatro - sendo vencedores os votos dos Ministros Teori Zavascki (relator), Edson Fachin, Luis Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes, que superaram os votos vencidos dos Ministros Marco Aurélio, Celso de Mello, Rosa Weber e Ricardo Lewandowski - o plenário modificou a jurisprudência da Suprema Corte admitindo a possibilidade da execução da pena após decisão condenatória confirmada em segunda instância (BRASIL, 2016).

A corroborar, veja-se a ementa do *habeas corpus* nº 126. 292:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. *HABEAS CORPUS*. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA (CF, ART. 5º, LVII). SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA CONFIRMADA POR TRIBUNAL DE SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. POSSIBILIDADE.

1. A execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau

de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal.

2. *Habeas corpus* denegado. (BRASIL, 2016).

Nesse diapasão, importa transcrever trechos relevantes do voto do Ministro Teori Zavascki, relator do julgado, em que expôs o seu entendimento no sentido de que não há afronta às garantias constitucionais, notadamente, do princípio da presunção da inocência, a determinação do imediato cumprimento de pena, ainda que sujeito a Recurso Especial ou Extraordinário, depois de ratificada a responsabilidade criminal pelas instâncias ordinárias, eis que nessas instâncias se exaure o exame acerca dos fatos e provas da causa.

Ressalvada a estreita via da revisão criminal, é, portanto, no âmbito das instâncias ordinárias que se exaure a possibilidade de exame de fatos e provas e, sob esse aspecto, a própria fixação da responsabilidade criminal do acusado. **É dizer: os recursos de natureza extraordinária não configuram desdobramentos do duplo grau de jurisdição, porquanto não são recursos de ampla devolutividade, já que não se prestam ao debate da matéria fático-probatória. Noutras palavras, com o julgamento implementado pelo Tribunal de apelação, ocorre espécie de preclusão da matéria envolvendo os fatos da causa.** Os recursos ainda cabíveis para instâncias extraordinárias do STJ e do STF – recurso especial e extraordinário – têm, como se sabe, âmbito de cognição estrito à matéria de direito. **Nessas circunstâncias, tendo havido, em segundo grau, um juízo de incriminação do acusado, fundado em fatos e provas insuscetíveis de reexame pela instância extraordinária, parece inteiramente justificável a relativização e até mesmo a própria inversão, para o caso concreto, do princípio da presunção de inocência até então observado.** (BRASIL, 2016). (grifos nossos)

Em sentido contrário, os votos divergentes basearam-se nos princípios da prevalência da segurança jurídica, corolário do próprio Estado Democrático de Direito, já que há pouco tempo a orientação do Supremo dizia respeito à impossibilidade da execução da pena, na pendência de recursos, isto é, antes do trânsito em julgado da condenação. Assim, a mudança de posicionamento geraria instabilidade, a partir de um comportamento aparentemente contraditório da própria Corte; ainda, o princípio mais ressaltado foi o da presunção da inocência, salientando-se acerca da possibilidade de reversão de sentenças condenatórias em sede de recursos extraordinários ou especiais.

Nota-se, assim, num primeiro momento, o excerto do pronunciamento do Ministro Marco Aurélio acerca da insegurança jurídica que a mudança no posicionamento da Corte pode gerar:

Reconheço que a época é de crise. Crise maior. Mas justamente, em quadra de crise maior, é que devem ser guardados parâmetros, princípios e valores, não se gerando instabilidade, porque a sociedade não pode viver aos sobressaltos, sendo surpreendida.

**Ontem, o Supremo disse que não poderia haver a execução provisória, quando em jogo a liberdade de ir e vir. Considerado o mesmo texto constitucional, hoje, conclui de forma diametralmente oposta, por uma maioria que, presumo, virá a ser de sete votos a quatro [...].** (BRASIL, 2016). (grifos nossos)

Ademais, cabe transcrever, também, importante trecho do voto Ministro do Celso de Mello, notadamente acerca da abordagem feita do considerável número de provimentos de recursos extraordinários criminais no STF, reformando, assim, decisões de instâncias inferiores.

**Impende registrar**, Senhor Presidente, que Vossa Excelência, **no julgamento da ADPF 144/DF, de que fui Relator, bem destacou a importância de aguardar-se o trânsito em julgado da condenação criminal, demonstrando, à luz de dados estatísticos, uma realidade que torna necessário** respeitar-se a presunção de inocência.

**Disse** Vossa Excelência, *então*:

**“(...) trago, finalmente, nessa minha breve intervenção, à consideração dos eminentes pares, um dado estatístico, elaborado a partir de informações veiculadas no portal de informações gerenciais da Secretaria de Tecnologia de Informação do Supremo Tribunal Federal (...). De 2006, ano em que ingressei no Supremo Tribunal Federal, até a presente data, 25,2% dos recursos extraordinários criminais foram providos por esta Corte, e 3,3% providos parcialmente. Somando-se os parcialmente providos com os integralmente providos, teremos o significativo porcentual de 28,5% de recursos. Quer dizer, quase um terço das decisões criminais oriundas das instâncias inferiores foi total ou parcialmente reformado pelo Supremo Tribunal Federal nesse período.** (BRASIL, 2016). (grifos do autor)

Nesse diapasão, considerando-se que a presunção da inocência é cláusula pétrea e princípio reitor do processo penal brasileiro (PRADO, 2016), somado ao fato de que aproximadamente 1/3 das decisões advindas dos Tribunais inferiores - número elevado, se levado em conta a dificuldade de acesso aos Tribunais Superiores, em face da necessidade de pré-questionamento, bem como da demonstração da repercussão geral e das infinitas súmulas proibitivas - foram alvos

de reformas pelo Supremo Tribunal Federal, tem-se que é, realmente, um retrocesso o novo posicionamento adotado pela Excelsa Corte.

A propósito, o próprio STF já se posicionou (ARE-639337- Relator(a): Min. CELSO DE MELLO) adotando o princípio da vedação ao retrocesso, salientando que, por tal princípio o Estado está impedido de abolir, restringir ou inviabilizar sua concretização por inércia ou omissão. Diante disso, verifica-se que com o julgamento do HC 126.292 contrariou frontalmente este princípio, eis que tal julgado restringiu, alterou e revogou garantias sociais e humanitárias definitivamente incorporadas no Estado Democrático de Direito (BITENCOURT, 2016).

## 2.2 OS REFLEXOS DA DECISÃO EM ACUSADOS INOCENTES

Em preliminar, insta consignar que a pena de prisão imposta pelo Estado, através de um Juiz imparcial, o qual possui poderes juridicamente limitados, constitui um avanço em relação às formas de vingança privada, eis que o Estado ao assumir o monopólio da jurisdição, além de proibir que os indivíduos façam a justiça por suas próprias mãos, implanta critérios de justiça (LOPES Jr., 2014).

No entanto, em que pese o processo represente um caminho necessário e legítimo para se alcançar à pena, sua existência é admitida apenas se ao longo da trajetória foram devidamente respeitadas as regras e garantias asseguradas pela Constituição Republicana (LOPES Jr., 2014).

Logo, é inconcebível, sob a égide do Estado Democrático de Direito, o estabelecimento da punição, sem que sejam observados os postulados previstos constitucionalmente, haja vista que se estaria desrespeitando as regras do jogo<sup>1</sup> em nome da “sede” vivenciada pela sociedade atual do encarceramento daqueles considerados, no seu juízo de valor, “malfeitores”, e que não podem permanecer sob o manto da impunidade.

Ademais, foi nesse sentido, inclusive, que se pautou um dos fundamentos

---

<sup>1</sup> Expressão utilizada por Alexandre de Moraes Rosa na obra “A teoria dos jogos aplicada ao processo penal”, 2 ed, Santa Catarina: Empório do Direito, 2015.

demonstrados no voto do Ministro Luís Roberto Barroso, que votou pela denegação do HC nº 126. 292. Veja-se o excerto do seu voto:

Em suma: o início do cumprimento da pena no momento do esgotamento da jurisdição ordinária **impõe-se como uma exigência de ordem pública, em nome da necessária eficácia e credibilidade do Poder Judiciário. A superação de um sistema recursal arcaico e procrastinatório** já foi objeto até mesmo de manifestação de órgãos de cooperação internacional. **Não há porque dar continuidade a um modelo de morosidade, desprestígio para a justiça e impunidade [...]** (BRASIL, 2016).

Nesse sentido, verifica-se que o Supremo Tribunal Federal, em nome da “eficiência” e celeridade processual e, principalmente buscando alcançar a confiança da sociedade na Justiça Criminal, atendendo aos seus reclamos e indignações, acaba por proferir decisões que violam o próprio texto constitucional, o qual deveriam zelar, haja vista a sua atribuição de guardião da Constituição.

Não fosse suficiente, há de se ressaltar que a partir desse novo posicionamento adotado pelo Pretório Excelso, cresce a probabilidade de elevar os índices - frise-se, até então não há dados oficiais, seja pelo Departamento Penitenciário Nacional, seja pelo Conselho Nacional de Justiça - de prisões promovidas por erros dos agentes públicos (MIRAND, 2016).

Nesse contexto, importa colacionar dois julgados que corrigiram erros judiciais cometidos por meio da condenação à pena privativa de liberdade de sujeitos inocentes, reformados no julgamento de revisões criminais ajuizadas<sup>1</sup> pelas respectivas defesas.

REVISÃO CRIMINAL. ART. 217-A, C/C ART. 226, II, DO CP. Condenação fundamentada especialmente na palavra da vítima que, em justificação judicial, veio a desmentir as acusações feitas. Réu que sempre negou a prática delitiva. Absolvição que se impõe com base no art. 386, inc. VII, do Código de Processo Penal. REVISÃO CRIMINAL JULGADA PROCEDENTE, POR MAIORIA. (BRASIL, 2013).  
REVISÃO CRIMINAL. PROVA NOVA. EXCLUSÃO DE PATERNIDADE. SUA APTIDÃO PARA DESCONSTITUIÇÃO DA CONDENAÇÃO POR ESTUPRO. PENA JÁ CUMPRIDA. DEVER DO ESTADO DE INDENIZAR.

<sup>1</sup>A revisão criminal é uma ação de impugnação que visa rescindir uma sentença transitada em julgado, de modo que a sua natureza desconstitutiva não se submete a prazos preclusivos. O instituto da revisão criminal encontra-se regrado nos artigos 621 a 631 do Código de Processo Penal.

Ainda que, em princípio, a exclusão de paternidade das crianças (gêmeos) a que deu a luz a vítima não implique automático afastamento de autoria de estupro imputado ao réu, visto que, por óbvio, dessa infração não resulta, necessariamente, gravidez, o fato é que, nas circunstâncias, desde a denúncia, vinculada a ação tida como delituosa à dita gravidez. Daí é que resultou afirmação, pela sentença condenatória, da honestidade da vítima, razão de se lhe ter emprestado crédito, moça com 24 anos e com problemas físicos e mentais. Prova nova, assim, consistente no teste de DNA que afastou paternidade, com aptidão para desconstituir os alicerces da condenação.

Revisão acolhida, para proclamação de desconstituição da condenação e afirmação do dever do Estado de indenizar. (BRASIL, 2006).

Apesar dos dois casos versarem acerca do crime de estupro, com a ressalva de que o primeiro se trata especificamente de estupro de vulnerável, há particularidades em cada um deles. No primeiro caso, o réu foi condenado à pena de doze anos de reclusão, em regime inicial fechado, sendo que na data da prolação do acórdão que julgou o pedido de revisão criminal (16/08/2013), já se encontrava recolhido à prisão, há mais de dois anos. A inocência do réu foi provada com base na retratação da vítima, sendo pertinente recordar que a condenação criminal baseou-se especialmente na palavra dela. Ademais, a prova da inocência foi corroborada pelo exame médico, realizado pelo acusado apenas em sede de ação revisional, a fim de certificar se ele era ou tinha sido portador da doença sexualmente transmissível (“condiloma”) que afetara a saúde da vítima, o resultado do exame foi negativo para DST. (BRASIL, 2013).

Em relação ao segundo caso, o réu foi condenado em 1995 a oito anos de reclusão em regime integralmente fechado e acabou cumprindo cinco anos, conseguindo sair antes por prestar serviços carcerários. A absolvição se deu em virtude de exame de DNA afastar a paternidade do réu, haja vista que os argumentos da denúncia pautaram-se essencialmente na tese de que seria o ato de estupro, supostamente praticado pelo réu, que teria ocasionado a gravidez da vítima. Ainda, há de se ressaltar, também, que na época da instrução processual, o acusado havia solicitado a realização do teste de DNA para comprovar sua inocência, mas outro exame foi realizado – GSE, este método apontou aproximadamente 60% dele ser o pai das crianças. Assim, baseado no depoimento

da vítima e no resultado do exame, ele foi condenado. Por fim, no acórdão que julgou a revisão criminal restou reconhecido também o dever de indenizar do Estado, valores que deverão ser definidos na seara cível. (BRASIL, 2006).

Portanto, considerando-se os exemplos dos julgados colacionados, insta ressaltar dois aspectos: primeiro, a “falência” do sistema processual penal, eis que muitos casos são resolvidos tão somente com base em prova testemunhal, da qual é consabida a sua inerente fragilidade. Não bastasse isso, provas importantes, muitas vezes, são dispensadas pelo julgador.

Segundo, não é desarrazoado supor que o novo posicionamento adotado pelo STF, por meio do HC. 126.292, poderá implicar em um aumento no índice de encarceramentos equivocados, haja vista que, se até então, mesmo com todas as garantias asseguradas, com o direito de recorrer, aos tribunais superiores, em liberdade, ainda muitos inocentes são recolhidos ao cárcere, é provável que a possibilidade de execução provisória da pena, mediante a confirmação de sentença penal condenatória em segundo grau, aumente o número de inocentes recolhidos à prisão de forma expressiva.

Por fim, importa trazer à baila excerto do voto do Ministro Marco Aurélio sobre execução provisória no âmbito penal e da impossibilidade de retorno ao *status quo ante*, em casos de reforma do título judicial, não havendo como ser devolvida ao cidadão a liberdade que lhe foi retirada.

Considerado o campo patrimonial, a execução provisória pode inclusive ser afastada, quando o recurso é recebido não só no efeito devolutivo, como também no suspensivo. **Pressuposto da execução provisória é a possibilidade de retorno ao estágio anterior, uma vez reformado o título.**

**Indaga-se: perdida a liberdade, vindo o título condenatório e provisório – porque ainda sujeito a modificação por meio de recurso – a ser alterado, transmudando-se condenação em absolvição, a liberdade será devolvida ao cidadão? Àquele que surge como inocente? A resposta, Presidente, é negativa. (BRASIL, 2016). (grifos nossos)**

Portanto, considerando-se todo o exposto, verifica-se que a mudança de entendimento do Pretório Excelso, de modo a permitir a antecipação do início do

cumprimento da pena não garantirá maior efetividade ao sistema processual penal, haja vista que ao se pretender tornar mais célere o resultado do processo, corre-se o risco de um maior número de decisões serem objeto de reformas, por meio de revisões criminais e até mesmo por recursos especiais e extraordinários, os quais não vão deixar de existir e, conseqüentemente, um número maior de injustiças estão propensas a ocorrer.

Assim, a efetividade do sistema processual seria apenas para a vítima, mas não para o acusado, em flagrante desequilíbrio inter partes que não deveria ser legitimado na seara processual. Logo, conclui-se que, diante da “falência” do sistema processual penal, a decisão do STF buscou, sobretudo, dar uma resposta ao clamor social a fim de atenuar a “sensação de impunidade”, desvendando uma tentativa midiática voltada a conferir maior credibilidade ao Poder Judiciário.

## CONCLUSÃO

A repercussão provocada pela decisão da Suprema Corte no julgamento do *habeas corpus* nº 126.292, no sentido de que a confirmação da sentença penal condenatória em segunda instância pode determinar o início da execução da pena, suscitou o interesse pelo tema, analisando-se os reflexos da decisão no contexto do sistema processual penal vigente e da tentativa de relativização do princípio da inocência, como meio de garantir maior efetividade ao processo penal.

A abordagem inicial, voltada à análise da evolução histórica do sistema processual penal, bem como da sistemática vigente, permitiu aferir a falibilidade do sistema, verificada, de forma mais gravosa, quando se observa a condenação de pessoas inocentes – muitas vezes embasada tão somente em provas testemunhais – não obstante a previsão de garantias penais e processuais penais, em especial o princípio da presunção de inocência.

A partir desta constatação, passou-se a analisar a decisão proferida pela Suprema Corte no *habeas corpus* nº 126.292, confrontando-se o novo posicionamento indicado no voto dos Ministros do STF, com a orientação até então

sedimentada, bem como ponderando os reflexos jurídicos e consequências sociais, especialmente na vida do inocente condenado que sequer teve garantida a segurança do trânsito em julgado da decisão que lhe impõe o encarceramento.

Com efeito, a respeitável decisão exarada pela Suprema Corte reduz garantias, relativizando princípios elementares do Direito Penal como o princípio da presunção de inocência, e desvenda uma resposta midiática ao clamor social emanado da sensação de impunidade, que poderá acentuar ainda mais a falibilidade do sistema, como demonstrado nos julgados de revisão criminal que reconheceram a inocência dos réus, o que, certamente, não aumentará a confiança nas decisões emanadas do poder judiciário, tampouco assegurará maior eficácia ao sistema penal e processual pátrio.

Nesse sentido, ao se reconhecer as deficiências no sistema processual penal pátrio, que geram insegurança social e exigem reformas, é preciso perceber também a falibilidade das respostas dadas por esse mesmo sistema, o que exige ponderação, especialmente quanto a tendências inclinadas a restringir ou suprimir direitos, sob pena de incorrer em uma atuação midiática para atender ao clamor social, que, ao invés de contribuir para a efetividade do sistema processual penal permita incorrer mais facilmente em injustas condenações.

## REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. 2. ed. Revista dos Tribunais. São Paulo, 1997.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BITENCOURT, Vania Barbosa Adorno. Em dia de terror, Supremo rasga a Constituição no julgamento de um HC. **Consultor Jurídico**. 18 fev. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-fev-18/cezar-bittencourt-dia-terror-stf-rasga-constituicao>>. Acesso em: 12 jun. 2016.

BRASIL. **Constituição Federal**. Planalto, 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 16 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. **Decreto-lei nº 3.689**, de 3 de outubro de 1941. **Código de Processo Penal**. Planalto. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm)>. Acesso em: 15 jun. 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 126.292-SP**, Tribunal Pleno. Paciente: Marcio Rodrigues Dantas. Impetrante: Maria Claudia de Seixas. Coator: Relator do HC. nº. 313.021 do Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Teori Zavascki, Brasília/DF, 17 fev 2016.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal Federal. **Habeas corpus nº 84.078-7/MG**, Tribunal Pleno. Paciente e Impetrante: Omar Coelho Vitor. Coator: Superior Tribunal de Justiça. Relator: Ministro Eros Grau, Brasília/DF, 05 fev. 2009.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revisão Criminal, nº 70052294147** Terceiro Grupo Criminal. Requerente: Pedro Nereu Barth. Requerido: Ministério Público. Relator: Ivan Leomar Bruxel, Porto Alegre/RS, 16 ago. 2013.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Revisão Criminal, nº 70012499000**, Quarto Grupo Criminal. Requerente: Adão Manoel Ramires. Requerido: Ministério Público. Relatora: Fabianne Breton Baisch, Porto Alegre/RS, 28 abr. 2006.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**. Trota: Madrid, 1995.

LIMA, Marcellus Polastri, **Curso de Processo Penal**. 3. ed. Rev. Atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Volume 1.

LOPES JR, Aury. **Direito Processual Penal**, 11. ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

\_\_\_\_\_. **Direito Processual e sua conformidade constitucional**. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MASI, Carlo Velho. Um duro golpe na presunção de inocência. **Canal Ciências Criminais**, 24 fev 2016. Disponível em: <<http://canalcienciascriminais.com.br/artigo/um-duro-golpe-na-presuncao-de-inocencia>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. Ver. Atual. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRAND, André; TINOCO, Dandara. As injustiças da Justiça Brasileira. **Jornal O Globo**. 26 jan. 2016. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/brasil/as-injusticas-da-justica-brasileira-18541969>>. Acesso em: 15 jun. 2016.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Processo Penal e Execução Penal**. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PRADO, Geraldo. O trânsito em julgado da decisão penal condenatória. **IBCCrim**, boletim n. 277, dez. 2015, Disponível em: <[https://www.ibccrim.org.br/boletim\\_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria](https://www.ibccrim.org.br/boletim_artigo/5673-O-transito-em-julgado-da-decisao-condenatoria)>. Acesso em: 11 jun. 2016.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

ROSA, Alexandre Morais da. **A teoria dos Jogos Aplicada ao Processo Penal**, 2. ed., Santa Catarina: Empório do Direito, 2015.

## O COMBATE À CORRUPÇÃO NO BRASIL SOB A PERSPECTIVA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Gabriela Soares Gama<sup>1</sup>  
Denise Tatiane Girardon dos Santos<sup>2</sup>

### RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo estudar a Lei Complementar nº. 135/2010, conhecida como a Lei da Ficha Limpa, e as alterações trazidas por essa, especialmente no que concerne às hipóteses de inelegibilidade que visam a proteger a probidade administrativa e a moralidade no exercício do mandato, e verificar a (in)efetividade da sua aplicabilidade no cenário eleitoral brasileiro. Estuda-se, inicialmente, os conceitos acerca da democracia, Estado e República, para, a partir de então, compreender o fenômeno da corrupção e importância da Lei da Ficha Limpa. Parte-se da hipótese de que a Lei da Ficha Limpa constituiu-se como um importante e efetivo mecanismo no combate à corrupção e à politicagem no Brasil. O método de abordagem utilizado foi o hipotético-dedutivo. Quanto ao procedimento, aplicou-se a pesquisa bibliográfica.

**Palavras-chaves:** Corrupção - Estado Democrático de Direito – Inelegibilidade - Lei da Ficha Limpa.

### INTRODUÇÃO

O objetivo geral do trabalho é realizar uma análise acerca das hipóteses de inelegibilidade em casos de condenação por improbidade administrativa e moralidade no exercício do mandato, acrescentadas ao ordenamento jurídico pela Lei da Ficha Limpa, enquanto que os objetivos específicos são ao verificar a (in)efetividade da Lei em relação ao combate da corrupção no Brasil. Outro aspecto importante que o trabalho analisará, será em relação à parte histórica das teorias que classificam os poderes e também quanto a aplicação desses poderes no

<sup>1</sup> Acadêmica do 10º Semestre do Curso de Direito da Universidade de Cruz Alta – UNICRUZ. Contato: gabrielagama1@live.com.

<sup>2</sup> Orientadora do artigo. Doutoranda em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Mestra em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUI, Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria – UFSM, Docente do Curso de Direito na Fundação Educacional Machado de Assis – FEMA e da Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. E-mail: [dtgsino@hotmail.com](mailto:dtgsino@hotmail.com)

Estado.

Ainda, buscará apontar alternativas para o aumento do grau de efetividade de proteção da *res pública*, a partir da adoção de uma postura ética, por parte daqueles que ocupam os espaços de Poder.

## 1 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO ESTADO

Para que se possa fazer um estudo acerca do tema principal desse trabalho, inicialmente, deve se fazer uma pesquisa sobre a origem do Estado, e realizar uma análise sobre dois temas essenciais para a compreensão dele, o primeiro se refere à época do aparecimento do Estado; o outro é referente aos motivos que determinam o surgimento do Estado.

Quanto à origem do termo *Estado*, vale dizer que não há consenso sobre qual momento ele passou a ser utilizado. Inicialmente, a máxima organização de um grupo de indivíduos sobre um território, em virtude de um poder de comando, era denominada *civitas*<sup>1</sup>, que traduzia do grego *pólis*<sup>2</sup>, e *res publica*<sup>3</sup>, com a qual os escritores romanos designavam o conjunto das instituições políticas de Roma (BOBBIO, 1987).

No entanto, segundo a compreensão etnológica<sup>4</sup> do termo Estado, ele vem do latim *status*, que significa *estar firme*, uma situação perene de coexistência e ligada à sociedade política. Apareceu pela primeira vez no livro *O Príncipe*, escrito em 1513, por Maquiavel. Após isso, passou a ser usado pelos italianos e também entre outros, como franceses, ingleses e alemães.

Dallari, por exemplo, refere que muitos autores consideram que o Estado, assim como a sociedade, sempre existiu, dado que os seres humanos, desde

---

<sup>1</sup> Civitas: palavra de origem latina que significa cidade.

<sup>2</sup> Pólis é um termo utilizado para designar o Estado, considera-se sua derivação uma forma particular do ordenamento jurídico (BOBBIO, 1987, p. 77).

<sup>3</sup> Segundo o dicionário Michaelis, o termo significa coisa pública coisa do povo.

<sup>4</sup> Etnológica, relativo a etnologia, O estudo comparativo e analítico das culturas a partir do levantamento de fatos e documentos de aspecto cultural e social [...]. (DICIONARIO MICHAELS).

quando vivem sobre a terra em formação de grupos sociais, encontram-se “[...] integrado numa organização social, dotada de poder e com autoridade para determinar o comportamento de todo o grupo.” (DALLARI, 2013, p. 60). Dois escritores que se destacam pela defesa dessa posição são historiadores das sociedades antigas Eduard Meyer e o etnólogo Wilhelm Koppers, os quais referem que o Estado é um elemento universal na organização social humana. Meyer, inclusive, define o Estado como o princípio organizador e unificador em toda organização social da humanidade, considerando-o, por isso, onipresente na sociedade humana (DALLARI, 2013, p. 60).

Entretanto, duas outras posições são conhecidas: uma afirma que as sociedades humanas teriam existido sem o Estado durante certo período de tempo, sendo somente formado, posteriormente, para atender às necessidades ou às conveniências dos grupos sociais. Marx e Engels enquadram-se como defensores dessa posição. Para eles, o Estado não nasceu com a sociedade, mas é um produto da sociedade quando ela chegou a determinado grau de desenvolvimento. Tal estágio, seria a deterioração da convivência harmônica em razão da acumulação e diferenciação de riquezas. Dessa forma, o Estado teria sido inventado para assegurar as novas riquezas individuais e consagrar a propriedade individual. Seria uma Instituição não só para perpetuar a nascente divisão da sociedade em classes como, também, o direito de a classe possuidora explorar a não possuidora, o domínio da primeira sobre a segunda (ENGELS *apud* DALLARI, 2013).

A terceira posição só admite como Estado uma sociedade política dotada de certas características bem determinadas, sendo que se pode citar Carl Schmitt como um de seus defensores. Ele diz que o conceito de Estado não pode ser um conceito geral válido para todos os tempos, mas um conceito histórico efetivo que aparece quando nascem a ideia e a prática da soberania<sup>1</sup>, qual ocorreu no século XVII (DALLARI, 2013, p.60). Entre autores brasileiros que seguem esta teoria,

---

<sup>1</sup> Quando se tratar ao objeto e à significação da soberania, verifica-se que o poder soberano se exerce sobre os indivíduos, que são a unidade elementar do Estado, não importando que atuem isoladamente ou em conjunto. Uma outra diferença importante de se ressaltar é que, os cidadãos do Estado estão sempre sujeitos ao seu poder soberano, havendo mesmo inúmeras hipóteses em que esse poder é exercido além dos limites territoriais do Estado. (DALLARI, 2013, p.89).

ressalte-se Nogueira que, “Mencionando a pluralidade de autonomias comunais e as corporações, ressalta que a luta entre elas foi um dos principais fatores determinantes da constituição do Estado, o qual, com todas as suas características, já se apresenta por ocasião da paz Westfália.” (NOGUEIRA, 1969, p. 46-47).

Para os autores que defendem essa posição, pode, inclusive, ser determinada uma “[...] data oficial em que o mundo ocidental se apresenta organizado em Estados”, ou seja, passa a possuir as características determinantes<sup>1</sup>. E essa data é o ano de 1648, em que foi assinada a Paz de Westfália. Nessa, foram fixados os limites territoriais resultantes das guerras religiosas, principalmente, a Guerra dos Trinta Anos, movida pela França e seus aliados (PALLIERI, 1969, p.16).

É importante, também, abordar a evolução histórica do Estado ao longo dos séculos. Dessa maneira, buscar-se-á firmar as características fundamentais do Estado e apresentar seus modelos, como uma disposição para melhor compreender o presente e o(s) possível(is) futuro(s) do Estado.

No Estado Antigo, conforme Gettel *apud* Dallari, “[...] a família, a religião, o Estado, as organizações econômicas formavam um conjunto homogêneo, sem diferenciação aparente.” (GETTEL *apud* DALLARI, 2013, p. 70). A respeito do Estado Medieval muitas circunstâncias já foram relatadas e, em meio a classificações, ficou conhecido como *o período escuro* da História da humanidade.

Dallari traz, em seu livro, as características que resumem essa época, aponta três fatores de influência que atuaram em conjunto e em interação contínua: o cristianismo, as invasões dos bárbaros e o feudalismo. Esses fatores podem indicar e analisar, separadamente, os principais elementos que se fizeram presentes na sociedade política medieval e levar à caracterização do Estado Medieval (DALLARI, 2013).

O cristianismo foi uma base para que, neste período, a própria Igreja estimulasse a criação de um Império como uma forma de setor onde se enquadra a política. Assim, se faz importante ressaltar que, com o nascimento do Império

---

<sup>1</sup> Inclusive, para alguns autores, este é considerado o ponto de separação entre o Estado Medieval e o Estado Moderno (DALLARI, 2013, p.61).

Estado, surgem dois importantes fatores: o primeiro diz respeito à multiplicidade de centros de poder, como reinos, senhorios, comunas, organizações religiosas, corporações de ofício, todos ociosos de sua autoridade e sua independência, em momento algum submetendo-se, propriamente, à autoridade do Imperador. Em segundo lugar, o próprio Imperador passou a recusar-se a submeter-se à autoridade da Igreja (DALLARI, 2013).

Assim, este impasse, sobre quem deve submeter-se às ordens de quem, só termina com o surgimento de um novo modelo de Estado, ou seja, o Estado Moderno, quando se declara a supremacia absoluta.

Portanto, ao constituir-se com um poder, Reale afirma que não há organização sem a presença do Direito, não há poder que não seja jurídico, ou seja, não há poder diferente de qualificação jurídica. Isso significa que o poder nunca deixa de ser substancialmente político. Quando se diz que o poder é jurídico isso está, diretamente, relacionado a uma graduação de juridicidade desempenhada pela força, ordenadamente, adotada como um meio para atingir certos fins, que é uma força empregada exclusivamente como um intermédio a realização do Direito (REALE *apud* DALLARI, 2013). Quando tiver englobado no grau máximo de juridicidade, possui sua legitimidade reconhecida pela ordem jurídica e tenciona-se para fins jurídicos, ele continuará a ser, identicamente, poder político, apto a agir com plena eficácia e independência para o cumprimento de objetos não jurídicos (DALLARI, 2013).

Outro aspecto importante a ser tratado neste contexto é, segundo Neumann (1969), que o poder político é um poder social que enfatiza o Estado, obtendo, assim, o controle dos indivíduos com o intuito de influenciar no comportamento do Estado. A eficácia é uma preocupação para o poder político, pois é isso que faz aqueles que o detém procurarem obtê-lo de qualquer forma, recorrendo, se necessário, à violência para a conquista da obediência. É desse momento, que surge a presunção de criar limites jurídicos ou de fazer com que o próprio povo exerça o poder político, para atenuação dos riscos. Conforme refere Canotilho:

O direito curva o poder, colocando-o sob o império do direito. Sob o ponto de vista prático, isso quer dizer que o Estado, os poderes locais e regionais, os órgãos, funcionários ou agentes dos poderes públicos devem observar, respeitar e cumprir as normas jurídicas em vigor, tal como o devem fazer os particulares. (CANOTILHO, 1999 *apud* BEDIN, 2006, n.p.).

Outro aspecto da relação entre poder e Direito trata-se da questão da legitimidade do poder, que diz respeito não mais a quem tem o direito de governar, mas ao modo como o poder de governar deve ser exercido. Quando se exige que o poder faça-se legítimo, espera-se que aquele que o retém tenha o direito de possuí-lo (BOBBIO, 1987).

Ao invocar a legalidade do poder, exige-se que quem o detém o exerça não segundo a vontade própria, mas em conformidade com as regras estabelecidas e dentro dos limites dessas regras. Assim, para Canotilho, ao enfatizar que o Estado atua ou age por entremeio do Direito, significa afirmar que o exercício do poder só será efetivado por intervenção de instrumentos jurídicos, que sejam institucionalizados pelo Estado de Direito e pela ordem jurídica em vigor (CANOTILHO, 1996 *apud* BEDIN, 2006).

Nesse sentido, é de relevância observar que não é qualquer órgão, qualquer titular, qualquer funcionário ou qualquer agente da autoridade que, no uso do poder público, pode praticar atos, cumprir tarefas somente aquele em que estiver autorizado pela ordem jurídica (CANOTILHO, 1996 *apud* BEDIN, 2006). Por fim, o Estado passou por uma longa evolução para que, assim, chegasse ao Estado Democrático de Direito. O qual não é o mais eficaz, nem o mais ético, mas ele permite que esses erros entre outros assuntos sejam discutidos.

## 2 ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO E A ESTRUTURA DE PODER

Para compreender-se melhor essa organização, urge a necessidade de um estudo acerca do Estado Democrático de Direito, bem como, dos princípios contidos na própria ideia, sendo, que um deles, obviamente, o de Democracia. Nessa organização da Democracia, ela ocorre de uma forma primária, onde o eleitorado

elege o governo, o que pode resultar, conforme Schumpeter, na eleição de um grupo completo de políticos isolados “[...] a eleição do governo implica aproximadamente à decisão sobre quem será seu líder.”<sup>1</sup> (SCHUMPETER, 1961, p. 67).

Para se entender melhor a *Teoria da Democracia* é necessário se observar alguns aspectos: o primeiro deles é que a função primária do eleitorado é formar o governo, por meio de um corpo intermediário; mas não se deve entender que o eleitorado tem capacidade para controlar seus líderes políticos, exceto pela recusa de reelegê-los. A forma democrática tem a obrigação de permitir que os assuntos sejam determinados e a política planejada de acordo com a vontade do povo; assim, não pode negar que a decisão por simples maioria em casos corromperia e não executaria esses desejos. A vontade da grande maioria, por vez, é apenas a vontade da maioria e não a do povo (SHUMPETER, 1961).

No livro III de Aristóteles, *A Política*, o autor faz a especificação dos governos, afirmando que o governo pode concernir a um só indivíduo, como também, a um grupo, assim como pode se resumir em todo o povo. Conforme Dallari, a nomenclatura cidadão só deveria, à época, se dar com domínio àqueles que possuem uma parte da autoridade decisória. O valor político, que era o conhecimento para mandar e obedecer, cabia àqueles que não tinham que trabalhar para viver, não sendo provável desenvolver-se em atributo de quem se leva uma vida de trabalhador ou de assalariado (DALLARI, 2013).

Para Bobbio, a democracia nasceu em consequência de uma concepção individualista da sociedade, ou seja, uma concepção que ao invés da concepção orgânica, predominante na Idade Antiga e na Idade Média, na qual o todo precede as partes à sociedade, qualquer forma de sociedade, mas em especial à sociedade política, a visto que é um produto artificial da vontade dos indivíduos (BOBBIO, 1986).

A democracia progride em meios sociais que provem de certas

---

<sup>1</sup> Essa afirmação é exata. O voto põe no poder um grupo que, nem todos os casos normais reconhece um líder isolado (SCHUMPETER, 1961, p. 332).

particularidades. Segundo Schumpeter, as circunstâncias necessárias para o êxito<sup>1</sup> da democracia são: o material humano da política<sup>2</sup> de atributos, suficientemente dotados, que significa subsistência de um número de indivíduos com as essências de qualidades e normas morais (SHUMPETER, 1961). Outra questão importante é que, na democracia, nem todas as funções do Estado necessitam atender à sua forma política. Na maioria dos países os órgãos políticos propiciam independência aos juízes (SHUMPETER, 1961).

Outra condição de importante valia é a que concerne à capacidade do governo democrático de contar com todos no ambiente das atividades públicas e com o serviço de uma bem treinada burocracia que tenha uma boa posição e tradição de um forte sentido de dever “[...] e não basta que a democracia seja eficaz na administração dos assuntos vigentes, e que tenha capacidade para dar conselhos quando necessário. Ela deve, também, ser suficiente forte para orientar e instituir políticos que dirigem os ministérios.” (SHUMPETER, 1961, p. 355 - 356).

Por fim, como última condição para se entender melhor a democracia, dispõe-se do *autocontrole democrático*, que significa um método que não funciona, visto que os demais grupos significativos da nação estejam postos a aceitar todas as medidas legislativas durante o tempo em que estiverem em vigor e todas as ordens do governo, contanto que emitidas pela autoridade competente (SHUMPETER, 1961).

Assim, conforme Bobbio, os sistemas também podem se desviar até certo ponto, mas até o mínimo autocontrole democrático depende da subsistência do caráter e hábitos pátrios, desse modo, acontece em relação aos limites que o uso dos procedimentos próprios da democracia descobriu ao ampliar-se em direção ao poder tradicionalmente autocráticos, como, por exemplo, a empresa ou o aparato burocrático, assim, mais que de uma falência, refere-se a um desenvolvimento não

---

<sup>1</sup> Por *êxito* não se entende outra coisa senão o caso em que o processo democrático se reproduz constantemente, sem criar situações que obriguem à invocação de métodos não-democráticos, que pode enfrentar os problemas correntes de uma maneira na qual todos os interesses que contam politicamente são julgados aceitáveis a longo prazo (SHUMPETER, 1961, p. 352).

<sup>2</sup> Os membros da máquina política os que são eleitos para servir no parlamento e atingem os postos ministeriais (SHUMPETER, 1961, p.352).

existente (BOBBIO, 1986).

Dessa forma, de acordo com Schumpeter, dificilmente o autocontrole democrático se conservará além de certo grau de rigidez. O governo democrático funcionará com o sumo de vantagens apenas se todos os interesses significativos forem, praticamente, plenos na lealdade aos princípios estruturais da sociedade (SHUMPETER, 1961).

Toda vez que os princípios forem instigados e surgirem situações que dividam a nação em dois campos, a democracia atua deficientemente. E pode-se deixar de realizar por completo logo, os interesses e convicções, por simplesmente estarem em conflitos a respeito dos quais o povo de negue a entrar em acordo (SHUMPETER, 1961).

A sustentação para o conceito de Estado Democrático de Direito é a concepção de *governo do povo*. Segundo os jusnaturalistas Locke e Rousseau, o Estado Democrático originou-se das lutas que se deram contra o absolutismo, por meio da consolidação dos direitos naturais da pessoa humana (DALLARI, 2013).

Outrossim, foi no decorrer de três grandes acontecimentos político-sociais que se cruzaram os fundamentos que iriam guiar ao Estado Democrático: o primeiro acontecimento foi a Revolução Inglesa, influenciada por Locke, e representada pelo *Bill of Rights*<sup>1</sup>, de 1689; o segundo foi a Revolução Americana, onde as concepções foram expostas na Declaração de Independência, conhecida também por ser chamada das Treze Colônias Americanas em 1776; e por fim, a Revolução Francesa, que teve seus ideais apresentados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, e teve a influência de Rousseau<sup>2</sup> (DALLARI, 2013).

Conforme Dallari, a preservação da liberdade que se define como liberdade social, mas que leva em conta o comportamento de cada indivíduo com todos os outros membros da sociedade, concebendo, assim, deveres e responsabilidades, além da preservação da liberdade. Dispõe, ainda, acerca da preservação da

<sup>1</sup> Sobre a Revolução Inglesa, dois apontamentos devem ser expostos: o primeiro deles é a questão de estabelecer limites ao poder soberano do monarca, o segundo apontamento se refere a influência protestantismo, dessa forma, ambos colaboraram para afirmação dos direitos naturais dos indivíduos. Em vista disso, o governo da maioria, teria que praticar o poder legislativo garantindo a liberdade do povo. (DALLARI, 2013, p. 147).

<sup>2</sup> Jean Jacques Rousseau, O Contrato Social, Livro.III, Capítulos III e IV.

igualdade, que por mais que seja um valor fundamental da pessoa humana, foi apenas uma proposta formal, pois os desníveis sociais profundos da nossa sociedade acarretaram para a impossibilidade de acessos aos bens produzidos pela sociedade (DALLARI, 2013).

Desse modo, deve-se entender que se admite a existência de desigualdade em casos que sejam decorrentes da diferença de mérito individual pelo meio de contribuição de cada um perante a sociedade. O que não deve se aceitar é que a desigualdade seja um ponto de partida, onde assegura tudo para alguns, a começar pela melhor condição econômica até o mais superior preparo intelectual, negando tudo a outros, tendo os primeiros em condições de privilégios mesmo que, socialmente, prescindíveis e negativos (DALLARI, 2013)

O Estado Democrático de Direito composto por seus pressupostos, um deles a democracia, coloca sobre a responsabilidade do povo o problema da escolha dos representantes, pois a necessidade de se governar se faz mediante desses representantes, quando se tem desse problema é normal que se formem diversos grupos com opiniões diferentes.

Dessa forma, esses são os pontos que caracterizam o Estado Democrático de Direito, cujo elemento principal é a democracia fundada a partir dos meios sociais, e que, por sua vez, tem em sua terminologia o significado de governo do povo. A vontade do povo é, idealmente, exercida através desse sistema de governo.

### **3 O EXERCÍCIO DO PODER NO BRASIL E A (IN)EFETIVIDADE DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO**

O Brasil é um país que tem como forma o sistema de governo a República e o Presidencialismo. O presidencialismo, em relação as suas características, percorreu ao longo de tempo por um procedimento de definição para a composição e organização de um sistema completo. De acordo com Dallari, no que tange a esses procedimentos é importante destacar que os constituintes norte-americanos certificaram a flexibilidade do sistema, o que se fez acessível para a sua moldagem

em relação às novas situações (DALLARI, 2013).

Assim, entre os princípios que regem o governo está a responsabilidade dos governantes que pode ser, em suma, expressa por meio da punição cabível em caso de cometer atos que sejam vedados por lei ou por desobedecerem aos compromissos que, politicamente, encontrem-se impostos. Conforme Goulart, uma das hipóteses está relacionada a responsabilidade criminal, ou seja, decorre da sua natureza: comum ou político. A segunda está, diretamente, ligada a responsabilidade política, no qual mesmo não incluindo a prática do ilícito penal, será capaz de definir o afastamento do governo. No presidencialismo, tanto o Chefe do Governo quanto os ministros são responsáveis, criminalmente, tanto pelos crimes de responsabilidades quanto os comuns, pois por não obterem responsabilidade política não podem ser separados pelo legislativo, que é uma forma que ocorre no parlamentarismo (GOULART, 1995).

Portanto, o sistema presidencialista tem sua origem na separação dos poderes, mas também tem como característica a democracia, a liberdade e a igualdade, outras características fundamentais do Estado Democrático de Direito.

A consequência de práticas reprováveis, na seara da administração da coisa pública, é volta-la a interesses privados, em detrimento dos interesses sociais, coletivos. A falta de fiscalização, aliada às possibilidades de atos de corrupção, desvirtuam as práticas realizadas nos espaços de Poder, por aqueles aos para quem o Povo confiou a sua representação. O que se verifica, e que era apontado, desde Montesquieu, é que os interesses de alguns se sobressaem aos da coletividade e, para atender aos primeiros, verifica-se a criação de *pequenos tiranos* que se utilizam da máquina pública e se afastam dos ideais republicanos e das garantias e responsabilidades asseguradas no Estado Democrático de Direito. Para complementar a ideia de corrupção do povo, Montesquieu relata a causa particular desse mal:

Os grandes sucessos, principalmente aqueles para os quais contribui muito dão-lhe tal orgulho que não é mais possível conduzi-lo. Com inveja de seus magistrados, ele logo, é da constituição. Foi assim que a vitória de Salamina sobre os persas corrompeu a república de Atenas, foi assim que a derrota

dos atenienses perdeu a república de Siracusa. (MONTESQUIEU, 2000, p. 124).

Para se coibir tais práticas, a democracia deve evitar dois descomedimentos: o espírito de desigualdade, que direciona à aristocracia ou ao governo de um só; e o espírito de igualdade extrema, que pode acarretar ao despotismo (MONTESQUIEU, 2000). Devido aos princípios do governo terem sido corrompidos, acaba que as leis se tornam más e se reverterem contra o Estado; mas em caso dos princípios se manterem sãos, as leis continuam a ter o efeito das boas (MONTESQUIEU, 2000).

Nas palavras do autor a República é a união de Entes Federados que não se corrompe. Dessa forma, de acordo com Camargo e Oliveira, como uma maneira de combater essas condutas inadequadas de agentes públicos que alcancem recursos públicos, reporta-se a diferentes hipóteses legais tanto nas esferas jurídicas penal, civil como na administrativa, com a finalidade de punir essas condutas que de certa forma lesam o patrimônio público (CAMARGO; OLIVEIRA, 2017).

A Constituição Federal brasileira, de 1988<sup>1</sup> exigiu a legalidade ao administrador público e impôs condutas para determinar o cumprimento de regras morais, sob penalidade previstas na constituição. A Constituição contém destinado à Administração Pública e o dever de probidade, direcionado pela moralidade administrativa (CAMARGO; OLIVEIRA, 2017). Portanto, a Lei de Improbidade surgiu também como um dos meios para se coibir a corrupção, prevendo que:

Art. 1º Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Parágrafo único. Estão também sujeitos às penalidades desta lei os atos de improbidade praticados contra o patrimônio de entidade que receba subvenção, benefício ou incentivo, fiscal ou creditício, de

<sup>1</sup> Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998).

órgão público bem como daquelas para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com menos de cinquenta por cento do patrimônio ou da receita anual, limitando-se, nestes casos, a sanção patrimonial à repercussão do ilícito sobre a contribuição dos cofres públicos (BRASIL, 1992, s/p.).

A relação da corrupção com o Direito Administrativo é complexa e variada, uma vez que a precaução da corrupção administrativa anda lado a lado com a incompetência da punição criminal, visto que o resultado, normalmente, dos julgamentos por corrupção é a prescrição e a efetivação das penas de prisão é muito rara (CAMARGO; OLIVEIRA, 2017).

Dessa forma foi criada a Lei Complementar nº 135, mais conhecida como a Lei da Ficha Limpa, sancionada em 04 de junho de 2010, trazendo modificações à Lei Complementar nº 64, de 18 de maio de 1990, essa conhecida como Lei das Inelegibilidades (BRASIL, 2010).

A iniciativa da Lei da Ficha Limpa ocorreu com base no art. 61, § 2º, da Constituição Federal, que dispõe sobre a lei de iniciativa popular. Conforme Ferreira, no processo legislativo nacional, a iniciativa geral é aquela que, propõe um direito novo sobre qualquer objeto, com exceção das reservadas. Da mesma forma, seguindo a propensão que foi disseminada pela Lei Magna de 1988, se oferece a *iniciativa popular* (FERREIRA, 2002).

A Lei da Ficha alterou, de forma significativa, a dinâmica eleitoral. O princípio da proporcionalidade foi considerado atendido pela Lei, considerado que essa atende aos fins moralizadores a que se destina, estabelece requisitos qualificados de inelegibilidade e impõe sacrifício à liberdade individual de candidatar-se a cargo público efetivo que não supera os benefícios socialmente desejados em termos de moralidade e probidade para o exercício do *munus publico*<sup>1</sup>.

Dessa forma, no ano de 2012, após dois anos de sua vigência, a Lei, foi aplicada pela primeira vez nas eleições municipais, tendo, já em sua primeira

---

<sup>1</sup> Obrigação imposta por lei (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS, 2016).

experiência, impossibilitado que em torno de 868 candidatos a prefeitos, vice-prefeitos e vereadores pudessem se candidatar aquela eleição.

A Justiça Eleitoral também julgou, naquele ano, milhares de processos referentes a candidatos que foram expostos em situações inelegíveis, conforme a lei. Dos 7.781 processos que trataram dos registros de candidaturas que chegaram até o Superior Tribunal Eleitoral, 3.366 recursos tratavam-se da Lei da Ficha Limpa, assim, correspondendo a um percentual de 43% do total das ações (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2014).

Para Almeida, a Lei da Ficha Limpa surgiu pelo fato de que a Lei de inelegibilidades começou a ficar descompassada após 20 anos. Outro aspecto importante era em relação aos prazos de inelegibilidades, pois, relativamente, ao seu tempo eram curtos, de três anos. Outro exemplo que não impedia o candidato de concorrer em eleição seguinte dava-se por meio da cassação por compra de votos, e por essas razões, e também para tornar alternativas mais eficazes, foi que a população trouxe esse projeto com um método mais rigoroso para tratar da relação das candidaturas (TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL, 2014).

Desse modo, seguindo a aplicabilidade da Lei, em 2014 ela foi aplicada pela primeira vez de uma forma geral, abrangendo as eleições estaduais e federais. O Tribunal Regional Eleitoral do Distrito Federal (TRE-DF), em consonância com a Lei da Ficha Limpa, negou o pedido de registro de candidatura de sete candidatos, dos quais dois renunciaram e um não recorreu da decisão. Os demais aguardam julgamento no Tribunal Superior Eleitoral (TSE) (TELEPS, 2014).

Essas foram algumas inovações que a Lei da Ficha Limpa trouxe em seu texto e as aplicações práticas. Porém, a mais polêmica das alterações está em possibilitar que a Justiça Eleitoral não dependa mais de uma decisão condenatória judicial para poder se aplicar ao candidato a inelegibilidade, bastando uma decisão provisória de um órgão colegiado do Poder Judiciário. Conforme Freitas, com essas inovações da lei, ela representa um grande marco histórico para o processo eleitoral brasileiro, visto que impossibilita a candidatura de políticos com passado suspeito e

com indícios de envolvimento em crimes repudiados pela sociedade em geral (FREITAS, 2014).

Portanto, de acordo com Souza, o acesso à informação, tanto quanto à regularidade do registro de candidatura dos candidatos como quanto à prestação de contas de partidos, deve ser democratizado, mediante o amplo e fácil acesso para todos (SOUZA, 2009). Se assim não realizado, não só tenderá à perpetuação desse sistema desigual, como será a própria causa da criação de desigualdade, tornando as classes mais baixas em meras passageiras de terceira classe em uma sociedade repleta de privilegiados. Por fim, pelo trajeto histórico, a Lei atende aos requisitos republicanos e democráticos do Estado de Direito.

## CONCLUSÃO

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise acerca de assuntos fundamentais, que contribuíram para uma melhor compreensão em relação à atual crise do cenário político, na qual o país se encontra. Para entender a função da sociedade e do indivíduo para o aprimoramento do Estado Democrático, é essencial, sendo a inquietude e a busca pela informação os instrumentos para se alcançar tal objetivo. Dada a importância da temática do texto, a Lei da Ficha Limpa vem se estabelecer como um mecanismo efetivo no combate à corrupção no Brasil?

Diante desse problema, percebeu-se necessário analisar as inovações e alterações trazidas pela Lei da Ficha Limpa ao ordenamento jurídico pátrio, tendo, desde o marco inicial de sua aplicabilidade. Após analisar todas as características, as bases históricas e a vontade popular, em conjunto com os mais diferentes segmentos sociais, a Lei da Ficha Limpa mostrou a importância que os benefícios da mobilização social podem trazer ao Estado Democrático de Direito, para que hoje ela pudesse estar em vigor. Assim, ela trás em seu teor o objetivo da função finalística de evitar os crimes políticos e suas consequências quando há má administração pública, além de afastar do cenário político brasileiros candidatos que não possuem conduta ilibada, tornando-os inelegíveis por um período de oito

anos.

Outra significativa trazida pela Lei é a desnecessidade de decisão condenatória transitada em julgado para a aplicação dos efeitos da sentença, qual seja, a inelegibilidade do agente público, bastando-se a decisão provisória de um órgão colegiado. De outro lado, deve-se reconhecer que ainda não existe um sistema informatizado claro que atue de forma democrática, disseminando-se informações precisas e transparentes acerca da existência de processos judiciais em face dos candidatos. O sítio eletrônico do Tribunal Superior Eleitoral dificulta, o acesso fácil aos cidadãos de todos os graus de instrução.

Logo, acredita-se que a análise das nuances do poder político, em especial, a utilização deste para a obtenção de benefícios próprios, somada a um estudo crítico e criterioso é possível atingir um entendimento acerca dos caminhos a serem trilhados para o aprimoramento social e das práticas de gestão pública. Por fim, ao analisar as inovações da Lei da Ficha Limpa, pode-se concluir que por meio dela possuímos uma alternativa para demonstrar novos caminhos para serem tomados pela República e Estado Democrático de Direito para continuar a luta ao combate a corrupção.

## REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antônio. **Estado de Direito e Desigualdades Sociais: uma leitura da exclusão social a partir da realidade brasileira**. 2006.

BOBBIO, Norberto. **Teoria das Formas de Governo**. 10. ed. Brasília: UnB, 2001.

\_\_\_\_\_. **Estado, Governo, Sociedade**: para uma teoria geral da política. 7. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1987.

\_\_\_\_\_. **Futuro da Democracia**: uma defesa das regras do jogo. 6. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRANDÃO, Antônio José. **Moralidade Administrativa**. RDA nº 25, p. 454.

Disponível em:

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/12140/11060>>. Acesso em: 20 maio 2017.

BRASIL. **Constituição Da República Federativa Do Brasil De 1988**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em: 20 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Complementar Nº 135, De 4 De Junho De 2010**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/lcp135.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp135.htm)>. Acesso em: 20 maio 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei Nº 8.429, De 2 De Junho De 1992**. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm)>. Acesso em: 20 maio 2017.

CARVALHO, José Murilo. **Cidadania no Brasil: o longo caminho**. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

CONGRESSO EM FOCO. **Quem Aprovou o Ficha Limpa: veja como os deputados votaram**. Disponível em: <<http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/quem-aprovou-o-ficha-limpa-veja-como-os-deputados-votaram/>>. Acesso em: 20 maio 2017.

CAMARGO, Patrícia Maria Seger de. OLIVEIRA, Celmar Correa de. **Lei de Improbidade Administrativa Brasileira: mecanismo preventivo à boa administração pública?** Disponível em: <<https://onedrive/?authkey=%21AFQ9pUxEA7HTLrA&cid=C4B6F93644075654&id=C4B6F93644075654%21297&parId=C4B6F93644075654%21171&o=OneUp>>. Acesso em: 20 maio 2017.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DICIONÁRIO **online de português**. 2017. Disponível em: <https://www.dicio.com.br>. Acesso em: 20 maio 2017.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Do Processo Legislativo**. São Paulo: Saraiva, 2002.

FREITAS, Edson Afonso de. **A Lei da Ficha Limpa e as Eleições de 2014**. Revista Eletrônica EJE, n.3, ano 4, 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/institucional/escola-judiciaria-eleitoral/revistas-da-eje/artigos/revista-eletronica-eje-n.-3-ano-4/a-importancia-dos-direitos-politicos>>. Acesso em: 20 maio 2017.

GETTEL, Raymond G. **Historia de las Ideas Políticas**. Ed Nacional. México. 1951. Apud. DALLARI, Dalmo de Abreu. **Elementos da Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GIERKE, Otto. Das Wesen der menschlichen Verbände (1902), 34 s apud Kelsen, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998. P.270.

GOULART, Clovis de Souto. **Formas de Sistemas de Governo: uma alternativa para a democracia brasileira**. Porto Alegre: CPGD-UFSC, 1995.

HOBBS, Thomas. **O Leviatã**. 1651 apud ROHDEN, Valério. *Ética e Política*. Universidade/UFRGS, Goethe/ICBA ed. Brasil-Alemanhã. 1993.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral do Direito e do Estado**. Tradução de Luis Carlos Borges. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

LOCKE, John. **Segundo Tratado sobre o Governo Civil**. Tradução de Martins, Alex, 1. ed. São Paulo: Martin Claret, 2011. P. 90.

MONTESQUIEU, C. **O Espírito das Leis**. São Paulo: Livraria Martins Fontes Editora, 2000.

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NEUMANN, Franz. **Estado Democrático e Estado Autoritário**. Rio de Janeiro: Zahar, 1969.

NEVES, Marcelo. **Entre Subintegração e Sobreintegração: a cidadania inexistente**. In Dados – Revista de Ciências Sociais. Vol. 37, nº 2. Rio de Janeiro: IUPERJ, 1994.

NOGUEIRA, José Carlos Ataliba. **Lições de Teoria Geral do Estado**. São Paulo: Zahar, 1969.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **A Doutrina do Estado**. Coimbra: Coimbra, 1969.

ROHDEN, Valério. **Ética e Política**. Universidade/UFRGS, Goethe/ICBA ed. Brasil-Alemanhã. 1993.

SCHUMPETER, Joseph A. **Capitalismo Socialismo e Democracia**. Editora Fundo de Cultura S.A. Rio de Janeiro. 1961.

SOUZA, Wilson Alves. **Direito, Poder e Sociedade Constitucional**. EVOCATI Revista nº 99. 2014. Disponível em:  
<[http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp\\_codartigo=602](http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=602)>. Acesso em: 09 nov. 2016

SOUZA, Jessé (2009). **A Ralé Brasileira: quem é e como vive**. Belo Horizonte:

UFMG.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **Acordão**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000189703&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF Decide pela Constitucionalidade da Lei da Ficha Limpa**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=200495>>. Acesso em: 20 jan. 2017.

TELPS, Patrícia. **Lei da Ficha Limpa é Aplicada pela Primeira Vez**. 2014. Disponível em: <<http://www.tre-df.jus.br/imprensa/noticias-tre-df/2014/Setembro/eleicoes-2014-lei-da-ficha-limpa-e-aplicada-pela-primeira-vez>>. Acesso em: 20 maio 2017.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS. **Munus Público**. 2016. Disponível em: <<http://www.tjdft.jus.br/institucional/imprensa/direito-facil/munus-publico>>. Acesso em: 20 maio 2017.

TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL. **Lei da Ficha Limpa Completa Quatro Anos e Será Aplicada pela Primeira Vez em Eleições Gerais**. 2014. Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2014/Julho/lei-da-ficha-limpa-completa-quatro-anos-e-sera-aplicada-pela-primeira-vez-em-eleicoes-gerais>>. Acesso em: 20 maio 2017.

**ABUSO DO PODER ECONÔMICO E PRÁTICAS ILÍCITAS NO DIREITO  
CONCORRENCIAL: ALTERNATIVAS PARA A REGULAÇÃO EFICIENTE DO  
MERCADO À LUZ DA GOVERNANÇA CORPORATIVA**

Bruna Luisa Schwan<sup>1</sup>  
Daiana Caye Reizes<sup>2</sup>  
Tiago Neu Jardim<sup>3</sup>

**RESUMO**

Este estudo propõe-se a discutir a efetividade do direito econômico enquanto instrumento de regulação do mercado, destinado a reduzir práticas ilícitas e a combater o abuso do poder econômico nas relações comerciais. O problema de pesquisa consiste em saber se as medidas sancionatórias e repressivas existentes no Brasil, tais como as previstas na legislação antitruste, são ou não eficazes para corrigir as falhas existentes no direito concorrencial e quais outros mecanismos poderiam ser utilizados para aumentar a transparência e a credibilidade dos agentes responsáveis pela produção e pela circulação de bens e serviços no país. Instrumentos como a Lei Sarbanes-Oxley, em vigor nos EUA desde 2002, após escândalos de fraudes corporativas, ajudaram a reprimir o abuso do poder econômico e a aumentar a confiança entre os acionistas e consumidores. Por aqui, técnicas modernas como o *compliance* empresarial e as medidas de governança corporativa ainda são vistas com ceticismo. Se por um lado o fortalecimento das agências reguladoras e a atuação mais incisiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE oneram o Estado tornando a atividade de controle socialmente ineficiente, por outro, a flexibilização do sistema de repressão às práticas ilícitas torna ineficiente a legislação, transformando a Ordem Econômica, de peça central na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, na principal responsável pela crise de efetividade da Constituição. É justamente nesse ponto que a pesquisa torna-se relevante, por compreender o impacto que o intervencionismo desmedido pode trazer nas relações atuais que repercutem diretamente no desenvolvimento nacional. É preciso buscar novas alternativas.

**Palavras-Chave:** Direito concorrencial - Abuso do Poder Econômico -

<sup>1</sup>Acadêmica do Curso de Direito – 6º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA/Santa Rosa. brunaschwan3@hotmail.com

<sup>2</sup>Acadêmica do Curso de Direito – 6º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis – FEMA/Santa Rosa. daiana.bvb@hotmail.com

<sup>3</sup>Mestre em Direito pela Universidade de Passo Fundo - UPF (2016). Especialista em Finanças pelo Centro Universitário Franciscano - UNIFRA (2009). Possui graduação em Ciências Econômicas (2007) pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM e em Direito (2009) pela mesma Universidade. É Procurador do Município de Horizontina/RS e Professor dos cursos de Ciências Econômicas da Faculdade Horizontina - FAHOR e de Direito das Faculdades Integradas Machado de Assis - FEMA/Santa Rosa.

Práticas Ilícitas - Direito Econômico.

## INTRODUÇÃO

Direito e Economia estabelecem intrincadas e múltiplas relações que permitem equacionar o problema da justiça e da eficiência, do papel das instituições, dos efeitos da aplicação de uma determinada regra e, finalmente, do comportamento dos agentes no mercado. Em torno desse entrelaçamento gravitam questões importantes como a capacidade de realização do direito e a própria efetividade da Constituição. Para isso, a alocação adequada dos recursos, mormente em tempos de crise, parece adquirir ares de notoriedade, exigindo um rearanjo dos atores que compartilham espaço nesse cenário e uma estrutura de regulação que garanta a livre concorrência, evite o abuso do poder econômico e efetivamente coíba as práticas ilícitas.

É bem verdade que, sem a regulamentação imposta pelo Estado, os mercados agiriam livremente nesse processo colocando em risco a promoção da igualdade, da dignidade e da justiça social. Entretanto, é verdade também que, sem a economia, o direito reduzir-se-ia ao mero formalismo, já que sem os meios materiais necessários para a sua realização e sem a adequada gestão e alocação dos recursos, cujo processo o mercado é peça chave, o Estado não teria condições de viabilizar a realização efetiva das garantias fundamentais previstas na Constituição. Para que isso seja possível, é preciso equacionar interesses estabelecendo um delicado equilíbrio entre múltiplas variáveis, no qual o livre mercado e o direito concorrencial são apenas algumas.

Pensando nisso, o constituinte de 1988 colocou a Ordem Econômica em uma posição de destaque, atribuindo-lhe, junto com a Ordem Financeira, a relevante e difícil tarefa de contemplar e reconciliar todas elas, dando-lhes contornos mais igualitários e alinhados a uma perspectiva social, voltada para a dignidade da pessoa humana. Permanecem válidos, no entanto, os ideais do liberalismo econômico, da livre-iniciativa e da propriedade privada, compondo uma típica economia de mercado.

O modelo econômico atual passou a adotar, assim, uma espécie de gestão compartilhada de recursos, onde cada um dos agentes desse cenário atua seguindo regras pré-estabelecidas. Não por outro motivo, o Direito Econômico consiste basicamente na manifestação ordenada desse conjunto de regras e princípios norteadores da atividade econômica. Em outras palavras, o direito da regulação que o Estado utiliza para coibir práticas abusivas e proteger as relações comerciais, consumeristas e de produção destina-se a equacionar essas variáveis em jogo, através da intervenção direta ou indireta na economia, seja por intermédio das agências reguladoras e de Autarquias como o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, seja através da política de preços ou das medidas de salvaguarda. O objetivo é conter as chamadas falhas de mercado, tais como a formação de monopólio, o dumping, o cartel e o conluio entre as empresas que possam vir a por em risco a livre concorrência.

Nesse sentido, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento exercidos pelos órgãos de controle são contrapostos a um modelo de livre concorrência, procurando garantir que o mercado seja um espaço competitivo a ser explorado pelo maior número possível de agentes econômicos. Todavia, não se pode negar a existência de empresas que, em virtude de seu desenvolvimento, passam a assumir posição dominante, ocasionando a eliminação da concorrência e, conseqüentemente, a falha alocativa.

A discussão em torno da efetividade do Direito Econômico enquanto instrumento autônomo de regulação do mercado, destinado a reduzir práticas ilícitas e a combater o abuso do poder econômico, portanto, torna-se cada vez mais fundamental. O propósito desse artigo consiste justamente em saber se as medidas sancionatórias e repressivas existentes no Brasil, em particular as previstas na legislação antitruste, são ou não eficazes para corrigir as falhas existentes no direito concorrencial e que outros mecanismos poderiam ser utilizados para aumentar a transparência e a credibilidade dos agentes responsáveis pela produção e pela circulação de bens e serviços no país. Instrumentos como a Lei Sarbanes-Oxley, em vigor nos EUA desde 2002, após escândalos de fraudes corporativas, ajudaram a

reprimir o abuso do poder econômico e a aumentar a confiança entre os acionistas e consumidores. Por aqui, a legislação antitruste não parece ter surtido o mesmo efeito, a julgar pela qualidade do serviço prestado à população e o crescente número de reclamações tanto no Judiciário quanto nos órgãos de defesa como o Procon.

No Brasil, técnicas modernas como o *compliance* e as medidas de governança corporativa ainda são vistas com ceticismo. Se por um lado o fortalecimento das agências reguladoras e a atuação mais incisiva do Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE oneram o Estado tornando a atividade de controle socialmente ineficiente, por outro, a flexibilização do sistema de repressão às práticas ilícitas torna ineficiente a legislação, transformando a Ordem Econômica, de peça central na efetivação dos direitos e garantias fundamentais, na principal responsável pela crise de efetividade da Constituição.

Visando compreender melhor esse processo, esse artigo foi dividido em três seções: a primeira delas aborda a Ordem Econômica e o Direito Concorrencial na Lei Antitruste, apresentando alguns aspectos relativos à Lei nº 12.529/11, tais como a tipificação de condutas consideradas como infrações à ordem econômica, algumas formas de repressão e as principais sanções aplicáveis; a segunda, contempla o Abuso do Poder Econômico e o papel exercido pelas Agências Reguladoras e, a terceira, sugere a Governança Corporativa como método eficiente para a regulação e o combate às práticas ilícitas no mercado concorrencial.

## **1 A ORDEM ECONÔMICA E O DIREITO CONCORRENCIAL NA LEI ANTISTRUSTE**

O ordenamento jurídico brasileiro vem, há muito tempo, sofrendo alterações no campo do Direito Econômico, em virtude das constantes mudanças que afetaram substancialmente as relações no mercado. São adequações que, embora insuficientes, são extremamente necessárias para garantir a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa, pressupostos basilares da atividade econômica dispostos na Constituição Federal de 1988. Atualmente o Conselho Administrativo de Defesa

Econômica – CADE juntamente com a Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda são os principais instrumentos responsáveis pelo combate às práticas ilícitas do mercado, integrando o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência.

A Lei nº 12.529/11, popularmente conhecida como Lei Antitruste, prevê alguns mecanismos de repressão às infrações à Ordem Econômica, tais como a responsabilidade solidária e objetiva entre as empresas e as entidades integrantes do mesmo grupo econômico e a possibilidade de desconsideração da personalidade jurídica, sempre que caracterizado abuso de direito, excesso de poder ou infração à lei. A coletividade é, pois, a titular dos bens jurídicos protegidos e a destinatária da proteção conferida pelo Estado.

Dentre as principais infrações tipificadas naquele Estatuto, pode-se destacar quaisquer ações que venham a prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa, o domínio de mercados relevantes, o aumento arbitrário dos lucros e o exercício abusivo de posição dominante, assim considerados o controle de mais de 20% do mercado. A lei prevê como infração, ainda, práticas de conluio, manipulação ou ajuste de preços e a limitação ou obstrução do livre acesso de novas empresas ao mercado<sup>1</sup>.

Além da multa, a Lei estipula a possibilidade de publicação às expensas do infrator do extrato da decisão condenatória, por 2 (dois) dias seguidos, pelo período de 1 (uma) a 3 (três) semanas consecutivas<sup>2</sup>. A Lei nº 12.529/11 faz, ainda, importantes alterações no art. 4º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990 que trata dos crimes Contra a Economia e as Relações de Consumo, estabelecendo pena de reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos em casos de abuso do poder econômico, domínio de mercado ou a eliminação total ou parcial da concorrência mediante práticas de conluio, o que denota que o legislador passou a encarar com mais rigor e seriedade a questão.

<sup>1</sup> A relação completa das infrações à Ordem Econômica estão previstas no art. 36 da Lei nº 12.529/11.

<sup>2</sup> A relação completa das penas impostas em razão de infrações cometidas à Ordem Econômica estão previstas no art. 37 da Lei nº 12.529/11.

A Lei Antitruste prevê, ainda, a possibilidade dos infratores celebrarem acordo de leniência, desde que colaborem efetivamente com as investigações e com o processo administrativo e que, desta colaboração, resulte necessariamente a identificação dos demais envolvidos e a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada. O acordo possibilita ao signatário a extinção da ação punitiva ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável. Para isso, a empresa deve cessar completamente seu envolvimento na infração a partir da data de propositura do acordo. Além disso, a Superintendência-Geral, órgão integrante do CADE, não pode dispor de outros meios para assegurar a condenação dos envolvidos e, finalmente, a empresa deve confessar sua participação no ilícito e ainda cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento<sup>1</sup>.

Dessa maneira, o princípio da livre concorrência impõe ao Estado abrigar uma estrutura investigativa bastante complexa, a fim de manter a ordem econômica fundada na rivalidade dos entes exploradores do mercado. É o chamado exercício lícito do poder econômico, o qual visa garantir aos agentes econômicos a oportunidade de competirem de forma justa. Conforme ensinamentos de Lafayette Josué Petter, “[...] a ideia de conquista de mercado e lucratividade deverá ser ancorada em motivos jurídico-econômicos lícitos e não serem decorrentes de hipóteses de abuso do poder econômico. [...]”. (LAFAYETE, 2009, p. 73). Em linhas gerais, o desenvolvimento econômico depende, em certa medida, do nível de organização interna das instituições e das relações sinérgicas que elas estabelecem entre si. Reforçando essa ideia, Fabiano Del Masso afirma que:

A livre concorrência é indispensável para o funcionamento do sistema capitalista. Ela consiste essencialmente na existência de diversos produtores ou prestadores de serviços. É pela livre concorrência que se melhoram as condições de competitividade das empresas, forçando-as a um constante aprimoramento dos seus métodos tecnológicos, dos seus custos, enfim, na procura constante de criação de condições mais favoráveis ao consumidor. Traduz-se, portanto, numa das vigas mestras do êxito da economia de mercado. (MASSO, 2013, p.78).

<sup>1</sup>

Nos termos do art. 86 da Lei nº 12.529/11.

Assim, a presença da concorrência no contexto de uma economia de mercado é essencial. A efetiva competição entre os agentes possibilita o aumento na variedade e na qualidade de produtos e ainda contribui para a diminuição dos preços e para o progresso tecnológico. A concorrência é, pois, um dos principais fatores determinantes para que os preços viabilizem o equilíbrio entre a oferta e demanda e, logo, a eficiência na alocação dos recursos. É um instrumento existente em benefício da cidadania que proporciona uma disputa salutar entre empresas que fortalece as estruturas de mercado, gerando *feed-backs* positivos. Como afirma Figueiredo “[...] Trata-se da competição pela preferência dos consumidores, realizada entre fornecedores ou produtores de bens iguais ou semelhantes.” (FIGUEIREDO, 1975, p. 216).

Nessa perspectiva, as empresas devem procurar sempre aprimorar seus produtos tornando-se competitivas e eficientes para não perderem espaço no mercado. Sobre esse aspecto, destaca Bagnoli:

As empresas, num mercado concorrencial, têm a necessidade de investir em pesquisas e desenvolvimento de produtos e serviços, bem como estudar a peculiaridade de cada mercado e o anseio dos respectivos consumidores, para não perder espaço para seus concorrentes. Com isso, o mercado e, conseqüentemente, os consumidores obtêm os benefícios gerados pela concorrência. (BAGNOLI, 2010, p. 131).

Todavia, dada a complexidade desse intrincado sistema, o modelo concorrencial precisou ser regulado. Tal necessidade ocorreu devido à prática de atos abusivos que vinham ponto em risco a já delicada e instável relação entre os agentes. A falta de regras claras e bem definidas mostrou a fragilidade do livre mercado. Nessa perspectiva, Masso, salienta a importância da concorrência no mercado afirmando que:

A disciplina jurídica da concorrência representa um dos instrumentos mais eficientes de controle da atividade econômica. A finalidade é a correção das condutas competitivas dos agentes econômicos no intuito de *ganhar* o mercado de consumo. A eficiência é consequência das melhores formas de produzir produtos de maior qualidade e a baixo custo, além do constante

emprego de novas tecnologias no produto e em toda a produção. (MASSO, 2013, p. 150).

Com efeito, o modelo de livre concorrência é difícil de ser concretizado em sua plenitude. Como explica Lafayette “[...] Uma concorrência perfeita significaria homogeneidade dos produtos, mercado atomizado, informações disponíveis para todos, mobilidade dos fatores de produção, etc. Na imensa maioria dos casos esses fatores não se fazem simultaneamente presentes podendo ocasionar práticas distorcidas.” (LAFAYETE, 2009, p.74). Esses, aliás, eram os pressupostos da Economia Neoclássica, percebidos, na atualidade, como utópicos e ilusórios, devido, principalmente, à assimetria de informações que acomete os agentes e à reconhecida vulnerabilidade do consumidor nessa complexa relação.

Logo, nota-se que a concorrência não abarca apenas questões econômicas, mas pretende realçar e fortificar os aspectos jurídicos que a ela se interligam. O direito concorrencial busca, portanto, um equilíbrio entre as liberdades dos segmentos que participam desse sistema. Ana Frazão, em um artigo publicado sobre o tema, afirma que:

[...] a livre concorrência não pode ser definida apenas por questões econômicas, mas deve sê-lo igualmente por questões jurídicas, como a de possibilitar o equilíbrio entre as liberdades dos diversos agentes econômicos, os consumidores e até mesmo os que estão afastados do mercado, tanto sob a ótica da oferta como sob a ótica da demanda, em razão de fatores estruturais como a pobreza. (FRAZÃO, 2017, p. 02).

O equilíbrio em questão, portanto, tenta resgatar os preceitos fundamentais das relações de mercado como a competitividade, a qual não beneficia somente os fornecedores dessa cadeia produtiva mas, acima de tudo, a coletividade enquanto consumidora, que terá mais variedade, qualidade e tecnologia para exercer escolhas racionais a preços socialmente justos. Para que isso se torne possível, no entanto, uma parte desse ganho é subtraído para o custeio das agências reguladoras e para o financiamento das instituições de controle. Ou seja, o modelo regulatório brasileiro faz com que o Estado assuma a responsabilidade e, conseqüentemente, o pesado ônus de intervir no mercado, a fim de evitar os abusos ao poder econômico e à

ocorrência de práticas ilícitas. É sobre esse aspecto que tratará o próximo tópico.

## **2 ABUSO DO PODER ECONÔMICO E O PAPEL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS**

O poder econômico diz respeito à capacidade daquele que, em virtude de uma posição superior, reserva-se ao direito de determinar comportamentos, condutas e normas de mercado, isto é, há uma conquista de espaço decorrente da maior eficiência deste agente econômico em detrimento dos demais. Não obstante, não há que se falar em ilicitude nesse caso, uma vez que é um processo natural do sistema de livre mercado.

Nesse sentido, Amanda Flávio de Oliveira *et al.*, acrescenta que “[...] a exclusividade do titular de uma tecnologia não é ilegal por si, mas se este sujeito estiver em posição dominante tem um dever de lealdade de mercado: preservar a concorrência.” (OLIVEIRA, 2009, p. 115). Como destaca Lafayete, “[...] a posição dominante é decorrência, e, ao mesmo tempo, se identifica com o poder detido pelo agente, no mercado, que lhe assegura a possibilidade de atuar um comportamento independente e indiferente em relação aos outros agentes [...]” (LAFAYETE, 2009, p. 252).

A posição dominante confere ao seu detentor quantidade substancial de poder econômico ou de mercado, ao ponto de que possa ele exercer influência determinante sobre a concorrência, no que se refere à formação de preços, atuando sobre o volume da oferta e procura. Logo percebe-se que adquirir “posição dominante” não é sinônimo de valer-se de qualquer meio para trapacear ou enganar os demais agentes econômicos. Ao contrário, significa ser exemplo e inspiração, fazendo valer os preceitos de boa-fé e concorrência leal. No Brasil existem inúmeras empresas com grande poder econômico, isto é, ocupando uma posição dominante. Essa possibilidade encontra previsão na própria Lei nº 12.529/11, em seu artigo 36, § 2º, o qual dispõe que:

§ 2º Presume-se posição dominante sempre que uma empresa ou grupo de empresas for capaz de alterar unilateral ou coordenadamente as condições de mercado ou quando controlar 20% (vinte por cento) ou mais do mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia. (BRASIL, 2011, p. 11).

A abertura da economia, a privatização e a desregulamentação, bem como a estabilização dos preços são fatores que contribuíram para dar maior importância ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, que tem a missão de agente modernizador e defensor da concorrência dentro de um Estado regulador moderno, de modo a influenciar o estímulo da concorrência no setor de serviços e produtos oferecidos à sociedade. De tal maneira, Lafayete afirma que “[...] o CADE é a última instância na esfera administrativa, responsável pela decisão final sobre a matéria concorrencial, tem a tarefa de julgar os processos. O órgão atua de três formas: preventiva, repressiva e educativa.” (LAFAYETE, 2009, p. 205).

Dessa forma, é evidente que o poder econômico faz parte da estrutura da ordem econômica e não pode ser utilizado ilicitamente, ou seja, de maneira a prejudicar os interesses sociais e a estrutura de mercado. Mesmo assim, com tantos meios de proteção e repressão, as práticas abusivas continuam acontecendo. Mas por quê? São condutas que objetivam dominar o mercado nacional, eliminar a concorrência e, de maneira especial, aumentar arbitrariamente os lucros. Seria essa uma indicação de que o mercado não se submete às regras impostas pelo Estado porque os ganhos que teria descumprindo a Lei seriam maiores do que as sanções que, na eventualidade de uma condenação, teria que ser obrigado a cumprir?

Práticas ilícitas como o “cartel”, por exemplo, cuja definição representa um acordo realizado entre um determinado número de empresas, as quais atuam no mesmo ramo de produção, sobre preços de mercado, fazem com que nenhuma daquelas se prejudique em detrimento das demais. São práticas de abuso do poder econômico extremamente difíceis de controlar e, principalmente, de provar, devido ao elevado número de agentes envolvidos e à infinidade de transações comerciais realizadas. Nesse aspecto, explica Schapiro:

Uma economia de mercado, com decisões descentralizadas pelos agentes

econômicos, é a melhor forma de organização da economia, e de que ela só pode funcionar de maneira minimamente adequada se houver rivalidade entre os agentes econômicos em seus esforços para disponibilizar e adquirir bens e serviços no mercado. Tal rivalidade só pode acontecer se não for indevidamente impedida pelo Estado (por meio de regras injustificadamente restritivas) ou pelos próprios agentes econômicos, por meio de acordos anticompetitivos entre si (principalmente cartéis) ou práticas abusivas por aqueles que detenham poder econômico. (SCHAPIRO, 2010, p.107).

Aparentemente, a técnica de fazer com que os agentes se fiscalizem e se controlem mutuamente, permite que o Estado “delegue” parte desse ônus para o próprio mercado, valendo-se de estruturas de incentivos, utilizando o elevado número de competidores jogarem a favor da livre concorrência, já que a possibilidade de algum deles romperem o acordo cooperativo, passa a ser sensivelmente maior. Nesse sentido, explica Lafayette “[...] quanto maior o número de empresas atuantes em determinado mercado, mais difícil será a possibilidade da existência do cartel [...]”. (LAFAYETE, 2009, p. 275). Reforçando esse entendimento, Masso considera que “[...] o cartel é uma das formas de concentração em que as empresas não se unem, mas atuam como se unidas fossem, dividindo mercados, impondo preços concertados. Enfim, as empresas cartelizadas procuram buscar estratégias de exploração da atividade econômica de forma a beneficiá-las.” (MASSO, 2013, p. 205).

Por mais paradoxal que possa parecer, tendo em vista que a legislação antitruste é considerada moderna para os padrões atuais, é nítido o quão defasada encontra-se o sistema regulatório brasileiro. O princípio da taxatividade, ao exigir que o Estado imponha sanções expressas, categóricas e bem delimitadas, ao mesmo tempo que resguarda a segurança jurídica dos agentes, possibilita o cálculo exato da utilidade que o mercado terá caso venha a descumpri-la, ponderando os custos e os benefícios antes de decidir. Nesse sentido, por melhor que seja a legislação aplicável à espécie, a falta de aparelhamento, a morosidade do judiciário e a possibilidade de fazer transações (acordos de leniência) conduz a uma estrutura de incentivos inversa, na qual existe uma sugestão implícita para o cometimento de abusos ao poder econômico e ao cometimento de práticas ilícitas.

É bem verdade que a proposta inicial era a de que as funções regulatórias no

novo padrão institucional da Administração Pública gerencial fossem exercidas por órgãos técnicos especializados e independentes, conhecidas como “agências reguladoras”, cujo conceito pode ser extraído das lições de Figueiredo: “[...] podemos conceituar as agências reguladoras como sendo as entidades públicas, encarregadas da regulação, politicamente neutra e imparcial, de setores e mercados específicos, estabilizando o convívio de interesses políticos, coletivos e privados.” (FIGUEIREDO, 2014, p.188). A esse respeito, Schapiro dispõe que:

[...] as agências reguladoras aparecem como instrumentos de controle e fiscalização estatal de determinados setores da economia, sejam aqueles titularizados pelo Estado, como os serviços públicos, sejam aqueles em que há particular interesse público envolvido. Para o exercício de suas funções regulatórias, esses entes lançam mão de poder normativo, de forma a disciplinar os setores. Contudo, esse novo formato de atuação do Estado na economia traz consigo preocupações de independência em relação ao governo, para a implementação das políticas classificadas como “de Estado”, necessariamente estáveis e contínuas, em contraposição às chamadas “políticas de governo”, que variam conforme o programa do governante eleito. (SCHAPIRO, 2010, p.321).

As agências reguladoras são, pois, fruto de uma profunda mudança na relação do aparelho estatal com a sociedade, constituídas dentro da Administração Pública indireta, as quais deveriam, por isso, possuir especialidade técnica e flexibilidade de atuação que garantisse a efetividade de sua atuação, oferecendo proteção aos investimentos dos agentes privados. No entanto, o que se percebe é que, enquanto o modelo norte-americano incentiva práticas internas de controle (Governança Corporativa), o Brasil ainda aposta no controle externo, um mecanismo caro e ineficiente, pelo que se pode constatar pela qualidade do serviço prestado. A título de exemplo, é suficiente citar a aviação civil, a telefonia celular móvel e o fornecimento de internet banda larga, cujo índice de reclamações nesses setores é extremamente elevado e recorrente. Só para se ter uma ideia, de acordo com o site de notícias “reclame aqui”, o “custo com serviço (de internet) representa 7% da renda mensal do norte-americano e 30% do brasileiro.

Segundo dados do mesmo site, “[...]enquanto no Brasil, os melhores planos das operadoras alcançam 130Mbps, em Houston, no Texas, existe uma empresa

que oferece planos com velocidades de 1GB ilimitados, (...) quase 8 vezes mais rápido que para o usuário brasileiro”, isso sem contar na qualidade e na cobertura do sinal. Nesse ponto, a hipótese de internalizar parte do processo (e dos custos) da regulação ao mercado, incentivando cadeias de controle derivados da Governança Corporativa e de mecanismos de *complice*, parece fazer sentido. É justamente esse aspecto que será melhor explorado neste último tópico.

### **3 A GOVERNANÇA CORPORATIVA COMO MÉTODO ALTERNATIVO PARA A REGULAÇÃO EFICIENTE DO MERCADO**

Diante dessa defasada credibilidade do cidadão com o mercado e também com o descaso com que são tratadas as questões ilícitas e os abusos ao consumidor, outra importante discussão precisa ser estudada, ou seja, procurar descobrir de que maneira as práticas abusivas no uso de poder econômico que impedem a concorrência leal entre os agentes econômicos, poderiam ser melhor gerenciadas a fim de proporcionar um mercado mais competitivo e livre de práticas ilícitas.

Apostando, ainda, no sistema tradicional de controle, Fabiano del Masso acredita que se deve “[...] contar com a atividade de regulação do Estado, cuja função é controlar e equilibrar os agentes econômicos na exploração de determinadas atividades econômicas, o que é feito por intermédio da limitação de algumas práticas e da imposição de outras.” (MASSO, 2013, p. 74). Compartilhando desse entendimento, Lafayete sustenta que:

A adoção de um sistema capitalista de produção tem na valorização da liberdade em geral e da liberdade de iniciativa econômica em particular um dos mais caros princípios, que haverá de ser de todo modo preservado na vigência daquele regime, mas, também, diferentemente do que se poderia pensar, a atuação estatal *na e sobre* a Economia, nos moldes da ideologia constitucionalmente adotada, muito antes de implicar em ofensa àquela liberdade, é mesmo um imperativo de que a atividade econômica seja orientada no sentido constitucionalmente desejado: existência digna e justiça social, fins da ordem constitucional econômica. (LAFAYETE, 2011, p. 23).

No entanto, há que se ponderar que o alto custo de aplicação e fiscalização do cumprimento da legislação antitruste é um dos motivos que inviabiliza o crescimento e o avanço do direito concorrencial brasileiro. Dito de outra forma, a dificuldade de exercer o controle e a repressão das práticas ilícitas devido, em parte, à deficiência da estrutura e à insuficiência de pessoal, faz com que o sistema regulatório brasileiro acabe tornando-se ineficiente, apesar dos inegáveis avanços conquistados pelo Direito Econômico.

Com efeito, existem mecanismos ainda pouco utilizados no Brasil, tais como o “*compliance*” e as mais diversas técnicas de Governança Corporativa, cuja capacidade de tornar os processos de mercado mais eficientes e menos oneroso e garantir uma maior segurança tem-se mostrado bastante promissoras, em países onde o livre mercado é muito mais expressivo, como nos EUA. A Lei Sarbanes-Oxley, referida no início deste artigo, por exemplo, exerceu papel fundamental na legislação norte-americana pois incorporou como uma ferramenta de auxílio a implementação de práticas internas, mais eficientes na organização das empresas, algo que, até agora, não foi experimentado pela legislação brasileira.

Contudo, é bem verdade que o dispositivo norte-americano surgiu em meio a uma crise de confiança que se estendeu por um período anterior, período esse marcado por fraudes e escândalos de grandes corporações e que refletiram negativamente nas relações de mercado. A crise de credibilidade que fragilizou o sistema financeiro exigiu a criação de novas medidas para a solução do problema, uma vez que as até então existentes não comportavam mais a extensão e a magnitude do problema. Maria Paulo Mandro aborda todo o contexto de criação da Lei Sarbanes-Oxley:

Após este, e demais casos fraudulentos, como da XEROX e da TYCO, o mercado mobiliário norte-americano atingiu o ponto de total incredulidade corporativa, sendo imperativa a necessidade de adoção de medidas legais para assegurar a proteção dos investidores, promulgada como The U.S. Public Company Accounting Reform and Investor Protection Act of 2002, conhecido como Sarbanes-Oxley Act (SOX). (MANDRO, 2009, p.17).

Nesse sentido, a lei foi publicada com o objetivo de agravar e de tornar certa a responsabilidade pelos atos de administração das empresas, aprimorando, principalmente, o controle interno de cada instituição. Logo, percebe-se que a SOx (Lei Sarbanes-Oxley) surgiu justamente da necessidade de aumentar a transparência das empresas, garantindo o menor risco possível de uma gestão fraudulenta. Nesse sentido, Renata Freitas de Camargo, em um artigo publicado sobre o tema, registra:

[...] De um modo geral, define por lei diversas medidas de boas práticas de governança corporativa já consideradas em diversos países. Para isso, a Lei Sarbanes-Oxley obriga empresas a reestruturarem seus processos com os objetivos de aumentar controles, transparência e segurança na:

- Condução dos negócios (aqui entram questões relacionadas ao compliance);
- Administração financeira;
- Escriturações contábeis e
- Gestão e divulgação das informações. (CAMARGO, 2017, p. 02).

Assim, além de evitar fraudes na gestão das empresas, a lei, ao incorporar esses aspectos, parece ter sido mais habil no processo de redução das práticas ilícitas que ferem o direito concorrencial, uma vez que reforça uma divulgação de informações precisas sobre as movimentações administrativas, fazendo com que os agentes se controlem e se fiscalizem mutuamente. Assim, a transparência de tais operações torna mais eficiente o processo de descoberta de ilicitudes.

Outra diferença percebida em relação à Lei nº 12.529/11, são as duras multas impostas pela SOx e a maior probabilidade de prisão em caso de existência de ilicitudes, isto é, a lei prevê severas medidas àqueles que afetam de maneira negativa a estrutura de mercado. São medidas tomadas em virtude de atos ilícitos realizados dentro de uma corporação, como por exemplo falsificação de relatórios, alteração de documentos e demonstrações irregulares que afetam indiretamente a livre concorrência.

Conquanto, cabe ressaltar que o Governo norte-americano, vendo a quebra de seu sistema financeiro, propôs, com a criação daquela Lei, uma maior

responsabilidade interna nas empresas. Isto é, impôs a existência de práticas de Governança Corporativa, visando à máxima transparência e eficiência dos atos, além de uma boa organização do negócio. Nesse sentido, segundo Mandro:

Criada em 30 de Julho de 2002, pelos senadores Paul Sarbanes do partido Democrata e Michael Oxley do partido Republicano, a Lei Sarbanes Oxley tem como objetivo central devolver ao mercado financeiro a credibilidade que lhe é necessária para seu bom funcionamento. Desse modo, o governo passa a intervir no mercado, exigindo que as empresas demonstrem sua capacidade de Governança Corporativa, ou seja, de ter seus controles internos consistentes, acurados, protegidos de contingências e desastres, e capazes de gerar informações precisas que permitam a tomada de decisões gerenciais acertadas e a comunicação eficaz com os agentes investidores, como um primeiro passo na satisfação de um apetite cada vez maior, da parte do público norte-americano, por reforma ampla da governança corporativa dos EUA. (MANDRO, 2009, p.50).

Além dos aspectos pouco ortodoxos da Sox, tem sido bastante comum a adoção de práticas como o *Compliance*, o qual surge na tentativa de adequar as atividades empresariais às normas reguladoras e de reduzir os conflitos entre agente e principal. No sentido literal, a palavra “Compliance” significa “em conformidade”, assimilando e incorporando os valores da ética e da boa-fé objetiva nas relações comerciais. Em outras palavras, essas novas técnicas de regulação demonstram que os mecanismos tradicionais não eram suficientes, devido à incertezas na aplicação das sanções previstas em dispositivos legais e falta de credibilidade na fiscalização.

Diante da ineficácia do excesso de regras que ao fim não garantiam a segurança necessária aos investimentos, fala-se hoje em utilizar-se da técnica da supervisão. Sendo assim, o *Compliance*, ao apostar numa fiscalização *in loco* das empresas, possibilitando a descoberta dos ilícitos de maneira antecipada e prevenindo um problema de maior monta no futuro, torna-se mais eficiente e muito menos oneroso para o Estado. Logo, de acordo com os autores Cunha e Souza “[...] o *Compliance* não é de implementação obrigatória, sendo que a sua adoção é estimulada na medida em funciona como mero atenuante de pena caso a empresa seja condenada por uma das infrações previstas na Lei.” (CUNHA; SOUZA; 2017, p.

02).

Assim, além de atenuante de pena, o *Compliance* surge principalmente como uma ferramenta preventiva, ou seja, visa além de salvaguardar os interesses das empresas, garantir as boas práticas da Governança Corporativa dentro dela. No mesmo sentido, destaca Candeloro:

Estamos tratando de um conjunto de regras e procedimentos éticos, legais e prudenciais que, uma vez definido e implementado, com o comprometimento da alta administração, será a linha mestra que orientará o comportamento da instituição no mercado em que atua, bem como orientará as atitudes de seus funcionários, um instrumento capaz de controlar o risco de imagem e risco legal (os chamados riscos do Compliance) a que se sujeitam as instituições no curso de suas atividades. (CANDELORO, 2012, p.55).

Dessa forma, permite-se construir a ideia de que essa ferramenta objetiva, em suma, prima pela confiança das informações prestadas aos clientes, garante a máxima transparência da empresa, evita conflitos de informação e interesses entre os diversos agentes que fazem parte das relações comerciais e evitam a violação de regra legal ao detectar antecipadamente a ilicitude. “Basicamente, o Compliance será um valioso instrumento para colocar em prática os 4 princípios da boa governança: transparência, equidade, prestação de contas e responsabilidade sócio-corporativa.” (CANDELORO, 2012, p.5).

Frente a tudo isso, percebe-se que a legislação brasileira ao envolver altos custos e uma fiscalização insuficiente dos agentes econômicos, revelada pela precariedade dos serviços, acaba, se aplicada isoladamente, sendo pouco eficiente. É nesse sentido que o *Compliance* e as mais diversas técnicas de Governança Corporativa, precisam ser incorporadas pelas empresas e adotadas pelo Estado, como método alternativo (e complementar) do Direito Econômico.

## CONCLUSÃO

Como visto, a Governança Corporativa, embora consista em uma ferramenta

alternativa para uma regulação mais eficiente do mercado, não exige a supressão necessária do sistema de controle já exercido pelas agências reguladoras. O que se pretende, com este artigo, é mostrar que existem outros mecanismos capazes de contribuir com a repressão às práticas ilícitas e com o abuso do poder econômico.

Porquanto, infere-se que é fundamental a existência de um equilíbrio entre as liberdades de cada agente econômico, por meio de um respeito mútuo, o qual garanta uma livre concorrência, ausente de práticas ilícitas, de concorrência desleal. Dessa forma, procurou-se proporcionar a melhor opção em preço, aliando qualidade e tecnologia do produto ao consumidor.

Além disso, é essencial, que o poder reservado àquele com posição dominante seja utilizado de maneira lícita, isto é, que produza efeitos benéficos às relações de mercado. Do contrário, visando à dominação do mercado nacional, com influências nas decisões econômicas as quais ocasionam na eliminação da concorrência e aumento dos lucros, os infratores precisam suportar sanções que, além de proporcionais à gravidade da ilicitude cometida, tenham caráter pedagógico e preventivo.

Nesse sentido, a teoria do risco aniquila-se, uma vez que aos investidores será garantida uma maior segurança na aplicação da legislação, quando da prática de um ato ilícito, e somente assim novas empresas terão oportunidade de prosperar e contribuir para um avanço no desenvolvimento econômico nacional, trazendo novas opções ao consumidor através de preços socialmente justos. Assim, as empresas passariam a adotar um determinado padrão de conduta compatível com uma boa-fé objetiva, para fomentar o cumprimento com as regras, sejam leis, valores morais ou éticos dentro das atividades privadas empresariais.

Logo, cabe aos órgãos de controle fazer o uso eficiente de institutos de Governança Corporativa visando sempre a ética, a transparência e a credibilidade nas operações administrativas das empresas, para garantir o cumprimento de todas as exigências legais e regulamentares do setor ou segmento econômico em que atuam. Desta maneira, são, por isso, atitudes que aprimoram o processo de descoberta de práticas ilícitas ou abusivas de concorrência entre os agentes

econômicos e, em virtude disso, são ferramentas essenciais para um desenvolvimento saudável das relações econômicas, na qual o mercado nacional pode operar em plena eficiência.

A conclusão é que as medidas sancionatórias e repressivas existentes no Brasil, tais como as previstas na Lei nº 12.529/11, um dos principais instrumentos do Direito Econômico, não são suficientes e eficazes para corrigir *de per se* as falhas existentes no direito concorrencial, fazendo-se necessários outros mecanismos de reserva, tais como aquelas derivadas da Governança Corporativa. Maior transparência e credibilidade facilitam o importante trabalho desempenhado pelas agências reguladoras.

É preciso, por fim, aprimorar a legislação vigente levando-se em conta que o mercado é um espaço dinâmico e instável. Por isso, quanto mais atualizado, adaptável e contextualizado ao ambiente interno das instituições forem os dispositivos legais, maiores serão as suas chances de se tornarem eficientes e, logo, maiores serão os ganhos da coletividade, principal destinatária do Direito Econômico.

## REFERÊNCIAS

BAGNOLI, Vicente. **Direito Econômico** / Vicente Bagnoli. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

BRASIL, Lei nº 12.529, de 30 de Novembro de 2011. **Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**. 30 nov. 2011.

CAMARGO, Renata de Freitas. **Lei Sarbanes-Oxley**: aprimorando a prestação de contas com a SOx. 22/05/2017. Disponível em: <<https://www.treasury.com.br/blog/sox-lei-sarbanes-oxley>>. Acesso em: 20 jul 2017.

CANDELORO, Ana Paula Pinho. **Compliance como Instrumento de Fomento do Mercado de Capitais**. Revista RI, São Paulo. Outubro de 2012. Disponível em: <<http://www.ibgc.org.br/biblioteca/download/Compliance%20como%20instrumento.pdf>>. Acesso em: 15 jul 2017.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, 1975 - F49L **Lições de Direito Econômico** / Leonardo Vizeu Figueiredo. - Rio de Janeiro: Forense, 2010.

FIGUEIREDO, Leonardo Vizeu, 1975 – F49L **Lições de Direito Econômico** / Leonardo Vizeu Figueiredo. – 7. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

FRAZÃO, Ana. **As Finalidades do Direito da Concorrência** / A livre concorrência não pode ser definida apenas por questões econômicas. 08/03/2017. Disponível em: <<https://jota.info/colunas/constituicao-empresa-e-mercado/as-finalidades-do-direito-da-concorrenca-08032017>>. Acesso em: 19 jul 2017.

LAFAYETE, Josué Petter. **Constituição Econômica e Concorrência**. Revista da Fundação Brasileira de Direito Econômico. vol. 3. nº 1. Ano 2011. Disponível em: <<https://direitoepoliticaeconomica.files.wordpress.com/2012/02/constituic3a7c3a30-econc3b4mica-e-concorrc3aancia.pdf>>.

LAFAYETE, Josué Petter. **Direito Econômico**/Josué Petter LAFAYETE. 4. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2009.

MANDRO, Maria Paulo. **As Implicações Da Lei Sarbanes-Oxley nas Práticas de Governança Corporativa Das Companhias Brasileiras De Capital Aberto**. 2009. 78.

Monografia. Ciências Econômicas. UEC – universidade Estadual de Campinas. Campinas, dez. 2009. Disponível em: <[file:///C:/Users/Bruna/Downloads/MandroMariaPaula\\_TCC.pdf](file:///C:/Users/Bruna/Downloads/MandroMariaPaula_TCC.pdf)>.

MASSO, Fabiano Del, 1971. **Direito Econômico Esquematizado** / Fabiano Del Masso. – 2. ed. rev. e atual. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2013.

OLIVEIRA, Amanda Flávio de. **Direito Econômico: evolução e institutos**. Obra em homenagem ao professor João Bosco Leopoldino da Fonseca/ Aline Bertolin; organização Amanda Flávio de Oliveira. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

**RECLAME AQUI NOTÍCIAS**. Disponível em: <[https://noticias.reclameaqui.com.br/noticias/a-internet-do-brasil-e-dos-estados-unidos-confira-algumas-di\\_2199/](https://noticias.reclameaqui.com.br/noticias/a-internet-do-brasil-e-dos-estados-unidos-confira-algumas-di_2199/)>. Acesso em: 18 out. 2017.

SCHAPIRO, Mario Gomes. **Direito Econômico Regulatório**/ Mario Gomes Schapiro. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

SOUZA, Renee do Ó; CUNHA, Rogério Sanches de. **Compliance como Instrumento de Combate à Corrupção**. Disponível em: <<http://meusitejuridico.com.br/2017/05/15/compliance-como-instrumento-de-combate-corrupcao/>>. Acesso em: 21 jul 2017.

## PERSPECTIVAS DE UM NOVO TEMPO

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**. Tradução Heitor Aquino Ferreira; posfácio Christopher Hitchens. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

O tema desta ficção é uma sátira sobre a Revolução Russa de 1917.

Guilherme Scarantti Saling<sup>1</sup>

Nascido no dia 25 de junho de 1903, na cidade de Motihari, na colônia de Bengala, na Índia britânica, atual estado de Bihar, o escritor, Eric Arthur Blair, mais conhecido pelo seu pseudônimo George Orwell, foi também jornalista e ensaísta político inglês, morreu de tuberculose aos 46 anos, no dia 21 de janeiro de 1950, na área de Camden, na grande cidade de Londres, Inglaterra, Reino Unido. Orwell é autor de diversas obras, como os documentários narrativos *“Down and Out in Paris and London”*, em 1933 e *“The Road to Wigan Pier”*, em 1937, além de obras fictícias muito conhecidas, como: *“1984”*, em 1949 e *“A Revolução dos Bichos”*, em 1945.

Nesta obra, Orwell retrata, como forma de ficção, a Revolução Russa, ocorrida em 1917. Seus elementos constatarem esta sátira, em que a Granja do Solar é representada como a sociedade na época da Revolução Russa. Sr. Jones, proprietário da Granja do Solar, descrito como um homem bruto e sem misericórdia é comparado ao Imperador da Rússia, Nicolau II. Os porcos, eram representados por: a) Major, que consistia na personalidade de Lenin, pois era o mais velho, sábio e relacionava suas ideias as de Karl Marx e o socialismo científico; b) Bola-de-Neve, em relação as ideias, pode ser comparado a Major (Lenin), sua personalidade é comparada a de Trotsky, intelectual marxista e revolucionário bolchevique, que durante a Revolução Russa, foi afastado do controle do partido pelo líder da União Soviética, Stalin; c) Napoleão, as ideias dele iam de encontro com as ideias de Major (Lenin) e Bola-de-Neve (Trotsky), suas características brutais, autoritárias e associadas a ditadura, se assemelham a Stalin e, d) Garganta, que se caracteriza pelo poder de manipular os demais animais, seu personagem é equiparado as

<sup>1</sup> Acadêmico do Curso de Direito – 2º Semestre. Faculdades Integradas Machado de Assis – [guisaling@hotmail.com](mailto:guisaling@hotmail.com)

propagandas que Stalin fazia para alienar a população russa, fazendo com que acreditassem que estava tudo certo e que Stalin era o mais promissor e preparado para a população. Sansão, o cavalo, representava fielmente a classe trabalhadora, era admirado pelos demais por sua dedicação e força. Os filhotes de Lulu e Ferrabrás, foram capturados por Napoleão, compondo sua guarda, esta guarda é referida na Revolução Russa, como KGB. Por fim, as ovelhas, galinhas e os patos, representavam a grande parte da população desinformada, que praticavam o voto, apenas por votar, eram facilmente manipuladas e alienadas por Stalin.

Major, o porco mais velho, sábio e benevolente da granja, havia combinado de se encontrar com os outros animais, no celeiro da Granja do Solar, em Willingdon. Neste encontro, Major faz um discurso persuasivo aos animais, para dar um motivo, um início a revolução dos bichos, com o intuito de ir em busca da liberdade, lazer e dignidade, para que não sejam maltratados novamente e para que possam usufruir dos mesmos direitos que os humanos tem, no texto retratado, como o mínimo de alimento que recebiam do árduo trabalho, sendo que na Inglaterra, terra de solo fértil, havia muito mais a prosperar, do que os humanos lhe proviam e também, em suma, por condições de vida digna. Diante dessa situação, Major relembra uma antiga canção que fora lhe ensinado por sua mãe, Bichos da Inglaterra, que mais tarde, se tornou um hino para a revolução dos bichos.

Posteriormente, Major morre e mesmo assim, os animais seguem com a ideia do líder, pois suas palavras trouxeram uma nova perspectiva de vida aos animais de maior inteligência da granja, em destaque, os dois porcos, Bola-de-Neve e Napoleão. Dá-se início ao Animalismo, sistema de pensamentos e ideias organizados por Bola-de-Neve e Napoleão, através dos ensinamentos de Major. A revolução tem seu início decretado, muito mais cedo do que se esperava, pois Jones, estava em decadência, devido aos problemas que o levaram a beber e ficar recostado em sua cadeira, lendo jornais e alimentando seu corvo de estimação, Moisés. No dia 23 de junho, a revolução se concretara, uma vez que Jones saiu para beber e seus funcionários, incompetentes, saíram para caçar e esqueceram de alimentar os animais, se tornando o motim da revolução. Os animais foram atacados

por Jones e seus peões, por terem invadido o depósito de comida, mas os mesmos, iniciaram um contra-ataque, expulsando Jones, sua esposa e os peões da fazenda. Os animais ficaram com a granja somente para eles e a partir daí, a granja passa a se chamar, Granja dos Bichos.

Os porcos, considerados de maior inteligência na granja, invadem a casa de Jones e vasculham tudo e, lá aprendem a ler e a escrever. Depois de terem adquirido tal conhecimento, os porcos explicam que, através de seus estudos, criaram os princípios do animalismo, que se resumiam em sete mandamentos, que são: i) Qualquer coisa que ande sobre duas pernas é inimigo; ii) Qualquer coisa que ande sobre quatro pernas, ou tenha asas, é amigo; iii) Nenhum animal usará roupas; iv) Nenhum animal dormirá em cama; v) Nenhum animal beberá álcool; vi) Nenhum animal matará outro animal e, vii) Todos os animais são iguais.

Após, os animais seguiram em direção ao campo e trabalharam para colher todo o feno, para que houvesse alimento suficiente para todos e com muito esforço, a recompensa não demorou a vir, o resultado fora melhor do que esperavam. E durante todo o verão, o trabalho da granja andou como um relógio, os bichos estavam mais felizes como nunca e a sensação era de extremo prazer a cada bocado de comida, fruto do seu próprio trabalho. O trabalho foi dividido de acordo com a capacidade de cada animal e os problemas que existiam enquanto Jones era proprietário, quase haviam desaparecido. Havia um ritual nos domingos, conhecida como “a reunião, em que era planejado o trabalho e eram discutidas resoluções. Nas reuniões, os porcos eram os mais ativos, diante disso, notou-se um atrito entre Bola-de-Neve e Napoleão, pois os dois nunca estavam de acordo – a sugestão de um, era oposição do outro.

Enquanto isso, os porcos dirigiam e supervisionavam o trabalho dos outros animais. Por serem donos de conhecimentos maiores, era natural que assumissem a liderança, pois, cada vez mais, se tornavam poderosos. Bola-de-Neve, ocupava-se com assuntos de organização dos outros bichos, criando projetos, uns falhos e outros atingiram o sucesso. Napoleão não tinha o menor interesse pelos projetos de Bola-de-Neve, pois acreditava que a educação dos jovens era mais importante do

que qualquer coisa em favor dos adultos, aconteceu que, quando Lulu e Ferrabrás tiveram filhotes, Napoleão os levou a fim de compor sua guarda. Em um determinado momento, Garganta foi enviado para dar explicações aos demais animais, os porcos haviam decretado que o leite e as maçãs, seriam alimentos exclusivos dos porcos, afirmando que eram alimentos necessários a eles e justificando que não faziam isso por puro egoísmo ou privilégio, pois não gostavam desses alimentos, era somente para preservar a saúde, para que os porcos não adoecessem e que evitasse, de qualquer maneira, a volta de Jones.

A ideia de revolução começa se alastrar, pois o corvo, Moisés, e Jones, avisaram aos demais homens, que a Granja do Solar havia sido tomada pelos bichos. Todos os demais donos de granjas, juntamente com Jones, se juntam para tentar recuperar a Granja do Solar, travando outra batalha, que ficou conhecida como Batalha do Estábulo, no qual os animais saem vitoriosos. Posteriormente, as desavenças entre Bola-de-Neve e Napoleão se tornam frequentes. Em decorrência disso, há uma espécie de eleição, em que Bola-de-Neve apresenta uma ideia – a construção de um moinho de vento, que poderia prover luz elétrica e aquecimento no inverno para as baias, facilitando o trabalho dos animais com uma serra para moagem de cereais, para o corte dos legumes e para um sistema de ordenha elétrica –, já Napoleão estava mais focado na produção e na colheita, que o moinho de vento seria desnecessário para a granja. Nesse momento, Napoleão perde a eleição, fica irritado e ordena aos cães que expulsem Bola-de-Neve da granja, dando a justificativa que Bola-de-Neve teria roubado suas ideias, pois a ideia do moinho de vento, era de sua autoria. O moinho, em seguida, é construído e acaba sendo destruído devido a um forte vento. As tragédias que aconteciam na Granja dos Bichos, Napoleão aproveitava-se da oportunidade e colocava a culpa em Bola-de-Neve, para que assim, conseguisse mantê-lo afastado e impedir o seu retorno.

Napoleão começa a ter contato com os humanos, fazendo acordos que desagradaram parte dos animais da granja, dentre eles, as galinhas, que foram obrigadas a entregar seus ovos para Napoleão. Com o descontentamento das galinhas, as mesmas se rebelam contra Napoleão, que imediatamente, corta seus

alimentos, fazendo com que elas desistam da rebelião. Um dos negócios feitos por Napoleão, era a venda de madeira para Frederick, dono de uma granja, que o enganou dando-lhe dinheiro falso, que logo foi percebido por Napoleão, declarando morte à Frederick. A mando de Napoleão, Garganta continuava manipulando os demais animais, fazendo-os acreditarem que as desgraças que ainda aconteciam na Granja era culpa de Bola-de-Neve. Logo após, sabendo das intenções de Napoleão, quinze homens, com meia dúzia de espingardas, a mando de Frederick, atacaram a granja e botaram a baixo o moinho. Os animais odiados com o acontecido, batalharam contra os homens de Frederick, estes se viram em desvantagem e recuaram covardemente, quando a guarda pessoal de Napoleão, formada pelos nove filhotes de Lulu e Ferrabrás, surgiram no flanco de seus inimigos, latindo ferozmente.

Devido ao cansaço e a destruição do moinho, a escassez de comida se instaurou. Os animais, por estarem cansados e feridos pela batalha, não conseguiriam a tempo produzir todo o alimento novamente, então, os porcos decretaram a redução dos alimentos para todos os animais, com exceção dos porcos. Antes de mais nada, é importante ressaltar que durante todos os acontecimentos, os porcos agiam de acordo com seus próprios interesses, alterando os sete mandamentos para que pudessem se beneficiar deles.

Depois de muito trabalho, Sansão não é mais o mesmo, acaba adoecendo e mais tarde, falecendo, pois Napoleão o mandou para um matadouro e não para um veterinário, como havia dito para os outros animais. E por fim, com o passar dos anos, os animais começam a envelhecer e se esquecer da revolução, pois seus ideais foram completamente deixados de lado. Os animais mais novos, nem tomavam conhecimento da revolução. Enquanto isso, a granja, que após a revolução foi chamada de Granja dos Bichos, agora volta a ser chamada de Granja do Solar, os porcos que dominaram a granja, cada vez mais ficavam parecidos com os humanos, pois adquiriram hábitos comuns aos deles, como beber, andar sobre duas patas, fumar, usar roupas, como se fosse algo normal. Os animais que olhavam de fora, olhavam de um porco para um homem, de um homem para um

porco, mas já se tornara impossível distinguir quem era homem, quem era porco.

## REFERÊNCIAS

ORWELL, George. **A Revolução dos Bichos**. Tradução Heitor Aquino Ferreira; posfácio Christopher Hitchens. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

MISTÉRIOS DO MUNDO. **George Orwell. A Revolução dos Bichos e a Revolução Russa**. Disponível em: <<https://misteriosdomundo.org/george-orwell-revolucao-dos-bichos-e-revolucao-russa/>>. Acesso em: 30 jun. 2017.