

RESPONSABILIDADE DO ESTADO

Jaime Domingues Brito
Vivianne Rigoldi
Tiago Cappi Janini
(Orgs.)

INSTITUTO RATIO JURIS



Jaime Domingues Brito, Vivianne Rigoldi & Tiago Cappi Janini
(Orgs.)

RESPONSABILIDADE DO ESTADO



INSTITUTO RATIO JURIS



Copyright do texto © 2014 - Programa de Mestrado em Ciência Jurídica da UENP

Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (IV SIACRID)

Jaime Domingues Brito, Vivianne Rigoldi & Tiago Cappi Janini
(Orgs.)

Fernando de Brito Alves
(Editor)

Vladimir Brega Filho
Coordenador Geral do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito

Comissão Científica do IV SIACRID

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho (UENP-PR)
Prof.^a Dr.^a Eliana Franco Neme (ITE/Bauru-SP)
Prof. Dr. Ángel Cobacho López (Universidade de Múrcia)
Prof. Dr. Sergio Tibiriçá Amaral (Faculdades Toledo - ITE/Bauru-SP)

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Responsabilidade do Estado / Jaime Domingues Brito, Vivianne Rigoldi e Tiago Cappi Janini, organizadores. - 1. ed. - Jacarezinho, PR: UENP & Instituto Ratio Juris, 2014. (Anais do IV Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito)

Vários autores.
Bibliografia.
ISBN 978-85-62288-18-0

1. Responsabilidade do Estado. I. Brito, Jaime Domingues. II. Rigoldi, Vivianne. III. Janini, Tiago Cappi.

CDU-342

Índice para catálogo sistemático

1. Ciências Sociais. Direito.
Responsabilidade do Estado.
342

As idéias veiculadas e opiniões emitidas nos capítulos, bem como a revisão dos mesmos, são de inteira responsabilidade de seus autores.
É permitida a reprodução dos artigos desde que seja citada a fonte.

SUMÁRIO

| | |
|---|------------|
| <i>A AUTOMATIZAÇÃO DA PRODUÇÃO HUMANA E O DESEMPREGO ESTRUTURAL</i> | 5 |
| Suelyn Tosawa Ana Paula Bogo | |
| <i>A CONDIÇÃO JURÍDICA DOS ESTRANGEIROS: DAS MEDIDAS COMPULSÓRIAS DE SAÍDA À SITUAÇÃO ESPECIAL DOS REFUGIADOS</i> | 18 |
| Lorena Ferreira Fernandes | |
| <i>A FORMAÇÃO DA LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO NO PRELÚDIO DA ORDEM REPUBLICANA (1889-1930)</i> | 42 |
| Maurício de Aquino | |
| <i>A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA COMO RESULTADO DO FECHAMENTO ESTRUTURAL DO DIREITO</i> | 59 |
| Fernando Rodrigues de Almeida Guilherme Domingos de Luca | |
| <i>DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL: UM OLHAR SOBRE AS CLASSES EM HOSPITAIS</i> | 81 |
| Danielle Regina Bartelli Vicentini Ilton Garcia da Costa | |
| <i>EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DE INSTRUMENTOS DE GESTÃO DE QUALIDADE</i> | 95 |
| Flávia Elaine Soares Ferreira | |
| <i>INSERÇÃO DO DEFICIENTE NO TRABALHO: RESERVAS DE VAGAS E POLÍTICAS SOCIAIS COMO MEDIDAS PARA GARANTIR O PRINCÍPIO DA IGUALDADE</i> | 110 |
| Luna Stipp | |
| <i>LEGALIZAÇÃO DA DROGA, SEGURANÇA PÚBLICA, RISCO SOCIAL E FAMILIAR E RESPONSABILIDADE DO ESTADO</i> | 123 |
| Renato Garcia Valter Foletto Santin | |
| <i>O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E OS ESTRANGEIROS NO BRASIL</i> | 140 |
| Patrícia Naomi Asakura Sandra Tamiko Nakai | |

| | |
|---|------------|
| <i>O DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA DE QUALIDADE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DAS CRIANÇAS NAS CRECHES</i> | 160 |
| Ednilson Donisete Machado Emanuele Giachini | |
| <i>O DIREITO AO NÃO TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE</i> | 174 |
| Marcela Andresa Semeghini Pereira Isabel Cristina Rezende Yamashita | |
| <i>O DIREITO AO TRANSPORTE PARA IDOSOS E A SOCIALIZAÇÃO DOS CUSTOS: QUEM PAGA A CONTA?</i> | 190 |
| Izabela Maria de Faria Gonçalves Zanoni | |
| <i>O SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A “INFANTILIZAÇÃO DA POBREZA”</i> | 201 |
| Patricia Carla Fernandes | |
| <i>OS NOTÁRIOS E REGISTRADORES E SUA ATUAÇÃO NA DESJUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS</i> | 217 |
| Yasmim Leandro Veronese Caique Tomaz Leite da Silva | |
| <i>RESPONSABILIDADE DO ESTADO: PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO</i> | 234 |
| Jean Carlos Saraiva Lima Bassoli Tania Leticia W. Anez | |
| <i>RESPONSABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS</i> | 248 |
| Lucas Alessandro Silva Suellen Gonçales de Oliveira | |
| <i>SISTEMÁTICA PENAL BRASILEIRA E O IMEDIATISMO ESTATAL</i> | 261 |
| Vanessa Rui Fávero | |
| <i>TEORIA DO DESVIO DO PODER: O JUSTIÇAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA</i> | 278 |
| Fábio Ricardo Rodrigues dos Santos | |
| <i>TERCEIRIZAÇÃO, RESPONSABILIDADE DO ESTADO E JURISPRUDÊNCIA</i> | 295 |
| Winnicius Pereira de Góes Thadeu Augimeri de Goes Lima | |
| <i>A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE DOS POVOS INDÍGENAS SOBRE SUAS TERRAS SEGUNDO O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA</i> | 315 |
| Rafael Hirann Almeida Kirsch | |

A AUTOMATIZAÇÃO DA PRODUÇÃO HUMANA E O DESEMPREGO ESTRUTURAL

Suelyn Tosawa¹
Ana Paula Bogo²

Resumo:

O estudo enfoca o papel da globalização na geração de uma nova realidade laboral. As preocupações das empresas com a concorrência capitalista num âmbito mundial as colocam em uma situação que enfatiza a busca da lucratividade a qualquer custo. O trabalhador perde postos de trabalho para as inovações tecnológicas, sendo forçado a aceitar condições precárias e degradantes de trabalho para subsistir. Aqueles que conseguem se manter no emprego acabam acumulando funções e cargos, ao mesmo tempo em que precisam se qualificar para não perder espaço para os maquinários, que são competidores diretos no mercado de trabalho atual. O direito ao trabalho digno está previsto na Declaração Universal de Direitos Humanos, assim como na Convenção da OIT. Ele deve ser aplicado no combate à disparidade em que os trabalhadores vivem. O objetivo é demonstrar que a parte hipossuficiente da relação de trabalho necessita de proteção, para que obtenha condições dignas de vida e de trabalho.

INTRODUÇÃO

A atual conjuntura política e social, na qual os trabalhadores estão inseridos, demonstra que a globalização tende a atingir com seus efeitos todas as áreas, sem exceção. A postura que se tem visto diante de tal situação é a de empresas buscando o lucro a qualquer preço, enquanto os trabalhadores são descartados por não estarem qualificados o suficiente ou ainda, porque foram substituídos por máquinas. Neste cenário, pode-se destacar também o Estado, que vem tentando administrar esse problema.

Esse artigo expõe como a globalização modificou a realidade laboral e social do trabalhador. Atualmente, a redução de cargos e funções nas empresas tem o papel de diminuir gastos com mão de obra, otimizar o tempo, flexibilizar as normas trabalhistas, selecionar apenas os trabalhadores mais qualificados. O ritmo que é imposto exige que se acompanhe a concorrência capitalista hodierna.

Todavia, a redução de cargos e funções tem como reflexo imediato a precarização das relações de trabalho e emprego. Ao Direito do Trabalho cabe a tarefa de impor limites para a atuação empresarial descabida, protegendo o trabalhador hipossuficiente, pois é um dos pilares da justiça social.

¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. Pós graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania (IDCC). Bacharel em Direito pela UENP - Universidade Estadual do Norte do Paraná . Membro do Grupo de Pesquisa GPCERTOS – Constitucional Educacional Relações de Trabalho e Organizações Sociais. Email: suelyntosawa@gmail.com

² Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2010). Pós graduada em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica – PUC/PR (2014). Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do norte do Paraná – UENP. Membro do Grupo de Pesquisa GPCERTOS – Constitucional Educacional Relações de Trabalho e Organizações Sociais. Advogada. Email: anapaulabogo@hotmail.com

Na primeira parte destaca-se a modificação que se deu com a chegada de inovações tecnológicas associadas à evolução do mercado de trabalho para uma realidade globalizada. Demonstra-se ainda a reestruturação empresarial, apontando o surgimento de diversos problemas sociais relacionadas a essa reestruturação como o desemprego estrutural e a exclusão social.

A redução de cargos e funções evidencia a incapacidade empresarial de promover a integração social. Expõe-se, por conseguinte, que os trabalhadores passam a ser dispensados e a ter suas relações laborais precarizadas, gerando uma forte onda de desigualdade e exclusão social. O trabalhador é marginalizado, exigindo a atuação do Estado por intermédio de construções jurídico-protetivas mais eficazes.

Na segunda parte analisa-se a importância do Direito ao Trabalho Digno, que vem proteger o hipossuficiente, tentando igualar a relação de trabalho. Essa preocupação está presente no ordenamento jurídico da maioria dos países, por isso tem previsão nas Convenções da OIT e na Declaração Universal dos Direitos do Homem, bem como na Constituição da República Federativa do Brasil e na CLT.

A escolha do tema se deu pelas proporções que tais problemas sociais tomam na realidade dos trabalhadores, que sofrem com as desigualdades que os assolam. O Direito do Trabalho atua de forma contundente para que a cidadania e a democracia prevaleçam. A pesquisa foi realizada com base em bibliografia atualizada, destacando-se a doutrina, legislação e notícias.

1. AUTOMATIZAÇÃO DA PRODUÇÃO E O DESEMPREGO ESTRUTURAL

A globalização econômica dá destaque a alguns problemas sociais num patamar mundial antes não experimentado. As inovações tecnológicas trazem uma modernização do processo de produção, exigindo um maior preparo dos indivíduos na sua formação profissional para se manterem competitivos no mercado de trabalho. O risco de ignorar isso é o desemprego estrutural e a exclusão social.

Então, destaca-se que a locomoção dos homens entre os continentes e regiões se relaciona com as mudanças trazidas pelas inovações tecnológicas. O poder político e a motivação de conflitos eram consequências desse processo. O ambiente cultural é determinante para saber se as modificações serão benéficas ou não (BRIGADÃO, RODRIGUES; 2004, p. 86).

Muita coisa mudou no mercado de trabalho. A desindustrialização e as transferências geográficas de indústrias, a flexibilização do mercado de trabalho e do trabalho em si, a automação e as inovações de produtos são algumas delas. Isso influencia no enfraquecimento da luta dos trabalhadores a partir do momento que se convencem de que os capitalistas podem incorporar práticas mais flexíveis de trabalho em qualquer situação (HARVEY, 2010, p. 179).

Com isso, o capital dos tempos neoliberais se preocupa apenas com o reconhecimento do valor, nem se atentando para a satisfação de necessidades humanas e sociais. A força de trabalho humana serve de mecanismo para o

capital se expandir. Ele explora e reproduz sua exploração das bases sociais. A barbárie planetária é fruto da promessa de uma mercantilização universal do trabalho humano e do novo salto de proletarização global dos serviços e das indústrias (ALVES, 1999, p. 161-162).

A configuração do mundo do trabalho é cada vez mais globalizada, pois o capitalismo mundializado assim o impõe. O capital torna-se transnacional, já que se utiliza da reconfiguração do espaço e do tempo de produção para se instalar onde houver mais benefícios. Por isso, o surgimento de novas regiões industriais, assim como o sumiço de outras (ANTUNES, 2005, p. 80).

As redes transnacionais de produção assumem a produção de bens e serviços, invadindo o mercado das empresas multinacionais. As transnacionais são compostas por multinacionais, bem como por empresas de pequeno e médio porte, que se unem por meio de acordos internacionais para atingir o caráter da transnacionalidade. À título ilustrativo, cita-se os fabricantes de computadores taiwaneses e israelenses, que expandiram suas redes até o Vale do Silício (CAPLAN, 2010, p. 128).

Importante ressaltar que:

[...] Havia indicações de que o grande capitalismo americano chegara a um patamar de triunfalismo, e que neste rumo a vida da classe operária prosseguiria em suas trilhas já delimitadas. Meu equívoco não poderia ter sido maior. O colapso dos acordos monetários de Bretton Woods, depois da crise petrolífera de 1973, levou à diminuição das limitações nacionais aos investimentos; em contrapartida, as corporações trataram de se reformular para atender a uma nova clientela internacional de investidores - investidores mais preocupados em obter lucros a curto prazo com preços de ações do que lucros de longo prazo com dividendos. Da mesma forma, os empregos começaram a cruzar rapidamente as fronteiras. O mesmo aconteceu com o consumo e as comunicações. Lá pela década de 1990, graças aos avanços do microprocessamento em eletrônica, o velho sonho/pesadelo da automação começou a tornar-se realidade no trabalho manual e no burocrático: finalmente tornava-se mais barato investir em máquinas do que pagar pessoas para trabalhar. (SENNETT, 2008, p. 15-16)

Os impactos sofridos nas ofertas de empregos ocasionadas pela evolução tecnológica se deram em parte pela utilização de maquinário e inteligência artificial, pela agropecuária e pelos parques industriais. Consequentemente, houve a redução da necessidade de pessoas nos processo produtivo e o crescimento do desemprego. A substituição dos trabalhadores

pela automação é um desafio para os governos, que precisam redirecionar essa parcela social para evitar a exclusão social (BRIGADÃO; RODRIGUES; 2004, p. 49).

A automação influencia na pirâmide burocrática no sentido de tornar a base da instituição menor após a revolução tecnológica. Algumas inovações como o código de barra, os escaneadores de objetos tridimensionais, as tecnologias de identificação de voz e as micromáquinas demonstram a eficiência imposta pela automação. As tarefas rotineiras se distribuíram de maneira muito mais eficiente, promovendo economias (SENNETT, 2008, p. 46).

A automação faz com que as capacidades humanas predeterminadas tenham seu campo reduzido. O que antes pareceria inimaginável, hoje é natural. O indivíduo idealiza uma condição em que suas capacitações exigem a alteração de sua base de conhecimento. Isso se dá por precisar estar sempre um passo a frente da máquina (SENNETT, 2008, p. 46-47).

Os trabalhadores se sujeitam a ganhar muito menos daqueles qualificados, pois não dispõem de condições, que envolvem habilidade técnica de brigar pelas vagas de trabalho no mercado formal. Quando são demitidos, não conseguem mais retomar uma posição na formalidade, tendo que permanecer no desemprego ou abdicar de direitos para exercer “[...] *empregos temporários sem vínculo empregatício, empregos no setor de serviços com salários bastante aviltados, trabalhos de curta duração, trabalhos em condições bastante precárias etc.*”. (FARIA, 2004, p. 239) Quanto mais tempo passam nessa situação menos chances tem de voltar à ativa, já que acabam ficando defasados com relação às inovações tecnológicas das empresas.

Nesse sentido,

Entre outros motivos, obviamente, porque elas é que terminam efetivamente delimitando e controlando o espaço tecnológico em cujo âmbito os trabalhadores podem perfazer, consolidar e manter atualizados seus saber e sua capacidade profissionais. E quanto mais esse dualismo perverso se aprofunda, uma vez que o paradigma tecnológico-industrial de caráter ‘pós-fordista’ rompe o paralelismo entre *crescimento do produto e expansão do nível de emprego*, mais intensas e profundas são as alterações ocorridas nas relações entre o capital e o trabalho. Em vez do acirramento do de classes – por exemplo, sob a forma de uma sucessão de greves – o que se verifica é uma tendência a uma aliança dos setores qualificados do trabalho com o capital; em síntese, uma aliança contra os ‘descartáveis’. (FARIA, 2004, p. 239)

A oferta de mão de obra se regula de maneira pública, possibilitando a competição no mercado de trabalho daqueles trabalhadores que possuem condições equivalentes de labor. A homogeneização das condições de produtividade de cada indivíduo são fatores desenvolvidos por meio de políticas públicas voltadas à garantia de renda para determinados grupos da

sociedade (POCHMANN, 2008, p. 106). E continua:

Da mesma forma, outros segmentos da população – além das crianças, adolescentes e idosos –, como desempregados, inválidos, minorias étnicas etc., também foram beneficiados por importantes mecanismos de proteção e garantia de renda. Esses segmentos, também denominados *grupos-problema* devido à maior vulnerabilidade no mercado de trabalho, passaram a ser acolhidos pelas políticas públicas, o que permitiu a superação da dependência do financiamento da vida segundo as estritas regras do trabalho. (POCHMANN, 2008, p. 106)

Os meios de produção se modernizaram por intermédio da inserção de maquinário havendo em contrapartida uma rejeição da mão de obra humana menos qualificada. Estes acabaram expulsos do mercado de trabalho e sem chances de conseguir se reinserir de maneira formal.

Ressalta-se que os trabalhadores multifuncionais e qualificados não estão fora dessa posição de insegurança. O medo os rodeia, pois a globalização impôs uma competitividade num patamar mundial. Ou seja, predomina o pensamento de que ninguém é insubstituível.

O baixo número de produtos em estoque e o controle da produção e dos custos refletem os benefícios que as novas tecnologias alcançam quando aplicadas de modo eficiente. A intenção é a de corresponder a demanda de mercado, adaptando-se as mudanças de orientação dependendo da necessidade.

2. DIREITO AO TRABALHO DIGNO E O COMBATE A EXCLUSÃO SOCIAL

A globalização não traz uma revolução tecnológica na intenção de ferir direitos e excluir indivíduos. Essas são as consequências da falta de preparo e preocupação social. Os Estados dão enfoque apenas aos aspectos econômicos, esquecendo-se de impor alguns critérios de proteção de direitos.

As tecnologias propiciam uma liberdade de permanência e empobrecimento geográfico para a empresa, uma vez que a mobilidade de capital se torna global e gera desempregos e dúvidas acerca da imposição de hábitos nômades impossíveis de serem acompanhados por todos (BAUMAN, 1999, p. 82).

Por isso,

No passado, quando pensavam na automação, os sociólogos acreditavam que seria possível criar empregos mais próximos do colarinho branco e da prestação de serviços humanos quando os pares de mãos fossem

substituídos por máquinas. Essa crença informava a tese 'pós-industrial' proposta por Daniel Bell e Alain Touraine. O conceito de turnos fazia sentido, considerando-se o estado das máquinas cinquenta anos atrás; em termos práticos, essas máquinas só eram úteis em tarefas mecânicas. As máquinas de que hoje dispomos são capazes de poupar trabalho em todos os terrenos: a eliminação de emprego na Sprint ocorreu no setor de serviços humanos. (SENNETT, 2008, p. 89)

Por isso, constata-se que o resultado direto da globalização é o crescimento do excedente populacional não laborativo. O domínio da comunicação social apresenta a desigualdade e a exclusão social, quando se percebe que a reinserção dessa parcela social no mercado de trabalho é barrada. O emprego avança no sentido de inacessibilidade para os mais necessitados (BAUMAN, 2005, p. 55-56).

A mundialização do capital traz o crescimento da classe trabalhadora assalariada, mesmo que se entenda por isso os assalariados de serviços e precarizados ou subproletários tardios. No entanto, observa-se o aumento do desemprego estrutural, com o surgimento de um novo patamar de exclusão social nos principais países capitalistas (ALVES, 1999, p. 149-150).

Isso ocorreu porque a preocupação com a mundialização do capital e com o predomínio da riqueza diminuiu o trabalho vivo como estratégia de rentabilidade das ações (ALVES, 1999, p.151).

As relações instáveis de trabalho fazem contraponto com a multiplicidade de serviços e bens no mercado, aumentando o desemprego e diminuindo o salário médio. A maior disponibilidade e variedade resultam em uma contradição, já que o acesso da parcela de trabalhadores precarizados é bastante irrisório (SANTOS, 2008, p. 162).

Constatamos, de modo claro, o crescimento da produção industrial, sob os auspícios do complexo de reestruturação produtiva. Entretanto, ele ocorre sem o incremento do emprego (é o denominado *joblesse growth*, que surge, seja nos países capitalistas centrais, seja no Terceiro Mundo industrializado). Na verdade, o imperativo do capitalismo mundial é, cada vez mais, introduzir novas tecnologias microeletrônicas e novos padrões organizacionais vinculados à lógica do toyotismo (a *lean production*), não apenas na indústria, mas no setor de serviços (inclusive os vinculados à reprodução social), que tendem a não possuir mais a capacidade de absorver a parcela de trabalhadores assalariados que estão a procura de empregos. (ALVES, 1999, p. 151)

O dualismo trazido pelo desemprego é perverso, no sentido de abarcar

os trabalhadores poliqualificados, multifuncionais e multiespecializados conseguem dispor de relacionamentos profissionais mais cooperativos com seus empregadores, ainda que haja divergência. A preocupação coletiva deve se dar com base no poder de competitividade e dos ganhos sucessivos da produtividade das empresas. Já os trabalhadores menos qualificados, que possuem baixo grau de escolaridade e incapacidade no manejo das novas tecnologias são condenados ao desemprego crônico e estrutural (FARIA, 2004, p. 237-238).

Assim,

[...] No mundo do desemprego estrutural ninguém pode se sentir verdadeiramente seguro. Empregos seguros em empresas seguras parecem parte da nostalgia dos avós; nem há muitas habilidades e experiências que, uma vez adquiridas, garantam que o emprego será oferecido e, uma vez oferecido, será durável. Ninguém pode razoavelmente supor que está garantido contra a nova rodada de 'redução de tamanho', 'agilização' e 'racionalização', contra mudanças erráticas da demanda do mercado e pressões caprichosas mas irresistíveis de 'competitividade', 'produtividade' e 'eficácia'. 'Flexibilidade' é a palavra do dia. Ela anuncia empregos sem segurança, compromissos ou direitos, que oferecem apenas contratos a prazo fixo ou renováveis, demissão sem aviso prévio e nenhum direito à compensação. Ninguém pode, portanto, sentir-se insubstituível – nem os já demitidos nem os que ambicionam o emprego de demitir os outros. Mesmo a posição mais privilegiada pode acabar sendo apenas temporária e 'até disposição em contrário'. (BAUMAN, 2001, p. 185)

A diferenciação feita por Ricardo Antunes entre trabalho vivo e trabalho morto é imprescindível para a análise da situação atual. A necessidade do capital é a de obtenção de diversas formas de trabalho. Ele não pode eliminar o trabalho vivo do processo de produção. Por isso, sua solução é a de incrementar cada vez mais o trabalho morto, que corresponde ao maquinário e as novas tecnologias. Além disso, busca intensificar a produtividade, reduzindo o tempo. Reduz-se então o proletariado, amplia-se o trabalho intelectual abstrato para viabilizar essa nova necessidade do capital (ANTUNES, 2005, p. 62).

A questão do desemprego e seus reflexos no futuro são preocupações recorrentes. As garantias e direitos dos trabalhadores estão se deteriorando, assim como os empregos acabam sendo modificados. As novas condições impostas aos que desejam manter seu trabalho incluem redução salarial, cortes de planos de saúde e aposentadoria, aproximando todos da pobreza (CHANDA, 2011, p. 433-434).

A ampla repercussão social dos malefícios trazidos pelo desemprego é de conhecimento recorrente. A criminalidade aumenta com os prejuízos individuais, familiares e sociais ocasionados por essa realidade. Novos postos de trabalho são cada vez mais difíceis de alcançarem, sendo que a natureza do homem é ter sua capacidade produtiva reduzida com o passar do tempo (RESENDE, 2010, p. 105).

A realidade é cruel, ocasionando a sujeição do trabalhador a qualquer tipo de labor. Abdicam de seus direitos e até de condições dignas para evitar a miséria total. Sobre isso, Zygmunt Bauman traz a exclusão do ponto de vista de quem a recebe. A sobrevivência biológica do indivíduo está atrelada a privação de sua autoconfiança e autoestima, aniquilando sua sobrevivência social. Impossível se torna a percepção das disparidades entre o *“sofrimento planejado e a miséria por descuido”*. Ele ainda destaca que:

Podem muito bem ser desculpados por se sentirem rejeitados, por serem irritáveis e raivosos, por respirarem a vingança e alimentarem a desforra – embora tendo aprendido sobre a futilidade da resistência e aceito o veredicto de sua própria inferioridade, seja difícil encontrarem um modo de transformar tais sentimentos numa ação efetiva. Seja por uma sentença explícita ou por um veredicto implícito, mas nunca oficialmente publicado, tornaram-se supérfluos, imprestáveis, desnecessários e indesejados, e suas reações, inadequadas ou ausentes, transmitem a censura de uma profecia auto-realizadora. (BAUMAN, 2005, p. 54)

Apresenta-se o aumento do excedente populacional que não trabalha como resultado direto do processo de globalização. A desigualdade e a exclusão social avançam rapidamente, dominando a comunicação social. O mercado de trabalho expulsa os desempregados, barrando sua reinserção. O avanço do emprego se dá de modo exponencial, se colocando em uma posição inacessível aos mais necessitados (BAUMAN, 2005, p. 55-56).

Importante crítica foi feita por Paula Regina Pereira de Marcelino quando fala que o trabalho se apresenta como um elemento contraditório, visto que se apresenta como valor fundamental na edificação do homem, ao mesmo tempo em que tem seu lado de opressor. Desgasta e cansa a ponto de prejudicar as relações familiares e de amizade, mas também traz a integração social. O fato é que o trabalho se faz presente como algo necessário, sendo suas contradições resultado do capitalismo:

Estar fora dele, mesmo levando-se em conta todos os seus aspectos negativos, significa não estar integrado a todo o conjunto da vida social. E o desemprego [...] é um importante fator na construção do consentimento. As falas dos trabalhadores, inclusive das lideranças da greve,

expressam essas condições. (MARCELINO, 2004, p. 198-199)

Giovanni Alves (1999, p. 152) ressalta a importância da subproletarização tardia para o capital, assim como o desemprego estrutural o é. Ele diz que ambos são um modo de aplicação da exclusão social. Discute-se por isso a quantidade de empregos e a qualidade dos novos postos de trabalho, sem atentar para o real problema que seria o da subproletarização tardia.

O processo de 'fragmentação sistêmica' do circuito de produção de mercadorias, em nível intrafirma ou entre empresas, conduzido pelo toyotismo, promove uma série de impactos decisivos na estrutura de classe. Surge o que denominamos fragmentação de classe, principais aspectos sociais são o desenvolvimento, por um lado, de uma subproletarização tardia, e, por outro, do desemprego estrutural. (ALVES, 1999, p. 149)

Milton Santos assevera que a pobreza não se limita a ganho reduzido, mas também se classifica como uma situação estrutural em que a posição social ocupada é inferior aos demais. Isso se espalha, começando a transmitir uma naturalidade junto com o desemprego, sendo inerente ao próprio processo. A deterioração do trabalho contribui para o aumento da pobreza absoluta e do desemprego em diversas camadas sociais: "*No México, a parte de trabalho na renda nacional caiu de 36% na década de 1970 para 23% em 1992. Vivemos num mundo de exclusões, agravadas pela desproteção social, apanágio do modelo neoliberal, que é, também, criador da insegurança*". (SANTOS, 2008, p. 59)

O mercado global de trabalho tem um grau de desorganização, no que atine as diversas medidas de regulação salarial, contratual e disciplinadora do uso da mão de obra pelas empresas. Isso ocorre pelo fato de prevalecer a atuação das micro e pequenas empresas no mercado geral de trabalho. As condições apresentadas são a falta de planos de cargos e salários e muitas vezes não há presença da organização sindical (POCHMANN, 2008, p. 106).

Por isso, foram tomadas medidas de ampliação e regulação do nível de emprego para orientar as políticas sociais. A intenção foi a de entender o mercado de trabalho urbano e industrial para que delimitasse os segmentos ocupacionais que necessitavam de uma intervenção estatal (POCHMANN, 2008, p. 106).

A preocupação de Márcio Pochmann é com relação ao mercado interno de trabalho, que:

[...] com a predominância das grandes empresas e a atuação recorrente dos principais sindicatos, as condições e relações de trabalho foram homogeneizadas pelos planos de cargos e salários e pelos contratos coletivos de trabalho. Mesmo assim, as políticas públicas não deixaram de ser fundamentais na garantia do pleno emprego, em

que o papel dos fundos públicos e da dinâmica do emprego público apontou para a constituição do chamado emprego total no mercado de trabalho relativamente homogêneo. (POCHMANN, 2008, p. 107)

A marginalidade econômica e a exclusão social decorrentes da globalização geram riscos potencialmente desagregadores, que se utiliza do direito para instrumentalizar as atribuições do Estado-nação direcionando-o com o objetivo de neutralizar, minimizar ou dispersar esses riscos. Isso não muda apenas os conteúdos normativos do sistema, mas também a estrutura e seus procedimentos. Além disso: *“Acima de tudo, muda suas estratégias hermenêuticas, passando a encarar a ‘questão da justiça’ não em termos de princípios últimos ou valor-fonte, porém em termos mais pragmáticos e eminentemente sociológicos”*. (FARIA, 2004, p. 269)

O Direito do trabalho lida com um mercado econômico que apresenta dinâmicas contrárias a ele com relação aos seus objetivos e efeitos. Por isso, tenta apresentar mecanismos de implementar uma sociedade mais justa, democrática e igualitária (DELGADO, M. G., 2006, p. 125).

A Constituição Federal de 1988 serve de marco jurídico da institucionalização dos direitos humanos e do processo de transição democrática do Brasil, visto que consagra-se o primado do respeito aos direitos humanos como modelo propugnado para a ordem jurídica internacional. A soberania nacional e a não intervenção exigem uma nova interpretação pautada na proteção de tais direitos, impondo a relativização e a flexibilização desses valores. A comunidade internacional se preocupa com a concepção de direitos humanos, demonstrando interesse em inserir na Constituição brasileira um tema global (PIOVESAN, 1999, p. 205-206).

A heterogeneidade no mercado de trabalho foi reforçada pela grande quantidade de ocupações precárias nos últimos vinte anos do século XX. O resultado de modo geral foi a distancia da organização sindical cumulado com a falta de regulação pública e o exercício precário dos postos de trabalho. Por isso, Pochmann entende que: *“Mesmo com a Constituição Federal de 1988, que tinha por perspectiva a consolidação do bem-estar social no Brasil, verifica-se, na prática, que os avanços têm sido relativamente contidos e insuficientes para elevar o bem-estar geral da população.”* (POCHMANN, 2008, p. 121)

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais traz um catálogo de direitos, inclusive o direito ao trabalho e à remuneração justa, direito a um nível de vida adequado, à moradia, à educação e previdência social, além do direito a formar e a filiar-se a sindicatos, dentre outros. Ressalta-se no âmbito trabalhista, a previsão de remuneração condizente a vida digna, meio de ambiente de trabalho seguros e salubres, oportunidade de iguais de trabalho, descanso, lazer e férias assim como os direitos sindicais.

O artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 enseja a garantia do trabalho, destacando a livre escolha do emprego, a igualdade de remuneração, o caráter justo e de existência digna, a proteção contra o desemprego, além do direito sindical.

O Direito do Trabalho se reveste de uma personificação daquilo que

reflete as conquistas das grandes massas populacionais na economia e na sociedade capitalista ocidental, faz com que haja uma generalizada política de distribuição de renda e poder na história do capitalismo. Assim,

O estratagema de implosão das conquistas socioeconômicas alcançadas pelas macropopulações nas sociedades capitalistas, das políticas públicas distributivistas de poder e renda, supunha a derruição da matriz filosófico-cultural de todo o avanço da Democracia Social no Ocidente, qual seja, a noção de sociedade do trabalho, a centralidade do trabalho e emprego, o trabalho e o emprego como valores, fundamentos e princípios do Direito contemporâneo. (DELGADO, M. G., 2006, p. 136)

O sistema capitalista contemporâneo dá a possibilidade de haver uma estabilização das relações sociais de trabalho em torno da igualdade trazida pelo direito de proteção normativa das relações trabalhistas. Isso é possível devido a existência de um sistema jurídico capacitado para legitimar o direito universal ao trabalho digno (DELGADO, G. N., 2006, p. 221).

A tutela estatal deve participar por intermédio de uma inserção sem distinção de relações de trabalho, exigindo apenas a dignidade do trabalhador. Seria a construção social da igualdade entre os indivíduos revelada por uma proteção normativa das variadas formas de prestação de serviços cabíveis na atualidade (DELGADO, G. N., 2006, p. 220-221).

Dessa forma, pode-se amenizar os efeitos de uma globalização focada apenas na seara econômica, visando também a proteção humana quanto aos abusos e explorações decorrentes da necessidade de produção a qualquer custo para se manterem em um patamar competitivo.

Os trabalhadores não conseguem impor suas necessidades acima dessa situação, uma vez que não tem escolha. Ou se sujeitam a essa realidade e conseguem sobreviver com ganhos parcos, ou perderão posição para outro que está disposto a abdicar de quase tudo. A insegurança e a falta de proteção incomodam aqueles que buscam qualidade de vida e condições dignas.

Portanto, é fundamental que o Estado se atente a esse problema social, visando efetivar as previsões no ordenamento jurídico sobre a dignidade da pessoa humana, e no caso em específico do trabalhador.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O combate ao primado do trabalho e emprego na sociedade capitalista ganhou força com a crise de 1970. Logo após, a preocupação do comércio mundial estava voltada para a necessidade de acompanhar o ritmo das inovações tecnológicas e, assim, sobreviver à competitividade. No entanto, não foi dada a devida atenção às condições de trabalho, nem houve a preocupação social em qualificar os indivíduos, para que eles conseguissem se manter no mercado.

Dessa maneira, a globalização entra em cena como fruto do capitalismo mundial, pautando-se no liberalismo de mercado, vinculando o Estado aos entes e interesses privados. Tem-se, neste cenário, a diminuição do tempo de produção e a variação da lucratividade (instabilidade econômica). Além disso, há a facilidade proporcionada pela interligação do mundo, fazendo com que eventos regionais atinjam os locais mais distantes do globo. A expansão da competição do mercado ocasiona conflitos de acessos e oportunidades na economia internacional.

A marginalização do indivíduo, a precarização das relações de trabalho, a flexibilização das normas trabalhistas são consequências geradas por tais modificações. O despreparo para lidar com esse processo é evidente.

Os Estados se preocupam com a economia, sem atentar para o que ocorre em seu seio social. Ao invés de prevenir problemas como o desemprego e o aumento do trabalho informal, os países focaram apenas na lucratividade e especulação econômica financeira.

A proteção jurídica foi enfraquecida, e a tutela jurídica do trabalhador não foi efetivamente reconhecida. Há, então, de se considerar limitada sua área de atuação na proteção dos direitos do indivíduo, o que precisa ser expandido.

O Direito do Trabalho busca retomar a possibilidade de o trabalhador gozar de condições justas e favoráveis de trabalho e existência digna, promovendo o desenvolvimento social e o desempenho da sua função essencial na erradicação da desigualdade e da exclusão social.

Referências

- ALVES, Giovanni. *Trabalho e mundialização do capital: a nova degradação do trabalho na era da globalização*. Londrina: Praxis, 1999.
- ANTUNES, Ricardo. *O caracol e sua concha: ensaio sobre a nova morfologia do trabalho*. São Paulo: Boitempo, 2005.
- _____. *Vidas desperdiçadas*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.
- BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.
- BRIGADÃO, Clóvis; RODRIGUES, Gilberto M. A. *Globalização a olho nu: o mundo conectado*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.
- CHANDA, Nayan. *Sem fronteira*. Tradução de Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- COSTA, Ilton Garcia ; TOSAWA, Suelyn . *O Trabalhador Estrangeiro e os Direitos Humanos*. In: Natacha Ferreira Nagao Pires; Alexandre Gazetta Simões. (Org.). *Ensaio sobre a História e a Teoria do Social Construção do Saber Jurídico Função Política do Direito*. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, v. 1, p. 191-202.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: Editora LTr, 2006.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma de destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.
- FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros

Editores, 2004.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Edições Loyola, 19ª ed., 2010.

HELD, David; MCGREW, Anthony. *Prós e contras da globalização*. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

IANNI, Octavio. *Teorias da globalização*. 13. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.

MARCELINO, Paula Regina Pereira. *A logística da precarização*. 1. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao trabalho e a proteção dos direitos sociais nos planos internacional e constitucional. In PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

POCHMANN, Marcio. *O emprego no desenvolvimento da nação*. São Paulo: Boitempo, 2008.

RESENDE, Renato de Sousa. A centralidade do direito ao trabalho e a proteção jurídica ao emprego. In PIOVESAN, Flávia; CARVALHO, Luciana Paula Vaz de (Coord.). *Direitos humanos e direito do trabalho*. São Paulo: Atlas, 2010.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

SENNETT, Richard. *A cultura do novo capitalismo*. Tradução Clóvis Marques. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.

A CONDIÇÃO JURÍDICA DOS ESTRANGEIROS: DAS MEDIDAS COMPULSÓRIAS DE SAÍDA À SITUAÇÃO ESPECIAL DOS REFUGIADOS

Lorena Ferreira Fernandes³

Resumo:

Inicialmente, pretende-se realizar uma exposição quanto ao tratamento dispensado aos estrangeiros e seus direitos, fazendo menção à Lei 6.815/80 e, conseqüentemente, ao panorama da condição jurídica dessas pessoas, situando o Brasil nesse cenário. Superadas as considerações iniciais, proceder-se-á à análise das medidas compulsórias de retirada dos estrangeiros do território brasileiro, abrangendo os institutos da deportação, expulsão e extradição, sempre atentando para as disposições constitucionais sobre o tema. Convergindo os estudos para os aspectos da extradição, serão abordadas as regras gerais de extradição presentes no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a competência do Supremo Tribunal Federal para concedê-la ou não. Nesse sentido, será realizada uma análise crítica do caso Cesare Battisti, sobretudo no tocante ao retrocesso representado pelo fato da nossa mais Alta Corte ter transferido para o Presidente da República a decisão final quanto à extradição do italiano. Paralelamente, objetiva-se propiciar uma compreensão de duas situações especiais dos estrangeiros: asilados políticos e refugiados. Para tanto, objetiva-se conceituá-los e demonstrar as diferenças entre ambos, realizando uma pesquisa mais profunda quanto aos refugiados, a Lei 9.474/97 e a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951, bem como apontar o órgão nacional e internacional responsável pelos procedimentos e fiscalização relativos aos refugiados. Por fim, concatenando os pontos e argumentos abordados, pretende-se possibilitar uma percepção mais completa acerca da condição jurídica dos estrangeiros, cuja proteção vem gradativamente evoluindo a fim de lhes propiciar um tratamento, alçando o país a um patamar de elevado prestígio no cenário do direito internacional humanitário.

INTRODUÇÃO

A nacionalidade é um vínculo político entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva do Estado. Do ponto de vista dos nacionais de um país, o estrangeiro é o indivíduo natural de outro país, que pode em território nacional em caráter provisório ou em caráter permanente.

A partir deste entendimento pode-se dizer que nenhum Estado soberano é obrigado a aceitar o ingresso de pessoas em seu território que com ele não possuam nenhum vínculo político. Entretanto, no momento em que ele aceita este ingresso, passa a ter com este indivíduo deveres, oriundos do direito internacional, e que acarretam ainda no compromisso por parte do Estado que recebeu o estrangeiro de garantia dos direitos elementares da pessoa humana, por outro lado, é sujeito aos mesmos deveres, obrigado a respeitar a legislação do país.

Desde os primórdios muitos estrangeiros foram discriminados em quase todo o mundo, sendo considerados indesejáveis, situação que não é muito diferente nos dias atuais. O tratamento que se concede aos estrangeiros

³ Discente do Curso de Graduação em Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Campus Jacarezinho/PR. Email: lorenafernandes29@yahoo.com.br

residentes em seu território figura entre os aspectos mais importantes na determinação do grau de civilização e de humanitarismo de um Estado.

Não é justo impedir arbitrariamente a entrada de estrangeiros, cuja presença não só contribui muitas vezes para o enriquecimento nacional, mas propicia um mais profundo entendimento entre os povos. As proibições arbitrárias são contra o direito natural de liberdade de locomoção. Qualquer proibição só se pode fundar nos imperativos do interesse público e das determinações legais.

Pode-se afirmar que condição jurídica do estrangeiro é o conjunto de direitos que o mesmo goza em determinado país. É o estado de estrangeiro em oposição ao estado de nacional. Destarte, a condição jurídica do estrangeiro varia de país para país e de um para outro tempo.

No Brasil, a proteção jurídica do estrangeiro é feita pela Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980, com redação alterada pela Lei 6.964, de 09 de dezembro de 1981. Neste estudo também serão abordados outros instrumentos jurídicos nacionais e internacionais pertinentes à compreensão da condição jurídica dos estrangeiros, como a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas, de 1951.

Em virtude dos mais variados fatores há a previsão de se aplicar medidas compulsórias para retirar o estrangeiro do território brasileiro, que compreendem os institutos da deportação, expulsão e extradição.

A extradição, recentemente, teve grande repercussão em âmbito nacional, tendo em vista o caso do italiano Cesare Battisti. Tal episódio suscitou discussões acerca da legitimidade do Presidente da República dar a palavra final para conceder ou negar a extradição, bem como despertou críticas ao Supremo Tribunal Federal e abalou a credibilidade do Brasil com a Itália, consoante será apresentado em momento oportuno neste trabalho.

Duas situações especiais que envolvem estrangeiros são os asilados políticos e os refugiados. Os primeiros englobam as pessoas perseguidas em seu país de origem por razões políticas, delitos de opinião ou crimes concernentes à segurança do Estado ou outros atos que não configurem quebra do direito penal comum, reconhecida como medida de caráter político. Por sua vez, os refugiados saem de seus países de origem por perseguição fundamentada em motivos religiosos, raciais, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas, sendo medida de caráter humanitário.

Nas diversas fases da pesquisa serão empregados os métodos dedutivo e histórico, utilizando-se referenciais teóricos e adotando-se a pesquisa bibliográfica e legislativa.

Indubitavelmente, o presente tema proporciona entender o procedimento das medidas compulsórias de saída, criar uma visão crítica quanto à atuação da nossa mais Alta Corte no caso de extradição acima citado e ter consciência dos direitos e deveres dos estrangeiros que ingressam em nosso país, analisando a condição jurídica que o Brasil lhes oferece. Um tratamento digno aos estrangeiros, sem discriminação e atentando para as disposições contidas em leis e tratados sobre o assunto, elevam o país a um patamar de elevado prestígio no cenário do direito internacional humanitário, condizente

com a globalização dos direitos humanos.

1. O TRATAMENTO DISPENSADO AOS ESTRANGEIROS E SEUS DIREITOS

A nacionalidade é assunto que o Estado regulamenta pelas suas próprias leis, a ordem jurídica internacional apenas exerce um controle sobre estas leis quando surge um litígio internacional. Este instituto é da maior importância para o Direito Internacional, uma vez que a nacionalidade faz com que determinadas normas internacionais sejam ou não aplicadas ao indivíduo e determina qual Estado cabe a proteção diplomática do indivíduo.

Ao determinar quem são os seus nacionais, os Estados classificam como estrangeiros os que não se encaixam nessa categoria, ou seja, os demais indivíduos que se encontram em seu território e que possuem nacionalidade estrangeira ou são apátridas. Sendo assim, estrangeiro é todo aquele que, de acordo com as normas jurídicas do Estado em que se encontra, não integra o conjunto de nacionais deste Estado.

A legislação de um país que disciplina a condição jurídica dos estrangeiros deve primar pelo respeito aos direitos humanos, estabelecendo os direitos individuais e civis do estrangeiro, já que os estrangeiros não possuem direitos políticos, visto que não podem participar da formação do poder estatal. No Brasil, a condição jurídica do estrangeiro é regulada pela Lei 6.815/80, amplamente conhecida como Estatuto do Estrangeiro.

A Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 5º, *caput*, determina que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade [...]”. Implicitamente, infere-se que os direitos fundamentais também se aplicam aos estrangeiros não residentes, em face da globalização e universalidade dos direitos humanos, bem como em razão da evolução vivenciada pelo Direito Internacional.

Nenhum Estado soberano é obrigado a receber um estrangeiro em seu território, mesmo que seja de forma legal. Apesar desta prerrogativa, não se tem notícias de que Estados fechem suas portas para estrangeiros de forma aleatória. No Brasil, em tempo de paz, é permitida a entrada, permanência e saída de estrangeiros, desde que os interesses nacionais estejam resguardados.

A política para estrangeiros, no Brasil, sempre esteve muito mais próxima da tutela dos direitos humanos do que da prevalência dos interesses do Estado. Esse tratamento favorável não decorre somente da lei, mas também da jurisprudência.

O estrangeiro pode estar permanentemente ou em caráter temporário no país que o recebe. O Brasil reconhece ao estrangeiro direitos e garantias básicas de qualquer cidadão, independente do motivo que o traz ao nosso território. Da leitura das normas constitucionais, infere-se que o estrangeiro goza de direitos civis, sendo o direito ao trabalho remunerado apenas dos estrangeiros residentes; podem adquirir imóveis; não podem ser proprietários

de empresas de radiodifusão sonora de sons e imagens; é reconhecido aos estrangeiros o direito de adoção; não possuem direitos políticos, não podendo votar nem ser eleitos para cargos políticos; podem ser admitidos em serviço público, especialmente nas instituições universitárias. (MENDES et al., 2010, p. 846)

Sobre o tema,

O estrangeiro goza, no Estado que o recebe, os mesmos direitos reconhecidos aos nacionais, excluídos apenas aqueles mencionados expressamente pela legislação daquele país, cabendo-lhe cumprir as mesmas obrigações dos nacionais. (ACCIOLY et al., 2009, p. 491)

Como é sabido, o passaporte é o instrumento mais utilizado para controlar o ingresso de estrangeiros nos países do globo, existindo vistos de três categorias: permanente, temporário e de turista. Em síntese,

O *visto permanente* é o de mais difícil obtenção, mas nos dias que correm verifica-se que a questão demográfica exerce forte influência, tanto assim que a quase-totalidade dos países cria dificuldades para a entrada de estrangeiros a fim de evitar o desemprego de seus nacionais.

O *visto temporário* é geralmente concedido a estrangeiros cuja presença é tida como desejável pelo país, como no caso da obtenção de mão-de-obra qualificada.

O *visto de turista* é a modalidade mais simples, e normalmente de menor duração (por ex., 90 dias, prorrogáveis por igual período); e deve ser avaliado não somente em relação aos interesses de segurança do estado, mas também como parte da indústria milionária, a do turismo, cujos vultuosos recursos interessam a todos os países. (ACCIOLY et al., 2009, p. 493, grifo nosso)

A exigência de visto de entrada é feita com base no critério de reciprocidade, logo, dispensa-se o visto de turista para nacional de país que dispense o brasileiro da mesma exigência.

A concessão do visto pela autoridade consular brasileira configura mera expectativa de direito, o que significa que razões de conveniência poderão desaconselhar a entrada e permanência de estrangeiro no Brasil. A denegação do visto terá lugar, entre outras causas, quando a pessoa for reputada nociva à ordem pública, tiver ocorrido a sua expulsão anterior do país ou na hipótese de ter sido condenada ou processada em outro país por crime doloso.

A proibição da entrada de estrangeiro é medida que visa preservar a segurança interna, constituindo-se manifestação do poder soberano do Estado. Referida providência não tem a natureza de pena, sendo antes expressão da discricionariedade de que goza o governo nesse campo. Os Estados podem

negar que estrangeiros ingressem em seu território, contudo não podem fazê-lo com base em discriminação racial, ideológica, sexual ou religiosa.

Hodiernamente, a condição jurídica do estrangeiro sofreu positivas modificações em relação ao enfoque que lhe era dado originalmente. Tal fato é oriundo do reconhecimento dos direitos humanos em nível internacional, reforçado pela globalização e ampliação do número de tratados internacionais sobre direitos humanos, pelas missões diplomáticas e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que, conjugados com outros fatores, contribuiu para despertar a consciência de que todo ser humano possui um mínimo de direitos que não lhe podem ser negados, sob pena de retrocesso no tratamento dispensado ao homem e perda de segurança jurídica.

Assim como os Estados podem disciplinar a condição jurídica dos estrangeiros em âmbito interno, os Estados também disciplinam os direitos e deveres de seus nacionais em seu território e no caso de estarem domiciliados no exterior, sendo que no último caso deve proceder de acordo com os limites fixados pelo direito internacional. Salienta-se, para uma melhor compreensão, que os nacionais de um Estado devem obediência às suas leis onde quer que se encontrem, entretanto, o Estado não tem jurisdição fora de suas fronteiras, mas isso não significa que ele está totalmente “desprovido de meios contra os nacionais que violem as suas leis ou que se recusem a acatá-las”. (ACCIOLY et al., 2009, p. 494)

Neste sentido, quando um nacional já se encontra no exterior, seu Estado de origem pode exercer sobre ele o *jus advocandi*, que consiste em chamar o nacional por motivos de ordem pública, da defesa da pátria ou serviço militar. Ressalta-se que essa prerrogativa é restrita quando concerne à indivíduos que também possuem a nacionalidade do país em que reside. Igualmente, o Estado pátrio pode exercer seus direitos sobre seu nacional se este cometeu crime ou delito que o Estado considere dever punir, assim que o autor do ato criminoso retorne ao território de seu país.

Pondera-se que,

Relativamente ao *jus advocandi*, não se deve exagerar o seu alcance. Assim, posto se reconheça ao estado o direito de obrigar seus nacionais ao serviço militar ou a outros serviços públicos, é de se observar que o ato coercitivo pelo qual se manifeste semelhante autoridade deverá limitar-se ao território do próprio estado. Se seus nacionais se encontram em país estrangeiro, o Estado poderá, sem dúvida, convocá-los para o cumprimento de tais deveres, mas o estado de residência não terá a obrigação de facilitar a partida dos indivíduos convocados, embora se possa admitir que faltaria a obrigação internacional se se opusesse a essa partida. A razão disto é que *a um estado não é lícito executar, no território de outro estado, atos coercitivos, nem tampouco atos que, se bem não tenham em si mesmos este caráter, são os atos preparatórios de atos coercitivos.* (ACCIOLY et al., 2009, p.

A doutrina destaca a existência do princípio da personalidade ativa, a fim de corroborar a possibilidade de punir ato cometido por nacional em país estrangeiro. Mencionado princípio reconhece a jurisdição do Estado com fulcro na nacionalidade do autor do delito, sendo adotado pelo Código Penal brasileiro com o intuito de evitar a impunidade de brasileiros que cometem crimes no exterior e busquem refúgio no Brasil.

Pelo exposto, vê-se que o tratamento concedido aos estrangeiros residentes em território nacional, figura entre os aspectos mais relevantes na determinação do grau de civilização e de humanitarismo do país que os recebem.

2. MEDIDAS COMPULSÓRIAS DE SAÍDA

Três institutos permitem a retirada forçada dos estrangeiros do território nacional: deportação, expulsão e extradição. As duas primeiras modalidades são de iniciativa das autoridades do país em que se encontra o estrangeiro, já a extradição é requerida pelo Estado de origem do estrangeiro ao Estado em que se encontra o extraditando. Os três institutos serão analisados a seguir.

2.1 Deportação

Quando se determina a saída compulsória de estrangeiro que ingressou de modo irregular em território nacional ou cuja estadia encontrava-se irregular. O estrangeiro é notificado e lhe é dado um prazo para deixar o território brasileiro, sob pena de ser preso para fins de deportação. Frisa-se que a deportação é feita individualmente, sendo vedado qualquer tipo de deportação coletiva.

Denota-se que “a deportação só tem lugar depois que o estrangeiro entrou no país, não se confundindo com o *impedimento à entrada*, no qual o estrangeiro não chega efetivamente a entrar no território nacional, caso em que é mandado de volta” (MAZZUOLI, 2011, p. 715-716, grifo do autor).

No caso de criminoso estrangeiro, procurado pelo seu estado pátrio, ingressar irregularmente em território brasileiro, deverá ser submetido ao processo de extradição, que prevalece sobre a deportação, em obediência à disposição contida no art. 63 do Estatuto do Estrangeiro (Lei 6.815/80).

Por ser uma medida administrativa, após ser deportado, o estrangeiro pode reingressar no país, desde que cumpra os requisitos legais ou os previstos em tratado específico. A deportação está regulada nos artigos 57 a 64 da Lei 6.815/80.

2.2 Expulsão

Se o Estado tem o direito de controlar a entrada de estrangeiros em seu território, reconhece-se a ele o direito correspondente da expulsão dos estrangeiros que atentarem contra a segurança nacional ou contra a

tranqüilidade pública ou se tornem inconvenientes aos interesses oficialmente declarados pelo Estado, conforme disposição do artigo 65 da Lei 6.815/80. Logo, a expulsão é considerada como medida preventiva de polícia.

Caso o decreto de expulsão for arbitrário, o Estado a que o indivíduo pertence tem o direito de protestar, por via diplomática, junto ao Estado que realizou a expulsão.

Em geral, os atos que podem resultar na expulsão são os seguintes:

- a) ofensa à dignidade nacional; b) a mendicância e a vagabundagem; c) os atos de devassidão; d) os atos de propaganda subversiva; e) a provocação de desordens; f) as conspirações; g) a espionagem; h) as intrigas contra países amigos; i) a entrada ilícita no território nacional. (ACCIOLY et al., 2009, p. 503)

Encaminha-se o indivíduo expulso ao país a que pertence, uma vez que o Estado não pode recusar seus nacionais. No entanto, caso se trate de refugiado político ou se abandonou o país de origem para escapar da justiça, inexistente a obrigação do país de origem em recebê-lo, asseverando-se que “[...] a expulsão assim efetuada assumiria o caráter de extradição, feita fora de termos, sendo admissível apenas se o referido país assume o compromisso de não punir o expulso antes de alguma nova infração” (ACCIOLY et al., 2009, p. 503-504).

Pontua-se que a Súmula nº 1 do STF determina que “é vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna”, mesmo preceito contido no art. 75 da Lei 6.815/80. Sobre o tema, mostra-se pertinente fazer menção ao caso Ronald Biggs, que assaltou um trem pagador na Inglaterra, em 1963. Biggs foi preso, e depois de dois anos conseguiu fugir da prisão de Wandsworth.

Em 1974, seu paradeiro no Rio de Janeiro foi descoberto por agentes ingleses. Naquela ocasião, ele não pôde ser extraditado porque não estava prevista na Constituição da Inglaterra a promessa de reciprocidade, e o Brasil não possuía tratado de extradição com o Reino Unido. Então, cogitou-se deportá-lo com base no fato de ele ter entrado no Brasil com nome falso, no entanto, isso esbarraria em dois problemas: primeiramente, porque o efeito imediato dessa deportação seria que ele iria responder a processo penal, o que daria a essa deportação uma essência de extradição. Ronald Biggs apelou e o Tribunal impediu a deportação. Também não se poderia expulsá-lo, pois Biggs havia engravidado uma dançarina de boate, e a lei brasileira não permite que o pai de uma criança brasileira seja expulso do território nacional, conforme asseverado acima. Em 2001, Biggs voltou espontaneamente para a Inglaterra.

Após expulso, para que seja possível a volta do indivíduo ao território do Estado que o expulsou, o decreto de expulsão deve ser revogado, sob pena de o estrangeiro cometer o crime de reingresso de estrangeiro expulso.

2.3 Extradicação

A extradição consiste na entrega por um Estado a outro, a requerimento

deste, de pessoa que nele deva responder a processo penal ou cumprir pena. Está disciplinada nos artigos 76 a 94 do Estatuto do Estrangeiro. Visa principalmente impedir, mediante a cooperação internacional, que um indivíduo deixe de pagar pelas conseqüências do crime que cometeu.

A lei brasileira prevê que a extradição deve ser solicitada pelos canais diplomáticos e o respectivo processo é apreciado exclusivamente pelo Supremo Tribunal Federal. A existência de cônjuge ou filho de nacionalidade brasileira não obsta a concessão da extradição. Nos termos do Estatuto do Estrangeiro:

Art. 80. A extradição será requerida por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado que a requerer, diretamente de Governo a Governo, devendo o pedido ser instruído com a cópia autêntica ou a certidão da sentença condenatória, da de pronúncia ou da que decretar a prisão preventiva, proferida por Juiz ou autoridade competente. Esse documento ou qualquer outro que se juntar ao pedido conterà indicações precisas sobre o local, data, natureza e circunstâncias do fato criminoso, identidade do extraditando, e, ainda, cópia dos textos legais sobre o crime, a pena e sua prescrição.

Sua concessão é respaldada pela existência de um tratado bi ou multilateral que vincule os países envolvidos. Presente qualquer pressuposto estabelecido no pacto extradicional, sob pena de sofrer desgaste em seu prestígio internacional, não há como a nação requerida deixar de atender à reclamação do país requerente.

Nas relações internacionais, no que diz respeito à extradição, atendendo à necessidade de cooperação judiciária internacional no combate ao crime, as nações observam os tratados ou convenções entre si celebradas. Quando inexistentes esses pactos têm as nações, de ordinário, por alternativa a observância do princípio da reciprocidade, que consiste na entrega do paciente reclamado, condicionada à promessa de igual tratamento quando de um eventual similar pedido.

O art. 76 da Lei 6.815/80 está assim redigido: "A extradição poderá ser concedida quando o governo requerente se fundamentar em tratado, ou quando prometer ao Brasil a reciprocidade".

A promessa de reciprocidade do Estado estrangeiro deve consistir no reconhecimento por este de que, apesar da falta de previsão normativa internacional para entrega de seu súdito reclamado, quando o Brasil se deparar com situação semelhante, desejando seu cidadão que se encontra em solo estrangeiro do país requerente, este providenciará sua entrega com fundamento na obrigação assumida solenemente com o Brasil, apesar da falta de tratado entre os países envolvidos.

O país requerente deverá fazer prova de que o extraditando responderá pelo fato que motivar o pedido extradicional perante autoridade judiciária imparcial e pré-constituída. Acaso o extraditando deva ser julgado por órgão

judiciário excepcional, não previsto previamente ao fato pelas regras de organização judiciária do País solicitante, deverá ser rejeitado o pleito estrangeiro, impedindo-se, assim, a submissão de quem quer que seja a tribunal ou júízo de exceção.

A extradição só se justifica por crimes de certa gravidade, sendo que alguns tratados enumeram os crimes passíveis de ensejar a extradição, porém, o rol é exemplificativo. Neste sentido, exige-se a demonstração de que o fato constitui crime no Estado requerente, pressupondo processo penal.

Dessa forma, encontramos alguns princípios norteadores da extradição: *princípio da dupla incriminação*, o qual dispõe que a extradição não será concedida, se o crime imputado ao estrangeiro não estiver de acordo com as normas regentes do Estado requisitado, pois se este considerar que o motivo que originou o pedido de extradição não for crime, o pedido será inadmitido; *princípio da especialidade*, que consigna que o extraditando somente poderá ser julgado pelo crime que deu origem ao pedido de extradição; *princípio da vedação do bis in idem*, cujo cerne é o processo de extradição não ocorrer se tiver sentença condenatória transitada em julgado em face do extraditando pelo mesmo crime que originou o pedido de extradição; *princípio da reciprocidade*, que funda-se na possibilidade de extradição somente amparada pela promessa ou declaração de reciprocidade, ante a ausência de tratados.

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, LI, regula a não-extradição de nacionais: “nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei.” A referida disposição se justifica pela preservação da soberania e da jurisdição nacional, eventual parcialidade dos tribunais estrangeiros e as condições das instituições penais de inúmeros países, embora o sistema prisional brasileiro não goze de elevada credibilidade.

A Constituição Federal apresenta a hipótese de não-extradição por crime político: “Art. 5º, LII - não será concedida extradição de estrangeiro por crime político ou de opinião.”

A questão não é pacífica, suscitando divergências doutrinárias, pois, enquanto os defensores alegam que a criminalidade é relativa, outros argumentam que o crime político pode ter as mais graves consequências.

No que tange aos crimes comuns, por serem reprováveis em qualquer parte do mundo, os Estados se ajudam mutuamente visando à sua repressão internacional, sendo o instituto da extradição um importante instrumento dessa cooperação.

Por seu turno, os crimes políticos ou de opinião são aqueles que envolvem, de forma geral, atos ou omissões que prejudicam a segurança de um determinado país. O seu objeto não viola bens jurídicos universalmente protegidos, mas sim determinada ideologia governamental, que geralmente não dura mais que o período em que está no poder a autoridade que detém o poder estatal. (MAZZUOLI, 2011, p. 734)

Não é fácil, entretanto, conceituar o crime político. A

doutrina se divide em duas correntes: a) uma objetiva, considerando crime político o praticado contra a ordem política estatal, aí o bem jurídico protegido é de natureza política; b) outra subjetiva, segundo a qual são políticos os crimes praticados com finalidade política. [...] A noção de crime político não é tão generalizada quanto a de crime comum. O aspecto anti-social do crime político é muito relativo; o do crime comum, ao contrário, é absoluto. Um Estado pode punir um fato que em outro Estado pode ser considerado, até mesmo, um ato de civismo, variando a critério da legislação. (FRAGA, 1985, p. 302)

Prevalece o entendimento de que o terrorismo não se enquadra como crime político, tendo em vista que a própria Constituição, em seu art. 4º, VIII, proclamou o repúdio ao terrorismo como um dos princípios essenciais que devem reger o Brasil em suas relações internacionais.

É de salutar alvitre contextualizar o fato no âmbito dos objetivos políticos do Estado, fazendo uma ponderação entre o caráter comum do delito e a sua inserção em uma ação política mais ampla.

O legislador brasileiro cercou-se de todas as cautelas para que um eventual pedido de extradição fosse observado com a merecida acuidade. Assim é que para a concessão ou negação de extradição delegou poderes ao Supremo Tribunal Federal. Denota-se que o legislador foi exigente na medida da importância do instituto da extradição, determinando que a verificação dos pressupostos legais e, por consequência, a procedência ou não da vindicação fosse encargo do STF na sua composição plena.

Os seguintes artigos da Lei 6.815/80 deixam claro que compete apenas STF julgar a extradição:

Art. 81. O Ministério das Relações Exteriores remeterá o pedido ao Ministério da Justiça, que ordenará a prisão do extraditando colocando-o à disposição do Supremo Tribunal Federal.

Art. 82. Em caso de urgência, poderá ser ordenada a prisão preventiva do extraditando desde que pedida, em termos hábeis, qualquer que seja o meio de comunicação, por autoridade competente, agente diplomático ou consular do Estado requerente. § 1º O pedido, que noticiará o crime cometido, deverá fundamentar-se em sentença condenatória, auto de prisão em flagrante, mandado de prisão, ou, ainda, em fuga do indiciado.

[...]

Art. 84. Efetivada a prisão do extraditando (artigo 81), o pedido será encaminhado ao Supremo Tribunal Federal.

Parágrafo único. A prisão perdurará até o julgamento final

do Supremo Tribunal Federal, não sendo admitidas a liberdade vigiada, a prisão domiciliar, nem a prisão albergue.

O art. 102 da Constituição Federal preceitua: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – processar e julgar, originalmente: [...] g) a extradição solicitada por Estado estrangeiro."

O art. 83 da Lei nº 6.815/80 estabelece: "Nenhuma extradição será concedida sem prévio pronunciamento do Plenário do Supremo Tribunal Federal sobre sua legalidade e procedência, não cabendo recurso da decisão."

O STF não admite a extradição quando houver a possibilidade de aplicação das penas de morte e de prisão perpétuas, com fulcro na proibição constitucional de tais medidas. Da mesma forma, não se admite a extradição para Estado que possa vir a submeter o extraditando a Tribunal de exceção.

Após ser concedida a extradição, será o fato comunicado através do Ministério das Relações Exteriores à Missão Diplomática do Estado requerente que, no prazo de sessenta dias da comunicação, deverá retirar o extraditando do território nacional. Se o Estado requerente não retirar o extraditando do território nacional no prazo mencionado, será ele posto em liberdade, sem prejuízo de responder a processo de expulsão, se o motivo da extradição o recomendar. Negada a extradição, não se admitirá novo pedido baseado no mesmo fato.

De todo o exposto, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal não pode, e não deve, ser havido como órgão consultivo do Governo e tampouco sua decisão ser interpretada como autorização para que o mesmo conceda ou não a extradição. O Supremo Tribunal Federal é a instituição concedente da extradição, somente ele pode concedê-la ou negá-la. A autorização contida em sua decisão é para que o Governo entregue o reclamado ou negue sua entrega com a certeza de que, em qualquer caso, assim o faz resguardando os interesses do país, respaldado em conclusão de sua mais alta corte.

Representa um retrocesso admitir que a decisão do Poder Judiciário fique submetida ao crivo de outro Poder, uma incoerência oriunda do princípio da independência dos Poderes consagrado no art. 2º da Constituição Federal, do disposto nos artigos do estatuto do estrangeiro até então citados.

Na verdade, deve o Governo, sob pena de responsabilidade, empenhar-se para tornar efetiva a decisão proferida pelo STF num processo extradicional, seja a decisão concessória ou denegatória do pleito. Se concessória, entregando de imediato o indivíduo reclamado, se denegatória da extradição requerida, obstar a prisão que está a sofrer o paciente e que só com a instrução do feito se verificou ser injusta, pelo que deve ter seu curso interrompido.

2.3.1 Caso Cesare Battisti

Um dos casos de extradição que mais teve repercussão no âmbito

nacional e internacional foi o do italiano Cesare Battisti, membro de um grupo armado de extrema esquerda italiano. O alvo do pedido de extradição foi condenado pela justiça italiana por ter cometido quatro homicídios, tendo-lhe sendo atribuída pena perpétua.

Na tentativa de fugir da pena aplicada, Cesare se evadiu para vários países, dentre eles o Brasil, no qual foi capturado no dia 18 de março de 2007, na cidade do Rio de Janeiro, tendo sido alvo de um novo processo de extradição requerido pelo governo italiano, com fulcro em tratado de extradição que mantém com o Brasil e que vigora desde o dia 1º de agosto de 1993.

O Supremo Tribunal Federal recebeu o pedido de extradição da Itália, que logo foi suspenso diante de uma solicitação de Cesare ao Comitê Nacional de Refugiados (CONARE), alegando ser refugiado político e postulando por seu reconhecimento. O Comitê, entretanto, entendeu de modo contrário não o considerando refugiado. Oportunidade em que Cesare recorreu ao Ministro da Justiça que reconheceu sua condição de refugiado.

Após longos debates no âmbito do judiciário, no dia 9 de setembro de 2009 iniciou-se o julgamento no Supremo, tendo como relator o Ministro Cezar Peluso que proferiu seu voto no sentido de deferir o pedido de extradição de Cesare Battisti para seu país, desde que a pena perpétua fosse transformada em pena privativa de liberdade que não ultrapasse 30 anos, ante a ausência de pena perpétua no Brasil. Os ministros Carlos Ayres Britto, Gilmar Mendes, Ellen Gracie e Carlos Levandowski compartilharam o voto do relator Cezar Peluso e também votaram pela extradição, com a ressalva que Battisti não fosse submetido à prisão perpétua, haja vista não haver tal pena na legislação brasileira.

Com efeito, embora decidido no STF pela extradição de Battisti, ainda havia o fato da apreciação do Presidente da República ao caso, tendo em vista que a decisão final deveria ser submetida ao alvedrio do mesmo por determinação do Supremo. Por conseguinte, em 31 de dezembro de 2010, o então Presidente da República, Luiz Inácio Lula da Silva, decidiu de modo contrário e não concedeu a extradição de Cesare Battisti, argumentado que o refugiado era militante político e não criminoso comum, devendo, então, ser amparado pelas normas constitucionais que não autorizam a extradição por crime político, bem que pelo tratado firmado entre o Brasil e Itália. Afinal, em 8 de junho de 2011, o STF decidiu pela libertação imediata de Cesare Battisti, preso desde março de 2007.

O Supremo Tribunal Federal tomou uma posição inesperada, qual seja, a de submeter ao Presidente da República a missão de aquiescer ou não ao entendimento adotado pela maioria dos ministros do STF, e, por conseqüência, extraditar ou não Cesare Battisti. Nesse caso não há que se falar em livre convencimento, sendo questão de observância do quanto exposto na legislação pertinente.

O Tratado de Extradicação Brasil-Itália observou as formalidades legais, ou seja, foi celebrado, por delegação, pelo Presidente da República Federativa do Brasil; foi referendado pelo Congresso Nacional brasileiro; teve seus termos ratificados e trocados pelas nações celebrantes e; por fim, foi posto em vigor por

força de Decreto Presidencial.

No Artigo I do Tratado de Extradicação Brasil-Itália está estabelecido:

Cada uma das Partes obriga-se a entregar a outra, mediante solicitação, segundo as normas e condições estabelecidas no presente tratado, as pessoas que se encontrem em seu território e que sejam procuradas pelas autoridades judiciárias da parte requerente, para serem submetidas a processo penal ou para a execução de uma pena restritiva de liberdade pessoal.

É difícil acreditar que os honráveis membros do STF chegaram à decepcionante conclusão de que o por eles decidido deveria ficar submetido ao bel prazer do Presidente da República. Melhor seria acreditar que se tratou de um instante de rara infelicidade, de uma desatenção que já custou caro ao prestígio da Corte Suprema brasileira perante a comunidade jurídica internacional.

Não se encontra em nenhum texto legal a determinação ou possibilidade do Supremo noticiar a extradicação por si concedida diretamente ao Presidente da República e muito menos que o STF faculte ao Presidente da República o cumprimento ou não de decisão por si prolatada em processo extradicional, ou outro qualquer. A notícia da decisão, segundo se depreende do quanto contido na lei 6.815/80, art. 86, deve ser transmitida ao Ministério das Relações Exteriores. Mas no tratado Brasil-Itália estabeleceu-se, no art. 10, que a comunicação pode ser feita ao Ministério da Justiça ou ao Ministério das Relações Exteriores.

Se pretendesse o legislador que a extradicação ficasse a critério do Presidente da República, certamente bastaria tão-só deferir ao Presidente a prerrogativa de extraditar ou não, e ele, por sua vez, se cercaria de cuidados necessários, a seu juízo, para decidir.

Indubitavelmente, tanto a atitude do Supremo Tribunal Federal em submeter a decisão final ao Presidente da República quanto a não concessão da extradicação de Cesare Battisti pelo mesmo, repercute de modo negativo na imagem internacional de nosso país e na credibilidade interna da nossa mais Alta Corte, suscitando desavenças com o governo italiano e revolta nos cidadãos italianos e nas famílias das vítimas dos assassinatos perpetrados por Cesare Battisti em seu grupo armado.

3. DUAS SITUAÇÕES ESPECIAIS: O ASILADO POLÍTICO E O REFUGIADO

O asilo político compreende a admissão pelo Estado de estrangeiro perseguido em seu país de origem por razões políticas, delitos de opinião ou crimes concernentes à segurança do Estado ou outros atos que não configurem quebra do direito penal comum. Destarte, verifica-se que tal instituto tem natureza tutelar, almejando proteger a pessoa refugiada da perseguição ou

violência política.

A Constituição pátria, consagrou em seu art. 4º, X, a concessão do asilo político como um dos princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais. Nota-se que:

Embora não haja uma obrigação internacional de concessão de asilo, parece que entre nós, tendo em vista a expressa decisão constitucional, ele assume caráter de direito subjetivo do estrangeiro, e como tal há de ser tratado. A sua recusa somente poderá ocorrer nas hipóteses em que não se configure a situação prevista, sujeito o seu reconhecimento a controle pelo Judiciário.

Segundo a inteligência do Estatuto do Estrangeiro:

Art. 28. O estrangeiro admitido no território nacional na condição de asilado político ficará sujeito, além dos deveres que lhe forem impostos pelo Direito Internacional, a cumprir as disposições da legislação vigente e as que o Governo brasileiro lhe fixar.

Art. 29. O asilado não poderá sair do País sem prévia autorização do Governo brasileiro. Parágrafo único. A inobservância do disposto neste artigo importará na renúncia ao asilo e impedirá o reingresso nessa condição.

Insta salienta que o asilo político não impede a extradição, desde que ocorram os pressupostos para seu deferimento. Assim, com base em entendimento jurisprudencial e doutrinário, o estrangeiro asilado no Brasil só não será passível de extradição quando o fato ensejador do pedido assumir a condição de crime político ou de opinião, ou ainda se as ações do Estado requerente demonstrarem a configuração de inaceitável extradição política velada.

Asilo político é a expressão genérica que engloba tanto o asilo territorial quanto o asilo diplomático. Na seguir, breve diferenciação entre as duas modalidades:

Denomina-se asilo territorial o recebimento de estrangeiro em território nacional, sem os requisitos de ingresso, para evitar punição ou perseguição baseada em crime de natureza política ou ideológica geralmente cometido em seu país de origem. Ou seja, trata-se do recebimento de estrangeiro, em território nacional, para o fim de preservar a sua liberdade ou a sua vida, colocadas em grave risco no seu país de origem dado o desdobramento de convulsões sociais ou políticas.

[...] No asilo diplomático o estado o concede fora de seu

território, isto é, no território do próprio Estado em que o indivíduo é perseguido. A concessão se dá em locais situados dentro do Estado em que o indivíduo é perseguido, mas que estão imunes à jurisdição desse Estado. (MAZZUOLI, 2011, p. 734, 737)

Logo, o asilo diplomático ocorre quando um Estado abriga tal indivíduo em sua embaixada, em navio de guerra, em aeronave militar ou acampamentos, por exemplo, dentro das fronteiras do próprio Estado em que o indivíduo é perseguido. Relevante a menção dos seguintes dizeres no que tange ao silo diplomático:

Apenas nos países latino-americanos, em virtude da aceitação costumeira e convencional desse instituto, pode ele ocorrer. Naturalmente, o asilo nunca é diplomático em definitivo: essa modalidade significa apenas em estágio provisório, uma ponte para o asilo territorial, a consumar-se no solo daquele mesmo país cuja embaixada acolheu o fugitivo, ou eventualmente no solo de um terceiro país que o aceite. (REZEK, 2002, p. 208-209)

O asilo político termina com a naturalização do asilado no Estado que o recebe, com a sua saída voluntária, sua eventual expulsão (no caso de atentar contra a ordem pública ou costumes locais), no caso de ser recebido pelo seu Estado de origem quando lhe é concedida anistia ou quando lá se reconhece formalmente sua inocência.

O conceito de refugiado vem estabelecido no art. 1º da Lei 9.474/97:

Art. 1º Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que:

I - devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país;

II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior;

III - devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.

Não obstante, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas (ratificada pelo Brasil em 1960), de 1951, indica que um refugiado é toda pessoa que:

Devido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, por pertencer a determinado grupo social e por suas opiniões políticas, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, por causa dos ditos temores, não queira recorrer a proteção de tal país; ou que, carecendo de nacionalidade e estando, em consequência de tais acontecimentos, fora do país onde tivera sua residência habitual, não possa ou, por causa dos ditos temores, não queira a ele regressar.

Cabe elencar as diferenças entre os institutos do asilo político e do refúgio. As características do asilo político são:

- a) Instituto jurídico regional (América Latina);
- b) Normalmente, é empregado em casos de perseguição política individualizada;
- c) Motivado pela perseguição por crimes políticos;
- d) Necessidade de efetiva perseguição;
- e) A proteção pode se dar no território do país estrangeiro (asilo territorial) ou na embaixada do país de destino (asilo diplomático);
- f) Inexistência de cláusulas de cessação, perda ou exclusão;
- g) Efeito constitutivo;
- h) Constitui exercício de um ato soberano do Estado, sendo decisão política cujo cumprimento não se sujeita a nenhum organismo internacional;
- i) Medida de caráter político. (RACHEL, 2009, on line)

Por seu turno, o refúgio tem como características:

- a) Instituto jurídico internacional de alcance universal;
- b) Aplicado a casos em que a necessidade de proteção atinge a um número elevado de pessoas, onde a perseguição tem aspecto mais generalizado;
- c) Fundamentado em motivos religiosos, raciais, de nacionalidade, de grupo social e de opiniões políticas;
- d) É suficiente o fundado temor de perseguição;
- e) Em regra, a proteção se opera fora do país;
- f) Existência de cláusulas de cessação, perda e exclusão (constantes da Convenção dos Refugiados);
- g) Efeito declaratório;
- h) Instituição convencional de caráter universal, aplica-se de maneira apolítica;
- i) Medida de caráter humanitário. (RACHEL, 2009, on line)

Situações de guerra ou de graves perturbações internacionais suscitaram o surgimento de normas internacionais de proteção aos refugiados, concedendo ao instituto do refúgio um caráter mais amplo que o do asilo.

No Brasil, o órgão competente para conduzir e decidir o processo administrativo do pedido de refúgio, determinar a perda dessa condição, bem como orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio ao refugiado é o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), órgão colegiado vinculado ao Ministério da Justiça, criado pela já mencionada Lei 9.474/1997.

As Nações Unidas atribuíram ao ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados) a função de conduzir e coordenar ações internacionais para proteção dos refugiados e a busca por soluções duradouras para seus problemas.

A principal missão do ACNUR é assegurar os direitos e o bem estar dos refugiados. Nos esforços para cumprir seu objetivo, o ACNUR empenha-se em garantir que qualquer pessoa possa exercer o direito de buscar e gozar de refúgio seguro em outro país e regressar ao seu país de origem, caso deseje.

O refugiado dispõe da proteção do governo brasileiro e pode, portanto, obter documentos, trabalhar, estudar e exercer os mesmos direitos que qualquer cidadão estrangeiro legalizado no Brasil que possui uma das legislações mais modernas sobre o tema, refletida na Lei 9.474/97.

No Brasil, há atualmente cerca de 4.600 refugiados reconhecidos pelo governo (2012), de mais de 70 nacionalidades diferentes. As mulheres constituem o 30% dessa população. A maioria dos refugiados está concentrada nos grandes centros urbanos do país. (ACNUR no Brasil, on line)

O Brasil é internacionalmente reconhecido como um país acolhedor, entretanto o refugiado encontra dificuldades para se integrar à sociedade brasileira. Inicialmente, as principais dificuldades envolvem o idioma e a cultura. Paulatinamente, surgem os problemas que já são comuns aos brasileiros, como a dificuldade em conseguir emprego, acesso à educação superior e aos serviços públicos de saúde e moradia, por exemplo.

No Brasil, a ACNUR localiza-se em Brasília e atua em cooperação com o CONARE, ligado ao Ministério da Justiça. Além disso, para garantir a assistência humanitária e a integração dos refugiados, o ACNUR atua também em parceria com diversas organizações não-governamentais em todo o país.

Geralmente, os mecanismos de proteção aos refugiados propõem três soluções a favor dos refugiados:

A *repatriação voluntária*: os refugiados podem, posteriormente, retornar aos seus países de origem uma vez que suas vidas e liberdade não sofram mais nenhuma ameaça;

A *integração local*: os países de asilo permitem que os refugiados se integrem ao país, sendo este seu primeiro asilo;

A *reinstalação num terceiro país*: quando a repatriação é perigosa e o primeiro país se negar em dar a integração local. (Refugiados, on line, grifos do autor)

Concomitantemente, outra categoria especial de refugiados é formada por pessoas que, forçadas a fugirem de seus países por razões semelhantes, não conseguem cruzar nenhuma fronteira internacional. Essas pessoas são conhecidas como deslocados internos. A maior razão dos crescentes conflitos, no mundo, envolve disputas internas entre grupos étnicos ou políticos. Dessa forma, o número de pessoas atingidas por conflitos em seus próprios países e obrigadas a saírem de suas casas tende a aumentar cada vez mais.

O princípio fundamental do direito internacional dos refugiados é o *non-refoulement*, ou não devolução, consistindo na proibição da repatriação forçada dos refugiados. Esse princípio encontra-se firmado no artigo 33 da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados, o qual estabelece:

Nenhum dos Estados Contratantes expulsará ou repelirá um refugiado, seja de que maneira for, para, fronteiras dos territórios onde a sua vida ou a sua liberdade sejam ameaçadas, em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou opiniões políticas.

Contudo, o benefício da presente disposição não poderá ser invocado por um refugiado que haja razões sérias para considerar perigo para a segurança do país onde se encontra, ou que, tendo, sido objeto de uma condenação definitiva por um crime ou delito particularmente grave, constitua ameaça para a comunidade do dito país.

A legislação internacional reconhece o direito ao asilo, mas não obriga os países a aceitá-lo. É comum as nações oferecerem proteção temporária quando expostas a um repentino e massivo fluxo de pessoas, superando sua capacidade regular de asilo. Em tais circunstâncias, as pessoas podem ser rapidamente admitidas em países seguros, mas sem nenhuma garantia de asilo permanente. Representa apenas um complemento temporário e não substitui as medidas de proteção mais amplas oferecidas pela Convenção dos Refugiados.

A maior parte dos refugiados no mundo espera por soluções permanentes para suas condições. Embora muitos consigam asilo provisório ou temporário em países vizinhos, poucos conseguem regularizar suas situações ou conseguem ser integrados.

O artigo 31 da Convenção dos Refugiados diz que os refugiados não podem ser penalizados por tentarem entrar ilegalmente em um país se vieram diretamente de um lugar onde sua vida ou liberdade estavam ameaçadas.

Referida Convenção também orienta que os Estados devem facilitar, em toda a medida do possível, a assimilação e naturalização dos refugiados, esforçando-se para apressar o processo de naturalização e para diminuir, na medida do possível, as taxas e encargos desse processo.

Os artigos 12 a 30 da Convenção dos Refugiados estabelecem os direitos dos indivíduos que são reconhecidos como refugiados nos termos da Convenção. Em síntese, os refugiados devem receber o mesmo tratamento dispensado aos nacionais do país de acolhimento especialmente com relação ao livre exercício da religião e da educação religiosa, livre acesso aos tribunais, acesso à educação básica, acesso aos serviços públicos de ajuda e assistência, proteção legal da propriedade intelectual e tratamento igualitário por parte das autoridades tributárias. Os refugiados devem receber o tratamento mais favorável possível, tanto quanto aquele dispensado aos estrangeiros que geralmente se encontram na mesma situação, no que diz respeito ao direito à propriedade, de exercer uma profissão, ao trabalho autônomo, acesso à moradia e à educação superior.

O estrangeiro que chegar ao território nacional poderá expressar sua vontade de solicitar reconhecimento como refugiado a qualquer autoridade migratória que se encontre na fronteira, a qual lhe proporcionará as informações necessárias quanto ao procedimento cabível.

No que condiz à deportação, em hipótese alguma será efetuada a deportação do refugiado para fronteira de território em que sua vida ou liberdade esteja ameaçada, em virtude de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opinião política, exceto se o refugiado considerado perigoso para a segurança do Brasil.

Complementando, o art. 8º da Lei 9.474/97 dispõe: “o ingresso irregular no território nacional não constitui impedimento para o estrangeiro solicitar refúgio às autoridades competentes.”

Quanto à possibilidade ou não de ser extraditado, determina a aludida Lei:

Art. 33. O reconhecimento da condição de refugiado obstará o seguimento de qualquer pedido de extradição baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 34. A solicitação de refúgio suspenderá, até decisão definitiva, qualquer processo de extradição pendente, em fase administrativa ou judicial, baseado nos fatos que fundamentaram a concessão de refúgio.

Art. 35. Para efeito do cumprimento do disposto nos arts. 33 e 34 desta Lei, a solicitação de reconhecimento como refugiado será comunicada ao órgão onde tramitar o processo de extradição.

Ainda no que diz respeito às medidas compulsórias de saída, não será expulso do território nacional o refugiado que esteja regularmente registrado,

salvo por motivos de segurança nacional ou de ordem pública. Atenta-se para o fato de que a expulsão de refugiado do território nacional não resultará em sua retirada para país onde sua vida, liberdade ou integridade física possam estar em risco, e apenas será efetivada quando da certeza de sua admissão em país onde não haja riscos de perseguição.

Enumera o art. 38 da Lei 9.474/97, as hipóteses em que cessará a condição de refugiado do estrangeiro, a saber:

- I - voltar a valer-se da proteção do país de que é nacional;
- II - recuperar voluntariamente a nacionalidade outrora perdida;
- III - adquirir nova nacionalidade e gozar da proteção do país cuja nacionalidade adquiriu;
- IV - estabelecer-se novamente, de maneira voluntária, no país que abandonou ou fora do qual permaneceu por medo de ser perseguido;
- V - não puder mais continuar a recusar a proteção do país de que é nacional por terem deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado;
- VI - sendo apátrida, estiver em condições de voltar ao país no qual tinha sua residência habitual, uma vez que tenham deixado de existir as circunstâncias em consequência das quais foi reconhecido como refugiado.

Nos termos do art. 39 da Lei 9.497/97, a renúncia, a prova da falsidade dos fundamentos invocados para o reconhecimento da condição de refugiado ou a existência de fatos que, se fossem conhecidos quando do reconhecimento, teriam ensejado uma decisão negativa, o exercício de atividades contrárias à segurança nacional ou à ordem pública e a saída do território nacional sem prévia autorização do Governo brasileiro, implicam na perda da condição de refugiado. Como consequência, serão enquadrados no regime geral de permanência de estrangeiros no território nacional e estarão sujeitos às medidas compulsórias previstas na Lei nº 6.815/80.

CONCLUSÃO

O estrangeiro legalmente presente num país goza dos mesmos direitos humanos e civis dos nacionais, tem as mesmas garantias de proteção das leis, mas, por outro lado, é sujeito aos mesmos deveres, sendo obrigado a respeitar a legislação do país e submeter-se à mesma burocracia legal para sua tranquilidade, estabilidade ou legalização.

A legislação de um país que disciplina a condição jurídica dos estrangeiros deve primar pelo respeito aos direitos humanos, estabelecendo os direitos individuais e civis do estrangeiro, já que os estrangeiros não possuem direito políticos, visto que não podem participar da formação do poder estatal.

No Brasil, a condição jurídica do estrangeiro é regulada pela Lei 6.815/80, amplamente conhecida como Estatuto do Estrangeiro.

Hodiernamente, a condição jurídica do estrangeiro sofreu positivas modificações em relação ao enfoque que lhe era dado originalmente. Tal fato é oriundo do reconhecimento dos direitos humanos em nível internacional, reforçado pela globalização e ampliação do número de tratados internacionais sobre direitos humanos, pelas missões diplomáticas e pela Declaração Universal dos Direitos Humanos, o que, conjugados com outros fatores, contribuiu para despertar a consciência de que todo ser humano possui um mínimo de direitos que não lhe podem ser negados, sob pena de retrocesso no tratamento dispensado ao homem e perda de segurança jurídica.

Como é cediço, três institutos permitem a retirada forçada dos estrangeiros do território nacional: deportação, expulsão e extradição. Quando se determina a saída compulsória de estrangeiro que ingressou de modo irregular em território nacional ou cuja estadia encontrava-se irregular, estaremos diante da deportação.

É reconhecido ao Estado o direito de expulsão dos estrangeiros que atentarem contra a segurança nacional ou contra a tranqüilidade pública ou se tornem inconvenientes aos interesses oficialmente declarados pelo Estado, conforme disposição do artigo 65 da Lei 6.815/80. Logo, a expulsão é considerada como medida preventiva de polícia.

Destacou-se que a Súmula nº 1 do STF determina que “é vedada a expulsão de estrangeiro casado com brasileira, ou que tenha filho brasileiro, dependente da economia paterna”, mesmo preceito contido no art. 75 da Lei 6.815/80. Sobre o tema, mencionou-se, a título de exemplo, o caso Ronald Biggs.

Outrossim, abordou-se com mais ênfase a extradição, que consiste na entrega por um Estado a outro, a requerimento deste, de pessoa que nele deva responder a processo penal ou cumprir pena.

O direito internacional expõe que nenhum Estado é obrigado a extraditar uma pessoa presente em seu território, devido ao princípio da soberania estatal. Por este motivo, o tema costuma ser regulado por tratados bi ou multilaterais que podem gerar, a depender da redação, este tipo de obrigação entre os países pactuantes. Quando inexistentes esses pactos, têm as nações por alternativa a observância do princípio da reciprocidade, que consiste na entrega do paciente reclamado, condicionada à promessa de igual tratamento quando de um eventual similar pedido.

Discorreu-se sobre a competência do Supremo Tribunal Federal para julgar os pedidos de extradição. O legislador brasileiro cercou-se de todas as cautelas para que um eventual pedido de extradição fosse observado com a merecida acuidade. Denota-se que o legislador foi exigente na medida da importância do instituto da extradição, determinando que compete apenas STF julgar a extradição, o que se evidencia na observância dos arts. 81 a 84 da Lei 6.815/80 e art. 102, I, “g”, da CF.

Por conseguinte, depreende-se que o Supremo Tribunal Federal não pode, e não deve, ser havido como órgão consultivo do Governo e tampouco sua decisão ser interpretada como autorização para que o mesmo conceda ou

não a extradição. A autorização contida em sua decisão é para que o Governo entregue o reclamado ou negue sua entrega com a certeza de que, em qualquer caso, assim o faz resguardando os interesses do país, respaldado em conclusão de sua mais alta corte.

No tocante ao caso Cesare Battisti, que teve seu pedido de extradição deferido pelo STF em 2009, porém, o Supremo Tribunal Federal tomou uma posição inesperada, qual seja, a de submeter ao Presidente da República a missão de aquiescer ou não ao entendimento adotado pela maioria dos ministros do STF, e, por conseqüência, extraditar ou não Cesare Battisti. Não se encontra em nenhum texto legal a determinação ou possibilidade do Supremo noticiar a extradição por si concedida diretamente ao Presidente da República e muito menos que o STF faculte ao Presidente da República o cumprimento ou não de decisão por si prolatada em processo extradicional, ou outro qualquer.

Inegavelmente, tanto a atitude do Supremo Tribunal Federal em submeter a decisão final ao Presidente da República quanto a não concessão da extradição de Cesare Battisti pelo mesmo, repercute de modo negativo na imagem internacional de nosso país e na credibilidade interna da nossa mais Alta Corte, suscitando desavenças com o governo italiano e revolta nas famílias das vítimas dos assassinatos perpetrados por Cesare Battisti em seu grupo armado.

Destarte, constata-se que o que foi decidido num processo extradicional poderá se constituir tanto como título que ratifique a honradez do país requerido, como também que o desacredite perante as demais nações.

A Constituição Federal consagra em seu art. 4º, X, a concessão do asilo político como um dos princípios que regem o Brasil em suas relações internacionais. O asilo político é instituto jurídico da América Latina, normalmente empregado em casos de perseguição política individualizada e engloba tanto a proteção no território do país estrangeiro (asilo territorial) ou na embaixada do país de destino (asilo diplomático).

Ademais, verificou-se que a proteção aos refugiados está disciplinada, entre outros documentos, na Lei 9.474/97 e na Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados das Nações Unidas, de 1951. Situações de guerra ou de graves perturbações internacionais suscitaram o surgimento de normas internacionais de proteção aos refugiados, concedendo ao instituto do refúgio um caráter mais amplo que o do asilo.

No Brasil, o órgão competente para conduzir e decidir o processo administrativo do pedido de refúgio, determinar a perda dessa condição, bem como orientar e coordenar as ações necessárias à eficácia da proteção, assistência e apoio ao refugiado é o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE). No âmbito das Nações Unidas atribuiu-se ao ACNUR (Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados) a função de conduzir e coordenar ações internacionais para proteção dos refugiados e a busca por soluções duradouras para seus problemas.

O princípio fundamental do direito internacional dos refugiados é o *non-refoulement*, ou não devolução, consistindo na proibição da repatriação forçada dos refugiados. Esse princípio encontra-se firmado no artigo 33 da

Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados.

A maior parte dos refugiados no mundo espera por soluções permanentes para suas condições. Embora muitos consigam asilo provisório ou temporário em países vizinhos, poucos conseguem regularizar suas situações ou conseguem ser integrados.

Para concluir este trabalho, é preciso destacar que, como ponto fundamental de soberania e da autodeterminação dos povos, o Brasil possui plena liberdade para escolher e modificar sua política de tratamento aos estrangeiros em seu território, estabelecendo as regras conforme os interesses nacionais e as conveniências políticas, sociais e econômicas do país. Porém, embora haja muita conscientização social e política a ser alcançada e aprimoramentos a fim de conceder maior eficácia aos ditames concernentes à proteção e condição jurídica dos estrangeiros, nossa legislação pode ser considerada avançada e harmônica com os princípios do direito internacional humanitário. É importante que cada vez mais os países se encontrem interdependentes na tutela de interesses mundiais, considerando a vida e a dignidade do ser humano como valores universais.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando et al. *Manual de Direito Internacional Público*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.
- _____. *Estatuto do Estrangeiro*. Lei nº 6.815, de 19 de agosto de 1980. Brasília, DF, 1980.
- _____. *Estatuto dos Refugiados*. Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997. Brasília, DF, 1997.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Súmula nº1, 1963*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_001_100>. Acesso em: 17 maio 2014.
- FRAGA, Mirtô. *O novo Estatuto do Estrangeiro comentado*. Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- HUMAN Rights Education Associates. *Refugiados*. Guias de Estudo, 2002. Disponível em: <http://www.hrea.org/index.php?doc_id=511>. Acesso em: 12 abril 2014.
- MENDES, Gilmar Ferreira et al. *Curso de Direito Constitucional*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ONU. *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Genebra, 1951. Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dr-conv-estatuto-refugiados.html>>. Acesso em: 25 maio 2014.
- _____. *Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR): O ACNUR no Brasil*. Disponível em: <<http://www.acnur.org/t3/portugues/informacao-geral/o-acnur-no-brasil/>>.

Acesso em: 12 abril 2014.

RACHEL, Andrea Russar. *Qual é a diferença entre refúgio e asilo político?* Rede de Ensino Luiz Flávio Gomes, 2009. Disponível em: <<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/1594419/qual-e-a-diferenca-entre-refugio-e-asilo-politico-andrea-russar-rachel>>. Acesso em: 12 abril 2014.

REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público: curso elementar*. 9ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

TRATADO de Extradicação entre a *República Federativa do Brasil e a República Italiana*. Roma, 17 de outubro de 1989. Promulgado pelo Decreto nº 863, de 09 de julho de 1993. Disponível em: <http://direito.folha.uol.com.br/uploads/2/9/6/2/2962839/tratado_extradicao_brasil_italia.pdf>. Acesso em: 25 maio 2014.

A FORMAÇÃO DA LAICIDADE DO ESTADO BRASILEIRO NO PRELÚDIO DA ORDEM REPUBLICANA (1889-1930)

Maurício de Aquino⁴

Resumo:

Partindo de documentação histórica do Brasil e do Vaticano, confrontada com a literatura especializada, este texto pretende reconstruir, analisar e interpretar alguns aspectos da formação da laicidade do Estado brasileiro no prelúdio da ordem republicana (1889-1930). Nesse período inaugural do regime republicano, configurou-se uma 'laicidade pragmática' do Estado cujo entendimento histórico lança luzes sobre o debate contemporâneo acerca das relações entre laicidade e liberdade religiosa no Brasil.

INTRODUÇÃO

Partindo de documentação histórica do Brasil e do Vaticano, confrontada com a literatura especializada, este texto pretende reconstruir, analisar e interpretar alguns aspectos da formação da laicidade do Estado brasileiro no prelúdio da ordem republicana (1889-1930). Considerando os quase quatro séculos em que vigorou o regime de padroado régio no Império Português e, depois, no Império do Brasil, um dos temas centrais da *agenda* do Governo Provisório republicano foi aquele das relações entre Estado e Confissões Religiosas do qual decorre a questão da laicidade brasileira.

De um lado, o Decreto n. 119-A, de 07 de janeiro de 1890, respondeu de modo peremptoriamente laico a essa questão com a determinação da extinção do padroado régio, da separação entre Estado e Igreja Católica e da liberdade de culto público. As ações posteriores de secularização do calendário, das repartições públicas, do casamento, do ensino e dos cemitérios apontam para as amplas estratégias institucionais de implantação da laicidade no Brasil.

Por outro lado, o Estado fez concessões de sua laicidade às confissões religiosas cristãs, sobretudo à Igreja Católica Apostólica Romana, em busca de legitimidade social e parceria institucional, como nos casos de subvenções financeiras, adoção de certos princípios religiosos e reintrodução de símbolos cristãos em repartições públicas. Nesse período inaugural do regime republicano, configurou-se, assim, uma 'laicidade pragmática' do Estado cujo entendimento histórico lança luzes sobre o debate contemporâneo acerca das relações entre laicidade e liberdade religiosa no Brasil.

1. MODERNIDADE E REPÚBLICA NO BRASIL

A legitimidade da república proclamada no Brasil em 15 de novembro

⁴ Professor Adjunto de História na Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP/Campus Jacarezinho. Possui doutorado e pós-doutorado em “História e Sociedade” pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho – UNESP/Campus Assis. E-mail: mauriaquino12@uenp.edu.br

de 1889 consistiu principalmente na ideia difusa de que ela seria a portadora de progresso, de civilização – noções associadas à modernidade. O termo modernidade surgiu, em França e na Inglaterra, na virada do século XVIII para o século XIX e paulatinamente passou a designar um hodierno, novo e amplo conjunto de modificações sociais do Ocidente⁵ consubstanciado aos fenômenos de crescimento demográfico e urbano, bem como de disciplinarização racionalizada dos comportamentos e de mecanização da produção e dos transportes. Modernidade, um sentido deslizado de moderno que obteve *status* próprio. De fato, “moderno” é uma palavra de sentidos deslizando que significa nuclearmente “o agora, o recente”, contrapondo-se, assim, ao que já ocorreu, ao antigo.⁶ Moderno e antigo. Antigo e moderno. Eis aí uma espécie de estrutura diádica ou eixo dialético da própria história do Ocidente. É o que defendeu o historiador Jacques Le Goff, em texto clássico dos anos 1970:

O par antigo/moderno está ligado à história do Ocidente, embora possamos encontrar equivalentes para ele em outras civilizações e em outras historiografias. Durante o período pré-industrial, do século V ao XIX, marcou o ritmo de uma oposição cultural que, no fim da Idade Média e durante as Luzes, irrompeu na ribalta da cena intelectual. Na metade do século XIX, transforma-se, com o aparecimento do conceito de “modernidade”, que constitui uma reação ambígua da cultura à agressão do mundo industrial. Na segunda metade do século XX, generaliza-se no Ocidente, ao mesmo tempo em que é introduzido em outros locais, principalmente no Terceiro Mundo, privilegiando a ideia de “modernização”, nascida do contato com o Ocidente.⁷

Da cultura à economia, passando pela política e pela religião, o “par e o seu jogo dialético são gerados por “moderno”, e a consciência da modernidade nasce do sentimento de ruptura com o passado”.⁸ Por ter sido gerada em meio às batalhas intelectuais entre “antigos” e “modernos”, principalmente nas artes e na literatura, a modernidade instaurou uma nova maneira de pensar o mundo e o homem no mundo, expressa, entre o final do século XVIII e o início do

⁵ Das discussões acerca do par conceitual “Ocidente-Oriente”, conferir: GOODY, Jack. *O roubo da história: como os europeus se apropriaram das ideias e invenções do Oriente*. Tradução de Luiz Sérgio Duarte da Silva. São Paulo: Contexto, 2008, p. 14 *et passim*.

⁶ LE GOFF, Jacques. Antigo/Moderno. In: _____. *História e Memória*. Tradução de Bernardo Leitão *et al.* 5.ed. Campinas, SP: UNICAMP, 2003, p. 174; WILLIAMS, Raymond. *Palavras-chave*. Tradução de Sandra G. Vasconcelos. São Paulo: Boitempo, 2007, p. 281; BEDESCHI, Lorenzo. Modernismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale *et al.* 5.ed. Brasília: UnB: São Paulo: Imprensa Oficial, 2000, p. 766.

⁷ LE GOFF, Jacques. Antigo/Moderno. In: _____. *História e Memória*. Tradução de Bernardo Leitão *et al.* 5.ed. Campinas, SP: UNICAMP, 2003, p. 173.

⁸ *Ibidem*, p. 175.

século XX, pela noção de progresso.⁹ É ainda Jacques Le Goff quem apresenta com propriedade o contexto de surgimento dessa noção:

Mas o século XIX foi o grande século da idéia de progresso, na linha dos dados adquiridos e das idéias da Revolução Francesa. Como sempre, o que mantém esta concepção e a faz desenvolver são os progressos científicos e técnicos, os sucessos da Revolução Industrial, a melhoria, pelo menos para as elites ocidentais, do conforto, do bem-estar e da segurança, mas também os progressos do liberalismo, da alfabetização, da instrução e da democracia. Na França da Segunda República e na Prússia do século XIX, por exemplo, as instituições difundem eficazmente a idéia de progresso.¹⁰

E mais, para a socióloga Danièle Hervieu-Léger, foi a ideia de progresso que mobilizou as ações da chamada modernidade: “No fim do século XVIII, a modernidade já era (mesmo se o vocábulo ainda não existe) um tema mobilizador, na medida em que ele está associado à noção de progresso”.¹¹ Não sendo ainda realidade, mas desejo lançado ao futuro, a modernidade, sob a roupagem da ideia de progresso, apresentou-se também como mitologia burguesa ao tornar-se um valor transcendente, uma moral, um mito que encobriu as contradições históricas de sua origem e de seu funcionamento. Em busca de uma definição operatória para o ambíguo e problemático conceito de modernidade, Danièle Hervieu-Léger sugeriu tratá-lo a partir de três planos:

Progressivamente constituída através desse processo histórico de longa duração, a noção de modernidade é ela mesma portadora da complexidade das transformações que a fez nascer: ela designa ao mesmo tempo uma realidade técnico-econômica, uma construção jurídico-política e uma situação psicológico-cultural.¹²

No plano técnico-econômico, a modernidade definiu um tipo de relação com a natureza que induziu à busca sistemática de aumento da produtividade. O homem deixou de ser pensado como situado na natureza e passou a ser

⁹ HERVIEU-LÉGER, Danièle. *Vers un nouveau christianisme?* Introduction à la sociologie du christianisme occidental. Paris: Cerf, 1986, p. 198.

¹⁰ LE GOFF, Jacques. Antigo/Moderno. In: _____. *História e Memória*. Tradução de Bernardo Leitão et al. 5.ed. Campinas, SP: UNICAMP, 2003, p. 257-8.

¹¹ HERVIEU-LÉGER, Danièle. *Vers un nouveau christianisme?* Introduction à la sociologie du christianisme occidental. Paris: Cerf, 1986, p. 198. [« A la fin du XVIII^e siècle, la modernité est déjà (même si le vocable n'existe pas encore) un thème mobilisateur, dans la mesure où elle est associée à la notion de progrès »]

¹² *Ibidem*, p. 199. (« Progressivement constituée à travers ce processus historique de longue durée, la notion de modernité est elle-même porteuse de la complexité des bouleversements qui l'ont fait naître : elle désigne tout à la fois une réalité technico-économique, une construction juridico-politique et une situation psychologico-culturelle. »)

interpretado como se estivesse diante dela. É a modernidade como conhecimento científico a serviço da organização racional da produção capitalista. No plano jurídico-político, Hervieu-Léger considerou fundamental a separação entre a esfera da vida pública e a esfera da vida privada como característica da modernidade. Assim, de um lado, está o Estado com o conjunto de regras formais do direito que lhe correspondem, e, de outro, estão os indivíduos e suas liberdades. Essa separação legitima as ações do Estado, definido de forma abstrata, no sentido de modelar, segundo a sua própria racionalidade, todos os setores da vida social reduzindo constantemente os espaços de autonomia dos grupos e dos indivíduos. Por fim, no plano psicológico-cultural, Hervieu-Léger destacou que simultaneamente ao desenvolvimento dos dois primeiros planos emergiu uma “modernidade filosófica”, por exemplo, com a separação entre sujeito e objeto; bem como uma “modernidade psicológica” que estabeleceu uma nova maneira do homem se pensar como individualidade desdobrando-se em um trabalho de criação da própria identidade em meio a reivindicações de direitos para a realização pessoal.¹³ A formação desses três planos constituintes da modernidade ocorreu durante o século XIX: tempo de rupturas.

Pode-se afirmar que a República brasileira não foi uma fatalidade histórica e não se limitou à superficialidade de um *putsch* ou de uma parada militar. Por sua vez, a imagem do “povo bestializado” ante a Proclamação da República descrita por Aristides Lobo, republicano histórico que parecia olhar para as ruas do Rio de Janeiro à procura do povo que tomara a Bastilha, não estabeleceu interpretação definitiva sobre a participação social dos populares, do caráter do novo regime ou mesmo dos alcances e das repercussões sociopolíticas da República. Na forma de um Golpe de Estado dos militares, ela foi uma resposta autoritária e elitista às agitações sociopolíticas de um período marcado por transformações no ritmo da vida e por utopias de progresso que só pareciam se realizar com o fim da monarquia.¹⁴

O Quinze de Novembro indicou não a Proclamação, mas as Proclamações da República, conforme a refinada análise de José Murilo de Carvalho¹⁵ acerca das distintas visões da natureza da república no Brasil e dos projetos que as acompanhavam. Não houve consenso sobre ela, nem propriamente um desinteresse da população¹⁶, afinal o povo das ruas não considerou como seus os negócios do Estado e essa concepção manteve-se até, pelo menos, as primeiras décadas do século XX. Isso porque a República

¹³ *Ibidem*, p. 199-202.

¹⁴ JANOTTI, Maria de Lourdes Mônaco. O diálogo convergente: Políticos e Historiadores no Início da República. In: FREITAS, Marcos C. (org.). *Historiografia brasileira em perspectiva*. 6.ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 119-44; NEVES, Margarida de Souza. Os cenários da República. O Brasil na virada do século XIX para o século XX. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (orgs.). *O tempo do liberalismo excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 15-44. [O Brasil Republicano, v.1]

¹⁵ CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1990, p. 35-54.

¹⁶ JANOTTI, Maria de Lourdes Mônaco. *Os subversivos da República*. São Paulo: Brasiliense, 1986, p. 07.

ergueu-se a partir de um Estado brasileiro construído para manter a ordem em meio às revoltas liberais dos anos 1830 e 1840 que ameaçaram a integridade do Império e a manutenção da sociedade escravocrata. Naquele contexto, o Estado deveria se apresentar como neutro, acima das tensões regionais e dos segmentos sociais. Foi construído, então, um Estado de *não representatividade* que se serviu da ilusão de neutralidade impressa pelo Poder Moderador, encarregado de manter o equilíbrio a partir da rotatividade dos ministérios¹⁷, para se legitimar. Quando essa dinâmica política não foi mais suficiente para manter o controle político-administrativo do Brasil, o Império foi então substituído pelo regime republicano, todavia, a índole plenipotenciária, burocrática e não representativa do Estado foi preservada.¹⁸

A instauração e a invenção da República no Brasil, da aventura à rotina, da ditadura militar ao governo oligárquico¹⁹, podem ser consideradas no âmbito da modernização à brasileira. A historiadora Maria Tereza Chaves de Mello defendeu que o Quinze de Novembro, sob as ideias de progresso e civilidade, inaugurou a modernidade republicana.²⁰ Outra analista do período, Elisabete da Costa Leal, apontou para as ações modernizantes apresentadas pelos membros do Centro Positivista e da Igreja Positivista do Brasil ao Governo Provisório quanto ao modelo da nova bandeira, ao decreto de separação entre Igreja e Estado e ao decreto do calendário cívico que aboliu as festas religiosas.²¹ Tudo leva a crer que essas propostas haviam sido elaboradas antes do Quinze de Novembro indicando que a república brasileira não resultou de ações meramente improvisadas, mesmo sem poder afirmar com propriedade que ela tenha sido a materialização de um projeto amadurecido ao longo de duas décadas.²²

¹⁷ FAORO, Raymundo. *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*. 4.ed.rev. São Paulo: Globo, 2001, p. 85.

¹⁸ CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial. Teatro de sombras: a política imperial*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p. 226-36, 417-24.

¹⁹ LESSA, Renato. A invenção da República no Brasil: da aventura à rotina. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de (org.). *República no Catete*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2001, p. 11; CARDOSO, Fernando Henrique. Dos Governos Militares a Prudente-Campos Sales. In: FAUSTO, Bóris (dir.). *O Brasil Republicano: estrutura de poder e economia (1889-1930)*. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 17. [História Geral da Civilização Brasileira; t.3; v.8]

²⁰ MELLO, Maria Tereza Chaves de. A Modernidade Republicana. *Revista Tempo*, Rio de Janeiro, Universidade Federal Fluminense, v. 13, n. 26, p. 16, 2009. Para a historiadora Ângela de Castro Gomes o período da Primeira República “foi um tempo de intensa busca de modernidade, que não era singular, mas plural, pois diferentes eram os projetos de modernização que se articularam e entraram em disputa. De toda forma, no interior dessa variedade, um ponto era praticamente consensual: o Brasil não seria moderno, não se tornaria um país civilizado, sem o auxílio da ciência, o novo e fundamental instrumento para qualquer tipo de progresso da humanidade”. GOMES, Ângela de Castro. História, ciência e historiadores na Primeira República. In: HEIZER, Alda; VIDEIRA, Antônio A. P. (orgs.). *Ciência, Civilização e República nos Trópicos*. Rio de Janeiro: Mauad X: Faperj, 2010, p. 11-12.

²¹ LEAL, Elisabete da Costa. O Calendário Republicano e a Festa Cívica do Descobrimento do Brasil em 1890: versões da história e militância positivista. *Revista História*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 64, 2006.

²² NEVES, Margarida de Souza. Os cenários da República. O Brasil na virada do século XIX para o século XX. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de Almeida Neves (orgs.). *O tempo do liberalismo excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930*. 3.ed. Rio de Janeiro:

Na concepção positivista de história então veiculada no Brasil, a república estabeleceu uma nova e decisiva etapa na evolução brasileira. Foi a irrupção do progresso na ordem. Difundido e sustentado nas classes médias do Brasil da segunda metade do século XIX, o positivismo brasileiro representou, segundo José Murilo de Carvalho, “um setor específico dessas camadas, o setor técnico e científico, composto por médicos, engenheiros, matemáticos”.²³ Ademais, esse foi o grupo mais ativo no trabalho de legitimação e aceitação do novo regime. Na avaliação de José Murilo de Carvalho acerca dessa militância positivista: “cabe-lhes o mérito de ter contribuído de maneira substantiva para a construção do pouco que subsistiu de imaginário republicano”.²⁴

Não foi por mera coincidência que durante a Primeira República as profissões ligadas à engenharia e à medicina ascenderam em prestígio social. Com o tradicional Direito, essas profissões foram consideradas imprescindíveis para a “regeneração” do país, isto é, para a sua modernização através de reformas urbanas, sanitárias e legais trazendo a sensação de que o Brasil estava em harmonia com o progresso e a civilização mundiais. Elas constituíram as chamadas “profissões de Estado” e se estabeleceram de vez após as guerras civis, as crises econômicas e os “estados de sítio” que caracterizaram os anos iniciais do regime republicano no ambiente de confrontos entre militares, jacobinos, republicanos parlamentaristas e presidencialistas, monarquistas, positivistas e católicos ultramontanos demonstrando, aliás, que a república não foi resultado de um consenso e muito menos respondeu à altura as expectativas que suscitou.²⁵

Na esteira das interpretações do historiador Eric Hobsbawm, pode-se considerar que o Brasil foi lançado no “drama do *progresso*, a palavra-chave da época: maciço, iluminado, seguro de si, satisfeito, mas acima de tudo inevitável. Quase nenhum dos homens de poder e influência, em todos os acontecimentos no mundo ocidental desejou pôr-lhe um freio”.²⁶ O progresso que justificou o Quinze de Novembro manteve-se como ideário e meta da República dos Conselheiros, mas nos restritos limites da ordem. Assim, por exemplo, o Encilhamento foi substituído pelo antiliberal Convênio de Taubaté, em 1906, e o Federalismo foi engastado à Política dos Governadores.²⁷ As elites – atraídas pelos novos padrões socioeconômicos de base científico-tecnológica que se difundiram a partir da sempiterna Europa – empenharam-se em copiar os

Civilização Brasileira, 2008, p. 26. [O Brasil Republicano, v.1]; LESSA, Renato. A invenção da República no Brasil: da aventura à rotina. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de (org.). *República no Catete*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2001, p. 15.

²³ CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1990, p. 138.

²⁴ *Ibidem*, p. 140.

²⁵ JANOTTI, Maria de Lourdes Mônaco. O diálogo convergente: Políticos e Historiadores no Início da República. In: FREITAS, Marcos C. (org.). *Historiografia brasileira em perspectiva*. 6.ed. São Paulo: Contexto, 2005, p. 124; COSTA, Ângela Marques da; SCHWARCZ, Lília Moritz. *1890-1914: no tempo das certezas*. 2.reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2007, p. 27.

²⁶ HOBBSAWM, Eric J. *A Era do Capital - 1848-1875*. Tradução Luciano Costa Neto. 15.ed.rev. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 25.

²⁷ LÉRIAS, Reinéro Antônio. *O Governo Provisório e o Encilhamento: história, historiografia e o caso de São Paulo*. Tese (Doutorado em História Econômica). FFCLH-USP, São Paulo, 1998.

traçados urbanísticos e a indumentária de Paris, sem perder de vista o contínuo e denso movimento de descobertas científicas da virada do século, na expectativa de encontrar instrumentos e oportunidades para multiplicar o Capital e legitimar o poder do Estado sob o seu controle, concebendo o progresso como o cume da ordem.

2. A CONSTITUIÇÃO SEM O NOME DE DEUS: A IMPLANTAÇÃO DA LAICIDADE BRASILEIRA

Durante aproximadamente quatro séculos, a Igreja Católica esteve na América Portuguesa, depois Brasil, na condição de instituição religiosa oficial do Estado. Nos tempos do “altar sob o trono”, a Igreja foi parte da administração imperial lusitana e, em seguida, imperial brasileira, usufruindo de certas prerrogativas típicas do *ancièn regime*, mas, por outro lado, cerceada institucionalmente pelos direitos régios do *placet* e do *exequatur*²⁸ que determinaram a apresentação de nomes para o episcopado, a validação de documentos da Sé Romana no território imperial, a criação de dioceses, de seminários, de conventos, o recebimento do imposto do dízimo eclesiástico que, em tese, deveria ser utilizado para o pagamento das cômguas de bispos e padres, bem como para a manutenção geral da organização eclesiástica submetida, aliás, em tempos diferentes, à Mesa de Consciência e Ordens, e ao Juiz de Capela.

Pelo decreto 119-A, de 07 de janeiro de 1890, foi extinto o regime de padroado e determinou-se a separação entre Estado e Igreja, bem como a liberdade de culto público. Esse decreto, verdadeira tentativa republicana de neutralizar os conflitos de valores de natureza ética e religiosa no advento do novo regime impondo-se o Estado como construtor e gerente da realidade sociopolítica brasileira²⁹, não foi elaborado, entretanto, sem alguma participação

²⁸ Dispositivos do *Ius Patronatus* (Direito de Padroado) exercido pelo Monarca sobre a Igreja em seu território, o *Placet* (sentença, parecer) e o *Exequatur* (execute-se) validavam ou não determinado documento ou ato eclesiástico. Cf. KUHNEN, Alceu. *As origens da Igreja no Brasil*. Bauru, SP: EDUSC, 2005, p. 29-44; AZZI, Riolando. A instituição eclesiástica durante a primeira época colonial. In: HOORNAERT, Eduardo et al. *História da Igreja no Brasil: Primeira Época - Período Colonial*. 5.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008, p. 153-242.

²⁹ Urge lembrar que o padroado que vigorou no Império do Brasil não se fez a partir de concessões bilaterais oficiais. A Constituição de 1824 estabeleceu o padroado com base na soberania do Império do Brasil sem considerar qualquer concessão oficial do Papa. D. Pedro I chegou a enviar, após a emancipação política, monsenhor Francisco Correia Vidigal para negociar o reconhecimento da independência do Brasil por meio de uma Concordata. Por conta de pressões lusitanas contrárias a tal Concordata, a Santa Sé só reconheceu a legitimidade do Império do Brasil em 1826 e não em forma de Concordata, mas de transmissão dos antigos direitos de padroado da Coroa Portuguesa para o monarca do Império do Brasil em seu território. Assim, as comissões da Câmara dos Deputados encarregadas de julgar o mérito do beneplácito aos artigos correspondentes ao padroado nas bulas *Solicita Catholicas Gregis cura* (15.07.1826) e *Praeclara Portugaliae* (30.05.1827) de Leão XII (1760-1829) não tiveram dificuldade política em desconsiderar as concessões papais negando o *placet* a esses artigos. O padroado no Império do Brasil emanou do poder soberano do Estado - princípio regalista que sustentou também a promulgação do decreto 119-A de 1890 no que diz respeito ao poder reivindicado

da Igreja – a propósito, na segunda-feira imediata à Proclamação, isto é, em 18 de novembro, o ministro Quintino Bocaiúva dirigiu carta à internunciatura apostólica “assegurando por fim que o Governo Provisório deseja vivamente manter as relações de amizade já existentes entre a Santa Sé e o Brasil”.³⁰ Entre o Quinze de Novembro e o Sete de Janeiro, Rui Barbosa, responsável pela elaboração do decreto de extinção do Padroado na condição de Ministro interino da Justiça, e o bispo de Belém do Pará, D. Antônio de Macedo Costa, trocaram correspondências abordando questões relativas ao lugar da Igreja Católica e da religião no incipiente regime republicano brasileiro. Mas, D. Macedo Costa não foi o único membro da hierarquia católica a negociar diretamente com Rui Barbosa a situação da Igreja na República. O internúncio monsenhor Francesco Spolverini³¹ também o fez projetando a questão para o campo das relações internacionais tornando mais complicada a tarefa do jurista Rui Barbosa já que a *República dos Estados Unidos do Brasil* deveria obter ainda o reconhecimento internacional.

Em carta ao Secretário de Estado da Santa Sé, com data de 04 de dezembro de 1889, Spolverini informou ter marcado reunião com Rui Barbosa para discutir o lugar da Igreja no novo regime político, que para ele foi oriundo de uma revolta militar sem solidez junto à nação³², e em seu entendimento, estava sendo controlado por maçons: “A franco-maçonaria é toda poderosa”. Continuou a carta informando sobre a existência de muitos que se diziam católicos, mas o eram apenas de nome (“católicos de nome”), como o Marechal

pelo Estado na instauração (jurídica) da realidade sociopolítica brasileira. Cf. SANTIROCCHI, Italo. *O ultramontanismo no Brasil e o regalismo do Segundo Império (1840-1889)*. Tese (Doutorado em História Eclesiástica). Pontifícia Universidade Gregoriana, Roma, 2010, p. 72-74; VIEIRA, Dilermando Ramos. *O processo de reforma e reorganização da Igreja no Brasil (1844-1926)*. Aparecida, SP: Ed. Santuário, 2007, p. 48-57.

³⁰ MINISTRO QUINTINO BOCAIUVA. Carta ao internúncio apostólico do Brasil, monsenhor Francesco Spolverini. Rio de Janeiro, 18 de novembro de 1889. In: CALAZANS, Mylène Mitaini. *A Missão de Monsenhor Francesco Spolverini na InterNunciatura Apostólica no Brasil (1887-1891), segundo a documentação Vaticana*. (Tese de Doutorado em Teologia). Pontificium Athenaeum Sanctae Crucis, Roma, 1997, p. 408-409. BNGK. [“assicurandola in conclusione che il Governo Provvisorio desidera vivamente mantenere le relazioni di amicizia che hanno esistite tra la Santa Sede e il Brasile”]

³¹ *Francesco Spolverini* nasceu no dia 26 de janeiro de 1838, em San Martino al Cimino, nas proximidades de Viterbo, na Itália. Estudou em Roma, graduando-se com distinção em Direito Civil e Canônico, bem como em Teologia. Foi ordenado presbítero em 22 de setembro de 1860. Participou ativamente dos trabalhos preparatórios do Concílio Vaticano de 1869. Entre 1874 e 1882, atuou em questões diplomáticas intrincadas nos impérios da Alemanha, Áustria e Rússia, e foi nomeado pelo Cardeal Jacobini, Secretário de Estado de Pio IX, internúncio da Holanda antes de seguir para o Brasil onde trabalhou entre 1887 e 1891. Não foi ordenado bispo. De volta a Roma, deixou as relações diplomáticas e trabalhou na Datária Apostólica e na Comissão Pontifícia para a codificação do Direito Canônico sancionado em 1917. Faleceu em Roma no dia 13 de outubro de 1918. Cf. CALAZANS, Mylène Mitaini. *A Missão de Monsenhor Francesco Spolverini na InterNunciatura Apostólica no Brasil (1887-1891), segundo a documentação Vaticana*. (Tese de Doutorado em Teologia). Pontificium Athenaeum Sanctae Crucis, Roma, 1997, p. 54-55. BNGK.

³² MONSENHOR FRANCESCO SPOLVERINI. *Carta ao Cardeal Mariano Rampolla del Tindaro – Secretário de Estado da Santa Sé. Rio de Janeiro, 04 de dezembro de 1889*. ARQUIVO SECRETO VATICANO - Nunciatura Apostólica no Brasil, n. 68, fasc. 330. [« Le nouveau gouvernement, éclos d’une révolte militaire, sans fondement solide dans l’opinion de la nation »]

Deodoro, que diziam ser um bom homem e bem intencionado, mas também era franco-maçom. Para o cinquentenário monsenhor Spolverini, não obstante as palavras de Bocaiúva na correspondência enviada a 18 de novembro, o ambiente do limiar da república brasileira era de hostilidade à Igreja Católica, sobretudo por seu antigo vínculo ao Império solapado. Para Spolverini, os inimigos diretos do catolicismo se fortaleceram: “o protestantismo também faz fortes reclamações. É um concerto atordoante”.³³ Em síntese, nas impressões do internúncio, o Governo Provisório da República, formado a partir de uma revolta militar sem apoio e unanimidade popular, estava atordoado e a Igreja Católica corria sérios riscos nesse cenário que lhe era profundamente hostil.³⁴

Após a publicação do decreto, a internúncia agiu rapidamente solicitando aos bispos brasileiros suas impressões sobre a nova situação inaugurada em 07 de janeiro. Na carta circular reservada de monsenhor Spolverini ao episcopado, o tom utilizado foi dramático e premente: “Rogo a V. Ex. Rvm. Se digne responder quanto antes a estes quesitos que interessão à Egreja toda do Brazil”.³⁵

Os bispos deveriam responder a perguntas sobre a questão do ensino religioso, condições das dioceses, propriedade das ordens religiosas e número de escolas católicas em relação ao que determinava o decreto 119-A. Pediu também que os bispos manifestassem suas impressões acerca da nova situação política e religiosa. É significativa a resposta de D. Lino Deodato, bispo de S. Paulo, à solicitação do internúncio:

Em relação ao futuro, o Decreto em sua interpretação jurídica e verdadeira terá resultado benéfico restituindo liberdade a Egreja até então oprimida por um cesarismo, que desconhecendo em grande parte a união e independência dos dous poderes civil e ecclesiastico, dogma tutelar e conservador de todos os outros, tendia a absorver a egreja n’este paiz, redusindo-a a um ramo da administração do Estado.³⁶

Entretanto, publicamente, apesar da separação institucional Estado-

³³ *Ibidem*. [« La franc-maçonnaire est toute puissante »; « catholiques de nom », « Le protestantisme fait aussi de vives réclamations. C’est un concert étourdissant »] O internúncio já havia escrito ao Cardeal Rampolla para comunicar a mudança de regime político no Brasil em carta de 23 de novembro de 1889.

³⁴ O internúncio Spolverini encontrou-se duas vezes com Rui Barbosa durante os primeiros vinte dias do mês de dezembro de 1889. MONSENHOR FRANCESCO SPOLVERINI. *Carta ao Cardeal Mariano Rampolla del Tindaro – Secretário de Estado da Santa Sé. Rio de Janeiro, 20 de dezembro de 1889*. ARQUIVO SECRETO VATICANO - Nunciatura Apostólica no Brasil, n. 68, fasc. 330.

³⁵ MONSENHOR FRANCESCO SPOLVERINI. *Carta Circular ao episcopado brasileiro. S. Paulo, Mosteiro de S. Bento, 12 de janeiro de 1890*. ARQUIVO SECRETO VATICANO - Nunciatura Apostólica no Brasil, n. 68, fasc. 330.

³⁶ D. LINO DEODATO. *Carta ao internúncio do Brasil, monsenhor Francesco Spolverini. São Paulo, 21 de janeiro de 1890*. ARQUIVO SECRETO VATICANO - Nunciatura Apostólica no Brasil, n. 68, fasc. 330.

Igreja não ter sido surpreendente em virtude dos desdobramentos da “Questão Religiosa”, o episcopado mostrou-se confuso quanto à nova realidade da Era Pós-Padroado e mesmo aqueles que concordaram com D. Lino, como o bispo D. João Antônio dos Santos, de Diamantina, foram tímidos em defender e manifestar publicamente a opinião particular. Em 19 de março de 1890, os bispos posicionaram-se oficialmente acerca da nova situação instaurada pelo decreto 119-A por meio de um documento, um tanto quanto discursivamente fragmentado e confuso, que se tornou histórico no sentido de indicar o início de um novo período na história da Igreja Católica e das religiões no Brasil, bem como por lançar alguns dos princípios dos discursos e das práticas eclesiais católicas durante a Primeira República: a primeira Carta Pastoral Coletiva do Episcopado Brasileiro.

De fato, o decreto 119-A indicou e favoreceu o desenvolvimento de secularização³⁷ no Brasil com a instauração de um Estado laico que procurou, entretanto, mediar e acomodar, de um lado, as reivindicações anticlericais de jacobinos, maçons, positivistas, e, de outro, as exigências católicas emitidas por uma pequena, mas prestigiada elite eclesial de alcance nacional, e mesmo internacional devido às ligações cada vez mais estreitas com a Santa Sé. Porém, com esse decreto o Governo Provisório republicano não conseguiu agradar nem os anticlericais e nem os próprios católicos desencadeando um período de debates e discussões sobre matéria religiosa, permeado de conflitos e tensões, que só foi encerrado, no plano constitucional, em 24 de fevereiro de 1891, com a promulgação da primeira constituição da Era Republicana da história brasileira.

³⁷ Secularização indica aqui o processo histórico pelo qual a sociedade e a cultura modernas recompõem suas bases desde princípios e valores não religiosos. O historiador italiano Daniele Menozzi assinalou, em livro sobre o tema, que: “Tal postura pode retroceder aos fins do século XVIII, em torno do significado que vinha assumindo o conceito de ‘saecularizatio’. O termo era usado outrora, no direito canônico, para indicar a normal opção de um sacerdote pertencente a uma congregação religiosa de passar para o clero secular, ou podia significar ainda uma lícita destinação de bens eclesiais para fins profanos. Naqueles tempos a palavra adquiriu valor político-ideológico, passando a indicar a vitória da razão sobre o obscurantismo do governo clerical, com a supressão dos principados eclesiais alemães. A posição católica se endureceu ainda mais pelo fato de que, na passagem para o século XX, não só o significado da palavra estendeu-se a um plano cultural mais genérico, definindo a emancipação de todos os setores da vida humana da subordinação ao mágico, ao religioso, ao sobrenatural e ao cristão, como também se confundiu com outro substantivo, secularismo, utilizado para definir a ideologia segundo a qual era mister abater todas as religiões e Igrejas”. MENOZZI, Daniele. *A Igreja Católica e a secularização*. Tradução de Tomás Belli. São Paulo: Paulinas, 1998, p. 5-6. As discussões sociológicas sobre a “secularização” remetem classicamente às produções de Peter Berger, em meados do século XX, sobretudo em seu livro *O dossel sagrado*. Nos anos 1980, a visibilidade midiática de fenômenos e movimentos religiosos ensejou novos estudos sobre o problema da secularização, como, por exemplo, nas pesquisas desenvolvidas por Danièle Hervieu-Léger, Rodney Stark e William Sims Bainbridge. Cf. BERGER, Peter. *O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião*. Tradução de José Carlos Barcellos. São Paulo: Paulus, 1985; HERVIEU-LÉGER, Danièle. *Vers un nouveau christianisme? Introduction à la sociologie du christianisme occidental*. Paris: Cerf, 1986; HERVIEU-LÉGER, Danièle. The twofold limit of the notion of secularization. In: WOODHEAD, Linda, HEELAS, Paul, MARTIN, David (ed.). *Peter Berger and the Study of Religion*. London : N. York: Routledge, 2001, p. 112-125; STARK, Rodney; BAINBRIDGE, William S. *Uma teoria da religião*. Tradução de Rodrigo I. R. Sá Menezes et al. São Paulo: Paulinas, 2008.

Os calorosos debates e conflitos envolvendo matéria religiosa foram encerrados, no plano constitucional, com a promulgação da primeira Carta Magna republicana, datada de 24 de fevereiro de 1891.³⁸ Os artigos pertinentes à matéria religiosa carregaram as marcas do decreto 119-A. O princípio liberal da separação entre Estado e Igreja foi preservado e sustentou as determinações de secularização dos cemitérios, de reconhecimento estatal apenas do casamento civil, da liberdade de culto desde que respeitadas as leis republicanas, do ensino laico na escola pública, da inelegibilidade de cidadãos não alistáveis, da proibição de voto aos submetidos a juramento de obediência e do impedimento de subvenção de cultos ou obras religiosas da parte da União ou dos Estados. Apesar de os bispos católicos não obterem maiores privilégios para a Igreja, as propostas anticlericais, como aquelas relacionadas à confiscação de bens das ordens e congregações pelos direitos estatais de *mão-morta*, ou a proibição da entrada de novas congregações estrangeiras, bem como a expulsão dos jesuítas, não apareceram no texto constitucional de 1891. Os direitos de enfiteuse da Igreja nem mesmo foram mencionados. Para o historiador Dilermando Ramos Vieira que analisou detidamente esse processo:

A eliminação dos excessos anticlericais também foi mérito da pequena, porém denodada, bancada de dezoito deputados declaradamente católicos (formada principalmente de baianos e mineiros), que, com apoio de outros deputados amigos e simpatizantes, soube fazer as melhoras possíveis no projeto do Governo. Influuiu igualmente o fato de os parlamentares da República nascente desejarem a estabilidade institucional do país, evitando querelas inúteis. Isso explica porque políticos de tendências variadas como Amphilóphio F. de Carvalho, Alcindo Guanabara, Santos Pereira, Gil Goulart, João Pinheiro e Júlio de Castilhos, unidos tenham impedido que os pontos mais polêmicos contra a Igreja fossem aprovados.³⁹

O Estado republicano brasileiro que despontou foi, todavia, laico, e quis firmar-se como Estado Moderno, o que exigiu a disputa com a Igreja pela produção e transmissão dos sentidos do mundo através de dispositivos ritualísticos e discursivos.⁴⁰ Mas, o caráter de sua laicidade expressa na

³⁸ BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (24.02.1891)*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Constitui%C3%A7ao91.htm Acesso em: 15/05/2011. A primeira constituição republicana foi redigida por cinco notários escolhidos pelo Marechal Deodoro da Fonseca.

³⁹ VIEIRA, Dilermando Ramos. *O processo de reforma e reorganização da Igreja no Brasil (1844-1926)*. Aparecida, SP: Ed. Santuário, 2007, p. 351.

⁴⁰ Cf. ROMANO, Roberto. *Brasil: Igreja contra Estado*. São Paulo: Kairós, 1979, p. 99. Romano considera que a secularização do casamento e dos cemitérios não estaria vinculada simplesmente aos interesses econômicos em tempos de imigração e internacionalização do capital, mas, sobretudo, à própria essência do Estado moderno em afirmação.

Constituição de 1891 não foi antirreligioso, ou confessional, não se assemelhou à laicidade francesa ou estadunidense. Pode-se nomeá-la de *laicidade pragmática* uma vez que o Estado brasileiro, ao garantir sua própria independência civil ante o eclesiástico, criou com o decreto 119-A um amplo espaço relacional com as confissões religiosas que oportunizava alianças, omissões, negociações, perseguições segundo os interesses próprios do Estado, ou melhor, daqueles que o controlavam. Essa laicidade foi *pragmática* no duplo e ambíguo sentido dessa palavra à época: correspondia ao que era útil e interessante ao Estado republicano, e, era praticada respeitando certas normas e cerimônias de corte da Igreja e do Estado. Nada mais apropriado para uma República dos Conselheiros que articulou e colocou em tensão princípios regalistas do Estado republicano e pressupostos institucionais juridicamente modernos de “sociedade perfeita” da Igreja Católica.

Promulgada em nome dos representantes do povo brasileiro, e não em nome de “Deus”, a primeira Carta Magna republicana respondeu aos conflitos e aos resultados oriundos do processo histórico brasileiro estabelecendo no país um tipo de laicidade caracterizada pelo reconhecimento da personalidade jurídica das confissões religiosas, que, entre outras razões, acomodaria boa parte das tensões sociais inerentes ao prelúdio do regime republicano no Brasil. Considerando as observações de Valerio Zanone, esse tipo de laicidade tornou-se possível porque:

A teoria do Estado leigo fundamenta-se numa concepção secular e não sagrada do poder político, encarado como atividade autônoma no que diz respeito às confissões religiosas. Estas confissões, todavia, colocadas no mesmo plano e com igual liberdade, podem exercer influência política, na proporção direta de seu peso social. O Estado leigo, quando corretamente percebido, não professa, pois, uma ideologia “laicista”, se com isto entendemos uma ideologia irreligiosa ou anti-religiosa.⁴¹

3. O TRIUNFO DO CRUCIFIXO: AS CONCESSÕES DA LAICIDADE BRASILEIRA

Essa *laicidade pragmática* demonstrada pelo Estado Republicano brasileiro possibilitou o reconhecimento social e jurídico das diversas confissões religiosas no território nacional ao mesmo tempo em que favoreceu a ação dos donos do poder junto às instituições eclesiásticas em circunstâncias especiais para os projetos republicanos. Foi o que aconteceu, por exemplo, no tocante às missões religiosas no norte do país, região que demandava enorme atenção administrativa e revelava os desafios e os limites do novo regime político. O governo provisório já considerava indispensáveis os trabalhos de missionários

⁴¹ ZANONE, Valerio. Laicismo. In: BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*. Tradução de Carmen C. Varriale et al. 5.ed. Brasília: UnB: S. Paulo: Imprensa Oficial, 2000, p. 670.

naquelas plagas distantes da Capital Federal.

Em 1891, o governo republicano, seguindo políticas postas em ação durante o Império⁴², contactou monsenhor Spolverini para solicitar oficialmente o auxílio dos capuchinhos no norte de Amazonas assegurando pleno apoio e todos os meios necessários para a realização do projeto. Em 1895, o mesmo aconteceria quanto ao Mato Grosso envolvendo os padres salesianos que fizeram desse Estado o seu centro missionário.⁴³ Os padres salesianos e outras ordens e congregações religiosas criaram também uma rede de escolas com apoio e subvenções estatais, ao menos por meio de bolsas, nas quais se poderiam ministrar aulas de ensino religioso católico, proibidas nas escolas públicas até, pelo menos, o início dos anos 1920.⁴⁴

Na primeira década republicana, em tempos de guerra civil e recessão econômica, Estado e Igreja Católica – não obstante a significativa presença de maçons e protestantes nos meios políticos oficiais e de católicos monarquistas na resistência direta e indireta à República – aproximaram-se em mais de uma ocasião para manter a ordem social e a estabilidade de suas instituições, como, por exemplo, durante as Revoltas Federalista e da Armada (1893-1895), mas, sobretudo, no desfecho da Guerra de Canudos (1893-1897), movimento socioreligioso no nordeste brasileiro, liderado por Antônio Conselheiro, que colocou em xeque a legitimidade do governo republicano e a própria conduta ultramontana da Igreja.⁴⁵

Além disso, o contrato ou casamento civil foi, sem dúvida, ponto delicado nas relações entre Estado e Igreja Católica na Primeira República. Para a Igreja estava em jogo o que a instituição considerava como a defesa da família cristã. Para o Estado era imprescindível regulamentar o contrato civil conjugal de modo a salvaguardar os direitos decorrentes do mesmo. Do decreto n. 521, de 26 de junho de 1890, até o Código Civil de 1916, persistiu uma intensa disputa em torno daquilo que a Igreja denominou “a questão da família”.

O clero se engajou nesse litígio defendendo o sacramento matrimonial,

⁴² NEVES, Fernando Arthur de Freitas. *Solidariedade e Conflito: Estado Liberal e Nação Católica no Pará sob o pastorado de D. Macedo Costa (1862-1889)*. Tese (Doutorado em História). PUC, São Paulo, 2009, p. 255.

⁴³ VIEIRA, Dilermando Ramos. *O processo de reforma e reorganização da Igreja no Brasil (1844-1926)*. Aparecida, SP: Ed. Santuário, 2007, p. 380-383.

⁴⁴ AQUINO, Maurício de. *Modernidade republicana e diocesanização do catolicismo no Brasil (1890-1923)*. Tese (Doutorado em História e Sociedade). FCL – UNESP, Assis, 2012.

⁴⁵ MOURA, Sérgio Lobo de; ALMEIDA, José Maria Gouvêa de. A Igreja na Primeira República. In: FAUSTO, Bóris (dir.). *O Brasil Republicano: sociedade e instituições (1889-1930)*. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006, p. 351. [História Geral da Civilização Brasileira; t.III; v.9]; HERMANN, Jacqueline. Religião e Política no alvorecer da República. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de A. Neves. *O tempo do liberalismo excludente*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 138. [Brasil Republicano; v.1]. Vale lembrar que em 1894 o Papa Leão XIII publicou uma carta encíclica, denominada *Litteras a vobis* (02.07.1894), exortando os bispos brasileiros a aceitarem definitivamente o regime republicano brasileiro diante da existência de focos de restauração monárquica entre os prelados do Brasil que justificou a publicação de tal documento da Sé Romana. LEÃO XIII. *Litteras a vobis*. (02.07.1894). Disponível em:

http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_lxiii_enc_02071894_litterasavobis_en.html Acesso em: 23.05.2011.

mas tomando o necessário cuidado de salvaguardar também a legislação brasileira, como fez D. Lúcio Antunes de Souza, primeiro bispo de Botucatu, ao pregar: “Malditos todos aquellos que tomarem parte nesses casamentos civis ou com testemunhas ou com simples assistente sabendo que os noivos não vão casar-se na igreja também”. Observa-se que o primeiro bispo de Botucatu não foi contrário ao casamento civil ou mesmo defendeu que ele fosse realizado após o casamento religioso, o que seria crime passível de multas e prisões segundo o decreto n. 521 de 1890⁴⁶, apenas determinou que os católicos participassem dos atos de contrato matrimonial civil desde que os nubentes fossem casar-se na igreja. Cuidado justificável uma vez que a radicalização em defesa do sacramento do matrimônio ao ponto de negar o contrato civil poderia indispor o bispo com as lideranças políticas e judiciárias como aconteceu, por exemplo, em Goiás.⁴⁷

O contexto histórico exigiu maior prudência dos bispos em suas admoestações pastorais. Vale dizer que o Estado se impôs com o Código Civil de 1916 ao estabelecer o contrato civil como regulador dos direitos da família, ainda que, por outro lado, tenha incorporado o princípio cristão (ou sacramental) da indissolubilidade do casamento, como definido no parágrafo único do artigo 315: “O casamento válido só se dissolve pela morte de um dos cônjuges”.⁴⁸

Ao final, urge citar um último documento indiciário desse contexto de concessões da laicidade brasileira. Trata-se de correspondência do Secretário de Estado do papa Pio X, cardeal Merry Del Val, ao núncio apostólico do Brasil, monsenhor Giuseppe Aversa, datada de 16 de setembro de 1913, na qual rejubila ao saber do avanço do movimento de reintrodução de crucifixos em tribunais e escolas do Brasil a partir do estado de São Paulo. Para ele, essa situação manifestava o triunfo do crucifixo do redentor: “il trionfo del SS. Crucifisso, il trionfo del Redentore”.⁴⁹

CONCLUSÕES

Pode-se concluir este texto ressaltando dois pontos centrais do tema discutido.

O primeiro diz respeito às contribuições resultantes do estudo histórico da laicidade brasileira com destaque para o período de implantação da ordem republicana. A reconstrução histórica desses ambientes de instauração da laicidade permite avaliar melhor as condições, os princípios e os interesses

⁴⁶ BRASIL. *Decreto n. 521, de 26 de junho de 1890*. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:federal:decreto:1890-06-26;521> Acesso em: 01/02/2012.

⁴⁷ Cf. SILVA, Maria da Conceição. *Catolicismo e casamento civil em Goiás, 1860-1920*. Goiânia: Ed. da UCG, 2009, p. 106-9.

⁴⁸ BRASIL. *Lei n. 3.071, de 01 de janeiro de 1916*. CÓDIGO CIVIL. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071.htm Acesso em: 01/02/2012. Esse Código Civil passou a vigorar em 01 de janeiro de 1917. O artigo 315, em questão, foi revogado pela Lei n. 6.515, de 1977.

⁴⁹ CARDEAL MERRY DEL VAL. *Carta ao núncio apostólico do Brasil, monsenhor Giuseppe Aversa*. Roma, 16 de setembro de 1913. ARQUIVO SECRETO VATICANO - Nunciatura Apostólica no Brasil, n. 140, fasc. 701.

mobilizados a favor e contra a laicidade do Estado. No Brasil, por conta de certas injunções históricas, a Igreja Católica Apostólica Romana foi a confissão religiosa diretamente envolvida com os conflitos e as negociações implicadas na implantação do Estado laico. E esse fato fez dela uma privilegiada interlocutora dessas questões ao longo de toda a história republicana. Ademais, os vieses e reveses da laicidade indicam que ela resultou de processos complexos de construção, negociação, fabricação em meio a contextos e disputas cambiantes.

O segundo ponto decorre do primeiro. Trata-se de redirecionar as reflexões históricas do prelúdio da ordem republicana para o tempo coevo. Um século depois do período abordado neste texto pululam discussões em torno das liberdades laicas, de suas garantias, de seus atores e objetos.⁵⁰ As observações decorrentes do estudo sobre a laicidade no prelúdio da ordem republicana possibilitam considerar que a laicidade do Estado não é uma questão de tudo ou nada entre Estado, Confissões Religiosas e sociedade civil. A laicidade reitera-se é resultado de tensões e negociações em tempos específicos. A laicidade do Estado convive, ontem e hoje, em interação, tensa e intensa, com a liberdade religiosa das instituições e dos indivíduos.

Referências

- ALVES, Fernando de Brito; BREGA FILHO, Vladimir. Da liberdade religiosa como direito fundamental: limites, proteção e efetividade. *Revista Argumenta*, UENP, Jacarezinho-PR, v. 11, p. 75-94, 2009.
- AQUINO, Maurício de. *Modernidade republicana e diocesanização do catolicismo no Brasil (1890-1923)*. Tese (Doutorado em História e Sociedade). FCL - UNESP, Assis, 2012.
- AZZI, Riolando. A instituição eclesiástica durante a primeira época colonial. In: HOORNAERT, Eduardo et al. *História da Igreja no Brasil: Primeira Época - Período Colonial*. 5.ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- BERGER, Peter. *O dossel sagrado: elementos para uma teoria sociológica da religião*. Tradução de José Carlos Barcellos. São Paulo: Paulus, 1985.
- BOBBIO, Norberto; MATTEUCCI; PASQUINO, Gianfranco (orgs.). *Dicionário de Política*. Tradução Carmen C. Varriale et al. 5.ed. Brasília: UnB; São Paulo: Imprensa Oficial, 2000.
- CALAZANS, Mylène Mitaini. *A Missão de Monsenhor Francesco Spolverini na InterNunciatura Apostólica no Brasil (1887-1891), segundo a documentação Vaticana*. (Tese de Doutorado em Teologia). Pontificium Athenaeum Sanctae Crucis, Roma, 1997.
- CARDOSO, Fernando Henrique. Dos Governos Militares a Prudente-Campos Sales. In: FAUSTO, Bóris (dir.). *O Brasil Republicano: estrutura de poder e economia (1889-1930)*. 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. [História Geral da Civilização Brasileira; t.3; v.8]
- CARVALHO, José Murilo de. *A construção da ordem: a elite política imperial*.

⁵⁰ Cf.: LOREA, Roberto Arriada (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008; ORO, Ari Pedro, STEIL, Carlos Alberto, CIPRIANI, Roberto, GIUMBELLI, Emerson. *A religião no espaço público*. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

- Teatro de sombras: a política imperial*. 2.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- CARVALHO, José Murilo de. *A Formação das Almas: o imaginário da República no Brasil*. São Paulo: Cia. das Letras, 1990.
- COSTA, Ângela Marques da; SCHWARCZ, Lília Moritz. *1890-1914: no tempo das certezas*. 2.reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2007.
- FAORO, Raymundo. *Machado de Assis: a pirâmide e o trapézio*. 4.ed.rev. São Paulo: Globo, 2001.
- FREITAS, Marcos C. (org.). *Historiografia brasileira em perspectiva*. 6.ed. São Paulo: Contexto, 2005.
- GOODY, Jack. *O roubo da história: como os europeus se apropriaram das ideias e invenções do Oriente*. Tradução de Luiz Sérgio Duarte da Silva. São Paulo: Contexto, 2008.
- HERMANN, Jacqueline. Religião e Política no alvorecer da República. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucília de A. Neves. *O tempo do liberalismo excludente*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 138. [Brasil Republicano; v.1].
- HERVIEU-LÉGER, Danièle. The twofold limit of the notion of secularization. In: WOODHEAD, Linda, HEELAS, Paul, MARTIN, David (ed.). *Peter Berger and the Study of Religion*. London : N. York: Routledge, 2001.
- HERVIEU-LÉGER, Danièle. *Vers un nouveau christianisme? Introduction à la sociologie du christianisme occidental*. Paris: Cerf, 1986, p. 198.
- HOBBSAWM, Eric J. *A Era do Capital - 1848-1875*. Tradução Luciano Costa Neto. 15.ed.rev. São Paulo: Paz e Terra, 2010, p. 25.
- JANOTTI, Maria de Lourdes Mônaco. *Os subversivos da República*. São Paulo: Brasiliense, 1986.
- KUHNEN, Alceu. *As origens da Igreja no Brasil*. Bauru, SP: EDUSC, 2005.
- LE GOFF, Jacques. *História e Memória*. Tradução de Bernardo Leitão et al. 5.ed. Campinas, SP: UNICAMP, 2003.
- LEAL, Elisabete da Costa. O Calendário Republicano e a Festa Cívica do Descobrimento do Brasil em 1890: versões da história e militância positivista. *Revista História*, São Paulo, v. 5, n. 2, p. 64, 2006.
- LÉRIAS, Reinéro Antônio. *O Governo Provisório e o Encilhamento: história, historiografia e o caso de São Paulo*. Tese (Doutorado em História Econômica). FFCLH-USP, São Paulo, 1998.
- LESSA, Renato. A invenção da República no Brasil: da aventura à rotina. In: CARVALHO, Maria Alice Rezende de (org.). *República no Catete*. Rio de Janeiro: Museu da República, 2001.
- LOREA, Roberto Arriada (org.). *Em defesa das liberdades laicas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.
- MELLO, Maria Tereza Chaves de. A Modernidade Republicana. *Revista Tempo*, Rio de Janeiro, Universidade Federal Fluminense, v. 13, n. 26, p. 16, 2009.
- MENOZZI, Daniele. *A Igreja Católica e a secularização*. Tradução de Tomás Belli. São Paulo: Paulinas, 1998.
- MOURA, Sérgio Lobo de; ALMEIDA, José Maria Gouvêa de. A Igreja na Primeira República. In: FAUSTO, Bóris (dir.). *O Brasil Republicano: sociedade e*

instituições (1889-1930). 8.ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006. [História Geral da Civilização Brasileira; t.III; v.9];

NEVES, Fernando Arthur de Freitas. *Solidariedade e Conflito: Estado Liberal e Nação Católica no Pará sob o pastorado de D. Macedo Costa (1862-1889)*. Tese (Doutorado em História). PUC, São Paulo, 2009.

NEVES, Margarida de Souza. Os cenários da República. O Brasil na virada do século XIX para o século XX. In: FERREIRA, Jorge; DELGADO, Lucilia de Almeida Neves (orgs.). *O tempo do liberalismo excludente: da Proclamação da República à Revolução de 1930*. 3.ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2008, p. 15-44. [O Brasil Republicano, v.1]

ORO, Ari Pedro, STEIL, Carlos Alberto, CIPRIANI, Roberto, GIUMBELLI, Emerson. *A religião no espaço público*. São Paulo: Terceiro Nome, 2012.

ROMANO, Roberto. *Brasil: Igreja contra Estado*. São Paulo: Kairós, 1979.

SANTIROCCHI, Ítalo. *O ultramontanismo no Brasil e o regalismo do Segundo Império (1840-1889)*. Tese (Doutorado em História Eclesiástica). Pontifícia Universidade Gregoriana, Roma, 2010.

SILVA, Maria da Conceição. *Catolicismo e casamento civil em Goiás, 1860-1920*. Goiânia: Ed. da UCG, 2009.

STARK, Rodney; BAINBRIDGE, William S. *Uma teoria da religião*. Tradução de Rodrigo I. R. Sá Menezes et al. São Paulo: Paulinas, 2008.

VIEIRA, Dilermando Ramos. *O processo de reforma e reorganização da Igreja no Brasil (1844-1926)*. Aparecida, SP: Ed. Santuário, 2007.

WILLIAMS, Raymond. *Palavras-chave*. Tradução de Sandra G. Vasconcelos. São Paulo: Boitempo, 2007.

A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA COMO RESULTADO DO FECHAMENTO ESTRUTURAL DO DIREITO

Fernando Rodrigues de Almeida⁵¹
Guilherme Domingos de Luca⁵²

Resumo:

Para o presente estudo, baseado nos escritos de Herald Kinderman e Marcelo Neves, analisar-se-á uma estrutura legislativa munida de uma hipertrofia em sua função simbólica em detrimento da concretização normativa do dispositivo legal. Chamada de legislação simbólica, ela existe em um sistema representativo e segue os procedimentos de legitimidade de lei, mas, *ab initio*, não tem intenção de ter a finalidade proposta e sim resolver problemas políticos de caráter axiológico. Transformando o objetivo geral em uma problematização que possa abranger a existência de uma atividade legiferante insólita buscaremos hipóteses que, em caráter provisório, ao menos, nos faça refletir a respeito de como o Estado cria ferramentas que fogem de sua finalidade. Destarte, valendo-se do método hipotético-dedutivo, buscaremos observar o descompasso existente entre o sistema social e a função jurídica desse organismo, buscando entender a anomia iminente.

INTRODUÇÃO

Partindo do problema da representatividade em um Estado sob a égide de um regime Democrático, banhado pela oportunidade do sistema representativo, por meio do sufrágio universal, desperta o interesse a exegese dos problemas que envolvem tal regime de ordenação de núcleos sociais.

É de se espantar que mesmo em um sistema representativo, munido da força de uma atividade legiferante rígida e sistematizada que, ao mesmo tempo, conta com a subjetividade dos representantes dos interesses sociais, ainda há uma gama de problemas sociais e desobservância das necessidades básicas daqueles sob a égide do Estado.

A legislação tem, por si, uma finalidade. A normatização de interesses sociais, pensados por representantes daqueles que estão sob a égide de um contrato social.

A atividade legiferante é parte de um subsistema social integrado a todo sistema social⁵³ e, para o natural desenvolvimento da sociedade como um

⁵¹ - Mestrando em Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP - Contato: fernandordealmeida@gmail.com

⁵² Mestrando em Teoria do Estado e do Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília - UNIVEM. Bolsista CAPES/PROSUP - Contato: guilherme.luca@uol.com.br

⁵³ Para Niklas Luhmann, o Direito e a Política são braços de um sistema social, diferente de um pensamento contratualista de Estado, para Luhmann, há em um sistema social diversos subsistemas em pé de igualdade, se intercomunicando a todo momento. Por mais que o subsistema jurídico-político tenha função de regramento e controle dos demais subsistemas, ainda sim faz parte de um sistema social, não sendo superior, ou como se entende, mantendo os outros subsistemas sob sua égide. Conforme nota-se: "A sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica. O direito é apenas um momento estrutural entre outros. Por isso uma compreensão adequada do caráter social do direito não pode ser alcançada

organismo uno, suas funções orgânicas devem estar saudáveis e sincronizadas.

Entrementes, diversos meios existentes fazem da lei um instrumento que não alcança a sua finalidade.

1 - A LEGISLAÇÃO SIMBÓLICA NO SISTEMA DEMOCRÁTICO

Quando se ensaia o conceito de Legislação Simbólica, tratamos do ato normativo criado com intenção *ab initio* de não ser efetivo no plano real. Tal ato normativo caracteriza-se por uma *hipertrofia da sua função simbólica em detrimento da concretização normativa do respectivo texto legal* (NEVES, 2007, p.32).

A simples desconformidade do sistema jurídico com a realidade constitucional não é suficiente para que haja esse descontrole simbólico no texto legal.

Verbi gratia, a proposta de leis honoríficas, tal qual explicada por Frabrício Tomio, que consiste em atividade legiferante que resulta concessão de títulos, denominação de locais públicos, instituições de datas comemorativas, nomes de ruas e avenidas, dentre outros, ou na concepção de Tomio *aonde (sic) os legisladores jogam autonomamente e o resultado é dependente da barganha intraparlamentar* (TOMIO, 2006, p.1).

Ora, nesse caso, conquanto a lei não tenha seguido as formalidades constitucionais, quais sejam, iniciativa, tramitação, votação, sanção, promulgação e publicação, ela atingiu sua finalidade, que é meramente honorífica, logo, não pode ser considerada legislação simbólica. O vício formal é irrelevante, houve satisfação de finalidade, houve processo democrático, ainda que sem efeito prático, há relevância jurídica, qualquer que seja sua forma.

1.1. Legislação Simbólica e sua tipologia

A instrumentalidade de uma legislação que não tem intuito natural de efetividade mas está de acordo com todo o processo democrático é um trabalho que exige, em um primeiro momento, semiótica com relação a ética.

Insta insistir que não se trata de uma norma sem efetividade, para que isso aconteça é necessário que haja uma reação do sistema jurídico sobre a norma.

No caso em testilha tratamos de uma norma que desde sua elaboração teve uma intenção de desestabilidade sistemática.

O Estado busca a liberdade, assim como a vida dos homens gira em torno da busca pela liberdade. A relatividade da liberdade sempre gira em torno da vontade própria e alheia. Uma anomalia legislativa está em torno do mesmo conflito, é a razão humana contra o bem comum. Não há como entender a tipologia simbólica de maneira fria senão nos furtando de nossos

apenas pela exegese e pela interpretação, e também não se esgota na busca de sua imposição. Mais que isso, a sociologia do direito deve começar indagando quanto à compatibilidade estrutural do direito" (LUHMANN, 1985, p. 121).

sentimentos corriqueiros pelo Estado. Para isso busquemos, à guisa de curiosidade uma visão aos óculos de Kant:

Por isso a ideia de liberdade, como uma faculdade de absoluta espontaneidade, não era uma carência mas, **no que concerne a sua possibilidade**, uma proposição fundamental analítica da razão especulativa pura. Todavia, visto que é absolutamente impossível fornecer em qualquer experiência um exemplo adequado a ela, porque não pode encontrar-se entre as causas das coisas como fenômenos nenhuma determinação da causalidade que fosse absolutamente incondicionada, assim podíamos **defender** somente o **pensamento** de uma causa agente livre enquanto aplicarmos este a um ente no mundo sensorial, contanto que ele por outro lado seja também considerado como *noumenon*; (KANT, 2008, p. 78)

Dessa forma, buscamos entender o que faz de uma legislação representativa e democrática ter seu caráter simbólico bloqueando sua eficácia.

Para caracterizar a hipertrofia simbólica da lei Harald Kindermann apresenta um modelo tricotômico da tipologia do conteúdo da legislação simbólica, que será adotado no trabalho em tela.

Para Kindermann, a lei com simbologia sobremaneira não é apenas aquela que é carente do binômio eficácia/efetividade, entretanto é estruturada e tipificada para que se entenda seu caráter hipertroficamente simbólico.

Em um raciocínio mais lógico, a lei representa necessidades reais, todavia sua existência no mundo jurídico depende mais do que a ideia em si, condição propositalmente ignorado pelo representante do povo que, espera, ao final, ter trabalhado em conformidade com a identidade esperada e demonstrado a ideologia suprida, porém sem a necessidade de que o problema seja resolvido. A lei existe, o fato foi trabalhado, mas não há relevância no mundo jurídico ou social, justamente porque não há viabilidade para sua aplicação.

Para melhor compreensão da hipertrofia simbólica na atividade legiferante é necessário apresentar uma tipologia que justifique e sistematize a existência dessa aberração jurídico-política.

Inicialmente, poderá haver a existência de uma atividade legiferante para confirmar valores sociais. O poder político é marcado pelo pluralismo. Por conseguinte, existem ideais envolvidos, o que, justamente, é o problema da representatividade.

O legislador, membro de um partido política, tenta representar aqueles que o escolheu como representante ideológico no sistema social.

Há então um problema axiológico, uma vez que, valores sociais são divergentes e nem sempre são passíveis de discussão, dependendo de seu nível de complexidade social.

Portanto, inicialmente pelos conceitos políticos de oposição e situação,

direita e esquerda, etc., os partidos políticos ao mesmo tempo que se veem obrigados à representar uma parcela de ideais, encontram-se perante uma batalha ideológica política.

Desta feita, a atividade legiferante, muitas vezes, é marcada por uma “batalha” de ideais partidários. Nesse sentido, a elaboração de normas com um conteúdo valorativo puro, sem preocupação com sua eficácia normativa, caracteriza uma possibilidade de legislação simbólica.

A simples expedição do ato legislativo com o conteúdo axiológico almejado pelo legislador caracteriza uma “vitória legislativa” (NEVES, 2007, p.33) e o símbolo da predominância social de um conceito de valores.

Destaca o Douto Professor Marcelo Neves que a “legislação simbólica destinada primariamente à confirmação de valores sociais tem sido tratada basicamente como meio de diferenciar grupos e os respectivos valores ou interesses”. (NEVES, 2007, p.33).

Para GUSFIELD (1986, p.172) a vitória legislativa de determinado valor aponta para a glorificação de um grupo em oposição a outros dentro de uma sociedade.

Essa oposição é definida como “gestos de diferenciação”, que patrocinam uma “competição” entre idéias dentro da atividade legiferante.

A diferenciação entre grupos quando criada gera polêmica e discussão. Os interesses políticos estão ligados aos mais diferentes patamares, entretanto sempre ligados à aprovação social e credibilidade, logo, muitas vezes, o objetivo político é puramente demonstrar vitória.

No caso, a vitória legislativa de uma faixa política é uma necessidade partidária para reforçar sua credibilidade social com determinada camada da sociedade. Não há como prever os resultados práticos da lei, o interessante para o legislador é demonstrar sua superioridade política.

De forma napoleônica, o legislador conquista seu território ideológico, pouco importando se há efeitos legais, possibilidade de aplicação jurídica da lei, abertura social ou acatamento da maioria. O único objetivo é a vitória ideológica.

Além disso, há uma segunda possibilidade de função hipertrófica da lei que concerne há uma legislação produzida para conquistar a confiança da sociedade. Como observado anteriormente, justamente pelo caráter representativo do poder legislativo e a necessidade de identificação por parte da sociedade representada, próprios da democracia, há a necessidade de que os representantes supram as necessidades sócias.

Muitas dessas necessidades tem peso axiológico, de forma que, é natural que haja divergência de interesses ou dificuldade na implantação política da medida.

Veja-se que, quando está em jogo valores no poder político, a interferência social é muito grande, ou seja, como se sabe o costume é, por si, fonte do direito.

Quando há pressão social para que uma norma seja feita para regulamentar valores sociais, o legislador, antes de tudo político, se vê na necessidade de tomar providências ou perder a credibilidade.

Chamada por Kindermann de “Legislação-álibi”, justifica-se antes da real eficácia do texto legal, o sistema político e jurídica necessita produzir confiança por parte da sociedade.

Muitas vezes sobre pressão, e temeroso da reação do público na expectativa de determinadas vontades, o legislador elabora um ato normativo, mesmo sem possibilidade real de existência deste, apenas para fabricar um sensação de alento naqueles que aguardam pela norma.

A legislação-álibi, como definido por Kindermann, é produto da tentativa de dar aparência de solução os problemas sociais, ou seja, a legislação-álibi tem como escopo dar a simbologia da proteção do Estado sobre as necessidades sociais (NEVES, 2007, p.32 *apud* KINDERMANN, 1988, p.234).

Entretanto, é clarividente que tal ferramenta hipertroficamente simbólica não se restringe a não efetivar sua finalidade, mas também obstrui o caminho para que eles sejam resolvidos nas relações sociais (NEVES, 2007, p.39 *apud* KINDERMANN, 1988, p.234).

É um remédio para o Estado que não pode atender as necessidades sociais. Para se imunizar da sanha popular e evitar a necessidade de alternativas não interessantes para o sistema político mascara a atividade legiferante.

No Brasil, há um exemplo claro nesse sentido. Com o advento da Lei nº 11.343/2006, denominada “lei de drogas” ou “lei da política nacional antidrogas” o porte de entorpecentes para uso próprio se tornou punição puramente simbólica. Vejamos.

Quando estávamos sob a égide da Lei nº 6.368/1976, o crime em questão tinha em seu preceito secundário pena privativa de liberdade:

Art. 16. Adquirir, guardar ou trazer consigo, para o uso próprio, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - Detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e pagamento de (vinte) a 50 (cinquenta) dias-multa (LEI Nº 6.368, DE 21 DE OUTUBRO DE 1976).

À época tratávamos o porte para uso próprio como medida de menor potencial ofensivo, cabendo ao infrator substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos (artigo 44, do Decreto-Lei nº. 2.848/1940), além da possibilidade de transação penal (artigo 76, da Lei 9099/1995) e suspensão condicional do processo (artigo 89, da Lei 9099/1995). Contudo, não merecedor de tais benefícios, se condenado o transgressor estaria sujeito à detenção, podendo cumprir a pena sobredita, inclusive, em regime semiaberto.

No entanto, sob a égide da nova legislação, o uso próprio foi separado dos crimes em espécie. Conquanto presente no início do Capítulo III, da Lei nº. 11.343/06, denominado “Dos Crimes e das Penas” foi colocado fora do título IV, denominado “da repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de

drogas". Além disso, na nova redação, o preceito secundário da norma, não mais traz pena privativa de liberdade, tampouco as penas restritivas de direito presentes na artigo 43, do Código Penal. Restando a seguinte redação:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I - advertência sobre os efeitos das drogas; II - prestação de serviços à comunidade; III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.⁵⁴

Veja-se que, a pena corporal não mais existe no texto legal, se condenado, o réu não terá punição concreta, apenas educativa. O mais interessante é que o infrator seria mais punido se fosse "beneficiado" pela transação penal (artigo 76, da Lei 9099/1995) e suspensão condicional do processo (artigo 89, da Lei 9099/1995), vez que estes institutos trariam a ele uma obrigação, seja pecuniária, seja a simples obrigação de comparecer em juízo mensalmente.

No caso, é evidente que, havendo um benefício mais gravoso que a pena, a norma, quando de sua elaboração, carregou uma intenção latente.

No advento da Nova Lei de Drogas, o legislador teve a intenção de atender duas camadas da sociedade, aqueles que entendiam excessivo a criminalização e punição ao usuário de entorpecentes e aqueles que desejavam uma política antidrogas eficaz.

Observando que o sistema penitenciário estava sobrecarregado e não desejando perder a grande massa de eleitores que intentam por uma sociedade livre das consequências de drogas ilícitas, o legislador criou uma norma de caráter simbólico, na qual a punição é meramente representativa, tanto que o direito de benefício legal é mais gravoso que a própria norma, dessa forma, poderia estar demonstrando a sociedade que se preocupa com a situação de usuários de drogas no país, mas sem precisar sujar as mãos com um sistema carcerário deficitário.

O Brasil é um país com cerca de 8.515.767,049 Km² e com mais de 201 milhões de habitantes, tem, por óbvio, inúmeros conceitos de valores, é inevitável o conflito axiológico, não há como desenvolver uma democracia em um país tão denso culturalmente sem trazer conflitos sociais.

Nesse diapasão, a política se vale desse instituto anômalo para a atividade legiferante hipertroficamente simbólica em valores morais.

A lei é inútil no sistema jurídico, o valor discutido perde o valor prático. O intuito da atividade legiferante é, simplesmente, o de convencer os representados que o problema é de ciência dos representantes e, ao mesmo tempo, atitudes são tomadas para prevenir e cercear o problema axiológico social.

⁵⁴ BRASIL, Lei nº 11.343 de 23 de Agosto de 2006

Pelas mesmas razões, a finalidade da lei é irrelevante, se há ou não efetividade, se há ou não força social, se há ou não possibilidade de enquadramento no sistema social, pouco importa, a finalidade é só a demonstração de preocupação do legislador com algum problema social e a identidade forçada do representante com o representado

Por fim, a legislação poderá ser produzida como formula de adiar compromissos do Estado. Nesse caso, novamente, o problema da identidade e do pluralismo político dá abertura a uma aberração legislativa.

Como discutido anteriormente, os conflitos ideológicos partidários são inevitáveis. O dissídio ideológico é perene e a própria característica pluralista da democracia e do sufrágio universal dá lugar à discussão.

Todavia, nem sempre é viável batalhar por uma vitória legislativa a qualquer custo, existem interesses recíprocos dentro dos partidos. Existe situação e oposição dividindo espaço com o interesse de aprovação de projetos que necessitam de apoio de lados opostos politicamente e ideologicamente.

Quando buscar uma conquista ideológica pode sobremaneira danoso, por razões políticas, e, mesmo assim, pela característica partidária e o compromisso democrático de representação dos entes sociais que esperam sentir identidade com os atos do legislador, não se pode contar com uma dialética entre os ideais opostos dos representantes, fazer a lei adormecer é uma saída.

Mas como já foi dito, o representante sofre a pressão da identificação do representado, logo, não se pode simplesmente ser omissos quanto ao tema.

Ora, a atividade legiferante é indispensável, existe a necessidade de se demonstrar ao sistema social que o representante está representando. Ao mesmo tempo os interesses políticos dentro de uma casa legislativa são opostos e inoperantes de discussão. Finalmente, não é viável uma batalha legislativa para uma vitória ideológica, sem responsabilidade às consequências, apenas esperando conquistas.

Bem, a solução é puramente de ordem política e de aparência social. Existe a intensão de acordo entre os partidos, de forma que não prejudique interesses, mas ao mesmo tempo, demonstre a sociedade que algo foi feito.

Classificada por Kindermann como “formula de compromisso dilatório”, tem como característica o processo legislativo democrático, que tem como predicado a divergência entre partidos políticos, o que se torna natural, mas, além disso, é intrínseco ao modelo político que vivemos.

A divergência entre partidos políticos em relação a determinado ato legislativo não chega a um consenso. Nessa situação, para evitar conflitos maiores, o ato normativo é aprovado, sem intenção de eficácia real, e procrastina-se a discussão do resultado mais favorável para os interesses partidários.

Nesta possibilidade a legislação serve como forma de compromisso dilatório, ou seja, transfere-se a responsabilidade da discussão do melhor texto para o ato normativo de um futuro incerto, e simboliza-se com a aprovação da norma, uma lei ineficaz, mas que não ofende o interesse de nenhum partido. Deixa-se porvir a solução do conflito em relação à necessidade social.

A palavra dilatário é estrategicamente utilizada. O objetivo de retardar ou adiar algo é o único objetivo da legislação. Novamente, pouco importa a lei no plano real, o que importa é a decisão política entre partidos e legisladores.

2 - O SUBSISTEMA DO DIREITO NO SISTEMA SOCIAL

Para uma visão sociologicamente abrangente dos efeitos manifestos e latentes da ineficácia intrínseca da legislação simbólica, far-se-á referência pelo diapasão da “Teoria Sistêmica” de Niklas Luhmann, que vê o direito como um subsistema social, como todos os outros sistemas criados naturalmente em uma sociedade, sem abrangência sobre os outros, mas sim interdependentes e em constante comunicação. Para isso, faz-se necessária a introdução a esta insigne concepção sociológica.

A preocupação do presente trabalho, concentra-se no subsistema jurídico-político e na atividade legislativa. Para isso, pode-se perfeitamente enriquecer-se da sociologia Luhmaniana:

Toda sociedade, conforme sua própria complexidade, precisa prever um volume suficiente de diversidade de expectativas normativas, e possibilitá-la estruturalmente. Dessa forma é perfeitamente normal que projeções normativas conflitem uma com as outras, e que a norma de um torne-se o desapontamento do outro. A sociologia atual está plenamente capacitada para considerar como normais as contradições entre expectativas e até mesmo um grau tolerável de conflito declarado, reconhecendo isso até mesmo como uma condição para a manutenção do sistema social em um ambiente demasiadamente complexo (LUHMANN, 1983, p. 57).

Veja-se que as ideias até agora apresentadas são congruentes para o entendimento da legislação simbólica em um sistema democrático.

Se com a presença da democracia representativa ainda se é permitida uma aberração jurídica que deturpa a finalidade do Estado, talvez, rogando à teoria que entende a sociedade como um redutor de complexidades seja possível o entendimento.

O ponto principal é entender que o subsistema político-jurídico está em pé de igualdade com os outros sistemas, porém interfere diretamente em todos. Nesse sentido:

A sociedade não pode ser reconstruída apenas a partir de sua constituição jurídica. O direito é apenas um momento estrutural entre outros. Por isso uma compreensão adequada do caráter social do direito não pode ser alcançada apenas pela exegese e pela interpretação, e

também não se esgota na busca de sua imposição. Mais que isso, a sociologia do direito deve começar indagando quanto à compatibilidade estrutural do direito (LUHMANN, 1985, p. 121).

A estrutura social está tampouco só vinculada ao raciocínio intelectual como ao direito. O fato de a estrutura política do estado estar ligado diretamente ao subsistema em testilha, não o faz autossuficiente.

Todo sistema social reage a crises de proporções ameaçadoras através de mudanças estruturais ou até mesmo dissolvendo-se. O sistema fica à frente de várias opções entre as quais ele deve optar. Para evitar crises, o sistema cria técnicas seletivas melhoradas, que devem ser fortalecidas. Nessa linha de raciocínio, pensar o direito fora de sua estrutura sistêmica seria pensa-lo de forma estática, pois é em seu interior que é possível verificar sua dinamicidade (TRINDADE, 2008, p. 65)

Como se vê, o subsistema do direito é, de fato, intimamente ligado ao bom funcionamento do sistema social, entretanto, sozinho não tem relevância.

Desta feita, resta-nos tentar entender os sistemas sociais e, assim, procurar o entendimento de como a função hipertroficamente simbólica da legislação atingiu o patamar das casas legislativas e passou ilesa ao sistema democrático.

2.1. O caráter sistêmico da sociedade

Na teoria de Luhmann, a aplicação dos sistemas sociais é feita de forma indireta, de modo que, é necessário desatrelar a realidade objetiva da interação social cotidiana para elucidar o entendimento de seu funcionamento. Assim sendo, o estudo da realidade de um meio social, para Luhmann, significa, em um primeiro momento, observar as características e funções que eclodem do sistema social, para que por derradeiro, apliquem-se os resultados obtidos à realidade fática. Nesse sentido pontifica o instituidor da teoria em comento:

A sociedade é aquele sistema social cuja estrutura regula as últimas reduções básicas, às quais os outros sistemas sociais podem referir-se. Ela transforma o indeterminado em determinado, ou pelo menos em uma complexidade determinável para outros sistemas. A sociedade garante aos outros sistemas um ambiente por assim dizer domesticado, de menor complexidade, um ambiente no qual já está excluída a aleatoriedade das possibilidades fazendo assim com que ele apresente menos exigências à estrutura do sistema (TRINDADE, 2008, p.26 e 27)

Desta sorte, é apresentado um “sistema de diferenciação” entre os entes participantes do sistema social, no que concerne a sua estrutura e função particular. Isso se justifica na cata da redução da complexidade para a busca do desenvolvimento pelos subsistemas.

A estrutura social metafísica, ou como denominada por Bittar, a estrutura ontológico causal (TRINDADE, 2008, p.18), é abandonada por Luhmann, sendo que em seus ensinamentos, os subsistemas assumem uma concepção abstrata, que permite independência aos entes sociais para a análise de suas funções dentro do sistema social maior, que, por conseguinte, como resultados dessa análise formam-se os subsistemas de acordo com o sentido compreendido por cada indivíduo, como um processo idiossincrático das funções sociais, que diminuem a complexidade na necessidade de comunicação entre os subsistemas.

Todos os subsistemas, seja ele econômico, político, científico, artístico, etc. são interdependentes, sem exceção. Como ensinaria André-Jean Arnaud:

Cada sistema forma parte do meio dos outros sistemas. Isso quer dizer que cada sistema não percebe aos outros como sistemas, senão como aquela parte do meio dos outros sistemas, senão como aquela parte da complexidade que não se reduz com ajuste ao código e aos programas próprios (TRINDADE, 2008, p.20 e 21).

Isso quer dizer que, com a independência que o sistema dá para que seus indivíduos participantes analisem suas funções, aquele que a encontra a esta está sensível, de forma que quando um subsistema se comunica com outro subsistema percebe este último como parte operante de seu meio, e só é sensível aquilo que faz parte de sua função, o que permite a compreensão na intercomunicação sistêmica. Essa redução de complexidade na relação interdependente de todo sistema é a pedra angular da teoria aqui apresentada.

Por mais particulares que sejam as funções de cada sistema, sua interdependência encontra a dialética na comunicação de seus elementos. Para que a famigerada busca de amenização de complexidade intra-sistêmica seja alcançada é necessária à compreensão entre eles, e isso está intimamente ligado à comunicação, que, por conseguinte, está obrigatoriamente ligada a uma teoria da ação (TRINDADE, 2008, p.33).

Isso significa que a compreensão dos fenômenos sociais dentro de um sistema pelos entes participantes depende de sua interação, por isso se entende a ação sobredita. Ou seja, os laços de interdependência formam-se com a assimilação entre os subsistemas. Nessa acepção, ensina André Trindade:

Para a teoria sistêmica, o que deve ser levado em conta em uma sociedade são as comunicações entre os sistemas e seus elementos. O indivíduo não pode ser considerado como elemento formador do sistema social. O que gera o sistema social são as comunicações. O indivíduo apenas

congrega dois sistemas em um: o sistema orgânico e o nervoso. O sistema nervoso é o que responde pela interação social através do processo comunicativo. Esse processo de interação intersubjetivo é responsável pela construção de expectativas compartilhadas entre os indivíduos (TRINDADE, 2008, p.33).

E sob o mesmo raciocínio, Trindade entende que a razão comunicativa é na verdade o pilar estrutural do sistema social:

A sociedade não é formada por indivíduos, mas sim pelas comunicações deles. O homem não detém a linguagem como ferramenta da comunicação, ela é que detém o homem como seu meio existencial e de desenvolvimento (TRINDADE, 2008, p. 34).

Assim, a comunicação é pressuposto para o desenvolvimento social, que se modifica a partir de seu interior, da compreensão da comunicação, e seria impossível não invocar nesse ponto a teoria da ação comunicativa de Jürgen Habermas.

2.2. A razão comunicativa no sistema social.

Para que a comunicação seja adminículo para a redução da complexidade na assimilação da interdependência do sistema, devemos levar em conta a razão, e por isto não nos atentaremos para uma razão instrumental, mas sim para uma razão comunicativa, defendida por Habermas.

Só a razão reduzida à capacidade subjetiva de entendimento e de actividade teleológica corresponde à imagem de uma razão exclusiva que, quanto mais aspira triunfalmente às alturas se desenraiza até finalmente cair, vítima da força da sua oculta origem heterogênea. (HABERMAS, 1990, p.284)

Veja-se que o filósofo condiciona a comunicação com a realidade. Não bastaria a existência de matéria e observação. Para existir razão é necessária uma forma de linguagem do comunicador e entendimento do receptor.

Para Habermas, a razão comunicativa resulta da prática da linguagem, ou seja, a razão é a corporificação material que supõe a existência de uma vicissitude natural na sociedade, à preocupação está focada na experiência e no juízo, ou seja, no entendimento mútuo de todos os entes morais, que se evidenciam na linguagem. A procura da independência dos sistemas depende do entendimento da comunicação.

A linguagem, outrossim, só é comunicação sob a condição da compreensão. Compreensão esta que deverá estar diretamente ligada à recepção do intento daquele que passa a ideia contextualizada em seu

pensamento.

Ora, não basta a razão daquele que fala, mas sim a compreensão daquele que recebe a informação. Logo, a comunicação é conjunta.

Não é possível subsistir um desenvolvimento humano sem comunicação. O ser humano isolado, por mais que só, procura comunicação, mesmo que não seja imediata, se em algum momento há recepção, por conseguinte, houve comunicação.

Nesse sentido, pode-se dizer que:

Para a teoria sistêmica, o que deve ser levado em conta em uma sociedade são as comunicações entre os sistemas e seus elementos. O indivíduo não pode ser considerado como elemento formador do sistema social. O que gera o sistema social são as comunicações. O indivíduo apenas congrega dois sistemas em um: o sistema orgânico e o nervoso. O sistema nervoso é o que responde pela interação social através do processo comunicativo. Esse processo de interação intersubjetivo é o responsável pela construção de expectativas compartilhadas entre os indivíduos (TRINDADE, 2008, p. 34).

Razão (no sentido mais Kantiano) e comunicação podem ser englobados pela incumbência basilar da linguagem, em seu sentido mais filosófico. Em outras palavras, a linguagem só será etérea se está tiver em sua finalidade o entendimento entre indivíduos. Para que isso seja fidedigno é forçoso que tal linguagem esteja baseada na razão, ou seja, esteja fundada em alegações lógicas, que tem em seu cerne o *animus* do reconhecimento intersubjetivo do tópico apresentado por aquele que da linguagem se municia.

Em primeiro lugar, penso que o paradigma linguístico é uma alternativa ao é uma alternativa ao paradigma mentalista, ao passo que outros o tomam como uma simples espécie de inovação metodológica. Estes simplesmente empregam as ferramentas da semântica formal e da análise lógica para resolver os antigos problemas de Hume e Kant (estou citando Rorty). (HABERMAS, 2007, p. 44)

A possibilidade da crítica, do questionamento, da concordância e da justificação recíproca na comunicação cotidiana é, para a teoria habermasiana, o fundamento da racionalidade na linguagem.

Ora, se há falha na comunicação, logo não há razão, ou melhor, há um bloqueio estrutural entre as inter-relações, o que por conseguinte entende-se que o *paradigma do conhecimento de objetos tem de ser substituído pelo paradigma da compreensão mútua entre sujeitos capazes de falar e agir* (HABERMAS, 1990, p.276).

Justamente nesse ponto que devemos fazer um paradigma. Entre a

razão comunicativa e a teoria sistêmica. Justamente, os subsistemas sociais são interligados entre si e dependem de comunicação.

2.3. A comunicação sistêmica

Destarte, a compreensão na comunicação está diretamente ligada à razão na linguagem, que, de volta a teoria de Niklas Luhmann, é a estrutura basilar para o desenvolvimento. Nesse sentido:

A sociedade não é formada por indivíduos, mas sim pelas comunicações deles. O homem não detém a linguagem como ferramenta da comunicação, é ela que detém o homem como seu meio existencial e de desenvolvimento (TRINDADE, 2008, p. 35).

Tentando não se entregar ao determinismo, podemos observar, portanto, que na teoria dos sistemas, em uma análise geral, o sistema social, quando observado nas relações da sociedade como um todo, forma-se dando independência para que seus entes percebam de forma idiossincrática suas funções e, desta forma, pela linguagem racional, formam subsistemas específicos, com sua função determinada pela sensibilidade de seus indivíduos participantes.

Indivíduos estes que percebem uns aos outros de acordo com o entendimento específico de sua necessidade buscada em outros subsistemas, mas que são perceptíveis apenas dentro de seus limites funcionais, por conseguinte, que são assimilados pela comunicação e por ela se modifica e evolui, de forma racional, interdependente e por interação.

O sistema social funciona como uma corrente de ferro. Cada elo metálico existe por si, entretanto, se não abraçado ao outro elo, não tem funcionalidade, vez que é apenas uma corrente rompida, sem utilidade prática.

Da mesma forma, se a intercomunicação é falha, podemos dizer no caso da corrente que, se um liame metálico em sua intersecção com outro está frouxo não há segurança para o uso da corrente. Uma corrente que não é usada para prender ou sustentar, não é nada além de um objeto sem fundamento.

O sistema social, da mesma forma, com sua complexidade reduzida e seus subsistemas bem desenvolvidos, só com intercomunicação é autopoietico, noção que pode ser entendida como a capacidade de sustentação de um sistema social. Nesse sentido:

Todo conhecimento torna-se, devido à necessária vinculação do meio ao indivíduo que pertence e faz parte de sua estrutura, um autoconhecimento. Essa interação faz-se cogente pela gênese unívoca entre os muitos integrantes do mundo da vida, sem olvidar que o homem é um desses integrantes. De tal modo, “o meio pode ser visto como um contínuo ‘seletor’ das mudanças

estruturais que o organismo experimenta em sua ontogenia". Ocorre, deste modo, um acoplamento estrutural entre o sistema nervoso do observador e o meio proporcionando, assim, uma mútua transformação/adaptação. O ser é modificado pelo meio ao qual pertence e modifica" (TRINDADE, 2008, p. 74).

Autopoiése, portanto, é o resultado da interação derivada da comunicação (na forma de troca de informações reciprocamente captadas) entre os subsistemas, que, por si, modificam o sistema social a partir de suas experiências.

Não há sistema social sem interação dos seus entes. Tal interação resulta na tentativa de redução da complexidade, logo, são formados os subsistemas sociais, que, ao seu modo, se intercomunicam, mudando o rumo do sistema social e o acoplando em um processo de mutação perene.

Antagonicamente, e como falou Zaratustra: *Nunca dois vizinhos se compreendem: cada um se espanta da loucura e da maldade do vizinho* (NIETZCHE, 2009, p. 86). Ora, não é a intensão atizar o pessimismo, a intensão é entender a existência da falha comunicativa entre os subsistemas.

O subsistema do Direito é estruturalmente fechado e dificulta a compreensão dos outros subsistemas em seus atos. E isso gera um sentimento de superioridade que coloca em risco uma autopoiése do Sistema Social.

O direito aparece como um sistema cuja autonomia pode ilustrar uma observação destacada dos demais sistemas que integram a sociedade. Significa, tal característica, que o sistema do direito é um sistema diferenciado dos demais sistemas sociais e que somente deles se automatiza a partir da unidade da diferença de seu processo hermético-recursivo interno contraposto a sua abertura cognitiva para o exterior. É na mera produção de elementos próprios do direito que reside seu caráter autopoiético. Tudo isto tendo como base a autoconstituição e a auto-reprodução do sistema. (TRINDADE, 2008, p. 66).

De fato, as características apresentadas no subsistema político-jurídico tem peculiaridades que, de forma genérica, não estão presentes em outros subsistemas.

Isto é, a comunicação é necessária. Entrementes, somente o subsistema jurídico-político tem a legitimidade de interferir no funcionamento dos outros subsistemas sem se deixar interferir por estes.

2.4. O sentimento de superioridade do subsistema do Direito sobre outros

A sociedade, como já foi observado, evolui e desenvolve-se pela

comunicação, sustentando sua evolução em si mesma, em interação constante.

A interação é colocada como condição que não prescinde a chamada Autopoiése, ou a auto-sustentação que faz os sistemas se manterem em funcionamento estrutural.

Partindo desse pressuposto é intuitiva a premissa que a sociedade não pode ser erigida apenas por um segmento funcional. Entrementes, a função típica do Direito, que é reguladora do meio social, traz a sensação de superioridade.

Para Luhmann:

A pura existência da sociedade não mais permite a dedução direta da vigência de determinadas normas, pelo contrario, direito e sociedade tem que ser abarcados integralmente, como variáveis empiricamente pesquisáveis, que se interpermeiam de forma determinada (LUHMANN, 1983, p. 22).

A sociologia Luhmanniana vê o subsistema jurídico, em um primeiro momento, aberto em termos cognitivos, ou seja, com uma independência notável sobre os outros subsistemas sociais. Isso se deve a sua finalidade específica enquanto função sensível, que, como supramencionado, é função reguladora. Tendo em vista essa finalidade, o subsistema jurídico tem a necessidade de apresentar-se acolhedor e aberto ao entendimento das demandas dos outros subsistemas que a ele recorrem por sua finalidade de organização social e, por conseguinte, estar atento a comunicação intra-sistêmica de modo circunspecto. Em outras palavras, o sistema jurídico é, insolitamente, percebido com clareza em todos os outros subsistemas.

É justamente essa característica, que faz parecer que o Direito/Política se sobrepõe a outras funções sociais, enquanto na verdade, todos os subsistemas são inter-dinâmicos naturalmente por se tratarem de um grande sistema social.

No entanto, essa sensação de “superioridade” causada pela necessidade da sociedade em geral se organizar - e para isso perceber com clareza o subsistema jurídico - vem a propósito na segunda visão do sistema jurídico na teoria sistêmica, que é o caráter fechado em termos operativos. Isso significa que o Direito se elitiza e se exclui em sua “independência” quanto ao seu *modus operandi*, mesmo quando se trata de assuntos alheios a seu entendimento.

O direito é, de fato, um padrão de observância das expectativas dos indivíduos agrupados nos meios sociais. Porém o indivíduo não se limita a expectativas para sua busca por dignidade. E a partir disso que Luhmann esclarece que a organização do indivíduo não se abaliza ao direito, mas sim em um rol incomensurável de possibilidades que estão enleadas as contingências intrínsecas da vivencia humana. Nesse sentido, o sentimento de superioridade não passa de um símbolo. Vale destacar:

Quem pode ter expectativas sobre as expectativas dos outros pode ter um acesso mais rico em possibilidades ao seu mundo circundante, e apesar disso viver mais livre de desapontamentos. Ele pode superar a complexidade e as contingências mais elevadas, em um nível mais abstrato. Ele pode, se não for demasiadamente atrapalhado por motivos próprios, realizar internamente as adequações comportamentais necessárias, ou seja, quase sem comunicação. Ele não precisa expor-se e fixar-se verbalmente e ele economiza tempo, conseguindo, portanto, conviver com outros em sistemas sociais muito mais complexos e abertos em termos de comportamento. Ele é capaz de reservar os processos de comunicação, morosos e delicados, para poucos pontos importantes de conflito, e escolher sobre o que se falará (LUHMANN, 1983, p. 48).

O fechamento funcional – resultante da sensação de superioridade funcional perante aos outros subsistemas, demonstrada como ilusória – possibilita uma autonomia que resulta em abertura para criação de funções além de sua finalidade precípua.

O procedimento jurídico é um mecanismo que possibilita a diferenciação e a autonomização funcional do sistema, afinal, se a idéia funcional não passa pelo procedimento legiferante, não será mais que propedêutica ideológica.

A força do subsistema jurídico é abstrata, baseada em coerção, que faz do direito uma programação condicional, isto é, assim como em um programa de computador, os problemas apresentados à observância do direito somente podem ser analisados a partir de suas decisões.

Retornando a Habermas, o Direito contemporâneo é completamente adequado para a resolução de conflitos de integração social em sociedades pós-convencionais, o que prova sua competência comunicativa na ação (Martins; Poker, 2008, p.16).

Como outrora apresentado por Kelsen, o Direito é visto pela tipologia “ser/então”, o que pode resultar sanção. Contudo, hodiernamente percebemos que o caráter sancionador da norma não é mais condição *sine qua non* para sua existência, o que demonstra que a força abstrata do direito está além de sua característica de programação condicional.

Se existe tanta independência funcional em um subsistema não é penoso imaginar sua autonomia em se desenvolver em desconformidade com os outros subsistemas, já que sua força abstrata é suficiente para justificar seus atos.

Quando um subsistema se considera menos necessitado de interdependência é uma questão de tempo de que apareçam ferramentas próprias criadas sem o englobamento das funções divididas em todo o sistema.

Finalmente encontramos nosso escopo. Com sua independência

funcional o sistema político-jurídico criou ferramentas que fogem de sua finalidade basilar e, a utilização de uma norma sem intenção de eficácia e efetividade é o exemplo claro da tergiversação de sua funcionalidade no sistema social.

Não há regulamentação, não há direito garantido, não há finalidade alguma, senão interesses internos do próprio sistema, que se criou como uma organização independente e vê necessidade de se manter dessa forma. O que há é uma função hipertroficamente simbólica na finalidade da norma.

Não é o alvo desse estudo o questionamento das ditas e desditas do modelo de independência do subsistema jurídico, mas sim seus efeitos e seu limite ético, que a seguir será discutido.

3- A HIPERTROFIA SIMBÓLICA COMO PARTE DO SISTEMA SOCIAL

Os colóquios triviais contumazmente apresentam como temática central os “absurdos” legislativos que geraram efeitos que vão do prejuízo pessoal dos entes sob a égide do Estado até a estagnação da evolução social. Entretanto, muitas dessas manobras legislativas são justificadas pela atividade legiferante.

Dentre estas, o objeto do presente estudo trata justamente de uma atividade legislativa de efeito quimérico, malgrado seja justificada em realidades existentes em um Estado.

Como já foi apresentado o dentro do processo democrático baseia-se no pluralismo. Sob este foco, o Estado compõe-se por representantes legitimados pelo sufrágio universal que, por sua vez, tem a característica de exprimir a vontade de seus representados, dando a eles identificação com seus atos.

O professor Marcelo Neves nos ensina que:

Tanto a dogmática jurídica quanto a sociologia do direito dominantes, orientadas pela experiência constitucional dos Estados democráticos europeus e norte-americanos, partem do seguinte pressuposto: há uma forte contradição entre *direito* e *realidade* constitucionais nos países “subdesenvolvidos”. A rigor, assim entendo, a questão diz respeito à falta de *normatividade* jurídica do *texto* constitucional como fórmula democrática: a partir deste não se desenvolve suficientemente um processo concretizador de construção do direito constitucional; mas, ao mesmo tempo, a linguagem constitucional desempenha relevante papel político-simbólico, também com amplas implicações na esfera jurídica (NEVES, 2007, p. 03)

Veja-se que, conquanto o sistema democrático legitime o poder legislativo à sua representação e, se suas ações apresentam um caráter de

hipertrofia simbólica, o sistema aceitou como legal e legítima a atividade legiferante, os efeitos desta ação devem ser analisados, de forma a obter esclarecimento da existência desse instituto anômalo.

Realmente, resta-nos a tentativa de encontrar e compreender quais são essas justificativas e, por conseguinte, analisar se é viável à sombra dos efeitos que sua elaboração gera em uma sociedade que está, ao mesmo tempo e de forma turbida, sujeita a essa legislação e diante de uma norma umbrática.

3.1. A existência da simbologia em uma função intercomunicativa

O entendimento do conceito de legislação simbólica deve sempre derivar da hipertrofia simbólica na função do subsistema jurídico através de sua finalidade essencial/instrumental, que é a atividade legiferante.

É importante esse apontamento para que não haja confusão quanto à simbologia aplicada pelo processo legislativo em relação a outros fenômenos político-jurídicos, como rituais ou mitos políticos, ou leis puramente desprovidas de efetividade no plano real.

Como foi anteriormente ensaiado a justificação da existência da legislação simbólica - alhures conceituada - deve-se ao sentimento de superioridade sensível ao subsistema jurídico/político, resultando em um fechamento estrutural sistêmico, que abre espaço para que tal subsistema transmita suas finalidades funcionais paladinas e adote, com outorga dos outros subsistemas que se sentem dependentes, outras ferramentas em sua entidade.

Deve-se atentar para uma contradição evidente: como é possível a existência de uma hipertrofia simbólica em uma função sistêmica se isso significaria uma falha comunicativa inter-dinâmica.

Para entender essa incongruência, deve-se reiterar a necessidade de comunicação entre os subsistemas para que haja a pedra angular da teoria de Luhmann, que é a redução da complexidade do sistema e, por conseguinte, gerar o desenvolvimento do sistema social.

Retomemos, destarte, a já apresentada teoria da ação comunicativa de Habermas. Como foi visto, para que exista linguagem é necessária a razão, ou seja, a finalidade deve ser o entendimento, só então será comunicação.

Na legislação simbólica, se há ação há norma, que será apresentada as expectativas sócias, todavia, não há comunicação, uma vez que seu caráter hipertroficamente simbólico interpela o entendimento.

O símbolo incorporado na norma obstrui a comunicação do subsistema jurídico com os demais sistemas, que por sua vez, continuam a se comunicar com o subsistema jurídico. Dessa forma podemos perceber com clareza o fechamento funcional do direito.

A elitização do Direito gera uma aberração sistêmica, ou seja, um subsistema que, por momentos, susta sua comunicabilidade com o resto do sistema social. A metástase desse fenômeno não é o imo do presente trabalho, contudo os efeitos de uma das ferramentas derivada desse fenômeno, a legislação simbólica, serão apreciados a seguir.

3.2. Efeitos da hipertrofia simbólica na função jurídico-política

É abordado pelo professor Marcelo Neves que quando se trata da análise de eficácia na discussão da legislação simbólica, pouco importa o sentido jurídico-dogmático acerca da lei, que diz respeito à possibilidade jurídica de aplicação da norma, mas sim se baseia na análise da problemática da eficácia em sentido “empírico” (NEVES, 2007, p.43), isto é, a conformidade das condutas dos destinatários à norma, conforme apresentado na teoria mater de Kelsen.

Isso significa que nas normas legais devemos estar diante de quatro elementos essenciais: Observância, execução, aplicação do direito e o uso do direito (os dois últimos apresentados por Neves). Em outras palavras empiricamente é percebido que se pode agir em conformidade com a lei (observância), ou transgredir e dar origem a execução. Desta sorte, a eficácia se dará em resultado da observância da lei ou de sua execução.

Contudo, como sabemos, nem todas as movimentações legais fundam-se em execução no caso de inobservância, ou seja, nem todas as estruturas jurídicas apresentam a “Norma secundária”. Para isso difere-se o conceito de “uso do direito” que se aplicará na hipótese de uma norma que atingiu sua eficácia mesmo sem necessidade de sanção para sua inobservância, que nesse caso, sua observância diz respeito apenas a sua utilização por aqueles que a necessitarem.

Como percebemos, a norma simbólica compromete a eficácia quando exclui de sua apreciação necessidade de observância, uso de direito e impossibilidade de execução. Para Neves:

No sentido em que concebo no presente trabalho, o processo de concretização normativa sofre bloqueios em toda e qualquer situação na qual o conteúdo do texto legal abstratamente positivado é rejeitado, desconhecido ou desconsiderado nas integrações concretas dos cidadãos, grupos, órgãos estatais, organizações etc.;(...) Entretanto, o processo concretizador não deve suscitar, de maneira nenhuma, “a ilusão da plena correspondência do abstrato e do concreto”, mas sim, como problema, “ser resolvido através de uma forma de não-identidade integrada do abstrato e do concreto” (NEVES, 2007, p.47).

Outrossim, quanto às finalidades da norma devemos pensar em efetividade e somando os conceitos verificar que nas hipóteses de legislação simbólica o binômio Eficácia-Efetividade pode ou não existir, por mais que seu cerne comprometa isso.

No entanto, mais que eficácia e efetividade, que podem ser medidos de acordo com sua observância e execução no plano real, para a legislação simbólica fica mais claro, para evitar confusões, que seja medida através de sua vigência, por tratar de um conceito que só aceita medições no plano empírico.

Isso por que o tipo de legislação em comento não é apenas negativo, pode gerar diversos tipos de efeitos.

Verbi Gratia, no caso da “confirmação de valores sociais”, a norma poderá não apresentar eficácia no plano real, todavia, o gesto de diferenciação pode gerar um efeito positivo na sociedade, que esperava uma sinalização do poder legiferante quanto a suas expectativas morais, desta sorte, quanto as expectativas da população existiu efetividade.

Da mesma forma com a “legislação-álibi” em referência a intenção legislativa, quando induz um sentimento de bem-estar na população, por esse ponto de vista ela será efetiva, ou seja, quanto a sua finalidade real, malgrado em sua aplicabilidade ela seja inefetiva e ineficaz.

No caso da legislação “como fórmula de compromisso dilatatório” a intenção de abrandar conflitos políticos pode ser alcançada, logo, quanto a isso atinge-se efetividade, já que um conflito ideológico é transferido para o futuro e a norma sancionada não desagrada nenhuma das partes em outras palavras existe uma busca de conciliação política e de manutenção do *status quo*.

Podemos observar que quando se pensa em efetividade e eficácia na legislação simbólica ela pode existir, principalmente quando relacionada aos interesses legislativos, que se utilizam da atividade legiferante para manter-se sustentada. A norma simbólica produz efeitos relevantes para o sistema político, sem agregar-se a sua natureza jurídica. Mas a ineficácia e a inefetividade no plano real existem e são efeitos manifestos da legislação simbólica. Afinal, não se pode olvidar que a legislação simbólica tem como característica intrínseca seu poder normativo ineficaz.

A importância da legislação simbólica é notável, principalmente quando se pensa no risco de sua utilização e seu uso para a manutenção da posição “elitizada” do subsistema jurídico. Seus efeitos, como visto, podem ser manifestos, como a ineficácia e inefetividade, contudo existem efeitos latentes que mantêm em uso esse ferramenta independente de cunho instrumental-político, que ignora seu caráter de direito garantidor originário.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como podemos observar, a representatividade não pode ser considerado o resumo dos problemas da ciência do constitucionalismo.

A democracia como direito social, o “coto vedado” ou a dignidade da pessoa humana são conceitos que dependem de uma estrutura legiferante que, de fato, sistematize a vontade popular.

Entretanto, ao desconstruirmos o conceito de Estado como sujeito abstrato superior a vida humana, não encontramos mais dominantes e dominados, ou tampouco um contrato social e suas partes, mas encontramos um sistema social em que o direito e a política estão em pé de igualdade com qualquer outro braço desse sistema.

O que resta, porém, é o sentimento de superioridade que o conceito de Estado presenteia ao subsistema jurídico-político. E, por conseguinte, a comunicação deficitária em contrapartida com a sensibilidade intrínseca de tal

subsistema geram um problema de finalidade.

Por existir uma facilidade de exercício diante de uma linguagem incompleta o subsistema jurídico-político é capaz de criar ferramentas de existência que facilitam o controle do sistema social e se colocam em uma função de superioridade sistêmica aparente.

O problema, porém, é que por mais que, talvez, existam efeitos positivos nesse processo, efeitos colaterais podem ser percebidos, vez que, se parte de um sistema social, é necessária a intercomunicação ininterrupta para uma harmonia nos sistemas de diferenciação.

Logo, se existem efeitos colaterais e se os problemas gerados são gradativamente revelados, o sentimento de superioridade se torna um efeito de mascaramento do problema comunicativo.

A representatividade é, de fato, um problema na democracia, entretanto, a finalidade das funções de um sistema social é a célula mater da redução de complexidade, ou seja, do funcionamento autopoietico do sistema.

Por mais que existam justificativas para a utilização da legislação simbólica ou qualquer outra ferramenta que se furte da finalidade sistêmica causa, socialmente, efeitos de produção de verdade que, de forma inevitável, causam novas batalhas de poder e questionamentos ideológicos, sendo necessária a remediação por criação de novas finalidades e mecanismos de sustentação.

Referências

- BONAVIDES, Paulo. *Ciência Política*. 18. Ed. Malheiros Editora. 2011.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 6.ed. São Paulo: Saraiva. 2007.
- GUSFIELD, Joseph R. *Symbolic Crusade: Status Politics and the American Temperance Movement*. 2ª ed. Urbana/Chicago: University of Illinois Press. 1986.
- HABERMAS, Jürgen. *A ética da Discussão e a Questão da Verdade*. Tradução de Marcelo Brandão Cipolla. 2ª.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- _____. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Ana Maria Bernardo et al. Lisboa: Dom Quixote, 1990.
- KANT, Immanuel. *Crítica da razão prática* ; tradução baseada na edição original de 1788, com introdução e notas Valério Rohden. - 2ª.ed. - São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- KELSEN, Hans. *Teoria Geral das Normas*. Trad. de José Florentino Duarte. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1986.
- KINDERMANN, Herald. *“Symbolische Gesetzgebung”*. In: *Rechtspolitik (Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 13)*. Opladen: Westdeutscher Verlag. 1988
- LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquemático*. 14.ed. - São Paulo: Saraiva, 2010
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.
- _____. *Sociologia do Direito II*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

- NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica* – São Paulo: WMF Martins Fontes, 2007.
- NIETZCHE, Friedrich. *Assim falava Zaratustra: um livro para todos e para ninguém*. 3. Ed. Petrópolis: Vozes, 2009.
- O Pensamento de Habermas em questão / organização de Clélia Aparecida Martins e José Geraldo A.B. Póker*. – Marília: Oficina Universitária Unesp, 2008.
- POZZOLI, Lafayette. *Maritain e o Direito*. São Paulo: Loyola, 2001.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. *O Contrato Social e outros escritos* – introdução e tradução de Rolando Roque da Silva. 16. Ed. São Paulo: Cultrix Ltda.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2008
- SILVA, José Afonso da. *Processo Constitucional de formação das leis*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- SCHMITT, Carl. *O conceito do político*. Tradução de Álvaro Valls. Petrópolis: Vozes, 1992
- TRINDADE, André Fernando dos Reis. *Para entender Luhmann e o Direito como sistema autopoietico*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008
- TOMIO, Fabrício Ricardo de Limas. *Iniciativas, cenários e decisões legislativas estaduais: um estudo comparativo*. In: 5º encontro da ABCP, 2006, Belo Horizonte.

DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL: UM OLHAR SOBRE AS CLASSES EM HOSPITAIS

Danielle Regina Bartelli Vicentini⁵⁵
Ilton Garcia da Costa⁵⁶

Resumo

Adoecer, em qualquer idade, implica em sofrimentos físicos e/ou psicológicos, ante as incertezas do prognóstico. Vivenciar hospitalizações com seus procedimentos invasivos e dolorosos, ser privado do convívio familiar e escolar, bem como dos brinquedos e brincadeiras ao ar livre nem sempre são situações bem compreendidas por adolescentes e crianças. Muitas das vezes, devido ao longo tempo de tratamento, o jovem abandona a escola e a escola acaba por abandonar o jovem. Assim, o distanciamento do processo de escolarização repercute fortemente na educação e na socialização do indivíduo, bem como na valorização de sua autoestima e saúde. Em meio a este panorama, surgem às classes hospitalares, com o propósito de favorecer o acesso à educação, promover a inclusão e contribuir para com a humanização da assistência hospitalar.

INTRODUÇÃO

O Direito à Educação de crianças e adolescentes com necessidades educacionais especiais sempre causou muita polêmica, dividindo opiniões. Ao longo dos anos, em meio a movimentos internacionais, bem como diante do avanço da legislação, a política de inclusão tornou-se um compromisso universal.

Uma sociedade inclusiva se fundamenta numa filosofia que reconhece e valoriza o outro nas suas peculiaridades. Assim, a proposta de uma Educação Inclusiva tem como objetivo a efetivação da democracia, do desenvolvimento individual e coletivo, da justiça social, bem como a construção de uma cultura que respeite a diversidade.

O Direito à Educação, enquanto Direito Humano Fundamental, não pode restringir-se apenas aos bancos escolares. Deve ultrapassar a garantia

⁵⁵ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da UENP. Graduada em Letras pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela PUC/PR. Professora e Advogada. Endereço eletrônico: dlvicentini78@gmail.com.

⁵⁶ Professor do programa de Mestrado e na Graduação da UENP (Universidade Estadual do Norte do Paraná). Líder do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações do Trabalho e Organizações Sociais - GPCERTOS, registrado no CNPQ pela UENP. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra. Pós-doutorando em Direito pela Universidade de Lisboa. Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Mestre em Administração. Matemático. Especialista em Formação Profissional - Alemanha. Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anhanguera - Anchieta. Avaliador institucional e de cursos do INEP. Vice Presidente da Comissão de Educação Jurídica da OAB-SP 2013 a 2015. Vice Presidente da Comissão de Estágio da OAB-SP 2014 a 2015. Membro da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP. Advogado. Endereço eletrônico: iltongarcia@gmail.com e iltongarcia@uenp.edu.br.

constitucional de que o educando tenha direito de acesso ao ambiente escolar, devendo ser responsável também em fornecer elementos para a construção do pensamento humano, do senso crítico, da sociedade, da ética e de outros valores.

Pensando assim, as classes hospitalares surgem em meio à constatação da necessidade de assegurar a crianças e adolescentes hospitalizados a continuidade do Direito à Educação, uma vez que se encontram impossibilitados de frequentar o ambiente escolar. Tem como objetivo primordial, promover a socialização e valorização da autoestima desses alunos, de forma que possibilite um enfrentamento menos traumático desse momento tão peculiar, que é a hospitalização.

O atendimento educacional hospitalar deve estar vinculado aos sistemas de educação das Secretarias Estaduais e Municipais de Educação, como também às direções clínicas dos sistemas e serviços de saúde em que se localizam. De acordo com a legislação vigente, compete às Secretarias de Educação atender à solicitação dos hospitais para o serviço de atendimento pedagógico hospitalar, a contratação de professores, a provisão de recursos financeiros e materiais.

Infelizmente, quando o assunto são as classes hospitalares, percebemos que a referida previsão normativa não extravasa os limites dos manuais de direito constitucional. Apesar de um público numeroso, a modalidade ainda não é uma realidade em todo o território nacional, sendo que o próprio Ministério da Educação (MEC) reconhece que há carências graves pelo país.⁵⁷

Em suma, estamos diante de milhares de crianças e adolescentes esquecidos em leitos hospitalares, vivenciando diariamente as “dores” da exclusão social, pois não há como negar a deficiência na implantação de políticas públicas adequadas, a fim de que exista apoio técnico e financeiro para a implantação e efetivação de mais classes hospitalares pelo país.

1. DO DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Os Direitos Fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente, devendo buscar concretizá-los, bem como incorporá-los no dia-a-dia de seus agentes.

Na tentativa de construir um conceito de Direitos Fundamentais, poder-se-ia dizer que, inicialmente, seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição, os quais o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas, ou seja, é o mínimo necessário para a existência da vida humana.⁵⁸

Segundo o entendimento de Canotilho, o local ideal para a positivação

⁵⁷BIBIANO, Bianca. *Ensino nas horas difíceis*. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/politicas-publicas/ensino-horas-dificeis-427724.shtml>>. Acesso em 04 de junho de 2014.

⁵⁸ BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002, p. 66.

jurídica dos direitos fundamentais é a Constituição, senão vejamos:

A positivação de direitos fundamentais significa a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Não basta uma qualquer positivação. É necessário assinalar-lhe a dimensão dos direitos fundamentais colocados no lugar cimeiro das fontes de direito: as normas constitucionais. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulso, ou até por vezes pura retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direitos constitucionais.⁵⁹

O Direito à Educação é um dos direitos fundamentais de segunda geração, também chamado de direito social, previsto em nossa Constituição Federal em seu artigo 6º. Mais adiante, no artigo 205, a educação é definida como “direito de todos e dever do Estado e da família”, prosseguindo ainda que será “promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.”

Trata-se, portanto, de norma constitucional de aplicabilidade imediata, de direito público subjetivo, um verdadeiro direito de crédito em face do Estado. Dessa forma, os direitos sociais, dentre os quais o Direito à Educação, exigem prestações positivas pelo Estado, direta ou indiretamente, enunciadas por meio de normas constitucionais, a fim de possibilitarem melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a concretizar a igualização de situações sociais desiguais. “São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade.”⁶⁰

No entendimento de Fernando de Brito Alves:

O princípio da igualdade, sobretudo, quando interpretado à luz de uma hermenêutica constitucional comprometida com o espírito do Constituinte, implica que seja promovida a igualdade material pelo Estado. Igualdade e liberdade, em uma instância, e igualdade e diferença em outra, não são antitéticas, mas são instâncias seletivas de valor que podem ser conciliadas tendo em vista a promoção da justiça social e a redução da discriminação e da marginalização de grupos sociais inteiros.⁶¹

⁵⁹ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 371.

⁶⁰ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 285-286.

⁶¹ ALVES, Fernando de Brito. *Margens do direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris. Ed., 2010, p. 141.

Isso, porque, a educação é capaz de fornecer os meios necessários para que o indivíduo reverta sua realidade e se prepare para um futuro mais promissor, convivendo entre iguais, tornando-se sujeito consciente de seus direitos e deveres.

Portanto, deve ser vista como um empreendimento coletivo, pois se baseia na transmissão de conhecimento técnico, aliado a valores éticos construídos pela sociedade em que o educando está inserido, a fim de proporcionar-lhe o crescimento intelectual e social, com a finalidade de formar o cidadão para ser membro ativo da sociedade, assegurando-lhe a interação paritária e, conseqüentemente, a sua inclusão social.⁶²

A educação não apenas se caracteriza como um direito da pessoa, mas também como seu elemento constitutivo, por isso também tratar-se de um autêntico direito da personalidade. Ademais, inquestionável a forte relação entre o princípio constitucional da dignidade humana e o Direito à Educação, não só por voltar-se a esta tutela da dignidade humana, como também por preservar elementos culturais da personalidade e da identidade social do indivíduo.

Todavia, justamente pelo fato de que a dignidade vem sendo considerada (pelo menos para muitos e mesmo que não exclusivamente) qualidade intrínseca e indissociável de todo e qualquer ser humano e certos de que a destruição de um implicaria a destruição do outro, é que o respeito e a proteção da dignidade da pessoa (de cada uma e de todas as pessoas) constituem-se (ou, ao menos, assim, o deveriam) em meta permanente da humanidade, do Estado e do Direito.⁶³

Em meio a este panorama jurídico, ao analisarmos sobre a ótica da igualdade de acesso e a qualidade da educação brasileira, é indispensável que respeitemos a diversidade. A ideia de uma educação “para todos” não pode acabar por massificar as diferenças individuais, já que não se pode garantir igualdade sem a devida tolerância à diferença.

Quando falamos em Direito à Educação, logo vem à mente a imagem da escola, como um lugar sagrado, estruturado como centro de saber. Contudo, é preciso dissociar tal relação a fim de visualizarmos o quão grandiosa é a questão.

Educação significa respeitar as especificidades de indivíduos e comunidades, incluir e preservar as diferenças, realizando a diversidade na igualdade como fundamento primeiro do ato educativo.⁶⁴

⁶² GÖTTEMS, Claudinei J.. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. *Revista Argumenta*, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 43-62, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/213/212>>. Acesso em: 11 Jun. 2014, p. 45.

⁶³ SARLET. Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 27.

⁶⁴ SOUZA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*. São

No entendimento de Ilton Garcia da Costa:

À educação e ao ensino cabem o papel de permitir e viabilizar o desenvolvimento da pessoa, enquanto ser social, em sentido mais amplo, possibilitando o pleno desenvolvimento humano, a solidariedade, o preparo para a cidadania e qualificação para o trabalho, ou seja, a justiça social.⁶⁵

Conforme disposto no artigo 1º da LDBEN (Lei 9.394/96), “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.” A verdadeira educação baseia-se em uma somatória de esforços, seja da família, do Estado e/ou da sociedade, somados à experiência pessoal do indivíduo, ou seja, deve ir além do conhecimento transmitido em sala de aula, devendo, ultrapassar os muros escolares.

Afirmar o direito da pessoa humana à educação é mais do que assegurar a possibilidade de leitura, escrita e cálculo. Significa garantir a toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como os valores morais, até a adaptação à vida social atual.⁶⁶

Nesse sentido, faz-se necessária uma nova abordagem a respeito do Direito à Educação Inclusiva, repensando a postura conservadora de que somente nos bancos escolares é possível sua prática. Para Eneida Simões da Fonseca, a dinâmica da classe hospitalar, chamada pela autora de escola hospitalar, assim se apresenta:

A escola hospitalar é o veículo pelo qual a criança hospitalizada, cidadã de direito, pode dar continuidade aos seus processos de desenvolvimento e de aprendizagem. É preciso garantir que a escola no hospital exista para seu aluno e esteja focada nesses processos. Com este olhar, essa modalidade de ensino se mostra promissora, apesar das imensas dificuldades observadas na educação brasileira.⁶⁷

A criação do atendimento educacional em ambientes hospitalares e domiciliares é fruto do reconhecimento formal, de que, independente do tipo e período de internamento, esses alunos têm direito à educação, ofertado a toda e

Paulo: Saraiva, 2010, p. 125-126.

⁶⁵ COSTA, Ilton Garcia da (2010). *Constituição e educação: autonomia universitária e a presença do Estado nas instituições de ensino superior particulares*. Tese Doutorado. Pontifícia Universidade Católica (PUC/SP). São Paulo, 2010. Orientação: Prof. Dra. Maria Garcia, p. 48.

⁶⁶ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* 9ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988, p. 34.

⁶⁷ FONSECA, Eneida Simões da. *Atendimento escolar no ambiente hospitalar* (livro eletrônico). São Paulo: Memnon, 2013, p. 95.

qualquer pessoa.

O fato é que o acesso a uma educação de qualidade ainda é privilégio de poucos em nosso país, e essa situação se agrava drasticamente no caso dos alunos que se encontram hospitalizados. Há, pois, um abismo entre o direito proclamado e o direito efetivamente desfrutado.

Norberto Bobbio afirma que o importante não é fundamentar os direitos do homem, mas protegê-los, ou seja, é a garantia e não os fundamentos dos direitos que precisam ser assegurados.⁶⁸

Assim, do anúncio do direito à educação à devida efetivação deste, existe uma grande distância a ser percorrida, já que a universalização da educação, no Brasil, ainda se apresenta como uma promessa de realização, a qual necessita de um forte investimento em termos de políticas públicas educacionais, no sentido de garantir a igualdade de acesso a todas as crianças e jovens, inclusive aos que se encontram hospitalizados.

2. AS CLASSES HOSPITALARES NA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

O artigo 205 da Constituição Federal de 1988 ao garantir ser a “educação, direito de todos e dever do Estado, e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, já nos remete ao direito de inclusão do indivíduo.

Na sequência, temos elencados no artigo 206 da Carta Magna os princípios em que o ensino deverá ser ministrado, dentre esses a “I - igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; II - liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber; III - pluralismo de ideias e de concepções pedagógicas (...)”

O artigo 214 da Constituição Federal, afirma ainda, que as ações do Poder Público devem conduzir à universalização do atendimento escolar. Contudo, diversas circunstâncias podem interferir na permanência escolar ou nas condições de construção do conhecimento ou, ainda, impedir a frequência escolar, temporária ou permanentemente.

É preciso esclarecer que antes da CF/88, o que havia sobre o assunto eram leis espaçadas como o Decreto nº 1044/69, sobre o atendimento domiciliar com o acompanhamento da escola em caso de alunos que necessitam de tratamento especial, bem como a Lei nº 6.202/75, no caso da aluna gestante, garantindo a partir do oitavo mês de gestação e durante os três meses seguintes o regime de exercícios domiciliares.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8069/90, mais especificamente nos artigos 4º, 7º, 11º, 53º e 57º, procurou abordar a garantia e direitos para crianças e adolescentes que se encontravam em condições de hospitalização, mas de forma genérica. Também nessa década, documentos como a Declaração Mundial de Educação para Todos (1990), a Declaração de Salamanca (1994) e a publicação pelo Ministério da Educação e do Desporto da

⁶⁸ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.09.

Política Nacional de Educação Especial (1994) passam a influenciar a formulação das políticas públicas da Educação Inclusiva.

Em 1996, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394/96 - LDBEN - dispôs que, a fim de garantir o cumprimento da obrigatoriedade do ensino, o Poder Público deveria criar formas alternativas de acesso aos diferentes níveis de ensino (art. 5º, parágrafo 5º), podendo organizar-se de diferentes formas para garantir o processo de aprendizagem (art. 23). Dentre as circunstâncias que podem exigir formas alternativas de acesso e organização do ensino, estão as relativas à Educação Especial.

Em seu artigo 58º, a LDBEN esclarece que Educação Especial é modalidade da educação escolar oferecida na rede regular de ensino, sendo que, no parágrafo segundo do referido artigo, complementa assegurando que este serviço poderá se dar em outros ambientes caso não seja possível à integração do aluno nas classes comuns do ensino regular. Assim, deu início à formalização da ideia de educação fora do ambiente escolar, uma vez que para os educandos com necessidades educacionais especiais, os sistemas de ensino devem assegurar currículos, métodos, técnicas, recursos educativos e organizações específicas para atender às suas necessidades (art. 59).

Dentre leis específicas sobre a questão, foi publicado em 17 de outubro de 1995 “Os Direitos da Criança e do Adolescente Hospitalizados”, através do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA), por meio da Resolução 41/95, no qual o artigo 9º aborda que estes têm “direito de desfrutar de alguma forma de recreação, programas de educação para a saúde, acompanhamento do curriculum escolar durante sua permanência hospitalar.”

Mas foi somente em setembro de 2001, que o Conselho Nacional de Educação instituiu as “Diretrizes Nacionais para a Educação Especial na Educação Básica”, por meio da Resolução nº 2, mais precisamente em seu artigo 13, onde se tratou da obrigatoriedade do sistema e utilizou-se a nomenclatura “classes hospitalares”:

Art. 13: Os sistemas de ensino, mediante ação integrada com os sistemas de saúde, devem organizar o atendimento educacional especializado a alunos impossibilitados de frequentar as aulas em razão de tratamento de saúde que implique internação hospitalar, atendimento ambulatorial ou permanência prolongada em domicílio.

Parágrafo 1º: As classes hospitalares e o atendimento em ambiente domiciliar devem dar continuidade ao processo de desenvolvimento e ao processo de aprendizagem de alunos matriculados em escolas da Educação Básica, contribuindo para seu retorno e reintegração ao grupo escolar, e desenvolver currículo flexibilizado com crianças, jovens e adultos não matriculados no sistema educacional local, facilitando seu posterior acesso à escola regular. ⁶⁹

⁶⁹ BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de educação Básica. Resolução

Com base nas legislações anteriores, a Secretaria de Educação Especial do MEC elaborou em 2002 um documento intitulado “Classe hospitalar e atendimento pedagógico domiciliar: estratégias e orientações”, com o objetivo de estruturar ações políticas de organização do sistema de atendimento educacional em ambientes hospitalares e domiciliares, na perspectiva da Educação Inclusiva, atendendo a diversidade dos educandos. O referido documento esclarece que cabe aos estados e municípios adaptar a legislação nacional e traçar orientações específicas para cada rede de ensino.

Compete às Secretarias Estaduais e Municipais de Educação, e do Distrito Federal, o acompanhamento das classes hospitalares e do atendimento pedagógico domiciliar. O acompanhamento deve considerar o cumprimento da legislação educacional, a execução da proposta pedagógica, o processo de melhoria da qualidade dos serviços prestados, as ações previstas na proposta pedagógica, a qualidade dos espaços físicos, instalações, os equipamentos e a adequação às suas finalidades, a articulação da educação coma família e a comunidade.⁷⁰

Dessa forma, compete ao sistema educacional e serviços de saúde, oferecerem assessoramento permanente aos professores, bem como inseri-los na equipe de saúde que coordena o projeto, fornecendo-lhe acesso aos prontuários. Ademais, deve ser assegurado ao professor de classes hospitalares o direito ao adicional de periculosidade e de insalubridade, assim como ocorre com os profissionais de saúde, direito estes previstos na CLT (título II, capítulo V, seção XVIII) e na Lei 6.514/77.

Em suma, as classes hospitalares foram criadas a partir da constatação da necessidade de assegurar à criança e ao adolescente a continuidade de sua escolarização, a fim de promover a socialização desses educandos por meio de uma Educação Inclusiva.

Cumpre às classes hospitalares e ao atendimento pedagógico domiciliar elaborar estratégias e orientações para possibilitar o acompanhamento pedagógico-educacional do processo de desenvolvimento e construção do conhecimento de crianças, jovens e adultos matriculados ou não nos sistemas de ensino regular, no âmbito da educação básica e que encontram-se impossibilitados de frequentar escola, temporária ou

CNE/CEB 2/2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 de setembro de 2001. Seção 1E, p. 39-40. Disponível em: < <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>>. Acesso em: 04 de junho de 2014.

⁷⁰ BRASIL. Ministério da Educação. *Classe hospitalar e atendimento pedagógico domiciliar: estratégias e orientações.* / Secretaria de Educação Especial. – Brasília: MEC; SEESP, 2002, p.19.

permanentemente, garantir a manutenção do vínculo com as escolas por meio de um currículo flexibilizado e/ou adaptado, favorecendo seu ingresso, retorno ou adequada integração ao seu grupo escolar correspondente, como parte do direito de atenção integral.⁷¹

Para que se concretize a proposta de uma Educação Inclusiva, é preciso que se respeite as situações singulares de cada educando, não se restringindo apenas ao ambiente escolar. A inclusão, como os demais movimentos provocados por grupos que historicamente foram excluídos da escola e da cidadania plena, é uma denúncia ao que Hannah Arendt chamou de “abstrata nudez”, pois é a inovação incompatível com a abstração das diferenças, para chegar a um sujeito universal.⁷²

Assim, não podemos nos esquecer que o objetivo na inclusão escolar é tornar conhecida e valorizada a diversidade como forma de condição humana favorecedora da aprendizagem. Nesse contexto, as limitações quanto ao deslocamento até a escola, ou seja, o fato desses educandos se encontrarem hospitalizados, não pode ser desprezado na elaboração do planejamento de ensino. O que realmente deve importar é a identificação de suas potencialidades, culminando com a construção de alternativas para garantir condições favoráveis à construção do conhecimento, bem como do resgate social, para que se tornem cidadãos de iguais direitos.

Infelizmente, apesar de legalmente reconhecidas, as classes hospitalares não fazem parte da realidade da grande maioria de crianças e adolescentes hospitalizados, os quais acamados acabam por serem privados do Direito à Educação durante o período de internação hospitalar.

3. ASPECTOS DA EDUCAÇÃO ESPECIAL INCLUSIVA NO ATENDIMENTO DOS EDUCANDOS HOSPITALIZADOS

De acordo com o paradigma da Educação Inclusiva, no qual todos têm direito à educação de qualidade e analisando as leis anteriormente citadas, tem-se que o trabalho das Classes Hospitalares é uma modalidade que se enquadra nos ideais da inclusão e, por consequência, da Educação Especial.

O discurso quanto à Educação Especial Inclusiva no país, em geral, só veio ganhar respaldo constitucional a partir da Constituição Federal de 1988, em seu artigo 3º, inciso IV, ao dispor sobre o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade qualquer outra forma de discriminação, assim como o disposto no artigo 206, inciso I, ao tratar de garantir a “igualdade de condições de acesso e permanência na escola”.

De acordo com o disposto pelo Conselho Nacional de Educação,

⁷¹ BRASIL. Ministério da Educação. *Classe hospitalar e atendimento pedagógico domiciliar: estratégias e orientações.* / Secretaria de Educação Especial. – Brasília: MEC; SEESP, 2002, p.13.

⁷² MANTOAN, Maria Teresa Égler. Igualdade e Diferença na escola: como andar no fio da navalha. In: _____. *Inclusão escolar: pontos e contrapontos.* São Paulo: Summus, 2006, p.17.

Resolução nº 2/2001 em seu artigo 3º:

Por educação especial, modalidade da educação escolar, entende-se um processo educacional definido por uma proposta pedagógica que assegure recursos e serviços educacionais especiais, organizados institucionalmente para apoiar, complementar, suplementar e, em alguns casos, substituir os serviços educacionais comuns, de modo a garantir a educação escolar e promover o desenvolvimento das potencialidades dos educandos que apresentem necessidades educacionais especiais, em todas as etapas e modalidades da educação básica.

Parágrafo único. Os sistemas de ensino devem constituir e fazer funcionar um setor responsável pela educação especial, dotado de recursos humanos, materiais e financeiros que viabilizem e deem sustentação ao processo de construção da educação inclusiva.

A Educação Inclusiva se constitui pelo apreço à diversidade como condição a ser valorizada, pois é benéfica à escolarização de todas as pessoas, respeita os diferentes ritmos de aprendizagem e propõe outras práticas pedagógicas, o que acaba por exigir uma ruptura com o instituído em sociedade e nos sistemas de ensino convencionais.⁷³

Assim, a Educação Especial na perspectiva da Educação Inclusiva se traduz no seu significado mais amplo, na medida em que visa construir políticas públicas promotoras de uma educação de qualidade para todos os alunos, respeitando suas peculiaridades, bem como atender eficientemente as necessidades e interesses daqueles que dela precisam.

Ao analisarmos a trajetória da legislação brasileira, percebemos que estamos vivendo um processo de banimento da segregação em nossas escolas e no ensino, vivendo, uma fase de transição entre a “integração” (inserção da pessoa para conviver em sociedade) e a sua “inclusão” (modificação da sociedade como pré-requisito para que as pessoas busquem seu desenvolvimento e exerçam a cidadania).

Se o atendimento pedagógico-educacional hospitalar é capaz de mediar as interações da criança hospitalizada com o mundo fora do hospital, a existência da escola hospitalar nada inviabiliza os conceitos de integração e normalização, mas, de fato, ratifica tais demandas para aqueles que necessitam de hospitalização. E, no âmbito da escola hospitalar, estar hospitalizado não é exclusão. A bem da verdade, trata-se de um conceito mais amplo:

⁷³ PRIETO. Rosângela Gavioli. Atendimento escolar de alunos com necessidades educacionais especiais: um olhar sobre as políticas públicas de educação no Brasil. In:_____. *Inclusão Escolar: pontos e contrapontos*. São Paulo: Summus, 2006, p. 40.

cidadania. A criança é, antes de qualquer coisa, um cidadão que, como qualquer outro, tem direito ao atendimento de suas necessidades e interesses mesmo quando está com sua saúde comprometida.⁷⁴

As condições clínicas que exigem a referida educação em classes hospitalar são, principalmente, as dificuldades de locomoção; imobilização parcial ou total, repouso relativo ou absoluto; imposição de horários para a administração de medicamentos, procedimentos invasivos, bem como a necessidade de estar acamado ou requerer a utilização constante de equipamentos de suporte à vida.

Além de um espaço próprio para a classe hospitalar, as aulas poderão desenvolver-se também em enfermarias, no leito ou quarto de isolamento, ou seja, tudo dependerá das restrições impostas ao educando devido a sua condição clínica ou em caso do tratamento assim solicitar.

Desta forma, a escola no hospital não se trata de uma escola propriamente dita, com suas edificações e estrutura física, mas sim uma escola com a amplitude que o processo educativo necessita. Uma escola que rompa com os limites arquitetônicos, não se prendendo a paredes ou locais específicos.⁷⁵

Assim, pensar no direito a uma Educação Inclusiva, ultrapassa a garantia constitucional de que o educando tenha o direito de frequentar os bancos escolares, devendo ser responsável também em fornecer elementos para a construção do pensamento humano, do senso crítico, da sociabilidade, da ética e de outros valores.

O escolar portador de enfermidade tem que reconstruir, após a alta hospitalar, grande parte da sua vida cotidiana, assumindo riscos que a maioria das crianças niveladas por idade não vivenciam. A inclusão na escola tradicional constitui uma dessas vivências que devem ser enfrentadas e reconquistadas pela criança oriunda de um período de hospitalização, pois a escola é vista dentro das representações da normalidade e a sua frequência denota o “status” de igualdade com as demais crianças. Há, portanto, uma necessidade, por parte deste aluno, de pertencer a um grupo social, de ser igual e aceito por este grupo. A obtenção do aceite social, reporta ao fortalecimento da auto-imagem, galgando o desenvolvimento de expectativas e firmamentos de padrões éticos de compromisso com sua sociedade.⁷⁶

⁷⁴ FONSECA, Eneida Simões da. *Atendimento escolar no ambiente hospitalar* (livro eletrônico). São Paulo: Memnon, 2013, p. 16 -17.

⁷⁵ AROSA, A.C.; SCHILKE, A.L. *A escola no hospital: espaços de experiências emancipadoras*. Niterói: Intertexto, 2007.

⁷⁶ ORTIZ, Leodi Conceição Meireles; FREITAS, Soraia Napoleão. Considerações acerca da inclusão escolar de crianças pós-hospitalizadas. *Cadernos de Educação*. Edição 2002. Nº 20.

A participação do educando em classe hospitalar faz com que este se perceba como membro do grupo e continue a se desenvolver, não apresentando tantos prejuízos acadêmicos e sociais quando retornar ao cotidiano escolar. Dessa forma, a prática da educação em ambiente hospitalar procura inserir a criança ou o adolescente enfermo novamente em seu meio educacional e principalmente social.

Portanto, além da contribuição das classes hospitalares à inclusão social dos educandos, há também a contribuição para com a humanização da assistência hospitalar.

Não há dúvidas de que o hospital precisa proporcionar aos seus pacientes e familiares, um ambiente mais humanizado, sendo que as classes hospitalares ajudam nesse processo já que estas se preocupam em levar para os educandos mais integração entre todos, amenizando os traumas da internação, trazendo assim, novas perspectivas e esperança de cura.

A complexidade do aluno da escola hospitalar não deixa de assemelhar-se à complexidade que encontramos no aluno da escola regular. Mas para o aluno hospitalizado, as relações de aprendizagem numa escola hospitalar são injeções de ânimo, remédio contra os sentimentos de abandono e isolamento, infusão de coragem, instilação de confiança no seu progresso e em suas capacidades.⁷⁷

Neste sentido, existem resultados que demonstram como o trabalho das classes hospitalares contribui para a recuperação clínica dos estudantes, reduzindo o tempo de internação destes, bem como amenizando dores e desconfortos do tratamento. Esse é o resultado de uma pesquisa conduzida pela professora Izabel Cristina Silva Mouta, do Instituto Helena Antipoff vinculado à Secretaria Municipal de Educação do Rio de Janeiro, a qual acompanhou 50 crianças por um mês em três hospitais diferentes da cidade e observou que o grupo que assistia às aulas teve níveis de estresse menores do que os que não passavam pelo atendimento.⁷⁸

Diante deste panorama, cumpre às classes hospitalares elaborar estratégias e orientações para possibilitar o acompanhamento pedagógico-educacional do processo de desenvolvimento e construção do conhecimento de crianças e adolescentes hospitalizados.

Apesar de todos os benefícios elencados, nota-se que ainda é preciso maior esclarecimento sobre a importância deste serviço para a comunidade, bem como para as secretarias de educação e saúde, a fim de que todos se

Disponível em: <<http://coralx.ufsm.br/revce/>>. Acessado em 09 de junho de 2014.

⁷⁷ FONSECA, Eneida Simões da. *Atendimento escolar no ambiente hospitalar* (livro eletrônico). São Paulo: Memnon, 2013, p. 34.

⁷⁸ BIBIANO, Bianca. *Ensino nas horas difíceis*. Disponível em: <<http://revistaescola.abril.com.br/politicas-publicas/ensino-horas-dificeis-427724.shtml>>.

Acesso em 04 de junho de 2014.

tornem conscientes da importância das classes hospitalares para a garantia de qualidade de vida e do direito de acesso à educação de crianças e adolescentes que se encontram hospitalizados.

CONCLUSÃO

Não há dúvida quanto ao fato de que a educação transcende o mero processo de ensino/aprendizagem dos bancos escolares, favorecendo, acima de tudo, o desenvolvimento da pessoa humana como um todo, a fim de que esta exerça em sua plenitude a cidadania. Por isso, o Direito à Educação é reconhecido como um direito fundamental social, devendo ser assegurado a todos, indiscriminadamente, servindo de alicerce para a construção de uma sociedade mais justa e solidária.

Nesse contexto, é possível pensar o hospital como um espaço de educação para crianças e jovens hospitalizados. Trata-se de uma forma alternativa de organização e oferta de ensino, que busca desenvolver atividades que contribuam para formação da cidadania, inclusão e que auxiliem a promover a humanização do tratamento durante o período de internamento dos educandos.

Infelizmente, verificamos que a escolarização de crianças e adolescentes hospitalizados não tem merecido atenção suficiente por parte do nosso poder público, sobrevivendo, muitas vezes da iniciativa de entidades filantrópicas ou convênios universitários, apesar de toda legislação vigente.

Em suma, a classe hospitalar, como modalidade da Educação Inclusiva, busca o atendimento educacional pautado nas potencialidades individuais da criança e do adolescente enfermos. Mais do que garantir o direito de acesso à educação, o atendimento educacional hospitalar contribui para que a educação se transforme num eficiente “remédio” contra o sofrimento físico, emocional e social dos educandos hospitalizados.

Referências

ALVES, Fernando de Brito. *Margens do Direito: a nova fundamentação do direito das minorias*. Porto Alegre: Núria Fabris. Ed., 2010.

AROSA, Armando C.; SCHILKE, Ana Lucia. *A escola no hospital: espaços de experiências emancipadoras*. Niterói: Intertexto, 2007.

BIBIANO, Bianca. *Ensino nas horas difíceis*. Disponível

em: <<http://revistaescola.abril.com.br/politicas-publicas/ensino-horas-dificeis-427724.shtml>>. Acesso em 04 de junho de 2014.

BRASIL. CONANDA. Resolução nº 41 de 17 de outubro de 1995. Dispõe sobre os Direitos da Criança e do Adolescente Hospitalizados. *Diário Oficial da União*. Brasília, Seção I, p. 16319-16320, 17/10/95. Disponível em:

<<http://portal.mj.gov.br/sedh/ct/conanda/resolu%E7%F5es/resolucoes.pdf>>. Acesso em: 04 de junho de 2014.

_____. CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. Câmara de educação

Básica. Resolução CNE/CEB 2/2001. *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 de setembro de 2001. Seção 1E, p. 39-40. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CEB0201.pdf>>. Acesso em: 04 de junho de 2014.

_____. Ministério da Educação. *Classe hospitalar e atendimento pedagógico domiciliar: estratégias e orientações.*/ Secretaria de Educação Especial. – Brasília: MEC; SEESP, 2002.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

COSTA, Ilton Garcia da (2010). *Constituição e educação: autonomia universitária e a presença do Estado nas instituições de ensino superior particulares*. Tese Doutorado. Pontífica Universidade Católica (PUC/SP). São Paulo, 2010. Orientação: Prof. Dra. Maria Garcia.

FONSECA, Eneida Simões da. *Atendimento escolar no ambiente hospitalar* (livro eletrônico). São Paulo: Memnon, 2013.

GÖTTES, Claudinei J.. DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO. *Revista Argumenta*, Jacarezinho - PR, n. 16, p. 43-62, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/213/212>>. Acesso em: 11 Jun. 2014.

MANTOAN, Maria Teresa Égler. Igualdade e Diferença na escola: como andar no fio da navalha. In: _____. *Inclusão escolar: pontos e contrapontos*. São Paulo: Summus, 2006.

ORTIZ, Leodi Conceição Meireles; FREITAS, Soraia Napoleão. Considerações acerca da inclusão escolar de crianças pós-hospitalizadas. *Cadernos de Educação*. Edição 2002. Nº 20. Disponível em: <<http://coralx.ufsm.br/revce/>>. Acessado em 09 de junho de 2014.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* 9ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

PRIETO, Rosângela Gavioli. Atendimento escolar de alunos com necessidades educacionais especiais: um olhar sobre as políticas públicas de educação no Brasil. In: _____. *Inclusão escolar: pontos e contrapontos*. São Paulo: Summus, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 23. Ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SOUZA, Eliane Ferreira de. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*. São Paulo: Saraiva, 2010.

EFETIVAÇÃO DO DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO: UMA ANÁLISE DE INSTRUMENTOS DE GESTÃO DE QUALIDADE

Flávia Elaine Soares Ferreira⁷⁹

Resumo:

O presente trabalho aborda a gestão de qualidade da educação analisando-se como base a avaliação existente na Educação Básica. Esta pesquisa teve como fundamento a efetivação dos direitos fundamentais sociais, em especial o direito à educação. Verificou-se que, o controle de políticas públicas inserido no âmbito no ciclo de políticas públicas está no âmbito da política educacional e, que, os instrumentos atualmente disponíveis são adequados, mas nem sempre eficazes para análise qualitativa da política educacional, uma vez que não seriam suficientes. Portanto, a realização do trabalho permitiu a análise de métodos qualitativos de gestão da qualidade empregados na Administração de empresas, que podem servir como ferramentas para aplicação na gestão pública e alteração de diretrizes governamentais a fim de se buscar o interesse público.

INTRODUÇÃO

Os direitos sociais são fruto de conquista e positividade mais recente da sociedade brasileira e, com isso, tornaram-se objeto de diversos estudos a fim de que se busque a efetividade.

A Constituição Federal traz a positividade de uma série de direitos sociais: a saúde, a educação, o trabalho, o lazer, a segurança entre outros direitos constitucionalmente garantidos. Dessa forma, urge a necessidade de efetivação dos direitos assegurados.

Esta breve pesquisa pretende analisar a implementação do direito social à educação e, sobretudo, à educação de qualidade.

Dessa forma, será feita uma análise do controle Administração Pública, de forma que se investigue como é possível a inspeção da consecução do interesse público no âmbito da Administração, aperfeiçoando a pesquisa no que diz respeito à análise do controle de qualidade da educação.

Para tanto será necessária a verificação de métodos que controlam a qualidade da educação pública e, desde já, servem como instrumentos para delineamentos de condutas administrativas a serem adotadas.

O estudo tem essencial importância para o Direito, uma vez que trata da efetivação de direitos e, em especial, do direito fundamental à educação de qualidade, tema tão contemporâneo, especialmente em razão da aprovação do Plano Nacional de Educação.

O método de pesquisa será o bibliográfico trazendo a lume algumas formas de controle de qualidade inseridas no âmbito da Administração de Empresas, a fim de averiguar-se a aplicabilidade destes na iniciativa pública, especialmente, na seara educacional.

⁷⁹Advogada. Professora universitária. Mestranda em Ciência Jurídica pela UENP. Integrante do Grupo de Pesquisa Políticas Públicas e Direitos Sociais. flavia.ferreira@adv.oabsp.org.br

1 O CONTROLE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

O controle vem atrelado à fiscalização do exercício de poder, a fim de coibir eventuais abusos de poder ou desvios de finalidade. Em relação ao Controle da Administração Pública a fiscalização tem como fundamento a persecução do bem comum.

A doutrina administrativista classifica o controle em político e administrativo. O controle político se fundamenta na necessária fiscalização das funções estatais, esse sistema de controle surgiu da célebre divisão dos poderes estudada por Locke e Montesquieu.

O controle político é exercido diuturnamente, como mecanismo que pretende inviabilizar o exercício arbitrário ou com desvio de finalidade em qualquer das funções estatais. Pretende-se o equilíbrio nas funções.

Por outro lado, o controle administrativo estará vinculado às instituições administrativas, fiscaliza-se a atividade financeira, a conveniência e oportunidade dos atos administrativos. O princípio da legalidade é o primeiro norte a direcionar a fiscalização administrativa, observe-se que diferentemente do que significa a legalidade para o particular. no caso da Administração Pública o princípio é de legalidade estrita, uma vez que na administração só é permitido fazer aquilo que a lei permite.

A doutrina alcunha a expressão pedras de toque do Direito Administrativo, essa expressão foi criada por Bandeira de Melo, e diz respeito aos princípios básicos, mais importantes do Direito administrativo, quais sejam: Princípio da supremacia do interesse público e Princípio da indisponibilidade do interesse público.

Com o advento da Emenda Constitucional nº 19/1998⁸⁰, além da persecução do interesse público passou-se a exigir que este seja buscado de forma eficiente. Desse modo, a finalidade pública tem de ser atingida na melhor medida possível.

Deve-se compreender que a fiscalização é forma de controle da Administração e deve ser utilizada como instrumento que visa garantir o interesse público.

Carvalho Filho (2007, p. 827) lembra que:

A abrangência do controle é bem ampla e alcança toda a atividade administrativa, alcançando assim todas as esferas de Poder, vale dizer, todos os Poderes da República. [...] o controle se exerce sobre todos os órgãos e agentes de caráter administrativo em todos esses Poderes. Bom exemplo é dos atos administrativos. Praticam-se atos

⁸⁰ 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).

administrativos no Executivo, no Legislativo e no Judiciário, e sobre todos eles será possível exercer o controle. O mesmo se dá em relação à gestão dos recursos públicos: assim como essa gestão se dá em todos os Poderes, é em todos eles que se exercerá o controle dessa gestão.

Ainda que existam diversas formas de controle, para que esta breve pesquisa não perca seu foco, a análise se dará apenas em relação ao controle Administrativo, que pode ser interno ou externo, segundo classificação elaborada por Carvalho Filho (2007).

Dentro da modalidade do controle administrativo existem instrumentos que pretendem viabilizar o controle, assim, é possível o controle ministerial⁸¹, o controle em razão da hierarquia orgânica⁸², fiscalização realizada em razão do direito de petição⁸³, revisão recursal⁸⁴, bem como outros instrumentos⁸⁵.

Entretanto, a fim de se direcionar a pesquisa a análise restringir-se-á ao controle de qualidade feito em relação ao destinatário do serviço público, controle este que não se enquadra especificamente nas classificações de Carvalho Filho, uma vez que possui parâmetros atribuídos pela própria Administração Pública, sendo que o destinatário final é quem acaba sendo avaliado e, por conseguinte, a qualidade do serviço educacional prestado.

1.1 O controle de qualidade da educação

A análise da qualidade da educação tem sido objeto de estudo e implementação em diversos países, finalidade é que passam a ser criadas

⁸¹ O controle ministerial é realizado pela Administração Direta sob os atos da Administração Indireta, sendo que a terminologia deriva do controle que os Ministérios (em âmbito federal) realizam o controle das pessoas jurídicas da Administração Indireta (em razão da descentralização das atividades), ocorre que, em razão da distribuição de competências, com fundamento no princípio da simetria, este controle pode ser realizado pelas Secretarias nos âmbitos estadual e municipal.

⁸² Controle realizado em razão da hierarquia dos agentes superiores.

⁸³ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: XXXIV - são a todos assegurados, independentemente do pagamento de taxas:

a) o direito de petição aos Poderes Públicos em defesa de direitos ou contra ilegalidade ou abuso de poder;

⁸⁴ Forma de controle realizada na possibilidade de propositura de recursos contra decisões administrativas.

⁸⁵ A legislação brasileira avança no sentido de viabilizar cada vez mais instrumentos de controle da atividade administrativa. A edição da Lei Complementar 101/2000, conhecida como Lei de Responsabilidade Fiscal foi uma das primeiras tentativas de se limitar a atuação do Administrador, em relação a gastos com pessoal e endividamento da máquina administrativa. Existem instrumentos judiciais que permitem que o particular, ou legitimados questionem atos da Administração, é o caso do Mandado de Segurança, da Ação Popular e da Ação Civil Pública, por exemplo. Em 2011 entrou em vigor a Lei da Transparência Pública (Lei 12.527) que objetiva disponibilizar instrumentos de acesso às informações sobre os gastos da Administração, com a finalidade de garantir a efetiva fiscalização realizada pelo cidadão.

avaliações continuadas dos estudantes e índices capazes de medir a qualidade do ensino, sendo que estes serão utilizados para determinar a implantação de melhorias e parâmetros mínimos desejados para o conhecimento dos alunos.

Os instrumentos avaliativos são essenciais para a verificação do aprendizado do aluno e determinação de investimento em áreas nas quais o aprendizado é deficitário.

Observe-se que a melhoria na qualidade da educação possui diversas modalidades de análise e investimento, sendo certo que os resultados das avaliações contínuas passam a ocupar posição central no sistema de gestão educacional uma vez que em razão destes se torna possível a verificação das áreas deficitárias e a destinação de recursos prioritários para estas.

No caso do Brasil a implantação de sistemas de avaliação inicialmente foi estadual e, com a criação da prova Brasil, em 2005, e estruturação do IDEB, em 2007, este último considerado um índice capaz de avaliar a qualidade da educação básica, passa a admitir o trabalho com metas e a verificação em números na qualidade da educação.

O IDEB é o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica, foi criado em 2007, pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep), sua formulação objetiva medir a qualidade do aprendizado nacional e estabelecer metas para a melhoria do ensino, e funciona como um indicador nacional que possibilita o monitoramento da qualidade da Educação pela população por meio de dados concretos, com o qual a sociedade pode se mobilizar em busca de melhorias.

É calculado a partir de dois componentes: a taxa de rendimento escolar (aprovação) e as médias de desempenho nos exames aplicados pelo Inep. Os índices de aprovação são obtidos a partir do Censo Escolar, realizado anualmente.

As médias de desempenho utilizadas são as da Prova Brasil, para escolas e municípios, e do Sistema de Avaliação da Educação Básica (Saeb), para os estados e o País, realizados a cada dois anos. As metas estabelecidas pelo Ideb são diferenciadas para cada escola e rede de ensino, com o objetivo único de alcançar 6 pontos até 2022, média correspondente ao sistema educacional dos países desenvolvidos.

1.2 Lei 13.005/ 2014: O Plano Nacional de Educação

O Plano Nacional de Educação se trata de uma lei com vigência de 10 anos, que institui bases educacionais com diversas diretrizes⁸⁶, dentre elas o

⁸⁶ Art. 1º Fica aprovado o Plano Nacional de Educação - PNE, com vigência por 10 (dez) anos, a contar da aprovação desta Lei, na forma do Anexo, com vistas no cumprimento do disposto no art. 214 da Constituição Federal.

Art. 2º São diretrizes do PNE:

I - erradicação do analfabetismo;

II - universalização do atendimento escolar;

III - superação das desigualdades educacionais, com ênfase na promoção da igualdade racial, regional, de gênero e de orientação sexual;

IV - melhoria da qualidade da educação;

de garantir a universalização da educação, a melhoria da qualidade da educação e a gestão democrática. Sendo certo que, devem ser estabelecidas políticas públicas orientadas ao cumprimento das metas estabelecidas no Plano Nacional de Educação.

São estabelecidas formas de controle da política pública educacional, a fim de se permitir a análise da qualidade desta e, em não sendo adequada, que se procedam alterações nos rumos das políticas educacionais⁸⁷.

O Projeto de lei que contempla o Plano Nacional de Educação conta com um anexo que contém 20 metas e estratégias a serem progressivamente cumpridas no prazo do plano. Estas metas vislumbram desde a garantia de amplo acesso à educação infantil, garantindo-se a diminuição do analfabetismo na população, bem como o aumento do acesso a cursos profissionalizantes e ao ensino superior. Suas metas ainda contemplam a ampliação dos cursos de pós-graduação *stricto sensu*, a fim de que se possa ampliar a formação de mestres e doutores. Suas metas finais contam com a estimulação da gestão democrática da educação, permitindo-se que grêmios estudantis e conselhos escolares auxiliem na gestão educacional.

V - formação para o trabalho e para a cidadania;

VI - promoção do princípio da gestão democrática da educação pública;

VII - promoção humanística, científica, cultural e tecnológica do País;

VIII - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade;

IX - valorização dos/as profissionais da educação;

X - promoção dos princípios do respeito aos direitos humanos, à diversidade e à sustentabilidade socioambiental.

⁸⁷ Art. 11. O Sistema Nacional de Avaliação da Educação Básica, coordenado pela União, em colaboração com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, constituirá fonte básica de informação para a avaliação da qualidade da educação básica e para orientação das políticas públicas necessárias.

§ 1º O sistema de avaliação a que se refere o caput produzirá, no máximo a cada 2 (dois) anos:

I - indicadores de rendimento escolar, referentes ao desempenho dos/as estudantes apurado em exames nacionais de avaliação, com participação de pelo menos 80% (oitenta por cento) dos/as alunos/as de cada ano escolar periodicamente avaliado em cada escola, e aos dados pertinentes apurados pelo censo escolar da educação básica;

II - indicadores de avaliação institucional, relativos a características como o perfil do alunado e do corpo dos/as profissionais da educação, as relações entre dimensão do corpo docente, do corpo técnico e do corpo discente, a infraestrutura das escolas, os recursos pedagógicos disponíveis e os processos da gestão, entre outras relevantes.

§ 2º A elaboração e a divulgação de índices para avaliação da qualidade, como o Índice de Desenvolvimento da Educação Básica - IDEB, que agreguem os indicadores mencionados no inciso I do § 1º, não elidem a obrigatoriedade de divulgação, em separado, de cada um deles.

[...]

§ 4º Cabe ao Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira - INEP a elaboração e o cálculo dos indicadores referidos no § 1º e do Ideb.

§ 5º A avaliação de desempenho dos/as estudantes em exames, referida no inciso I do § 1º, poderá ser diretamente realizada pela União ou, mediante acordo de cooperação, pelos Estados e pelo Distrito Federal, nos respectivos sistemas de ensino e de seus Municípios, caso mantenham sistemas próprios de avaliação do rendimento escolar, assegurada a compatibilidade metodológica entre esses sistemas e o nacional, especialmente no que se refere às escalas de proficiência e calendário de aplicação.

Dessa forma, referidas metas são estabelecidas pelo plano com a seguinte redação:

Meta 1: universalizar, até 2016, a educação infantil na pré-escola para as crianças de 4 (quatro) a 5 (cinco) anos de idade e ampliar a oferta de educação infantil em creches de forma a atender, no mínimo, 50% (cinquenta por cento) das crianças de até 3 (três) anos até o final da vigência deste PNE.

Meta 9: elevar a taxa de alfabetização da população com 15 (quinze) anos ou mais para 93,5% (noventa e três inteiros e cinco décimos por cento) até 2015 e, até o final da vigência deste PNE, erradicar o analfabetismo absoluto e reduzir em 50% (cinquenta por cento) a taxa de analfabetismo funcional.

Meta 11: triplicar as matrículas da educação profissional técnica de nível médio, assegurando a qualidade da oferta e pelo menos 50% (cinquenta por cento) da expansão no segmento público.

Meta 12: elevar a taxa bruta de matrícula na educação superior para 50% (cinquenta por cento) e a taxa líquida para 33% (trinta e três por cento) da população de 18 (dezoito) a 24 (vinte e quatro) anos, assegurada a qualidade da oferta e expansão para, pelo menos, 40% (quarenta por cento) das novas matrículas, no segmento público.

Meta 13: elevar a qualidade da educação superior pela ampliação da proporção de mestres e doutores do corpo docente em efetivo exercício no conjunto do sistema de educação superior para 75% (setenta e cinco por cento), sendo, do total, no mínimo, 35% (trinta e cinco por cento) doutores.

Meta 19: assegurar condições, no prazo de 2 (dois) anos, para a efetivação da gestão democrática da educação, associada a critérios técnicos de mérito e desempenho e à consulta pública à comunidade escolar, no âmbito das escolas públicas, prevendo recursos e apoio técnico da União para tanto.

O Plano Nacional de Educação, conta, ainda, com a disposição da vinculação de receitas públicas para o investimento na educação, mais um indício de que as condutas dos Administradores Públicos estarão cada vez menos discricionárias e mais vinculadas.

É o que pode ser notado na meta 20:

Ampliar o investimento público em educação pública de

forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto - PIB do País no 5º (quinto) ano de vigência desta Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio.

A demora na aprovação do Plano Nacional de Educação que inicialmente previa vigência de 2011 a 2020 de autoria do Executivo, já havia sido aprovada pelos deputados em 2012, contudo foi modificada no Senado, razão pela qual retornou para a Câmara dos Deputados.

Somente em 22 de abril de 2014 a Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 8035, de 2010, do Poder Executivo, proferiu parecer que aprovou o Plano Nacional de Educação.

E, finalmente, o Plano Nacional de Educação foi sancionado em 25 de junho e publicado no Diário Oficial da União em 26 de junho de 2014.

A análise e a evolução da qualidade da educação pública tem sido alvo de muita preocupação, contudo, nem sempre tem sido amparada por vontade política.

1.3 Projeto de Lei nº 7420 de 2006 A qualidade da educação básica e a responsabilidade dos gestores públicos na sua promoção

Este projeto de lei estabelece mecanismos para a análise de qualidade da educação e, ainda, critérios para a responsabilização dos gestores públicos.

A análise da qualidade da educação será aferida por avaliações nacionais, sendo que os resultados deverão ser utilizados para a determinação da alocação de recursos financeiros⁸⁸.

O Projeto de lei estabelece critérios de controle de qualidade da educação, tais como a titulação docente, jornada de trabalho e padrão de infraestrutura, e, ainda, a utilização dos resultados obtidos em provas aplicadas aos estudantes, tais resultados seriam utilizados como critérios para a destinação de recursos públicos.

A proposta do projeto de lei entre outros argumentos contou com a seguinte justificativa:

⁸⁸ Projeto de Lei nº 7420 de 2006: Art. 2º A qualidade do ensino fundamental e médio será periodicamente aferida pelo processo nacional de avaliação do rendimento escolar, previsto na lei de diretrizes e bases da educação nacional, conduzido pela União.

§ 1º A cada avaliação nacional realizada, as médias de resultados observadas em cada Unidade da Federação deverão ser superiores às verificadas na avaliação anterior, devendo para tanto ser desenvolvidas ações específicas, com a necessária alocação de recursos financeiros em volume compatível com os esforços a serem empreendidos em cada sistema e rede pública de ensino.

§ 2º Enquanto houver estudantes com desempenho inferior ao mínimo aceitável, definido em cada aplicação periódica dos instrumentos de avaliação nacional, as Unidades da Federação deverão desenvolver ações específicas, com a necessária destinação de recursos financeiros, compatível com as necessidades de superação das causas que estejam determinando as insuficiências observadas em seus sistemas e redes públicas de ensino.

Para tanto, é fundamental firmar compromissos com a elevação da qualidade e definir responsabilidades dos gestores públicos com relação a eles. Enfim, estabelecer uma legislação de responsabilidade educacional, voltada para a qualidade, com procedimentos claros para a sua promoção e com penalidades para aqueles que não os implementarem.

O parecer que analisou referido projeto de lei e outros que tratam da responsabilidade na educação contou com o parecer que entre outras conclusões, apresentou os seguintes apontamentos:

[...] A relevância social da oferta da educação de qualidade é inquestionável, um direito constitucional e um dever do Estado. O progresso nessa direção constitui um objetivo inafastável de política pública. O retrocesso, devido à omissão da gestão pública, portanto, deve ser considerado como inadmissível. Ora, o acesso aos cargos de governo se faz no ambiente político, de acordo com as normas que regem o sistema eleitoral. A legislação em vigor prevê algumas alternativas que, no exercício de cargo eletivo ou fora dele, tornam o cidadão inelegível. Parece plenamente razoável, dado o impacto da educação deficiente, resultante da inação do gestor público, que esta seja condição de inelegibilidade. A matéria, contudo, é objeto de lei complementar. Por essa razão, ela não é abordada no Substitutivo apresentado à apreciação desta Comissão. Este Relator, porém, considera que o debate do tema é de inquestionável importância. Assim sendo, oferece à apreciação dos ilustres Pares, um projeto de lei complementar, alterando a Lei Complementar nº 64, de 1990, para inserir, entre as condições de inelegibilidade, o retrocesso injustificado na qualidade da respectiva rede de educação básica, decorrente da falta de cumprimento dos requisitos de padrão de qualidade definidos na legislação.

Dessa forma, o parecer concluiu pela constitucionalidade dos projetos de lei apresentados e determinou a elaboração de um substitutivo que contemple as principais propostas.

A preocupação com a qualidade da prestação dos serviços públicos educacionais leva gestores de educação, administradores e também juristas a se questionar quais seriam as possibilidades da verificação da qualidade do sistema público educacional.

As avaliações de aprendizagem espalhadas prestam para o fim que se destinam? Elas de fato avaliam a qualidade da educação?

Eis que surge a hipótese de se aplicar à gestão pública ideias advindas

da evolução da gestão privada. Par tanto, se faz necessário o estudo da gestão de qualidade a fim de se concluir pela viabilidade ou não da transposição de métodos tipicamente privados na iniciativa pública.

2 GESTÃO DA QUALIDADE NA INICIATIVA PRIVADA: BREVES APONTAMENTOS

Diversos modelos de gestão da qualidade estão disponíveis para os administradores de empresas: análise de qualidade com base em dados estatísticos, análise da qualidade com verificação por toda a empresa, verificação com base na ausência de desperdício (eliminação do inspetor de qualidade e distribuição da responsabilidade pelo controle entre todos os empregados, que passam a ter a obrigação de interromper a produção quando verificada uma não conformidade, impedindo-se, assim, a fabricação de peças defeituosas).

Dentre as diversas maneiras do controle de qualidade a que mais se sobressai e que, é mais facilmente aplicada no setor público é a qualidade analisada por métodos quantitativos e modelos estatísticos, razão pela qual, neste estudo cinge o aspecto de análise à gestão de qualidade, cuja aplicabilidade, embora derivada da iniciativa privada, é viável no setor público.

A análise da qualidade por métodos quantitativos utiliza-se da inspeção por amostragem e permite-se a investigação das falhas produtivas que levam a resultados defeituosos.

A Avaliação de Qualidade por Inspeção e Amostragem sempre foi considerada um conjunto de modelos, que, se corretamente implementados, são capazes de gerar uma análise precisa da qualidade dos produtos e, por extensão, dos processos que os geram. Além disso, sempre foi, também, um conjunto de procedimentos cujos resultados servem de base para decisões que afetam diretamente a atividade produtiva, como, por exemplo, quanto à determinação de quais ações corretivas e preventivas devem ser implementadas para garantir níveis aceitáveis de qualidade (PALADINI, 2012, P.49).

Assim sendo, a análise por amostragem permite a economia de recursos e pode ser analisada como ferramenta para modificação de processo produtivo, quando as notas na inspeção levarem a esta conclusão.

É possível que a análise de qualidade seja feita com base em indicadores.

Os indicadores são definidos em bases quantitativas, por isso trata-se de um mecanismo mensurável. Observe-se que os indicadores avaliam de forma direta ou indireta o impacto do produto no consumidor, como, por exemplo, a satisfação.

Na gestão de qualidade por indicadores há necessidade de

estabelecimento de formas para medir a qualidade, não havendo que se falar em subjetividade, saliente-se que o indicador mede a avaliação de qualidade feita por quem consome o produto e não por quem o fornece.

A doutrina de gestão da qualidade aponta as vantagens dos métodos de gestão da qualidade baseada em indicadores, vantagens estas abaixo colacionadas que, se ajustam perfeitamente ao modelo de gestão da qualidade da política pública, especialmente, da educação. Pode-se notar que, as avaliações de aprendizagem adotadas pela Educação nacional levam em conta as ideais dos indicadores.

A definição dos indicadores é um passo relevante na implementação de processos participativos de gestão. De fato, definir os indicadores relevantes implica levar em conta uma considerável gama de elementos, que dificilmente uma única pessoa ou mesmo um grupo pequeno de pessoas poderia determinar com precisão. Usualmente, os indicadores tendem a mostrar prioridades que pessoas, setores ou áreas da organização possuem em relação a determinadas questões e, sobretudo, em termos de sua forma de atuação. Tem-se, assim, ao mesmo tempo um processo gerencial da qualidade que reflete uma visão abrangente e busca contemplar os diferentes valores importantes na organização.

Pela necessidade de que sejam definidos em bases quantitativas, os indicadores forçam as pessoas a pensar e agir de forma objetiva. Elementos subjetivos não são suficientes para definir um indicador.

A utilização de indicadores, mais do que qualquer outra corrente da administração, agregou à gestão da qualidade a noção de melhoria, introduzindo a ideia de que alterações consistentes nos níveis de qualidade fornecem mecanismos sólidos para a consolidação da qualidade. A rigor, é simples a ideia de melhoria: trata-se de uma ação cujos resultados atendem de forma mais adequada a um dado objetivo. A melhoria, assim, é definida como sendo uma ação (ou um conjunto de ações) cujo resultado conduz à efetiva aproximação de um objetivo a atingir. Como é necessário 'medir essa aproximação, deve-se, antes, avaliar quantitativamente o resultado da alteração e o objetivo. Os indicadores, assim, são essenciais neste processo.

Os indicadores também criaram um processo participativo no exercício da avaliação da qualidade. Com efeito, a determinação de quais indicadores devem ser utilizados para determinados processos de avaliação pressupõe que eles sejam definidos por todos os envolvidos no processo.

Espera-se, assim, que ocorram variadas contribuições neste esforço de definir-se o que deve ser considerado e como deve ser avaliado. Este aspecto reforça a amplitude de alcance da avaliação de qualidade com o uso de indicadores e compromete os envolvidos no empenho pelas melhorias (PALADINI, 2012, p. 59-60).

Pode-se verificar que a aplicação do controle de qualidade da iniciativa privada para a iniciativa pública no modelo de análise de indicadores pode ser implantada na gestão dos serviços públicos, e, ainda mais, analisando o método verifica-se a sua importância na aplicação dentro do ciclo de políticas públicas.

Em uma análise comparativa do ciclo de políticas públicas com uma cadeia produtiva em uma organização industrial ou com uma empresa prestadora de serviços, é possível verificar que a similitude de processos de escolha de decisões, implementação e correção de condutas pode ser analisada em ambos os setores. Razão pela qual é possível dizer que a gestão de qualidade por indicadores pode ser incluída no processo de políticas públicas, como fator que analisa a efetividade e, portanto, a qualidade da política pública adotada e, verificando-se a insuficiência, demonstrada nos resultados, pode ser adotada a mudança dos rumos da política pública.

Em relação a esta comparação, necessário colacionar o raciocínio de Santin (2004, p. 34-35):

A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. As políticas públicas correspondem ao planejamento e as obras e serviços públicos caracterizam a execução material da função.

Dessa forma, pode-se dizer que as políticas públicas seriam definidas por programas, que não se resumem em poucos atos, mas em procedimentos, cronogramas que devem ser seguidos.

Assim, segundo Bucci (2006) o programa seria uma fase de individualização da política pública, no qual há especificação dos objetivos a seguir, este processo de escolha de políticas públicas depende de uma ação com atos coordenados, que formalizam um processo, de escolha, implementação e avaliação da política pública.

Nesse sentido é a lição de Massa Arzabe (2006, p. 70): [...] é preciso ter claro que a política pública dá-se por ciclos, não sendo possível discernir de forma definitiva suas fases, por se verificar um processo de retroalimentação, onde a avaliação não é feita ao final, mas no curso da execução.

Assim, pode-se compreender que o processo da política pública denominado ciclo de políticas públicas identifica as seguintes fases: I identificação do problema; II organização de agenda com soluções possíveis; III

estabelecimento de objetivos; IV indicação de modos de execução (MASSA-ARZABE, 2006).

As avaliações de aprendizado existentes no sistema educacional são utilizadas como fatores que determinam a manutenção da política pública ou a alteração desta, de forma que se viabilize, inclusive, a destinação de recursos públicos para determinados setores.

Porém, os indicadores utilizados somente em relação aos índices de avaliações de aprendizagem podem resultar em índices falhos, vez que mascarados por condutas equivocadas dos educadores, tais como, direcionar o ensino para as avaliações e não para a aprendizagem como um todo, prática vista em algumas unidades da Federação e mais comum em relação às avaliações no Ensino Superior (ENADE) e, especificamente no exame da Ordem dos advogados do Brasil.

2.1 Análise da qualidade em serviços

A verificação de condições mínimas de qualidade dos serviços tem sido objeto de estudo pela Administração. Segundo Rotondaro e Carvalho (2012, p. 340) a qualidade do serviço é resultado de uma simples operação matemática de subtração: “qualidade do serviço = serviço percebido – serviço esperado”.

Quanto aos métodos de análise da qualidade do serviço empregados na iniciativa privada, o foco está no cliente, na percepção que este tem da qualidade do serviço prestado, nas lembranças sobre o tratamento no atendimento, tempo de espera, urbanidade dos funcionários entre outras características. Segundo Rotondaro e Carvalho (2012, p. 344): “O modelo de formação da percepção do cliente ajuda a identificar onde estão as causas de um eventual problema de qualidade”.

O modelo de avaliação da qualidade em serviços dos “5 GAPS” possui cinco fases distintas de análise da percepção dos clientes.

GAP 1

Falha na comparação da expectativa dos clientes sobre o serviço e na percepção dos gestores sobre as expectativas dos clientes.

Fatores-chave – GAP 1

1. Falta de orientação para conhecer o cliente.
2. Comunicação ascendente inadequada.
3. Quantidade excessiva de níveis gerenciais.

GAP 2

Falha na comparação entre especificações da qualidade do serviço e as percepções dos gestores sobre as expectativas do cliente.

Fatores-chave – GAP 2

1. Compromisso inadequado dos gestores com a qualidade dos serviços.
2. Percepção de inexecuibilidade.

3. Inadequação da padronização das tarefas.
4. Ausência de metas.

GAP 3

Falha na comparação entre o serviço prestado e as especificações de qualidade dos serviços

Fatores-chave – GAP 3

1. Ambiguidade nas atribuições.
2. Conflito entre as atribuições.
3. Problemas de adequação do trabalhador: tarefa.
4. Problemas de adequação da tecnologia.
5. Sistemas de supervisão e controle adequados.
6. Percepção de controle inadequado – ações.
7. Falta de trabalho em equipe.

GAP 4

Falha na comparação entre o serviço prestado e a comunicação com os clientes (marketing).

Fatores-chave – GAP 4

1. Falta de correspondência entre as promessas e o serviço prestado.
2. Coordenação entre marketing e operações.
3. Formação de expectativa coerente.
4. Comunicação durante o processo de serviço.

GAP 5

Falha na comparação entre o serviço percebido e a expectativa do serviço.

Esta falha acontece em decorrência das falhas do tipo 1 a 4 (Rotondaro e Carvalho, 2012, p. 344-346).

Dessa forma, difícil transportar a experiência no setor privado de análise de qualidade do serviço para o setor público, uma vez que o conhecimento do cliente, propostas de marketing instrumentos da análise da qualidade dos serviços privados não podem ser transportados para o setor público por serem inapropriados à realidade do interesse público, finalidade maior da Administração Pública.

2.2 Ferramentas da Gestão de Qualidade

As ferramentas de gestão de qualidade são utilizadas para implantar a gestão de qualidade. Em relação a estes métodos o estudo será restrito ao ciclo PDCA (*Plan, Do, Check, Act*), pois em razão de suas características pode ser considerado bem similar ao ciclo de políticas públicas.

O PDCA é dividido em quatro fases: planejamento, execução, controle e ação.

A fase do planejamento é responsável por determinar a ação que se pretende implantar. Na execução as ferramentas são colocadas em prática. No controle existe a avaliação, nesta fase se avalia o alcance dos resultados, nesta

etapa evidencia-se o caráter quantitativo das ferramentas. Na fase de ação estabelece-se uma melhoria contínua, já com análise dos resultados alcançados e implementação de melhorias para adequar eventuais desvios de percurso e qualidade. O ciclo PDCA completa-se quando da ação retorna-se ao planejamento.

Esta breve análise do ciclo do PDCA pode ser compatibilizada com a formação do ciclo de políticas públicas, vez que existe a fase de montagem de agenda (definição da política a ser adotada), formulação da política, implementação e avaliação, razão pela qual, é possível considerar a aplicação da ferramenta de gestão trazida pelo ciclo PDCA na Administração pública.

CONCLUSÕES

O controle da Administração Pública está cada vez mais incipiente no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que com o avanço das normas que garantem a efetividade de direitos a objetivou-se também a restrição das decisões discricionárias do administrador público.

Assim, a qualidade da política pública passa a ser tema de extrema importância na atualidade, uma vez que a positivação dos direitos sociais e a consequente efetividade destes exige, atualmente, a gestão de qualidade.

Nesta pesquisa para restrição do aspecto de análise adotou-se a educação, como direito social a ser verificado. Neste aspecto, verificou-se que no caso da educação, o controle da qualidade desta não estaria inserido em um campo que analisaria tão somente a qualidade do serviço prestado, mas faz parte do ciclo de política pública educacional, vez que no se os resultados de análise de qualidade apontados demonstrarem uma política educacional insuficiente deve-se promover a alteração da política, o reajuste dos valores investido e até mesmo a qualificação contínua de professores.

Verificada a preocupação com a qualidade de ensino e a existência de instrumentos disponíveis para que a implantação de melhorias seja possível, partiu-se para a análise dos meios de gestão de qualidade disponíveis na iniciativa privada, com o objetivo de se investigar se haveria a possibilidade de aplicação destes no setor público, em especial no fornecimento de educação pública.

Verificou-se que a adoção da gestão de qualidade baseada em indicadores é o método pelo qual a educação já é analisada, baseando-se em resultados, índices, sendo que estes analisam a qualidade do ensino ofertado, e por serem objetivos, também são capazes de demonstram situações socioeconômicas dos alunos.

Assim, a manutenção da gestão de qualidade educacional baseada em indicadores é um dos métodos mais eficazes de se avaliar a qualidade do ensino, uma vez que as avaliações feitas por amostragem são hábeis a demonstrar o aprendizado dos alunos e as disciplinas nas quais eles possuem maior dificuldade de compreensão, analisando também se os fatores econômicos interferem na aprendizagem do aluno de baixa renda.

Entretanto, ainda que eficaz o método pode ser falho, vez que é possível que as escolas deixem de ensinar o conteúdo programático da maneira mais adequada e passam a preparar o aluno apenas para a avaliação.

Dessa forma, o ideal seria estabelecer um novo índice capaz de avaliar a evolução gradual do aluno, e não apenas em algumas oportunidades.

Portanto, é possível concluir que a gestão da qualidade é essencial para que o direito à educação seja assegurado de forma adequada e, esta deve estar em melhoria contínua, uma vez que os índices atuais prestam para os fins que se destinam, contudo não são perfeitos, vez que algumas escolas, em razão dos incentivos acabam gerando bons índices, pois os alunos não são preparados para o aprendizado, mas sim para a avaliação de aprendizagem.

Referências

- BRASIL. Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira. Informações disponíveis em: <http://portal.inep.gov.br/>. Acesso em 10.04.14.
- _____, Grupo de Avaliação e Medidas Educacionais. *A avaliação externa como instrumento de gestão educacional nos estados*. Relatório Final. 2011. Disponível em: http://www.institutounibanco.org.br/wp-content/uploads/2013/07/avaliacao_externa.pdf. Acesso em: 20.04.14.
- _____, *O Plano Nacional de Educação*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28. 6.2014.
- _____, Projeto de Lei nº 7420 de 2006. *A qualidade da educação básica e a responsabilidade dos gestores públicos na sua promoção*. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/>. Acesso em: 24. 4.2014.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CAMBI, Eduardo Augusto Salomão. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. 2ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 18ª edição. Rio de Janeiro. Lumen Juris Editora, 2007.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988*. São Paulo: Atlas, 2007.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- PALADINO, Edson Pacheco. *Gestão da qualidade*. Coordenadores, Marly Monteiro de Carvalho, Edson Pacheco Paladini. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier: ABEPRO, 2012.
- ROTONDARO, Roberto Giliolli; CARVALHO, Marly Monteiro de. *Gestão da qualidade*. Coordenadores, Marly Monteiro de Carvalho, Edson Pacheco Paladini. 2ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier: ABEPRO, 2012.
- SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

INSERÇÃO DO DEFICIENTE NO TRABALHO: RESERVAS DE VAGAS E POLÍTICAS SOCIAIS COMO MEDIDAS PARA GARANTIR O PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Luna Stipp⁸⁹

Resumo

Pesquisou-se sobre a inserção do deficiente nas relações de trabalho, abordando a aplicação de princípios constitucionais dentre eles o da igualdade, de maneira a assegurar as condições de acesso aos direitos de todos os trabalhadores sem que haja limitação dependente do estado ou deficiência apresentada. Foi analisada a ratificação assinada pelo Brasil da Convenção dos Direitos das Pessoas com Deficiência destacando os pontos substanciais de garantias e direitos estendidos ao deficiente. Ressaltou-se a colisão de direitos que este tema propicia, bem como os critérios a serem buscados na realização da inserção do deficiente no ambiente de trabalho. Por fim, diante do poder incumbido ao Estado, advertiu-se sobre as políticas públicas as diretrizes aptas a direcionarem a sua postura como forma de inclusão dessa classe.

INTRODUÇÃO

Tem-se estudado e desenvolvido cada vez mais modalidades de ações afirmativas que buscam mitigar a desigualdade brasileira no sistema de inserção de pessoas com deficiência no trabalho de maneira a materializar as normas jurídicas que protegem a categoria.

Sabe-se que desde os primórdios da história humana os deficientes são tratados como um segmento excluído da sociedade e por ela discriminada. Contudo, com o passar dos anos diante das grandes guerras e da revolução industrial o mundo começou a desenvolver mecanismos capazes de reinserir na sociedade a pessoa que adquiriu deficiência ou até mesmo que já era possuidora desta desde seu nascimento.

Tendo em vista que o direito deve evoluir com as necessidades impostas pelos seus destinatários, no caso em tese, os deficientes, e visando minimizar a discriminação dessas classes mais vulneráveis, foi ratificada corajosamente pelo Governo Federal que assumiu perante a comunidade internacional a existência de discriminação em sua sociedade a Convenção n.159 de 1983, se comprometendo desde então a instituir modalidades para a Reabilitação Profissional e Emprego de Pessoas Deficientes.

De suma importância para essa categoria, a ratificação desta Convenção pelo Brasil propiciou a elas mecanismos de tutelas de seus direitos, uma vez que, fez previsão das formas de inclusão e não discriminação estimulando a criação de medidas positivas e políticas sociais.

Uma delas foi a edição do decreto 3298/99 que regulamentou a Lei 7853/89, que definiu a destinação do percentual mínimo de 5% de vagas nos concursos públicos, estas reservadas às pessoas portadoras de deficiência. Com

⁸⁹ Advogada. Especialista em Direito e Processo do Trabalho. Participante do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais e Democracia. Aluna especial do programa de mestrado do UNIVEM. lunastipp@hotmail.com

isso o Brasil atingiu cerca de 23,9% de sua população que segundo dados do IBGE⁹⁰ possuem deficiência.

Apesar da reserva legal imposta pelo constituinte, não foi possível, ainda, garantir plenamente o acesso dos deficientes ao serviço público e ao privado. Isso porque, em muitos concursos e empresas esse percentual estabelecido na Lei apresenta-se fracionado assim incapaz de ser garantido como, por exemplo, no caso de haver apenas uma ou duas vagas.

Por sua vez, encontra-se nesta questão o foco do presente trabalho: a reserva de vagas às pessoas deficientes no serviço público e privado atende plenamente os fins para os quais foram criadas? Como é possível implementar a garantia já existente na lei ou será necessário a introdução de novos mecanismos de integração social para efetivar o acesso dos portadores de deficiência nos serviços?

Com o intuito de solucionar referidas questões, faz-se necessário analisar como e se a pessoa com deficiência tem garantido o acesso ao trabalho e até que ponto a violação deste instituto despreza os princípios fundamentais, adentrando ao estudo das referidas garantias constitucionais.

Pauta-se da análise pormenorizada dos pontos supracitados, tendo como meta assumir uma posição adequada no que toca à viabilidade do instituto. Na busca do referido posicionamento, o trabalho apresenta as distintas correntes doutrinárias que abordam o assunto e suas fundamentações. Entretanto, mais do que posicionar-se, o desiderato do presente estudo configura-se em fornecer meios eficazes para a tratativa dessa questão na relação de emprego.

Imperioso iniciar os estudos esclarecendo a abrangência e incidência dos direitos fundamentais inerentes a todos seres humanos independentemente da classe social em que estão inseridos.

1. DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

1.1 Do Princípio da Igualdade e da não discriminação

A legislação ao tratar com desigualdade as pessoas deficientes buscou atingir fins objetivamente desejáveis e pertinentes, à medida que procurou combater a exclusão social de que foram, historicamente, vítimas. Incontestável, contudo, é o entendimento de que homens e mulheres deficientes ou não devem ser tratados com igualdade em suas relações de trabalho.

Assim, o que a lei deve tutelar é o trabalho do deficiente em suas especificidades e que não o diferencie da pessoa não deficiente naquilo em que se proclama a sua igualdade para que não se torne discriminatória, infringindo, por conseguinte as garantias constitucionais.

Como já mencionava Rui Barbosa: “a regra de igualdade não consiste senão em aquinhoar desigualmente aos desiguais, na medida em que se desiguam (...). Tratar com desigualdade a iguais, ou a desiguais com igualdade, seria desigualdade flagrante, e não igualdade real.”

⁹⁰ <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao>

No ano de 1919, a Constituição da OIT em seu artigo 41, preconizava que: “as normas ditadas em cada país a respeito das condições de trabalho devem assegurar um tratamento equitativo a todos os trabalhadores legalmente residentes no país.”

Também a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), em seu artigo 2º preconizava “a igualdade de direitos e liberdades, dentre elas a livre escolha do trabalho, sem distinção de raça, cor, sexo (...).”

A Convenção OIT n. 111 de 1958, ratificada pelo Brasil em seu artigo 1º, assim dispõe sobre a discriminação:

[...] distinção, exclusão ou preferência fundada em raça, cor, sexo, religião, opinião política, origem social ou outra distinção, exclusão ou preferência especificada pelo Estado- Membro interessado, qualquer que seja sua origem jurídica ou prática e que tenha por fim anular ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento no emprego e profissão.

A Constituição Federal busca reduzir as desigualdades sociais ao estabelecer no artigo 3º inciso III, que constitui um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: “erradicar a pobreza e marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”, bem como no inciso I do artigo 5º estabelece que “todos são iguais perante a lei sem distinção de qualquer natureza”. Ainda em seu inciso XXX do artigo 7º comanda a “proibição de diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil.”

Além desses dispositivos e mais especificamente sobre pessoas com deficiência tem-se em seu artigo 37, VIII, que a Administração Pública reservará percentual dos cargos e empregos públicos a pessoas com deficiência e definirá os critérios de sua admissão.

Ressalta-se ainda a Lei 8.213/91 que busca incluir o deficiente no ambiente de trabalho, mais precisamente em seu artigo 93, que versa ser obrigatório as empresas que constam com mais de cem funcionários preencher de dois a cinco por cento de seus cargos com pessoas portadoras de deficiência habilitadas ou com beneficiários da Previdência Social reabilitados.

Contudo, apesar da existência dessas normas que visam à inserção do deficiente no ambiente do trabalho salienta-se que a legislação ainda precisa evoluir quanto a esta disciplina principalmente no que tange a discriminação no momento da admissão pelo empregador, isso porque, apesar de ser legalmente vedada esta conduta ainda, não há norma que a especifique ou aplique qualquer punição ao empregador que a infrinja.

Esse problema também é observado na efetivação das garantias estabelecidas na normas jurídicas brasileiras que garantem a reserva de vagas a deficientes nos cargos públicos e privados. É patente que o princípio da igualdade perante a lei não é garantidor da igualdade almejada pela classe discriminada, isso porque, a efetividade das normas fundamentais não são

asseguradas pelo simples fato de terem sido inseridas no sistema Constitucional.

Joaquim B. Barbosa Gomes⁹¹ ao citar o jurista português Guilherme Machado Day⁹² traz seus dizeres esclarecedores, pertinentemente, ora transcritos:

[...] a concepção de uma igualdade puramente formal, assente no princípio geral da igualdade perante a lei, começou a ser questionada, quando se constatou que a igualdade de direitos não era, por si só, suficiente para tornar acessíveis a quem era socialmente desfavorecido as oportunidades de que gozavam os indivíduos socialmente privilegiados. Importaria, pois, colocar os primeiros ao mesmo nível de partida. Em vez de igualdade de oportunidades, importava falar em igualdade de condições.

Necessário pois, que se adote uma concepção substancial ou material de igualdade de modo que na operacionalização deste direito se desapegue do formalismo legal e se alargue a dinâmica de igualdade, assim com base no fato concreto o aplicador do direito desenvolva mecanismos que eliminem progressivamente a desigualdade presente na sociedade e proteja o interesse das pessoas mais fragilizadas.

É o que buscou o legislador com dinamismo ao editar as Leis acima citadas, mitigando as desigualdades dos portadores de deficiência estes possuidores de características específicas. No dizer de Flávia Piovesan:

[...] do ente abstrato, genérico, destituído de cor, sexo, idade, classe social, dentre outros critérios, emerge o sujeito de direito concreto, historicamente situado, com especificidades e particularidades. Daí apontar-se não mais ao indivíduo genérica e abstratamente considerado, mas ao indivíduo especificado, considerando-se categorizações relativas ao gênero, idade, etnia, raça, etc.⁹³

Assim, as garantias legais a proteção da pessoa deficiente se mostram razoáveis e necessárias não havendo violação aos princípios da igualdade e da não discriminação sendo plenamente sustentável o tratamento diferenciado prestado já que é nítida a desvantagem em que se encontram.

⁹¹Doutor em Direito Público pela Universidade de Paris-II (Panthéon-Assas), França. Professor da Faculdade de Direito da UERJ. Foi «Visiting Scholar» da Faculdade de Direito da Universidade de Columbia-NY, EUA. Membro do Ministério Público Federal (RJ). Autor das obras «La Cour Suprême dans le Système Politique Brésilien», editada pela Librairie Générale de Droit et Jurisprudence(LGDJ), Paris, 1994; e «Ação Afirmativa & Princípio Constitucional da Igualdade», Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2001.

⁹² O Princípio da igualdade no Direito do Trabalho, ed. Livraria Almeida, Coimbra, 1999.

⁹³ Flavia Piovesan, «Temas de Direitos Humanos», ed. Max Limonad, São Paulo, 1998, p. 130.

Contudo, não obstante as diversas garantias o princípio da igualdade não é observado no que tange as oportunidades de ingresso do deficiente no ambiente de trabalho público e privado. Isso porque a Lei reserva percentual que não é efetivo quando aplicado a categoria que cuida de pessoas e não de números pois, na maioria das vezes o que se observa é um conflito entre o que a Lei determina e o que a administração pública oferece.

Deste, conflito nasce a necessidade de criação de políticas sociais caracterizadas por ações afirmativas de modo que ao mesmo tempo em que se reconheça a necessidade de tratamento diferenciado aos deficientes também lhes sejam garantido o ingresso no trabalho independentemente da porcentagem estabelecida na Lei.

Só assim as pessoas com deficiência terão o princípio da igualdade assegurado e atingido em sua plenitude.

Destarte, antes de ingressar no desenvolvimento das políticas sociais necessário esclarecer e conceituar o que a doutrina e os juristas entendem por pessoas deficientes.

2. DAS PESSOAS DEFICIENTES

2.1 Conceito

A Organização Internacional do Trabalho - OIT traz o conceito de pessoas deficientes as definindo como: “todas as pessoas cujas possibilidades de se obter e conservar um emprego adequado e de progredir no mesmo fiquem substancialmente reduzidas devido a sua deficiência de caráter físico ou mental devidamente comprovada”.

O doutrinador Luiz Alberto David de Araújo, diferentemente, as definem como:⁹⁴

O que define pessoa portadora de deficiência não é a falta de um membro nem a visão ou audição reduzidas. O que caracteriza a pessoa portadora de deficiência é a dificuldade de se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade em se relacionar, de se integrar na sociedade. O grau de dificuldade para a integração social é que definirá quem é ou não portador de deficiência.

Deve-se atentar nessas diferentes definições ao fato de que a lei apesar de trazer uma acepção específica da deficiência esta é ineficiente se não efetuada concomitantemente à análise axiológica do direito defendido que como ressalva o doutrinador supracitado a qualidade da deficiência está no fato de seu possuidor não conseguir se integrar com a sociedade.

Observa-se que a legislação infraconstitucional brasileira, tardiamente, e

⁹⁴ “A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência”, (SILVA CALVET , 2013 apud ARAÚJO, Luis Alberto David p 23-24)

somente com o advento do Decreto n. 914, de 6 de setembro de 1993, trouxe a definição, genérica, em seu artigo 3º⁹⁵ deste segmento social, o que apesar de ser uma grande evolução ainda se mostrou insuficiente sendo necessário que o legislador editasse o Decreto nº 3.298, de 20 de dezembro de 1999 que especificou os tipos de deficiência.

Há na Lei especificações quanto às diversas doenças contudo, como disse o doutrinador Luiz Alberto David de Araújo, “o grau de dificuldade em se relacionar com a sociedade é que vai definir o portador de deficiência”, deste modo a deficiência apesar de não prevista legalmente pode ser constada em determinado caso particular.

Nesta esteira, as doenças não são taxativas e sim servem de parâmetro para tutelar um direito conquistado pela classe dos deficientes que podem adaptar a norma às suas necessidades fazendo a correta subsunção ao fato aplicando-a por analogia a tutela pretendida.

Ainda em relação ao assunto, imperioso antes de analisar a reforma constitucional empreendida pela ratificação da Convenção sobre os Direitos da Pessoa com Deficiência aprovada pela Organização das Nações Unidas e seus reflexos no nosso ordenamento, verificar o estudo desenvolvido para implementação das garantias contidas nas Leis, estes feitos através das políticas sociais.

3. DAS POLÍTICAS SOCIAIS

As políticas sociais também chamadas de ações afirmativas foram adotadas primeiramente nos Estados Unidos da América, concebidas inicialmente com o intuito de solucionar o que ocorria no seio daquela sociedade irrigada pela marginalização social e econômica dos negros, mulheres e deficientes, minorias étnicas nacionais.

São voltadas para a procura da efetivação dos princípios constitucionais, principalmente os fundamentais de modo a trazer do plano formal para o plano material a concretização das garantias estabelecidas na Lei.

Deste modo, além de buscarem combater as desigualdades também objetivam inserir na sociedade a atenção a utilidade e a necessidade de observância dos princípios constitucionais nos convívios humanos. Além disso, retrata o novo Estado moderno e atuante em todas as suas esferas principalmente jurídica que guarda a integridade da norma.

Nas palavras de Joaquim B. Barbosa⁹⁶:

Trata-se, em suma, de um mecanismo sócio-jurídico destinado a viabilizar primordialmente a harmonia e a paz

⁹⁵ Decreto n.914; Art.3º “Considera-se pessoa portadora de deficiência aquela que apresenta, em caráter permanente, perdas ou anormalidades de suas funções psicológicas, filosóficas ou anatômicas, que gerem incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano.”

⁹⁶ “O debate constitucional sobre as ações afirmativas” (JOAQUIM B. BARBOSA GOMES 2005, p.06) REFERENCIAR

social, que são seriamente perturbadas quando um grupo social expressivo se vê à margem do processo produtivo e dos benefícios do progresso, bem como a robustecer o próprio desenvolvimento econômico do país, na medida em que a universalização do acesso à educação e ao mercado de trabalho tem como consequência inexorável o crescimento macroeconômico, a ampliação generalizada dos negócios, numa palavra, o crescimento do país como um todo.

O ilustre jurista, ainda, atenta ao fato de que:

Nesse sentido, não se deve perder de vista o fato de que a história universal não registra, na era contemporânea, nenhum exemplo de nação que tenha se erguido de uma condição periférica à de potência econômica e política, digna de respeito na cena política internacional, mantendo no plano doméstico uma política de exclusão, aberta ou dissimulada, legal ou meramente informal, em relação a uma parcela expressiva de seu povo.

Neste diapasão as ações afirmativas se mostram como medicamentos destinados a solucionar o problema que enfrentamos no que tange a garantia do princípio da igualdade nos órgãos públicos e nas empresas privadas no que se refere a reserva de vagas destinadas aos portadores de deficiência.

Importante salientar ainda que o Brasil deu um grande passo quando ratificou a Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência ocasionando mudanças substanciais no cenário nacional.

4. RATIFICAÇÃO DA CONVENÇÃO DOS DIREITOS DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA

4.1 Mudanças ocasionadas no Brasil após a ratificação

O Brasil ao ratificar a Convenção Internacional sobre Direitos da Pessoa com Deficiência, aprovada pela ONU em 2006, pôs fim a um grande debate que se travava entre doutrinadores e o STF quanto a sua integração no ordenamento jurídico após a promulgação deste.

Decidiu-se então, que tais normas em decorrência dos parágrafos segundo e terceiro do artigo 5º da Constituição Federal ⁹⁷ assumem status de

⁹⁷ Art.5º CF: § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos

regras e princípios supralegais.

A Convenção visou tutelar os direitos desse segmento social instrumentalizando-o com normas que garantem o acesso das pessoas portadoras de deficiência aos direitos sociais e individuais até então mitigado pela falta de interesse do governo e sociedade.

Deste modo, a ratificação da Convenção procurou fornecer meios também para a sociedade que se mostra despreparada para entender as necessidades das pessoas portadoras de deficiência. Através da ratificação propiciou-se espaço para a criação de políticas públicas que buscassem superar as adversidades.

Dentre elas, a nomeação dos princípios normativos que são a autonomia, independência e dignidade inerente da pessoa com deficiência. A eliminação das barreiras arquitetônicas, linguística e medidas afirmativas estão previstas como forma de garantir a independência de ir e vir dessa classe que deve ser sempre ouvida e participar de questões que lhe digam respeito fazendo se jus ao seu lema *nothing about us whithout us*.

Cita-se como de suma importância para a inclusão educacional o artigo 24 da Convenção, uma vez que, versam que as crianças com deficiência devem estudar em escolas comuns sem discriminação e igualdade com as outras pessoas. Nos dizeres de Ricardo Tadeu Marques da Fonseca⁹⁸:

Devem ser empregados métodos especiais, inclusive quanto às linguagens adequadas, como o braile e língua de sinais ou, sistemas tecnológicos que supram as deficiências físicas e sensoriais, além de métodos pedagógicos para pessoas com deficiência mental e intelectual. Visa-se, com isso, assegurar-lhes igualdade de oportunidades educacionais inclusivas em todos os níveis, com objetivos específicos para o desenvolvimento do censo de cidadania, pertencimento social e da personalidade da pessoa com deficiência.

Pode-se afirmar que esse dispositivo é a base do sucesso das políticas públicas, isso porque a convivência entre crianças normais e deficientes propiciará e já vem propiciando a quebra de tabus de modo que na posterioridade será desnecessário a aplicação de política de ação afirmativa para a inserção dessa classe.

Importante salientar que as Escolas que tratam especificamente de pessoas especiais devem continuar a existir e executar seu trabalho contudo, sempre tendo em vista a colocação do deficiente em escola para alunos normais para que a inserção social ocorra gradativamente de maneira natural.

Conclui-se dessa maneira que a Convenção ratificada pelo Brasil é de

membros, serão equivalentes às emendas constitucionais

⁹⁸ “Lei 8.213/91 – obrigatoriedade de contratar e de criar meios eficazes para tanto” Ricardo Tadeu Marques da Fonseca -

suma importância para as diretrizes por ele adotada em relação à inclusão do deficiente em todas as esferas sociais inclusive a trabalhista que passará a ser analisada.

5. INSERÇÃO DO DEFICIENTE NO AMBIENTE DE TRABALHO

5.1 Do direito à integração

A Constituição Federal em seu artigo 6º garante como um direito de todos os cidadãos o trabalho, sendo ele um direito social visa como todos os outros da categoria, proporcionar ao cidadão a garantia à vida política, econômica e cultural individualmente.

Cristiane Ribeiro da Silva⁹⁹ ao escrever sobre o assunto afirma que:

[...] o direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência emanam de valores que fundamentam o Estado Democrático de Direito, como a Dignidade da Pessoa Humana, (art1º inc.III da CF) estando esses associados aos objetivos da República Federativa do Brasil, especialmente ao promover o bem de todos, sem preconceito de origem, raça, cor, sexo, ou quaisquer outras formas de discriminação.

Ressalta-se assim que o direito ao trabalho é garantido a todas as pessoas deficientes que tenham capacidade laboral e habilidade para o exercício do labor, isso porque é pacífico nos Tribunais que o trabalhador deficiente tem direito ao emprego.

Sabe-se que a pessoa com deficiência assim como todas as outras que buscam sua inserção no ambiente de trabalho a faz com o propósito de buscar sua dignidade que neste caso é obtida ofertando ao mercado sua energia que será convertida em dinheiro que garantirá seu sustento; sua dignidade.

Assim, juristas e legisladores devem observar e estabelecer limites a essas relações, pois o empregador ansiando apenas o lucro não se abstém de infringir direitos e garantias dos trabalhadores que muitas vezes se abnegam dos direitos acobertados no ordenamento.

Diante dessas situações surge a necessidade de aplicar ao caso concreto a correta proteção ao trabalhador deficiente no momento de sua contratação através de tutelas protetivas e reparatórias de maneira que seja garantido o princípio da igualdade que hoje é fracionado nas porcentagens estabelecidas na Lei.

⁹⁹ SILVA, CRISTIANE RIBEIRO DA. “O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência e os efeitos da interdição”. CD/LTR - Vol. 71, nº 10, Outubro de 2007 – pág. 1228. Material da 6ª aula da Disciplina Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho - Universidade Anhuera-Uniderp - REDE LFG - 2013.

6. DAS TUTELAS A INSERÇÃO DO TRABALHADOR DEFICIENTE

O empregador ao negar labor ao deficiente sem que haja uma justificativa plausível, ou seja, que mostre a incompatibilidade do serviço com a deficiência do trabalhador, pratica um ato ilícito e como tal deve se indenizar conforme prescrição do artigo 402¹⁰⁰ do Código Civil, aplicado subsidiariamente na Justiça do Trabalho.

Amparando-se no artigo 5º, V da CF e artigo 186 do Código Civil indubitável é que aquele que sofre dano imaterial ou moral deve ser reparado isso é o que efetivamente ocorre no caso em testilha onde o trabalhador deficiente ao ser negado ao emprego é discriminado, ato este que pode ser definido como “a conduta pela qual se nega a alguém, em função de fator injustamente desqualificante, tratamento compatível com o padrão jurídico assentado para a situação concreta vivenciada.”¹⁰¹

Destarte, constatada a discriminação caberá ao judiciário, quando chamado a intervir “extirpar o ato ilícito constante na discriminação e restabelecer a manifestação de vontade válida subjacente através da declaração de existência do vínculo jurídico de trabalho desde a data em que deveria a relação ter sido pactuada”¹⁰².

Ocorrendo esta situação nascerá ao trabalhador a escolha de ser integrado na relação trabalhista ou receber indenização dobrada como forma de reparação do dano pessoal por ele sofrido, ampara-se analogicamente a situação prevista na Lei 9.029/95 que trata da reintegração.

Alerta-se ao fato de o empregador diante desta iminente situação contratar novo trabalhador para desempenhar a função que se prestaria o deficiente, alegando então a não existência de vaga para sua integração. Propõe-se assim como Calvet, a contratação forçada pelo empregador como medida pedagógica para a coibição de tal prática.

Há ainda quem sinaliza a existência dos chamados lucros cessantes que seriam aqueles que o trabalhador efetivamente deixou de ganhar em decorrência do ato discriminatório devendo, todavia, ser ressarcido também deste prejuízo.

O que se adverte é a existência do ato ilícito e como decorrência sua devida reparação devendo, contudo, ser analisado cada caso de maneira particular e ser imposto à medida que melhor se adéque a situação do trabalhador. Assevera-se, além do mais, o imperativo do legislador em confeccionar leis que prevejam a existência da discriminação do deficiente no

¹⁰⁰ Art. 402 C.C: “salvo as exceções expressamente previstas em lei, as perdas e danos devidas ao credor abrangem, além do que ele efetivamente perdeu, o que razoavelmente deixou de lucrar”.

¹⁰¹ DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 4 ed., p. 774.

¹⁰² CALVET, Otávio Amaral. “Discriminação na Admissão: Direito à Integração”, Disponível em [//www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Direito%20à%20Integração%20%20Otavio%20Calvet.pdf](http://www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Direito%20à%20Integração%20%20Otavio%20Calvet.pdf). Material da 3ª aula da Disciplina Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho - Universidade Anhanguera-Uniderp - REDE LFG - 2013.

ambiente de trabalho e assim legislar sobre as medidas punitivas de combate.

O mesmo rigor que deve ser aplicado a esfera particular deve o ser na esfera pública isso porque, o Estado deve ser o exemplo a ser seguido pelo seu povo assim as medidas inclusivas devem ser iniciadas internamente, ou seja, a começar nas contratações de seus servidores.

No caso concreto o que se tem observado é que o judiciário procura preservar os direitos fundamentais contidos na Constituição de modo a atingir a liberdade e igualdade inerentes dos brasileiros, como bem trata Boaventura de Sousa Santos “temos o direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza”¹⁰³

Neste sentido tem concluído o Superior Tribunal em recentes julgados:

Nos termos do julgado proferido no RE nº 227.299/MG, da relatoria do Ministro Ilmar Galvão, ‘a exigência constitucional de reserva de vagas para portadores de deficiência em concurso público se impõe ainda que o percentual legalmente previsto seja inferior a um, hipótese em que a fração deve ser arredondada. Entendimento que garante a eficácia do artigo 37, inciso VIII, da Constituição Federal. Recurso extraordinário conhecido e provido’.¹⁰⁴

Ao candidato aprovado e classificado em concurso público para vaga destinada aos portadores de deficiência, deve ser assegurada à convocação para o seu preenchimento, ainda se o cálculo do percentual legalmente previsto resultar em número fracionado, hipótese em que deverá ser arredondado para cima. Precedente do STF.¹⁰⁵

Assim, buscando atingir os fins constitucionais tenta-se inserir a pessoa deficiente de maneira a integra-la no ambiente de trabalho e assim, minimizar as desigualdades que ainda podem ser verificadas.

CONCLUSÃO

Inicialmente as ações afirmativas tinham como objetivo inculcar nas pessoas com poder decisório um encorajamento à inserção das classes discriminadas na sociedade. Ineficaz, o Estado desenvolveu mecanismos

¹⁰³ SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458.

¹⁰⁴ TRF 1ª região - AMS 2003.01.00.037201-0 - Minas Gerais - Quinta Turma - Relator Desembargador João Batista Moreira - DJ 25/11/2004 - p. 41

¹⁰⁵ TRF 1ª região - AC 2002.33.00.008292-2 - Bahia - Sexta Turma - Relator Desembargador Souza Prudente - DJ 10/05/2004 - p. 154.

coercitivos, exigindo cotas rígidas onde foi possível alcançar os portadores de deficiência, o negro a mulher e as diversas outras classes historicamente discriminadas.

Hoje, o que se observa é que as políticas sociais são compulsórias e facultativas ou voluntárias, usadas como mecanismos jurídicos concebidos para quebrar a dinâmica da discriminação que nada mais é do que a redução da perspectiva de uns em benefício de outros, de modo que haja um influxo daqueles que se beneficiam da exclusão desse grupo fragilizado.

Coube ao Estado nesta feita, atuar de maneira ativa na busca da mitigação das desigualdades sociais que se sabe dentre outras tem como público alvo as pessoas deficientes.

Isso porque no estudo esboçado esclareceu-se que as proclamações jurídicas por si só não são suficientes para garantir a inserção e a isonomia das classes mais fragilizadas, daí a necessidade das ações afirmativas. Essa postura adotada pelo Estado garante a reversão do quadro social que finca âncoras na tradição cultural de que o deficiente é limitado nos exercícios laborais.

Ainda mais, apresenta o caráter multifacetário a medida que não possuem conteúdo meramente proibitivo e punitivo antes de tudo precedem a discriminação estimulando a inserção.

Neste diapasão a exemplaridade na adoção dessas medidas incentivadoras será o elemento de transformação social apto a causar as alterações culturais necessárias na sociedade, uma vez que, servirão de exemplo às gerações posteriores.

Ainda, importante salientar que, o conceito atual de pessoa com deficiência, constitucionalmente adotado pelo Brasil por força da ratificação da Convenção Internacional da ONU sobre Direito das pessoas com Deficiência, supera o aspecto clínico de cada indivíduo. Traz as limitações para a sociedade que constantemente deve desenvolver mecanismos para a inserção das pessoas com deficiência no trabalho.

Buscando superar as barreiras econômicas e sociais o Estado por meio de políticas sociais deve inserir essa classe discriminada no trabalho e o judiciário garantir a efetivação e aplicação das normas constitucionais.

Ademais deve-se sinalizar para a necessidade de investimentos no desenvolvimento de setor de qualificação das pessoas deficientes para que não se torne corriqueiro o empregador não preencher as vagas destinadas aos deficientes por não ter no mercado profissional deficiente qualificado para o serviço desenvolvido.

Conclui-se, dessa maneira que o Brasil apesar de interessado em promover a inclusão do deficiente, principalmente no que tange ao ambiente de trabalho, deve investir na criação de institutos e profissionais que trataram de iniciar essa inserção social desde a educação fundamental e média. Iniciando-se esse trabalho desde criança, estimulando a convivência com a diferença esta passará a ser vista e vivida normalmente quando adultos.

Além disso, as crianças deficientes desenvolverão suas habilidades sem que a deficiência as impeça de praticar atos da vida comum. Quanto antes desenvolvidas antes poderão ser inseridas no mercado de trabalho respeitável e

apto às suas limitações.

Referências

- BITTAR, Carlos Alberto. *Curso de Direito Civil V 1*. Rio de Janeiro: Forense, 2004
- _____. *Consolidação das Leis do Trabalho*, 9ªed. São Paulo: Saraiva 2010
- _____. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: 9º ed. São Paulo: Saraiva 2010.
- CALVET, Otávio Amaral. “Discriminação na Admissão: Direito à Integração”, Disponível em: www.nucleotrabalhistacalvet.com.br/artigos/Direito%20à%20Integração%20%20Otavio%20Calvet.pdf . Material da 3ª aula da Disciplina Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho - Universidade Anhanguera-Uniderp - REDE LFG - 2013.
- DAY, Guilherme Machado. *O Princípio da igualdade no Direito do Trabalho*. Ed. Livraria Almeida, Coimbra, 1999.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso e direito do trabalho*. 5ed. São Paulo;Ltr, 2006.
- FONSECA, Ricardo Tadeu Marques. “Lei 8.213/91 – obrigatoriedade de contratar e de criar meios eficazes para tanto”. Disponível em <http://www.inclusive.org.br/?p=24068>.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. *O debate constitucional sobre as ações afirmativas* Disponível em www.mundojuridico.adv.br em julho/2002.
- IBEGE disponível em <http://7a12.ibge.gov.br/vamos-conhecer-o-brasil/nosso-povo/caracteristicas-da-populacao>
- MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 22 ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- SILVA, CRISTIANE RIBEIRO DA. *O direito ao trabalho da pessoa portadora de deficiência e os efeitos da interdição*. CD/LTR - Vol. 71, nº 10, Outubro de 2007 – pág. 1228. Material da 6ª aula da Disciplina Direitos Fundamentais e Tutela do Empregado, ministrada no Curso de Pós-Graduação Lato Sensu TeleVirtual em Direito e Processo do Trabalho - Universidade Anhanguera-Uniderp - REDE LFG - 2013.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SOUSA SANTOS, Boaventura de (Org). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo cultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 458
- TRF 1ª região - AMS 2003.01.00.037201-0 - Minas Gerais - Quinta Turma - Relator Desembargador João Batista Moreira - DJ 25/11/2004 - p. 41.
- TRF 1ª região - AC 2002.33.00.008292-2 - Bahia - Sexta Turma - Relator Desembargador Souza Prudente - DJ 10/05/2004 - p. 154.

LEGALIZAÇÃO DA DROGA, SEGURANÇA PÚBLICA, RISCO SOCIAL E FAMILIAR E RESPONSABILIDADE DO ESTADO.

Renato Garcia ¹⁰⁶
Valter Foletto Santin ¹⁰⁷

Resumo:

A recente legalização da droga no Uruguai reacende o interesse jurídico no Brasil, para debate sobre a viabilidade e as consequências de liberação do uso de drogas. A questão será abordada sob a ótica do método hipotético-dedutivo. O Uruguai disciplinou e regulamentou o cultivo, a distribuição, a venda e o uso da maconha (*Cannabis sativa L.*). Tal posicionamento trouxe novamente ao debate a questão da legalização do uso da droga e da continuidade da repressão, proibição e punição, nos moldes da legislação brasileira vigente. A questão envolve uma série de fatores que demonstram o prejuízo à saúde da população, o impacto negativo da segurança pública e também ao custo financeiro ao próprio Estado, com ônus financeiro dessa decisão na prestação de serviços de saúde pública, segurança pública e de assistência social e familiar.

INTRODUÇÃO.

A legalização da droga provoca múltiplos reflexos médicos, sociais, familiares e na própria prestação de serviços públicos, com interesse de estudos em várias áreas científicas, como na Medicina, Psiquiatria, Psicologia, Assistência Social, Ciência Política e também no Direito. Os precedentes decorrentes da liberação da droga no Uruguai e de recentes decisões judiciais, manifestamente contrárias à legislação vigente, têm acirrado o debate e colocado em cheque todo o sistema de combate ao tráfico ilícito de drogas.

Um número elevado de encarcerados tem vinculação direta ou indireta com drogas, por ligação com o próprio tráfico de entorpecente ou consumo de droga na prática de outros delitos. A liberação da produção, comércio e consumo de droga pode impactar ainda mais a segurança pública, no aumento da violência e da criminalidade, especialmente pela possibilidade de transformação em agronegócio, a saúde pública, no custeio de tratamento terapêutico de recuperação de dependentes e as doenças correlatas, e na própria influência social e familiar, por aumento de conflitos sociais e no seio da família, pela convivência com pessoa viciada e com alteração de higidez mental.

¹⁰⁶ Mestrando pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP (Campus de Jacarezinho), área de Concentração: Estado e Responsabilidade - Questões Críticas. Juiz de Direito de Cambará/PR. Membro do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Contato: drrenatogarcia@uol.com.br

¹⁰⁷ Professor do programa de Mestrado em Ciências Jurídicas da Uenp (Campus de Jacarezinho), Doutor em Processo e Promotor de Justiça em São Paulo. Líder do Grupo de pesquisa Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Contato: santin@uenp.edu.br

1 - DROGAS POLÍTICA DE REPRESSÃO.

O tráfico de drogas, por anos, vem sendo a maior causa de proliferação da criminalidade no Brasil. Quer pelo próprio tráfico em si, considerado pela legislação como delito de gravidade extrema, como ainda pelos delitos conexos, normalmente voltados ao patrimônio, e que vêm contribuindo, sobremaneira, para a crise na segurança pública. A questão é tormentosa já que a decisão do Estado em permitir e regulamentar o uso, a venda e o cultivo de entorpecentes não irá inibir a atuação de grupos criminosos. Atuam e continuarão a atuar na clandestinidade.

O Brasil já possui um exemplo típico e frustrado de convivência entre o lícito e o ilícito. Aqui os jogos lícitos patrocinados pelo Governo, por intermédio da Caixa Econômica Federal, proliferam, fazendo do Estado o maior explorador dessa modalidade de entretenimento. Lado outro, ao contrário do que se esperava, ainda continua atuante e em plena atividade os jogos ilícitos, paralelos à atuação Estatal e que representam a fonte de renda mais vultosa das organizações criminosas, dentre eles os bingos e o jogo do bicho.

A repressão insípida da legislação vigente, contravenção do jogo do bicho, tem levado à proliferação desse tipo de prática, muitas vezes exercidas pelos próprios detentores das permissões dos jogos lícitos (lotéricas). Movimentam, principalmente, os recursos decorrentes de origem escusas e não declaradas ao Estado. As drogas representam hoje na sociedade um mal de tal magnitude que afeta não apenas as relações sociais, mas também as familiares, a saúde e, principalmente, a segurança pública.

Organizações criminosas atuam paralelamente ao Estado, movidas e custeadas pelo comércio de drogas, pelos jogos ilícitos e outras atividades clandestinas. Criam um sem número de dependentes químicos que acabam desaguando no, já falido, sistema da saúde pública. Isso sem contar o número considerável de encarcerados inseridos no sistema penal superlotado, com mínimas chances de recuperação.

2 - POLÊMICA SOBRE LIBERAÇÃO DE DROGAS.

O homem é um ser sociável, movido pelas vantagens e segurança decorrentes da vida em grupo. Dessa necessidade de coabitação social surgiu um regramento básico de convivência, visando regulamentar as relações entre os membros da sociedade, criando uma norma de conduta comum desejável. O atendimento aos interesses coletivos exige uma natural limitação dos interesses individuais. Os primórdios das relações humanas têm origem na família, base estrutural de toda a sociedade.

Como já dizia ROUSSEAU (2012, p. 25):

A família e, pois, o primeiro modelo das sociedades políticas; o chefe é a imagem do pai; o povo é a imagem dos filhos e sendo todos nascidos iguais e livres não alienam a liberdade, senão para a sua utilidade. A

diferença toda é que, na família, o amor do pai pelos filhos compensa os cuidados que lhes dedica, e que no Estado o prazer de comandar supre o amor que o chefe não tem por seu povo.

Ora, o pressuposto da vida em sociedade é a cessão de parte dos direitos individuais em prol do bem comum. ROUSSEAU (2012, p. 40) traz um parâmetro de viabilidade dessa pretensão de vida em comunidade: *Cada um de nós reúne sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral; e nós recebemos num corpo cada membro, como parte indivisível do todo*. Mas esse pensamento harmonioso concebido em situações ideais, não vigora de forma plena na sociedade.

Os regramentos existentes objetivam, justamente, regular a atuação Estatal para a violação das normas gerais de conduta, impondo ao infrator uma sanção. De fato, o caráter geral e abstrato da norma social permite que a vontade do todo prevaleça sobre a vontade individual, criando uma situação de pacificação social. As violações de regras sociais aprovadas pelo todo ensejam sanções que objetivam, justamente, coibir tais condutas incompatíveis. Com sanções proporcionais às transgressões, obtém-se modelos de conduta ideais, esperados de todos os que integram determinado grupo social.

A evolução da sociedade exige o constante aprimoramento das regras gerais, de forma que as normas de conduta do todo devem se amoldar à realidade social. O estudo do delito, do criminoso e das consequências na sociedade, implica em diversas conclusões, a depender do enfoque da abordagem. Não se perquire sobre os dados anexos a essa violação, principalmente os fatores ligados ao infrator e sua realidade social e os reflexos sociais da conduta delituosa.

Em geral, na maioria dos países, a legislação vigente reprime de forma veemente, o uso e, principalmente, o comércio de drogas em face dos malefícios que tal atividade provoca na assistência social e familiar, na saúde pública e, principalmente, na segurança pública. Tal posicionamento tem permanecido constante, até que recentes questionamentos tem reacendido o debate em torno da legalização da droga, ou pelo menos de algumas delas. Quando se fala em drogas, não se deve pensar apenas na questão do comércio clandestino e no vício dele decorrente.

A situação abordada envolve muito mais do que isso. Há outras atividades criminosas que estão ligadas, que vão, desde o jogo ilícito, 'jogo do bicho', 'bingo'; até os delitos conexos, como os delitos patrimoniais e contra a pessoa, todos vinculados ao custeio do vício (criminalidade de provisão) e ao exercício do tráfico (criminalidade consequencial). Também deve ser analisado os danos causados à saúde física e psíquica do usuário e sua família. Toda a sistemática de ilicitude gira em torno da droga, desde a produção, distribuição, venda e consumo.

As drogas, na atualidade, constituem a principal causa dos altos índices de criminalidade, quer em face dos crimes de provisão quer os de consequência. No contexto mundial há uma intensa política repressiva tanto do uso quanto do

comércio, tornando a atividade ilícita e vinculada intimamente com as organizações criminosas. No Brasil, o combate ao uso e ao tráfico de drogas era regulamentado pela Lei 6368/76. Punia-se o tráfico com pena mínima de três anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por força da Lei 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos e Equiparados).

A tolerância social à prática ilícita evoluiu, sendo que o próprio Supremo Tribunal Federal reconheceu a inconstitucionalidade do regime integralmente fechado no HC 82.859-7. Logo em seguida a essa decisão, a legislação foi alterada, entrou em cena a Lei 11.340/2006, ratificando o entendimento restritivo do STF, relativamente ao regime integralmente fechado. Atualmente, a jurisprudência recente do STF e do STJ tem permitido a fixação do regime inicial de cumprimento semiaberto e até mesmo aberto (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006).

Há entendimentos recentes no sentido de se permitir substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. No entanto, tais progressos não repercutiram positivamente na redução da criminalidade, nem dos crimes de produção, nem dos consequência, relativamente ao tráfico de drogas. A posição de maior tolerância às drogas vem de encontro com as políticas de prevenção do vício, tanto do tabagismo quanto do álcool. Os prejuízos sociais como aumento da criminalidade e sociais, pela exclusão do usuário e também a marginalização de sua família causará repercussão negativa, caso implantada a legalização pretendida, com reflexos políticos e sociais imprevisíveis.

3 - POLÊMICA SOBRE LIBERAÇÃO DAS DROGAS.

Os avanços na jurisprudência nacional objetivando atenuar o rigorismo legal de combate ao tráfico de drogas não é situação isolada. Diversos movimentos atuais objetivam não apenas a redução do rigorismo legal de combate ao tráfico, mas a própria legalização da droga. Um precedente atual que tem causado intenso debate no cenário internacional é a liberação da maconha no Uruguai. Notícias recentes dão conta de que o governo uruguaio regulamentou por decreto o cultivo, o plantio, o comércio dentro de um regramento pré-determinado. A Lei foi aprovada no final do ano passado, (BBC, 2013).

O governo do Uruguai, por intermédio de um decreto presidencial autorizou o Estado (uruguaio) a controlar o cultivo e a venda da maconha no país. Segundo a reportagem, G1 (02.06.2014):

Em maio, o governo do presidente uruguaio José Mujica assinou decreto que autoriza o estado a controlar o cultivo e a venda da maconha. O ato legaliza a produção, a comercialização e a distribuição da droga no país sul-americano. Com a nova legislação, fica autorizado aos uruguaios três formas de acesso à maconha: manter até seis

plantas da droga em casa, participar de clubes de cultivo com até 45 membros ou comprar em farmácias autorizadas.

A realidade uruguaia é diversa da brasileira, tanto em termos de população quanto em termos de território. Mas mesmo com tais disparidades, a medida recém-editada causa polêmicas, resistência e protestos. O próprio governo uruguaio não sabe ao certo quais serão as consequências dessa política. Admite o aumento do número dos usuários, o que gera problemas de duas naturezas. O primeiro deles é a necessidade de gerenciamento de um “estoque do produto” a fim de se evitar a falta. O segundo serão os malefícios que tal política causará aos usuários e em suas famílias. Neste sentido G1 (02.06.2014):

“Talvez [a legalização da maconha] aumente o número de usuários, é uma hipótese. Dizem que o maior problema dos usuários de drogas é que são onipotentes. E não acreditamos que tenhamos que ser onipotentes em política. [...] Se conseguirmos, com um conjunto de ferramentas, modificar os padrões de consumo de maconha [gerando redução do consumo], estaríamos ante um êxito”, disse Calzada no Senado.

O representante do governo Mujica informou que seu país vinha tomando todas as medidas de combate à droga recomendadas por organismos internacionais na busca pela redução da oferta e da procura por drogas. No entanto, segundo Calzada, os índices de criminalidade no Uruguai subiram nos últimos anos apesar dos esforços das autoridades.

As medidas envolvem risco à saúde pública, já que, os usuários da maconha estarão sujeitos aos mesmos problemas daqueles decorrentes dos usuários do cigarro ou da bebida. Mas a prática demonstra que não é apenas a saúde do usuário que fica comprometida. O vício decorrente das drogas agride de forma violenta a própria família do usuário, que vê seu ente querido se consumir pelo vício, sem que nada possa ser feito. Não procede a argumentação de que os males ainda são desconhecidos e que não existem estudos científicos. A questão foi abordada em diversos trabalhos, como aquele constante da revista *Veja* (16/11/2012):

Maconha não faz menos mal do que álcool ou cigarro. Cada um desses vícios agride o organismo a sua maneira, mas, ao contrário do que ocorre com a maconha, ninguém sai em passeata defendendo o alcoolismo ou o tabagismo. Diz um dos mais respeitados estudiosos do assunto, o psiquiatra Ronaldo Laranjeira, da Universidade Federal de São Paulo: “Encarar o uso da maconha com leniência é uma tese equivocada, arcaica e perigosa”.

Os malefícios à saúde são evidentes, principalmente pelo fato de ser a porta de entrada para as drogas mais “pesadas”, como o “crack” e que levam o usuário a um caminho sem volta. Estudos mostram que o uso da maconha gera problemas como a perda do rendimento acadêmico, acidentes na condução de veículos automotores e ainda doenças psiquiátricas, como psicoses e depressão. Neste sentido Larajeira:

A maconha é a principal droga ilícita utilizada no Brasil, com cerca de 10% dos adolescentes fazendo uso regular. Apesar do aumento regular do consumo dessa droga, fruto de uma percepção cada vez maior de que seja uma droga sem nenhum problema para a saúde, as evidências científicas cada vez mais apontam para uma série de problemas, como perda do rendimento acadêmico, acidentes de carro e aumento de uma série de doenças psiquiátricas como psicose e depressão. Estima-se que 1 milhão de usuários de maconha façam uso diário dessa substância, que são os dependentes.

Em recente matéria sobre os malefícios da maconha, o médio VARELLA (Folha, 2014), demonstra que, 9% das pessoas que experimentam se tornam dependentes. 25 a 50% das pessoas que fazem uso diário exibem sintomas de dependência e possuem crise de abstinência. Há relação de diminuição do QI e dificuldades de aprendizado dos adultos jovens que fumam na adolescência. O uso regular da maconha aumenta os riscos de ansiedade, depressão e psicose em pessoas com vulnerabilidade genética. A maconha está relacionada com situações que envolvem pobreza, desemprego e estímulos culturais, insatisfação com a vida.

Pode-se concluir que as perdas com essa política será muito maior do que os virtuais ganhos econômicos. O usuário nem sempre terá disponibilidades financeiras para custear o vício, de forma que o Estado deverá disponibilizar a droga em quantidade suficiente como política pública “inclusiva”. De quebra, deverá também custear o tratamento do usuário dependente, dentro de um sistema de saúde pública em pleno colapso. Sem embargo dessa realidade ainda resta a questão social decorrente da desestruturação familiar, que também caberá ao Estado.

Note-se que em política recente, o Estado de São Paulo disponibilizou a chamada “bolsa crack” visando o tratamento do usuário no valor mensal de R\$ 1.350,00 (um mil, trezentos e cinquenta reais) por pessoa, PORTAL TERRA (2013). Mas o custo efetivo de um tratamento de qualidade é muito maior. No Estado de Minas Gerais, esse valor é de R\$ 900,00 (novecentos reais), PORTAL IG (2011). A verdade é que tais valores são insuficientes para custear todo o tratamento necessário e, principalmente, para manter as famílias dos usuários durante esse tratamento. Os reflexos sociais do vício são catastróficos para o usuário e para sua família.

A questão não está em debate apenas no Uruguai. No Brasil, há muito tempo há grupos pretendendo a legalização das drogas, principalmente da maconha. Inclusive, há estudos em andamento no Senado Federal, sob a condução do Senador Cristovam Buarque. Tais estudos foram iniciados por provação de um manifesto de mais de vinte mil assinaturas. Conforme notícia obtida no site do SENADO (14.02.2014):

A sugestão de um projeto que regulamente o uso recreativo, medicinal ou industrial da maconha vai ser relatada pelo senador Cristovam Buarque (PDT-DF). A assessoria do senador informou que Cristovam pediu à Consultoria Legislativa um estudo sobre a viabilidade de transformar a ideia em projeto de lei, para tramitação formal. Ele vai apresentar o resultado à Comissão de Direitos Humanos e Legislação Participativa (CDH).

De acordo com a sugestão recebida pelo Portal e-Cidadania, que recebeu mais de 20 mil manifestações de apoio, o uso da maconha deve ser regulamentado, assim como ocorre com as bebidas alcoólicas e os cigarros. A proposta prevê ainda que seja considerado legal "o cultivo caseiro, o registro de clubes de cultivadores, o licenciamento de estabelecimentos de cultivo e de venda de maconha no atacado e no varejo e a regularização do uso medicinal".

Segundo as regras do Portal e-Cidadania, ao receber mais de 20 mil apoios, uma sugestão é enviada à CDH para exame prévio. É a comissão que decide se a ideia será transformada em projeto de lei ou não. A análise prévia foi encaminhada a Cristovam pela presidente da comissão, senadora Ana Rita (PT-ES).

O terreno trilhado é perigoso, desconhecido, e as consequências imprevisíveis. A única certeza que se tem é que tal política não trará benefícios sociais, muito pelo contrário, o próprio governo uruguaio admite o aumento considerável no número dos usuários. Políticas públicas deverão ser revistas para num primeiro momento fornecer a droga e, num segundo momento, fornecer ao usuário o apoio médico e assistencial para sua família. A maconha é a porta de entrada para as drogas mais pesadas e a população jovem será a maior prejudicada com essa nova política que se pretende implantar.

4 - PRECEDENTE DA LEGALIZAÇÃO DO JOGO.

É cediço que há muito tempo a prática dos jogos de azar vem sendo monopolizada pelo Estado, através dos diversos tipos de loterias, organizadas e controladas por intermédio da Caixa Econômica Federal. Tal monopólio veda, a exploração de tais atividades pelo particular. Não obstante a proibição, quer por

uma questão cultural, quer pela pouca expressividade da punição (contravenção penal), ela é praticada e difundida costumeiramente. Os principais fomentadores do jogo ilícito são as organizações criminosas que, constantemente dirigem os recursos para atividades ilícitas, normalmente ligadas ao tráfico de drogas.

A verdade é que a proibição legal não veda a atividade ilícita, pelo contrário, a fomenta. A punição inexpressiva auxilia a prática ilícita, e não inibe a atuação dos particulares na exploração das mais variadas espécies de jogos de azar. O resultado de tal realidade é a existência de uma organização paralela ao Estado explorando tal atividade para o mundo crime. Para o Estado o interesse é econômico e o monopólio, um interesse altamente rentável.

O STF já sedimentou o entendimento a respeito pela Súmula Vinculante nº 2, considerando inconstitucional lei estadual ou distrital que disponha sobre sistema de consórcios, sorteios, inclusive bingos e loterias. Trata-se de matéria privativa da União e somente por ela pode ser regulamentado. Aliás, tal interpretação decorre da competência privativa da União para legislar sobre sistemas de consórcios e sorteios.

A Súmula Vinculante nº 2, incluiu também as expressões “BINGOS” e “LOTÉRIAS”, ao texto constitucional em verdadeira interpretação constitucional, vinculando ao monopólio da União a exploração de tais atividade. Mas o precedente citado não abarca a discussão acerca da formalização do exercício do jogo lícito no país. O foco principal do debate é o fato de que, mesmo proibido, o jogo ilegal continua a ser exercitado no país, clandestina e paralelamente ao jogo lícito explorado pelo Estado.

Tal precedente demonstra que a situação tende a se repetir. Existe a tendência de continuidade do comércio ilícito de drogas, paralelamente ao virtual comércio lícito. No exemplo do Uruguai, a droga legalizada, ou seja, a maconha está sendo vendida em farmácias ou cultivada pelos usuários em quantidade limitada (tanto o cultivo quanto a venda em farmácias). A grande dificuldade do modelo proposto, sem dúvidas, é o controle pelo Estado, estabelecer o que é lícito e o que é ilícito.

Se na atualidade o Estado brasileiro não consegue controlar nem mesmo o tráfico clandestino de drogas, não poderia controlar o comércio lícito. De fato, basta uma simples visita na jurisprudência para se constatar que a atividade ilícita do jogo clandestino se desenvolve paralelamente à atividade do Estado, sem que exista qualquer controle efetivo. A hipotética legalização que se pretende das drogas, com certeza produzirá os mesmos efeitos já concretizados no jogo clandestino.

Na verdade, se o modelo adotado aqui for semelhante ao do Uruguai, por certo, haveria limitações por usuários, relativamente ao cultivo e a venda em locais determinados pelo governo. Caso o usuário pretenda adquirir uma quantidade maior da droga, somente teria como alternativa o comércio clandestino, que sempre estará à disposição para atendê-lo, desde que se pague o “preço da ilegalidade”. Da mesma forma, se pretendesse a aquisição de outro tipo de droga que não a permitida, somente sobraria o comércio clandestino.

O exemplo do Uruguai não pode ser considerado como parâmetro para

o Brasil, já que nem mesmo lá, se sabe quais serão os efeitos concretos decorrentes de nova política incipiente. Dessa forma, a pretensa legalização da comercialização da droga, seja a maconha seja outra qualquer, não é questão que permita uma conclusão pacífica ou de consenso. O tráfico de drogas é gerenciado pelas organizações criminosas, que não irão paralisar suas atividades do dia para a noite. Segundo CALLEGARI (2010, p. 95):

O crime organizado, antes relacionado a pequenos grupos praticantes e ações delituosas, hoje figura, como consequência da globalização e dos avanços tecnológicos, como uma das formas de criminalidade mais preocupantes na sociedade contemporânea. Inseridas em nossa sociedade globalizada, as organizações criminais transformaram um mercado de ingressos ilegais organizados de forma artesanal em um mercado ilícito empresarial gerenciado internacionalmente. Os avanços tecnológicos nos sistemas de comunicação, de transmissão de informação e de transporte foram fundamentais para determinadas atividades do crime organizado.

Portanto, o debate está no início, mas são várias as implicações concretas que inviabilizam a pretensão. Efetivamente, os malefícios da liberação pretendida ultrapassam os benefícios supostos.

5 - RISCO - SEGURANÇA PÚBLICA.

O vício de drogas produz outros efeitos, além daquele decorrente da saúde do usuário e dos reflexos sociais negativos em sua família. A principal causa de agravamento do risco social na atualidade tem ligação direta com o tráfico de drogas. As drogas caminham ao lado do vício, já que, se o usuário puder controlá-la, não haverá o consumo desenfreado e inconsequente. Como se observa, não se trata de legalizar, pura e simplesmente, trata-se da total incapacidade de se lidar com todos os efeitos secundários e consequentes que tal política irá acarretar.

Sem embargo de tal realidade, vem a questão do risco no agravamento da segurança pública, decorrente da instabilidade do viciado, do abalo psicológico de sua família, da atuação dos grupos organizados de traficantes. O tema leva à reflexão da temática da sociedade de risco. Sobre o assunto merece destaque CALLEGARI (2010, p. 15):

Em preciosa síntese, Beck (1998, p. 29-30) demonstra a arquitetura social e a dinâmica política dos riscos a partir de cinco teses, a saber: a) riscos gerados pelo processo de modernização são muito diferentes das riquezas, uma vez que eles podem permanecer invisíveis, assim como ser transformados, ampliados ou reduzidos conforme os

interesses em jogo; b) os riscos contém um efeito boomerang, atingindo também aqueles que os produziram (ninguém está seguro diante deles); c) esses riscos não rompem com a lógica do desenvolvimento capitalista, mas, pelo contrário, são considerados um 'grande negócio' na medida em que proporcionam o aumento das necessidades da população (em especial no que diz respeito à questão da segurança); d) em face das situações de risco, o saber adquire um novo significado: nas situações de classe o ser determina a consciência, enquanto que nas situações de risco a consciente determina o ser; e) esses riscos conhecidos possuem um conteúdo político explosivo: o que até então considerava-se apolítico transforma-se em político.

Quando se fala em sociedade de risco, é possível antever que o Estado deve manter uma política própria de inclusão, para atenuar o risco decorrente da convivência social e de suas desigualdades. A virtual liberação das drogas demanda a elaboração de políticas públicas de controle do usuário, de estrutura de sua família e de combate ao crime organização para que se possa pensar em resultados positivos e redução concreta nos índices de criminalidade.

Sobre a relação entre as drogas e a criminalidade, mormente aqueles delitos envolvendo o patrimônio e os crimes contra a pessoa, inegável o nexo de causalidade. No artigo publicado por TEMPONE (2012), há uma visão estatística sobre o comércio e o consumo de drogas e a prática de delitos correlatos, ou seja, os crimes contra o patrimônio e os crimes contra a pessoa. Do seu estudo pode ser extraído:

É a sociedade brasileira realmente prisioneira das drogas? Em certa medida, pode-se dizer que sim. Afinal, parte considerável da população do país está envolvida, direta ou indiretamente, com a venda e/ou consumo de substâncias entorpecentes ilícitas e que causam dependência física ou psíquica: são os consumidores das drogas e seus familiares e amigos atingidos pelas consequências do vício; são os narcotraficantes de todos os níveis (desde vendedores no varejo até os financiadores do tráfico) e a projeção de suas atividades violentas sobre o corpo social; são os investimentos públicos (mesmo malbaratados), tanto na área da saúde como na esfera repressiva e punitiva. Os dados estatísticos precisam ser observados atentamente. Segundo as Nações Unidas, em pesquisa realizada em 2010 tomando como base pessoas na faixa etária compreendida entre 15 e 64 anos, cerca de um milhão de brasileiros consomem cocaína, o que é algo em torno de 0,7% da população; os consumidores de

maconha no Brasil estão em torno de 2,6%; o uso de opiáceos vitima cerca de 0,5% da massa demográfica referida; anfetaminas têm consumo de 0,5% e ecstasy de 0,2%. Essa pesquisa não considerou o consumo de *crack*, que cresce de forma alarmante.

Legalizando-se parte das drogas consumidas, restaria extremamente difícil discernir, separar e excluir os delitos correlatos ao tráfico das substâncias que continuariam ilícitas. Sabe-se, pela prática da vida forense, e também pelas pesquisas estatísticas realizadas, que os altos índices de criminalidade atualmente existente na sociedade, estão umbilicalmente ligados ao tráfico de drogas. As drogas são a razão determinante de uma série de ilícitos, mormente contra o patrimônio e contra a pessoa. Os agentes ou delinquentes são movidos pelo vício e as decorrências do comércio clandestino. Fala-se em criminalidade de provisão e criminalidade consequente.

Tecnicamente, a Lei 11.343/06 considerou o usuário como vítima, embora a conduta prevista pelo art. 28, ainda continue a ser considerada como ilícito penal. Porém é inegável sua participação nos delitos correlatos (delitos de provisão), objetivando, justamente, custear esse vício. Segundo ANTONIETTO (2013, p. 420):

Efeito direto do tráfico ilícito de entorpecentes é o incremento da violência por meio do que se denomina de criminalidade de provisão e de criminalidade consequente. A criminalidade de provisão é aquela representada por ilícitos praticados pelo usuário para a aquisição de drogas destinadas a consumo pessoal. É fato notório e objeto do discurso dos empresários morais, especialmente em épocas de campanha eleitoral, que o consumo de drogas incrementa o cometimento de uma série de outros tipos penais, principalmente envolvendo violência, mas a que se deve esta lógica? A resposta é encontrada quando se analisa o tráfico de drogas sob sua perspectiva econômica. O crime de tráfico de drogas tem finalidade eminentemente financeira, os objetivos buscados nesta espécie de atividade ilícita são exatamente os mesmos buscados numa atividade econômica lícita, pelo que se pode falar que o tráfico de drogas é uma atividade econômica ilícita, ou seja, o que lhe diferencia de outras atividades econômicas é o fato de ser tipificada como crime.

Ao lado da criminalidade de provisão, a doutrina ainda faz referência à *criminalidade consequente*, que seria aquela praticada para o exercício e a garantia do tráfico ilícito de drogas. São os crimes ligados diretamente aos traficantes e organizações criminosas que exploram comercialmente o tráfico de substâncias

ilícitas. Segundo ANTONIETTO (2013, p. 422):

De outro lado, o mesmo mecanismo de mercado que leva ao alto preço das drogas sustenta o que se denomina criminalidade consequente. Enquanto a criminalidade de provisão é aquela típica do usuário para manter sua dependência, a criminalidade consequente é aquela atribuída ao traficante para manutenção do seu negócio, ou seja, é representada pelas práticas ilícitas necessárias para exercício e manutenção do comércio ilegal de drogas. Se a característica principal da criminalidade de provisão é a má elaboração e a falta de complexidade dos crimes cometidos, por outro lado a criminalidade consequente é marcada pelo cometimento de crimes elaborados, complexos, por vezes não violentos, mas de danosidade social ainda mais relevante, mesmo porque, os autores deste tipo de criminalidade, muitas vezes, encontram-se em extratos sociais elevados e contam com o auxílio de pessoas de grande capacidade intelectual e operacional.

Mesmo diante da proibição e da repressão ao tráfico de drogas, duas ordens de delitos são praticados, influenciando substancialmente no índice de criminalidade da sociedade.

6 - POLÍTICAS PÚBLICAS - RESPONSABILIDADE DO ESTADO.

Toda essa problemática desemboca numa conclusão lógica: a necessidade de implementação concreta de políticas públicas estruturadas e planejadas de forma racional, sob pena de colapso da sociedade hoje conhecida. É certo que a responsabilidade pela conjugação do permissivo pretendido e da estrutura necessária para a concretude por todos esperada é do Estado. Trata-se de verdadeiro complexo de serviços públicos, compreendidos desde a qualidade da droga fornecida, quantidade necessária ao atendimento dos usuários e tratamentos das enfermidades dela decorrentes.

Tecnicamente, esse “serviço público” poderia ser prestado pelo Estado ou ser delegado. Segundo a classificação tradicional de serviços públicos, disciplinada pelo Direito Administrativo, MEIRELLES (1999, p. 298), estes poderia ser propriamente ditos quando prestados pela administração diretamente à comunidade, sem possibilidade de delegação. São serviços considerados essenciais para sobrevivência do grupo social. Há também os serviços de utilidade pública, onde a Administração os presta diretamente ou permite que terceiros se encarreguem de tal atividade, desde que observadas condições regulamentadas e sob seu controle, mediante remuneração dos usuários. A doutrina traz uma visão atual dessas atividades em SANTIN (2013, p. 26):

Os serviços públicos propriamente ditos são aqueles prestados pelo Estado para atendimento da necessidade coletiva e perene, que dizem respeito à própria existência estatal, como os serviços de defesa nacional, de segurança pública, saúde, educação e justiça. São serviços próprios do Estado ou primários. Serviços de utilidade pública são as atividades úteis para os indivíduos, prestados diretamente pelo Estado ou por concessão, como o fornecimento dos serviços de energia, gás, telecomunicações, água, esgotos e transporte coletivo. São os serviços impróprios do Estado ou secundários.

Ao se tratar da questão da liberação da droga, seja como monopólio do Estado, seja como atividade delegada, estará atraindo para si toda a responsabilidade civil decorrente desse complexo de relações jurídicas. A responsabilidade estatal permanece independentemente da forma de prestação do serviço. Também a omissão estatal, principalmente do dever de informar, implicará em responsabilidade civil do Estado, mormente dos efeitos conhecidos e ainda não conhecidos à saúde dos usuários. No Direito Administrativo, ao se valorar a omissão do Estado para fins de ato ilícito e indenização civil, há que se apurar sobre a existência ou não do dever jurídico de agir. Segundo JUSTEN FILHO (2011, p. 1.219):

Já nos atos omissivos, é necessário estabelecer uma distinção. Existem hipóteses em que o direito impõe ao Estado o dever de agir de modo específico e determinado. A ausência de adoção da conduta comandada pelo direito configura uma omissão indevida em sentido próprio. Se o Estado omitir a conduta que era juridicamente obrigatório adotar, há uma inquestionável infração à ordem jurídica. Pode-se aludir a omissão indevida em sentido próprio.

(...)

Exemplos permitem compreender a distinção. Imagine-se a regra que determine o dever de o Estado exigir a apresentação de testes e exames como condição para deferir o registro de medicamento. Se o Estado deferir o registro de medicamento sem que o requerente forneça os demonstrativos exigidos por lei, existe uma atuação reprovável, que será equivalente à ação indevida. Verificando-se que o medicamento, registrado sem a observância dos requisitos legais, causou dano à saúde de um usuário, é inquestionável a responsabilização civil estatal.

Ora, a responsabilidade do Estado pelos efeitos decorrentes da adoção

dessa política permissiva implica em custos diretos e indiretos, que tornará ainda mais desastrosa a iniciativa. Agindo como monopolizador da distribuição de droga lícita ou como delegatário dessa atividade, o Estado avoca para si a responsabilidade de todo e qualquer dano dela decorrente, principalmente sobre a falta ou a informação deficiente dos seus efeitos aos usuários. Basta demonstrar os elementos necessários à caracterização da responsabilidade civil, ou seja: ação ou omissão, dano e o nexo de causalidade entre o resultado, para fazer jus à indenização daí decorrente.

Há o dever do Estado de informar aos usuários sobre os efeitos nocivos decorrentes da utilização da droga, quer pelos os conhecidos, quer os colaterais que ainda estão por ser descobertos. Nota-se que a informação adequada na prestação do serviço público reflete, decisivamente, no processo de responsabilização do Estado, já que a prestação do serviço deve ser transparente. Sobre a transparência do serviço público merece destaque a citação de JUSTEN FILHO (2011, p. 702):

(...) Por isso, o usuário passa a integrar as relações jurídicas atinentes à organização do serviço e à própria delegação à iniciativa privada. Esse princípio significa o dever de o Estado e o prestador do serviço fornecerem ao usuário todos os esclarecimentos e admitirem a participação de representantes dos usuários na estrutura organizacional do serviço público.

Merece destaque que um princípio do serviço público, não citado por todos os doutrinadores, mas que se aplica ao caso perfeitamente. Trata-se da obrigação de segurança na prestação do serviço em relação aos usuários. No caso em tela, o Estado, ao assumir para si ou pelos seus delegatários a prestação de um serviço público, trará para si a responsabilidade civil decorrente de todos os prejuízos advindos aos usuários e às suas famílias, ainda que de forma subsidiária. Assim, qualquer omissão do Estado no dever de informar implicará na sua responsabilização. Neste sentido GASPARINI (2008, p. 302):

O serviço público deve ser prestado aos usuários com segurança, tendo em vista a natureza do serviço. Nada deve ser menosprezado se puder, por qualquer modo, colocar em risco os usuários do serviço público ou terceiros ou, ainda, bens públicos e particulares. Não deve haver qualquer descuido ou omissão, por menor que seja, na execução dos serviços de manutenção dos equipamentos utilizados na prestação dos serviços públicos. As falhas devem ser imediatamente corrigidas, substituindo-se as peças impróprias ou promovendo a renovação do próprio equipamento.

Finalmente, há um último aspecto a ser analisado, ou seja, se a

legalização pretendida iria influir de alguma forma nos índices de criminalidade. Legalizado o fornecimento de drogas ou de alguma delas pelo governo ou por eventuais agentes delegados, não implicará, necessariamente, na redução dos índices de violência. Interessante apontar que no Uruguai, as próprias autoridades reconhecem que a legalização do uso de drogas, no caso, da maconha, trará um reflexo negativo, ou seja, o aumento do número de usuários. No Brasil essa questão assumirá proporções gigantescas, quer em face da densidade demográfica superior, quer em face da extensão territorial, infinitamente maior.

Se mesmo no Uruguai são incertos os reflexos negativos da pretensa política pública, no Brasil os resultados podem ser desastrosos. Não sabe se o comércio clandestino continuará ou se acabará, sendo mais provável a segunda alternativa. Isso porque, legalizando-se uma das drogas, no caso a maconha, as demais continuarão a ser comercializadas na clandestinidade. A droga liberada pode, até mesmo, ser usada como moeda de troca para as drogas não permitidas, intensificando as condutas criminosas e produzindo o efeito contrário do pretendido. Pode-se concluir que criminalidade irá aumentar.

Isso porque, agora, os traficantes terão acesso às drogas, pelo menos à maconha, em farmácias (como no Uruguai) ou mesmo por plantações pulverizadas, diminuindo o custo com o transporte, aquisição da droga e cultivo das drogas. A tolerância ao vício será maior, em verdadeiro retrocesso, e em prejuízo à saúde do usuário. Porta aberta para a legalização das demais drogas. Num tempo em que as políticas de prevenção ao tabagismo e ao uso do álcool estão em alta, inclusive com leis que proíbem a utilização do produto em espaços públicos, o apoio estatal para o uso da maconha está na contramão das iniciativas. Além dos prejuízos advindos à saúde do usuário, em última análise, a conduta do Estado irá beneficiar os traficantes que vivem na ilegalidade.

Os reflexos negativos a toda sociedade são evidentes e poderão ser sentidos pelo previsível aumento na criminalidade. Na verdade, parece evidente que os crimes de provisão continuariam a ser praticados, pelo menos em face das outras drogas não legalizadas. O Brasil não terá estrutura para controlar a venda, nem separar o comércio lícito do ilícito. Adotando-se o exemplo do Uruguai, os efeitos serão imprevisíveis, principalmente em face das diferenças territoriais e demográficas. Não se pode falar também no controle de qualidade, já que os efeitos nocivos da substância são conhecidos e nenhum benefício trará aos usuários.

CONCLUSÃO.

Assim, conclui-se:

- 1) A legalização ou liberação da produção, comércio e consumo de drogas vai impactar negativamente a segurança pública, a saúde pública e as relações sociais e familiares;
- 2) A segurança pública será afetada pelo aumento da criminalidade e da violência, disseminação de atividade ligada à droga, na esfera do agronegócio e do comércio, estimulando pessoas e empresas a

- exercer a atividade econômica por sua legalização;
- 3) A saúde pública exigirá mais recursos para tratamento e recuperação de viciados e dependentes de drogas, pelo aumento de consumidores e facilidade de iniciação pela liberação e publicidade subliminar a influenciar a população jovem e mais aberta à experimentação;
 - 4) As relações sociais e familiares ficarão abaladas, pelas dificuldades de aceitação e convivência com pessoa dependente de droga, com vontade descontrolada, À redução da capacidade de trabalho e de dedicação aos estudos e dificuldades de adaptação social e aos controles morais;
 - 5) A atividade de produção e comércio de drogas não se enquadra na linha de atuação atual do Estado, que presta diretamente apenas os serviços estratégicos e não privatizáveis. A transferência para o particular implica na conseqüente formação de empresas especializadas em agronegócios na área de droga, ligação com crime organizado, quem, em última análise estimula a legalização;
 - 6) Os efeitos do consumo estimulado da droga seriam suportados principalmente pelo Estado no aumento de necessidade de fornecimento de serviços de saúde, assistência social e apoio familiar, além de sobrecarga no sistema previdenciário.
 - 7) O resultado de tal política pública no Brasil, seguramente, seria prejudicial ao desenvolvimento à sociedade e um estímulo à marginalidade.

Referências

- ANTONIETTO, Caio Marcelo Cordeiro. *Tráfico de drogas, criminalidade de provisão e criminalidade conseqüente: a política de drogas no Brasil como mola propulsora da violência*. III Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito (III, 2013: Jacarezinho, PR) Anais do [Recurso eletrônico] / Simpósio Internacional de Análise Crítica do Direito – Jacarezinho (PR): Universidade Estadual do Norte do Paraná, 2013. ISBN: 978-85-62288-05-0.
- BBC. Matéria de 10/12/2013. Visualizada em 26/06/2014.
http://www.bbc.co.uk/portuguese/noticias/2013/12/131210_uruguai_aprova_maconha_mm.shtml.
- CALLEGARI, André Luiz e WERMUTH Maiquel Ângelo Dezordi. *Sistema Penal e Política Criminal*. Livraria do Advogado. Porto Alegre-RS. 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 7ª Edição. Editora Fórum. Belo Horizonte-MG. 2011.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito Administrativo*. 13ª Edição. Editora Del Rey. Belo Horizonte-MG. 2008.
- G1 - (02/06/2014) Visualizado em 12 de junho de 2014.
<http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/06/legalizar-maconha-pode-aumentar-o-consumo-diz-secretario-do-uruguai.html>.

LARANJEIRA, Ronaldo. *Psiquiátrica*. ABEAD – Associação Brasileira de Estudos do Álcool e outras Drogas.
<http://www.antidrogas.com.br/mostrasosvida.php?c=52>.
MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 24ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo-SP. 1999.
MELLO, Celso Antonio Bandeira. *Curso de Direito Administrativo*. 29ª Edição. Malheiros Editores. São Paulo-SP. 2011.
PORTAL IG. Notícia vinculada no dia 05.10.2011. Visualizada em 28.06.2014.
<http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/mg/governo-de-minas-vai-dar-r-900-por-mes-a-familia-de-viciado-em-crack/n1597258369048.html>.
PORTAL TERRA. Notícia vinculada no dia 09.05.2013. Visualizada em 28.06.2014. <http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/sp-tratamento-a-viciados-com-a-bolsa-crack-deve-comecar-em-60-dias,9a68eae541b8e310VgnVCM5000009ccceb0aRCRD.html>.
ROSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social – Princípios do Direito Político*. 3ª edição. Comentários e tradução J. Cretella Jr. e Agnes Cretella. Editora RT. São Paulo-SP. 2012.
SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública*. Editora Verbatim. 2ª edição. São Paulo. 2013.
SENADO (14/02/2014) visualizado em 26/06/2014.
<http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/02/14/cristovam-pede-estudo-de-viabilidade-sobre-proposta-de-legalizacao-da-maconha>.
TEMPONE, Victor. *Tráfico de Drogas e Violência Urbana*, uma reflexão.
<http://pontonulonotempo.blogspot.com.br/2012/08/trafico-de-drogas-e-violencia-urbana.html> (visualizado em 11.06.2014).
VARELLA, Drauzio. *Efeitos adversos da maconha*. Folha de São Paulo. Visualizado em 28.06.2014.
<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/drauziovarella/2014/06/1477422-efeitos-adversos-da-maconha.shtml>.
Veja, revista. Editora Abril (16/11/2012).
<http://veja.abril.com.br/blog/ricardo-setti/politica-cia/maconha-faz-mal-sim-quem-afirma-e-a-medicina/>. (visualizada em 26/06/2014).

ABREVIATURAS

CRFB – Constituição da República Federativa do Brasil.

ECA – Estatuto da Criança e do Adolescente.

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA E OS ESTRANGEIROS NO BRASIL

Patrícia Naomi Asakura¹⁰⁸

Sandra Tamiko Nakai¹⁰⁹

Resumo:

O presente artigo, utilizando-se do método hipotético-dedutivo, analisa a possibilidade jurídica de se conceder ou não o benefício da prestação continuada aos estrangeiros no Brasil. Para tanto, o artigo inicialmente tece considerações acerca da Assistência Social, partindo para esclarecimentos no tocante ao Benefício de Prestação Continuada, e finalmente estuda a controvérsia objeto do estudo. Os tribunais tendem a conceder o benefício, contudo, há ainda na lei margens para a negativa de sua concessão administrativamente, o que atenta contra os princípios da Assistência Social da universalidade e solidariedade, bem como ao princípio constitucional da isonomia e da dignidade da pessoa humana, que devem ser assegurados e praticados, independentemente da nacionalidade da pessoa.

INTRODUÇÃO

O Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, conforme o artigo 1º da Constituição Federal de 1988, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana. Cabe, portanto, ao Estado assegurar a efetividade dos direitos fundamentais, dentre eles, os direitos sociais. Do rol dos direitos sociais encontra-se a seguridade social que se estrutura sobre três grandes pilares, a saber: a saúde, educação e a assistência social.

Apesar da CF/88 já tê-la prevista, somente em 1993 houve a regulamentação de tal instituto com a edição da lei nº 8.742/93, conhecida como Lei Orgânica da Assistência Social (LOAS).

A Assistência Social tem como objetivo resguardar as pessoas mais vulneráveis e que se encontram numa situação de exclusão social. São os excluídos dos excluídos.

Este apartheid social é diminuído através da Assistência Social, por meio da concessão do benefício de prestação continuada (BPC). Este oferece uma ajuda, um auxílio financeiro aos grupos mais vulneráveis e marginalizados da sociedade, como os idosos e os deficientes.

Apesar de o Brasil ser considerado um país acolhedor, de um povo hospitaleiro e cordial, a realidade não é bem esta, pois os estrangeiros aqui residentes, mas não naturalizados, muitas vezes, não conseguem se estabelecer financeiramente e por isso necessitam de ajuda monetária para sobreviver.

Diante disso, não há como deixar de fora este grupo, que ao envelhecer ou desenvolver uma deficiência venha a ser excluído da sociedade, porque devem também ter sua dignidade respeitada, como seres humanos que são.

108 Acadêmica do quarto ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

109 Acadêmica do quarto ano do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP

Dessa forma, como incluir essas pessoas, se o próprio Estado exige requisitos que os discriminam? Como o sistema social pode efetivar esses direitos, se este mesmo sistema segrega os que dele necessitam?

O presente artigo pretende discutir essas questões, iniciando com considerações a respeito da Assistência Social. A seguir, passa ao esclarecimento a respeito do benefício de prestação continuada (BPC), finalizando com uma discussão e análise a respeito da questão do estrangeiro e de seu direito ao BPC.

1 ASSISTÊNCIA SOCIAL

A Constituição Federal de 1988, chamada de Constituição Cidadã, previu o instituto Assistência Social em seus artigos 6º, 203 e 204. Destes artigos extrai-se que a Assistência Social visa proteger a família, a maternidade, a infância, a adolescência, a velhice e as pessoas com deficiência, desde que necessitem.

Assim sendo, a Assistência Social é uma das políticas sociais que visam garantir a dignidade da pessoa humana através de prestações.

Em seu artigo 1º, a Constituição Federal de 1988 diz que a República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito, tendo como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 62), a dignidade da pessoa humana consiste:

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

A Assistência Social presta auxílio justamente aos que dela necessitam; às pessoas que, por alguma razão se encontram em situação de exclusão social ou de vulnerabilidade social. Conforme elucidam Carlos Alberto Pereira de Castro e João Btista Lazzari (2009, p. 49):

Os fenômenos que levaram a existir uma preocupação maior do Estado e da sociedade com a questão da subsistência no campo previdenciário são de matiz

específica: são aqueles que atingem indivíduos que exercem alguma atividade laborativa, no sentido de assegurar direitos mínimos na relação de trabalho, ou de **garantir o sustento, temporária ou permanentemente, quando diminuída ou eliminada a capacidade para prover a si mesmo e a seus familiares.** (grifo nosso)

Dessa forma, a assistência social tem como objetivos: o combate à pobreza e a inclusão social dos excluídos, através da universalização de direitos sociais, sendo assim responsabilidade do Estado.

Nesse sentido diz Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 121-122):

Uma outra dimensão intimamente associada ao valor da dignidade humana consiste na garantia de condições justas e adequadas para o indivíduo e sua família, contexto no qual assume relevo de modo especial os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguuração de uma existência com dignidade.

A essência da Assistência Social é a **universalização de acesso**, tutelando **todos os que dela precisem**, independentemente de contribuição prévia. É o que se depreende de diversos dispositivos, conforme se colaciona a seguir:

Constituição Federal, art. 194 - A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos poderes públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao poder público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I - **universalidade da cobertura e do atendimento**; (grifo nosso)

Lei nº 8.742/93 - Art. 1º. A assistência social, direito do cidadão e dever do Estado, é Política de Seguridade Social **não contributiva**, que provê os mínimos sociais, realizada através de um conjunto integrado de ações de iniciativa pública e da sociedade, para garantir o atendimento às necessidades básicas.

Art. 2º, parágrafo único - Para o enfrentamento da pobreza, a assistência social realiza-se de forma integrada às políticas setoriais, garantindo mínimos sociais e provimento de condições para atender contingências sociais e promovendo a **universalização dos direitos**

sociais; Art. 4º A assistência social rege-se pelos seguintes princípios: II - **universalização dos direitos sociais**, a fim de tornar o destinatário da ação assistencial alcançável pelas demais políticas públicas (grifo nosso)

Decreto nº 6.214/2007, art. 1º, §2º - O Benefício de Prestação Continuada é constitutivo da PNAS e integrado às demais políticas setoriais, e visa ao enfrentamento da pobreza, à garantia da proteção social, ao provimento de condições para atender contingências sociais e à **universalização dos direitos sociais**, nos moldes definidos no parágrafo único do art. 2º da Lei nº 8.742, de 1993. (grifo nosso)

Com efeito, Pereira de Castro e Lazzari (2009, p. 102) ensinam que o princípio da universalização desdobra-se em duas facetas: universalidade da cobertura e do atendimento, as quais explica conforme segue:

Por **universalidade da cobertura** entende-se que a proteção social deve **alcançar todos os eventos** cuja reparação seja premente, a fim de manter a subsistência de quem dela necessite. A **universalidade do atendimento** significa, por seu turno, a entrega das ações, prestações e serviços de seguridade social a **todos os que necessitem**, tanto em termos de previdência social - obedecido o princípio contributivo - como no caso da saúde e da assistência social. (grifo nosso)

A Assistência Social, sendo ramo da Seguridade Social, busca atender aos necessitados que, por algum motivo, seja este familiar, econômico ou médico, encontram-se em situação de vulnerabilidade social, precisando da tutela do Estado e da Sociedade. A ação deve ser realizada de modo a prover os mínimos sociais. Tal assistência dispensa a contribuição ao sistema, já que a base de tal instituto é justamente a **solidariedade social** que envolve tal sistema.

Para a Constituição Federal, a Assistência Social é um instrumento de transformação social e não apenas mais um sistema assistencialista.

A diferença fundamental entre a Assistência Social e a Previdência Social é que a primeira não exige o recolhimento de contribuições para que seus beneficiários possam contar com a sua proteção, enquanto para a segunda isso é imprescindível.

Reforçando tal entendimento, o art. 194 da CF/88, diz que a seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, previdência e assistência social.

No mesmo sentido, segundo Fábio Ibrahim (2008, p. 3), "hoje, no Brasil, entende-se por seguridade social o conjunto de ações do Estado, no sentido de

atender às necessidades básicas de seu povo nas áreas de Previdência Social, Assistência Social e Saúde".

Com relação ao custeio da Assistência Social, o art. 204 da CF diz que as ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com os recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes: descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social, e a participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

Pela EC 42/2003 é facultado aos Estados e ao Distrito Federal vincular a programas de apoio à inclusão e promoção social até cinco décimos (0,5%) de sua receita tributária líquida, sendo proibida a aplicação destes recursos ao pagamento de funcionários, encargos sociais, serviço da dívida ou qualquer outra despesa que não esteja vinculada aos investimentos ou ações apoiados.

Criou-se o Fundo Nacional de Assistência Social (FNAS) que, juntamente com os recursos da União, Estados e Municípios, além das demais contribuições sociais previstas no art. 195 da CF/88, financiam os benefícios, serviços, programas e projetos da Assistência Social. Cabendo a cada qual a administração da Política de Assistência Social.

Os benefícios assistenciais existentes hoje são de duas espécies: o benefício de prestação continuada (BPC), objeto deste artigo, e os benefícios de transferência de renda.

Diz em seu art. 203, CF/88:

A Assistência Social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social e tem por objetivos:

I - A proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice;

II - O amparo às crianças e adolescentes carentes;

III - A promoção da integração ao mercado de trabalho;

IV - A habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

V - A garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme a lei dispuser.

Referida lei no tocante ao seu inciso V só foi regulamentada cinco anos após a promulgação da Constituição Federal, através da Lei Orgânica de Assistência Social (Lei nº 8.742/93), que prevê o benefício de prestação continuada (BPC) e extinguiu a Renda Mensal Vitalícia, que era considerado o

benefício previsto por este dispositivo constitucional.

Os benefícios de transferência de renda, por sua vez, estão reunidos no Bolsa Família. Este benefício visa retirar as pessoas da camada de extrema pobreza e fornecer o mínimo para que se possa comer e vestir-se e, a partir daí, entrar no mercado de trabalho e sustentar a si e a sua família por conta própria.

2 BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

O benefício de Prestação Continuada é concedido e administrado pelo INSS, a despeito de não ser um benefício da previdência social (e sim da assistência social) em razão de esta autarquia contar com uma rede de agências, estrutura humana e física preparadas para lhe dar suporte. Assim, em conformidade com o princípio da eficiência administrativa deve ser utilizada para tal finalidade.

Nas lições de Fábio Zambitte Ibrahim (2008, p. 15):

a concessão é feita pelo INSS devido a preceitos práticos - se o INSS já possui estrutura própria espalhada por todo o país, em condições de atender à clientela assistida, não haveria necessidade da manutenção em paralelo de outra estrutura.

O legislador elegeu o idoso e a pessoa com deficiência como mercedores de uma tutela especial, nos casos em que não tiverem condições de se manter ou de serem mantidos por suas próprias famílias, sendo que caberá ao Estado garantir-lhes o pagamento de um salário mínimo mensal.

É o que se depreende do art. 203, V, CF/88, já supracitado, que apresenta o benefício de prestação continuada, regulamentado pelo art. 20 da lei 8.742/93:

Art. 20. O benefício de prestação continuada é a garantia de um salário-mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso com 65 (sessenta e cinco) anos ou mais que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção nem de tê-la provida por sua família.

§1º. Para os efeitos do disposto no caput, a família é composta pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.

§2º. Para efeito de concessão deste benefício, considera-se pessoa com deficiência aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais

pessoas.

§3º. Considera-se incapaz de prover a manutenção da pessoa com deficiência ou idosa a família cuja renda mensal per capita seja inferior a $\frac{1}{4}$ (um quarto) do salário-mínimo.

§4º. O benefício de que trata este artigo não pode ser acumulado pelo beneficiário com qualquer outro no âmbito da seguridade social ou de outro regime, salvo os da assistência médica e da pensão especial de natureza indenizatória.

§5º. A condição de acolhimento em instituições de longa permanência não prejudica o direito do idoso ou da pessoa com deficiência ao benefício de prestação continuada.

§6º. A concessão do benefício estará sujeita à avaliação da deficiência e do grau de impedimento de que trata o §2º, composta por avaliação médica e avaliação social realizadas por médicos peritos e por assistentes sociais do Instituto Nacional de Seguro Social- INSS.

§7º. Na hipótese de não existirem serviços no município de residência do beneficiário, fica assegurado, na forma prevista em regulamento, o seu encaminhamento ao município mais próximo que contar com tal estrutura.

§8. A renda familiar mensal a que se refere o §3º deverá ser declarada pelo requerente ou seu representante legal, sujeitando-se aos demais procedimentos previstos no regulamento para o deferimento do pedido.

§9º. A remuneração da pessoa com deficiência na condição de aprendiz não será considerada para fins do cálculo a que se refere o §3º deste artigo.

§10. Considera-se impedimento de longo prazo, para os fins do §2º deste artigo, aquele que produza efeitos pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos.

Diante de tal artigo, extraem-se três requisitos básicos ao BPC: 1) ser idoso ou pessoa com deficiência (aqui o requisito é alternativo); 2) integrar núcleo familiar dentro da zona de exclusão social e 3) não ser titular de nenhum outro benefício dentro da Seguridade Social. Além desses, segundo parte da doutrina, o art. 1º da mesma lei traria mais um requisito que diz respeito à nacionalidade brasileira. Este requisito é o objeto do presente estudo e será abordado no tópico seguinte.

No que tange à idade, o requisito mínimo atualmente é de 65 anos. Para o BCP/LOAS não existe diferença entre homens e mulheres: todos se tornam idosos na mesma idade (65 anos), não havendo um requisito específico que traga a diferenciação por conta do sexo de cada um.

Ensina-nos Fábio Zambitte Ibrahim (2008, p.16), que esse parâmetro

vem sofrendo mudanças com o passar dos anos: conforme a redação original do art. 38 da lei 8.742/1993, a idade mínima para o idoso era a de 70 anos, sendo que de 1998 a 2003, a idade mínima passou a ser de 67 anos, em razão da lei 9.720/98, e finalmente, a partir de 2004, a idade é mesma da atual (65 anos), apesar de a Lei nº 10.741/03 (Estatuto do Idoso) fixar a idade de 60 anos como paradigma para a qualificação da pessoa como idosa.

Com relação à pessoa com deficiência, este é um requisito alternativo com o anterior, pois ou a pessoa é idosa ou é deficiente para fins de concessão do benefício.

Muito já se discutiu a respeito do conceito de pessoa com deficiência, afinal, existem pessoas que são deficientes e, no entanto, conseguem se sustentar sozinhas, não estando incapacitadas para o trabalho. Embora haja outras que, em função de sua deficiência, não sejam capazes de se manter por si só.

O conceito a respeito de deficiência adotado pela LOAS, conforme o art. 20, § 2º, da referida lei supracitada, e que acabou com tal discussão, não é apenas médico, mas também de natureza social, pois não basta a perícia médica, é necessário que haja um impedimento da pessoa para participar de forma plena e efetiva na sociedade.

Aliado ao fato de que o beneficiário é idoso ou pessoa com deficiência, é necessário que ela não consiga manter-se ou ser mantida por sua família, conforme o §3º, da lei supracitada. Sobre a questão de a renda per capita não poder ser superior a ¼ do salário-mínimo (muito embora tal dispositivo tenha sido julgado constitucional na ADI 1.232-1/DF, julgada pelo STF em 1998), não se pode ignorar que o legislador posteriormente trouxe critérios mais elásticos para concessão de outros benefícios assistenciais, como a Lei nº 10.836/2004 (Bolsa Família), a Lei nº 10.689/2003 (Programa Nacional de Acesso a Alimentação), a Lei nº 10.219/01 (Bolsa Escola).

Com efeito, na Reclamação nº 4374 PE, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, julgado aos 18/04/2013, foi declarado parcialmente inconstitucional tal requisito objetivo para aferição da miserabilidade, sob fundamentos conforme se transcreve:

O Supremo Tribunal Federal, em decisões monocráticas, passou a rever anteriores posicionamentos acerca da intransponibilidade dos critérios objetivos. Verificou-se a ocorrência do **processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas** (políticas, econômicas e sociais) **e jurídicas** (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro). (grifo nosso)

Cumprido salientar, no entanto, que o benefício de prestação continuada não é um benefício de complementação de renda familiar. Ele serve para suprir os mínimos existenciais dos idosos e das pessoas com deficiência que se

encontram em situação de vulnerabilidade social ou de exclusão social. Seu objetivo maior é dar proteção aos excluídos de nossa sociedade, garantindo-lhes o pagamento de um salário mínimo.

O benefício de prestação continuada pode ser pago a mais de uma pessoa na mesma família, desde que preenchidas as condições exigidas pela lei. O art. 34, parágrafo único do Estatuto do Idoso (lei 10.741/2003) prevê que o mesmo benefício (da LOAS ou outro benefício previdenciário percebido por idoso) concedido a qualquer membro da família não será computado para fins de cálculo da renda familiar. Contudo, se pensarmos na hipótese de um casal de idosos em que só recebem o BPC, ambos podem receber o benefício, afinal, ainda estarão dentro do teto de $\frac{1}{4}$ do salário familiar.

Ensina-nos Fábio Zambitte Ibrahim (2008, p. 17):

Tal diferenciação de tratamento não se justifica. Ainda que a extensão de direitos sociais deva ser feita com muita cautela, até mesmo em razão do Princípio da Reserva do Possível - haja vista a escassez de recursos financeiros - tamanha discriminação é insustentável.

Negar o benefício assistencial ao idoso por extrapolar a renda mensal em um pouco mais de um quarto do salário mínimo seria o mesmo que deixar de prestar o dever de assistência previsto na Constituição. Afinal, o que se procura não é o enriquecimento ilícito, mas fazer justiça, dando a quem tem o direito condições de prover o mínimo social, assegurando a dignidade humana em uma tentativa de diminuir ou, ao menos, amenizar a desigualdade econômica, existente em nossa sociedade, garantindo a sobrevivência de quem necessita de amparo.

Ainda, insta atentar ao fato de que o benefício de prestação continuada é intransferível, pois cessa no momento em que morre o beneficiário ou quando superadas as condições exigidas para tal, o que se verifica através da revisão a cada dois anos, conforme o art. 20, §10 da LOAS. Afinal, o Estado pode e deve averiguar as informações prestadas, com o intuito de evitar fraudes ou destinação de benefício a quem não teria direito.

Passemos agora a analisar a questão da nacionalidade como requisito ou não da concessão do benefício de prestação continuada e a possibilidade de sua percepção pelos estrangeiros aqui residentes permanentemente.

3 DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA AO ESTRANGEIRO

A população brasileira é formada por uma mistura de ascendências variadas que juntas formam este povo acolhedor, que convive bem com as diferenças, face a sua própria heterogeneidade interna.

Tal pluralidade remonta às suas origens. Na Era dos Descobrimentos, os portugueses, ao colonizarem o país, encontraram os índios e, a partir de então, vieram para cá também os espanhóis, holandeses, franceses, bem como,

anos mais tarde, os italianos, alemães, japoneses, chineses, bolivianos e haitianos, entre outros.

Ressalte-se que o movimento migratório é uma constante no Brasil, verificável desde seus primórdios coloniais até os tempos atuais, tanto em nível interno, dos centros metropolitanos para as cidades-dormitório, quanto em nível internacional, com os deslocamentos emigratórios e imigratórios. E isso é natural, tendo em vista que o ser humano é livre e vive em busca de sua felicidade, não se vinculando necessariamente a um local específico.

Nessa senda, exsurge o papel do Estado Democrático de Direito, que tem por função precípua o resguardo dos direitos fundamentais, especialmente a dignidade da pessoa humana, através da soberania do povo, consubstanciada em uma carta fundamental de direitos.

Com efeito, isso é o que se extrai da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, a qual dispõe em seu artigo primeiro ter a **dignidade da pessoa humana** como um de seus fundamentos.

Ainda, também da Carta Magna:

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

O nosso ordenamento jurídico busca assegurar os direitos da pessoa humana seja ela brasileira ou estrangeira, indistintamente.

Contudo, nesse ponto cumpre analisar se esse tratamento isonômico se estende a qualquer área, mais especificamente à seguridade social, com relação ao benefício de prestação continuada.

Primeiramente, a importância de tal questão se evidencia pelo reconhecimento, em 04/06/2009, pelo Supremo Tribunal Federal da Repercussão Geral do Recurso Extraordinário nº 587.970-4/SP, ainda pendente de julgamento, em que o INSS foi condenado a conceder a pessoa estrangeira residente no país referido benefício assistencial. Mais recentemente, esse tema também figurou no Boletim Jurídico nº 143, de março/2014, produzido pela Emagis - Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região.

Esse boletim eletrônico trouxe como *leading case*, um julgado de seguinte ementa:

PREVIDENCIÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. IDOSO. ESTRANGEIRO. POSSIBILIDADE.

1. A condição de estrangeiro não pode servir de óbice a concessão de benefício assistencial ao idoso, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o

nacional. Além do mais, tanto a norma constitucional que institui o benefício (art. 203, V, da CF), quanto a norma legal que o regula (art. 20 da Lei 8.742/93), não vedam sua concessão para estrangeiros.

2. Mantida a r. sentença que determinou ao INSS que analise o pedido de concessão do benefício assistencial formulado pela parte-impetrante, sem invocar o argumento de que por ser ela estrangeira há impedimento ao deferimento do benefício. (TRF4 -AP: 5021481-48.2011.404.7000/PR, RELATOR : DESEMBARGADOR FEDERAL NÉFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 28/05/2013, Primeira Turma, Data: 05/02/2014)

Assim, a autarquia previdenciária ora se recusa a analisar os pedidos de concessão do BPC, ora nega ao requerente tal benefício, sendo ambas negativas fundamentadas em razão da procedência estrangeira do postulante.

Por outro lado, conforme já explanado na primeira parte do presente artigo, a concessão do benefício assistencial possui três requisitos básicos: ser pessoa idosa ou com deficiência, integrar núcleo familiar dentro da zona de exclusão social e não ser titular de nenhum outro benefício dentro da Seguridade Social, nos termos do artigo 20 e parágrafos da Lei nº 8.742/93.

Com isso, a nacionalidade do interessado mostra-se irrelevante para sua concessão ou não, tanto por não figurar no referido artigo, como pelo que se extrai dos já mencionados dispositivos da Constituição, que preceituam o tratamento indiferenciado entre nacionais e estrangeiros.

A Carta Fundamental ainda prevê em seu artigo 203: "A assistência social será prestada a **quem dela necessitar**, independentemente de contribuição à seguridade social [...]".

Dessa forma, assim como a saúde e a educação são universalmente assegurados a quem quer que esteja no Brasil, seja nacional ou não, conquanto precise desse auxílio, a assistência social também lhes deve ser garantida.

Contudo, cumpre verificar também as razões do INSS para não cumprir tal prerrogativa constitucional.

A Lei Orgânica da Assistência Social (Lei nº 8.742/93) em seu artigo primeiro, já colacionado anteriormente, afirma ser a assistência social "**direito do cidadão** e dever do Estado", com isso, a autarquia previdenciária entende ser o BPC devido apenas aos cidadãos brasileiros, não abarcando, desse modo, os estrangeiros.

Nesse ponto, a jurisprudência (TRF4 AC 3012 PR 2008.70.01.003012-9, TRF4 APELREEX 7001 PR 0006070-52.2008.404.7001, TRF4 AC 3615 RS 2006.71.10.003615-1) aduz que a própria lei da LOAS contempla em seu art. 4º, IV, o princípio da "igualdade de direitos no acesso ao atendimento, **sem discriminação de qualquer natureza**, garantindo-se equivalência às populações urbanas e rurais".

Além disso, se aplicado literalmente esse posicionamento, os beneficiários da LOAS se restringiriam a um grupo muito reduzido, e o

benefício restaria gravemente prejudicado, pois veja-se quem é cidadão brasileiro, conforme lição de José Afonso da Silva (2005, p. 346): "cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas consequências".

Dessa feita, considerando que os direitos da cidadania se adquirem pelo alistamento eleitoral, e este só é obrigatório para os brasileiros maiores de dezoito anos de idade, e é facultativo aos analfabetos, aos *maiores de setenta anos* e aos maiores de dezesseis e menores de dezoito anos (vide art. 14, §1º, I e II da CF), vê-se que, embora a LOAS preveja a concessão do benefício para os maiores de 65 anos de idade, se adotarmos tal posicionamento, os maiores de 70 anos não poderiam se valer da faculdade de votar ou não, se quiserem receber o BPC. Da mesma forma, as pessoas com deficiência menores de dezesseis anos não poderiam ser beneficiadas, o que seria absurdo e contrário aos fundamentos da assistência social.

Cumprido ressaltar que cidadania, na maioria das vezes, não se restringe à titularidade de direitos políticos, mas também se refere ao reconhecimento da pessoa como integrante da sociedade estatal, como titular de direitos fundamentais e soberana do Estado de direito, consoante os ensinamentos do mestre José Afonso da Silva (2005, p. 104).

Ainda, os pareceres contrários à concessão do benefício aos estrangeiros fundamentam tal negativa com respaldo no Decreto nº 6.214/2007, pelo dispositivo que segue:

Art. 7º - É devido o Benefício de Prestação Continuada ao **brasileiro, naturalizado ou nato**, que comprove domicílio e residência no Brasil e atenda a todos os demais critérios estabelecidos neste Regulamento. (Redação dada pelo Decreto nº 7.617, de 2011 - tendo em vista a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, aprovados por meio do Decreto Legislativo nº 186, de 9 de julho de 2008, com status de emenda constitucional, e promulgados pelo Decreto nº 6.949, de 25 de agosto de 2009) (grifo nosso).

Com isso, ter-se-ia mais um requisito do benefício assistencial: a nacionalidade brasileira.

Interessante recordar a redação anterior trazida pelo Decreto nº 1.744/1995, revogado pelo decreto supracitado: "Art. 4º São **também** beneficiários os idosos e as pessoas portadoras de deficiência **estrangeiros naturalizados e domiciliados no Brasil**, desde que não amparados pelo sistema previdenciário do país de origem" (grifo nosso). Verifica-se que antes o direito dos estrangeiros era aqui também resguardado, contudo, tal dispositivo foi suprimido pela nova redação, o que não significa que seu direito foi igualmente suprimido.

Só quem pode restringir os direitos dos estrangeiros no Brasil é a própria Constituição, visto que ela lhes garante isonomia com os brasileiros.

Quem ensina isso é novamente José Afonso da Silva (2005, p. 338):

O princípio é o de que a lei não distingue entre nacionais e estrangeiros quanto à aquisição e ao gozo dos direitos civis (CC, art. 3º). Há, porém, **limitações aos estrangeiros estabelecidas na Constituição**, de sorte que podemos asseverar que eles só não gozam dos mesmos direitos assegurados aos brasileiros quando a própria Constituição autorize a distinção (grifo nosso).

A Carta Magna traz restrições aos estrangeiros com relação ao direito de votar e ser votado, ao direito de propriedade de empresas de interesse público e o direito de exercer certos cargos, entre outros, mas conforme exposto até aqui, não restringe o direito à assistência social.

Um dos princípios que regem tal ramo da Seguridade social é justamente o princípio da universalidade, já apontado na primeira parte do presente estudo, que se relaciona com a isonomia e a solidariedade, abrangendo a universalidade de cobertura e de atendimento.

Nesse mesmo sentido, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, prescreve:

1. Os Estados-Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a **toda pessoa** que esteja sujeita à sua jurisdição, **sem discriminação alguma** por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, **origem nacional** ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. (grifo nosso)

Desse modo, todos os países signatários, dentre os quais se inclui o Brasil, devem respeitar os direitos de toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição, independentemente de sua nacionalidade.

Essencial, contudo, é a ressalva trazida pela Procuradora da República Eugênia Augusta Gonzaga Fávero, em Ação Civil Pública através da qual o Ministério Público requeria a concessão do benefício de prestação continuada aos estrangeiros e refugiados regularmente residentes no Brasil (Autos n.º 2004.61.00.021229-0-30.07.2004, junto à Justiça Federal de São Paulo, Subseção Judiciária da capital):

No entanto, vale dizer que não se trata de buscar amparo a todo estrangeiro que esteja neste país os residentes, mas sim àqueles que tenham aqui fixado residência e que de acordo com as normas estabelecidas pelo Direito Pátrio, tenham **ingressado regularmente em território brasileiro**, atendendo, como corolário, as normas de soberania

nacional, ou ainda, aqueles que mesmo entrando irregularmente tenham convalidado a situação antes irregular. Ou seja: busca-se **amparar todos aqueles que tenham o animus definitivo de permanecer no país**, cumprindo regularmente as condições impostas para tal. (grifo nosso)

Com isso, é natural a conclusão de que os estrangeiros fazem jus à tal benefício, pois, conquanto regularmente e definitivamente residentes no Brasil, sujeitam-se diariamente às regras e deveres do país como qualquer nacional, e desta forma devem poder gozar dos mesmo direitos.

A permanência definitiva de estrangeiros no Brasil regula-se pela Lei nº 6.815/80 (Estatuto do Estrangeiro) e pelas Resoluções Normativas do Conselho Nacional de Imigração - CNIg, sendo concedida a residência permanente ao cônjuge ou genitor de brasileiro (Art. 75, II da Lei nº 6.815/80 c/c RN nº 36/99 - CNIg), ao dependente legal de brasileiro ou de estrangeiro permanente ou temporário residente no País (RN nº 36/99 - CNIg), ao companheiro de brasileiro ou estrangeiro permanente (RN nº 77/08 - CNIg), à vítima de tráfico de pessoas (RN nº 93 do CNIg) e ao refugiado ou asilado (RN nº 06/97 e nº 91/2010- CNIg), entre outros.

Esse último caso em específico sobrepõe em importância ao recordarmos o terremoto que atingiu o Haiti no ano de 2010. Diante dessa tragédia a comunidade internacional se dispôs a ajudar o país, e o Brasil forneceu às vítimas o chamado "visto humanitário", que se trata de um visto de permanência emitido pelo Conselho Nacional de Imigração (CNIg) do Ministério do Trabalho e do Emprego.

Segundo dados fornecidos pela Polícia Federal (PF) ao site "O Estrangeiro", o país abriga atualmente cerca de 940 mil imigrantes permanentes, dos quais 1.405 são haitianos que conseguiram o visto definitivo no ano de 2012 (online).

Nesse ponto, são interessantes os dados coletados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), em estudo sobre a imigração haitiana no Brasil, de fevereiro de 2014 (online, p. 38):

| Setor | Nº absoluto | % |
|-------------------------|--------------------|----------|
| Construção civil | 103 | 30,3 |
| Indústria de alimentos | 43 | 12,6 |
| Comércio | 19 | 5,6 |
| Serviços domésticos | 7 | 2,1 |
| Serviços gerais | 27 | 7,9 |
| Indústria em geral | 8 | 2,4 |
| Hotelaria | 2 | 0,6 |
| Informática e automação | 4 | 1,2 |

| | | |
|-----------------|------------|------------|
| Sem trabalho | 89 | 26,2 |
| Não responderam | 38 | 11,2 |
| Total | 340 | 100 |

Salta aos olhos o alto nível de desemprego, evidenciando que muitos refugiados ainda passam dificuldades por aqui. Note-se ainda que há um grande número dos empregados na construção civil, setor em que os trabalhadores estão bastante sujeitos a acidentes de trabalho. Isso tudo, somado ao fato de que (se tudo correr bem) todos se tornarão idosos um dia, os refugiados são um grupo de pessoas prováveis de se tornarem beneficiárias do benefício da prestação continuada.

Por outro lado, é de vital importância anotar o que a jurisprudência ressalva sobre tal assunto:

BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. CONCESSÃO A ESTRANGEIRO LEGALMENTE RESIDENTE NO PAÍS. POSSIBILIDADE. A condição de estrangeiro legalmente residente no Brasil não impede a concessão de benefício assistencial ao idoso ou deficiente, pois a Constituição Federal, art. 5º, assegura ao estrangeiro residente no país o gozo dos direitos e garantias individuais em igualdade de condição com o nacional. **A concessão do amparo, porém, deve ser afastada se restar demonstrado que o estrangeiro transferiu residência para o Brasil apenas com intuito de auferir o benefício em exame.** Incidente conhecido e improvido. (TRF-4 - IUJEF: 14089 PR 2007.70.95.014089-0, Relator: RONY FERREIRA, Data de Julgamento: 22/08/2008, TURMA REGIONAL DE UNIFORMIZAÇÃO DA 4ª REGIÃO, Data de Publicação: D.E. 17/09/2008, grifo nosso).

Assim, deve-se analisar cada caso concreto, a fim de se contornar eventuais fraudes e má-fe dos imigrantes.

Com efeito, a Resolução Normativa nº 06, de 21 de Agosto de 1997, editada pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), condiciona a concessão da permanência definitiva do refugiado/asilado no Brasil à residência no país há no mínimo quatro anos (o que foi alterado pela Resolução Normativa nº 91, de 10/11/2010 – antes o prazo era de seis anos), ou ao exercício de profissão, sendo regularmente contratado e reconhecida sua formação, ou, ainda, que tenha aberto seu próprio negócio, tudo nos termos do artigo primeiro da resolução normativa.

Verifica-se assim que os estrangeiros na condição de aqui residentes permanentes são praticamente nacionais. Não se pode confundir, entretanto, o que se entende verdadeiramente por "quase nacionalidade": tal condição será a do português equiparado ao brasileiro, de modo que ele poderá gozar de todos

os direitos e prerrogativas dos nacionais, desde que preenchidos dois pressupostos: residência permanente no Brasil e conquanto haja reciprocidade, isto é, que o ordenamento jurídico português outorgue a brasileiros o mesmo direito requerido, vide lição de José Afonso da Silva (2005, p. 336).

Essa noção de reciprocidade torna-se bastante útil quando se analisa a problemática trazida por José Francisco Rezek (2008, p.221):

Vanguardas do pensamento ocidental alargaram o horizonte desses direitos humanos societários, trazendo à mesa teses novas, como a do direito à paz, ao meio ambiente, à co-propriedade do patrimônio comum do gênero humano. O problema inerente a esses direitos de terceira geração é, como pondera Pierre Dupuy, o de **identificar seus credores e devedores**. Com efeito, quase todos os direitos individuais de ordem civil, política, econômica, social e cultural são operacionalmente reclamáveis, por parte do indivíduo, à administração e aos demais poderes constituídos em seu Estado patrial, ou em seu **Estado de residência ou trânsito**. **As coisas se tornam menos simples quando se cuida de saber de quem exigiremos que garanta, em plano global, nosso direito** a um ambiente saudável, à paz ou ao desenvolvimento. (grifo nosso)

Mutatis mutandi, é esse o maior problema da questão de se conceder um benefício não contributivo a não nacionais. Certamente todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais, independentemente de sua nacionalidade e onde quer que estejam, no entanto, seria realmente justo impor tal ônus aos Estados, apenas com fundamento no princípio da solidariedade, como consequência do respeito aos direitos humanos e a universalidade da garantia destes?

Nesse ponto, cumpre destacar as palavras de Ingo Sarlet (2007, p. 171):

o exercício dos direitos subjetivos individuais está condicionado, de certa forma, ao seu reconhecimento pela comunidade na qual se encontra inserido e da qual não pode ser dissociado, podendo falar-se, neste contexto, de uma responsabilidade comunitária dos indivíduos. Por tais razões, parece correto afirmar que todos os direitos fundamentais (na sua perspectiva objetiva) são sempre, também, direitos transindividuais. É neste sentido que se justifica a afirmação de que a perspectiva objetiva dos direitos fundamentais não só legitima restrições aos direitos subjetivos individuais com base no interesse comunitário prevalente, mas também que, de certa forma, contribui para a limitação do conteúdo e do alcance dos direitos fundamentais, ainda

que deva sempre ficar preservado o núcleo essencial (grifo nosso)

Com isso, uma possível solução talvez seja verificar se naquele Estado de origem do estrangeiro requerente do BPC um brasileiro seria beneficiado da mesma forma, isto é, se haveria reciprocidade entre as nações. Contudo, na comunidade atual, insta salientar o que observa o professor Alarcón (2009, p.6):

No campo da responsabilidade estatal, não há como negar que a via do amparo aos refugiados e migrantes em geral deu um passo em reverso no atual cenário, quando a União Europeia e os Estados Unidos, em função das variáveis econômicas, de seu mercado interno de trabalho e seu interesse nacional, criaram **legislações restritivas à livre circulação de pessoas**. Apesar de argumentos que partem de uma prerrogativa estatal ilimitada para legislar sobre o ponto, vale dizer que as colocações podem cair por terra se levamos em conta que esses países obtiveram benefícios enormes com a obtenção de mão de obra de migrantes, a custos irrisórios. Por essa via, **a questão migratória é utilizada como mecanismo de crescimento econômico, para logo promover-se o descarte de seres humanos que deixam de ser de presença valiosa no território do Estado que os rejeita**. (grifo nosso)

Assim, no cenário atual de crises econômicas, inimizades e conflitos entre países, além do temor do terrorismo, parece difícil se tomar a reciprocidade por si só como parâmetro no trato dos direitos humanos. Se os países fecham suas fronteiras e precisam se esforçar para equilibrar suas finanças internas e assegurar um mínimo aos seus nacionais, como exigir que se sacrifiquem igualmente pelos estrangeiros? É viável impor tal encargo sobre as nações?

Quem responde é novamente o grande mestre, Ingo Sarlet (2007, p. 389-390):

Hoje não há mais falar em direitos fundamentais na medida da lei, mas, sim, em leis apenas na medida dos direitos fundamentais, o que - de acordo com Gomes Canotilho - traduz de forma plástica a mutação operada nas relações entre a lei e os direitos fundamentais. [...] Se, por um lado, apenas o legislador se encontra autorizado a estabelecer restrições aos direitos fundamentais, por outro, ele próprio encontra-se vinculado a eles, podendo mesmo afirmar-se que o art. 5º, § 1º, da CF, traz em seu bojo uma inequívoca proibição de leis contrárias aos direitos fundamentais, gerando a sindicabilidade não apenas do ato de edição normativa, mas também de seu resultado, atividade, por sua vez, atribuída à Jurisdição

Constitucional. Isto significa, em última ratio, que **a lei não pode mais definir autonomamente (isto é, de forma independente da Constituição) o conteúdo dos direitos fundamentais, o qual, pelo contrário, deverá ser extraído exclusivamente das próprias normas constitucionais que os consagram.**

Dessa forma, se a Constituição prescreve a igualdade entre nacionais e estrangeiros, bem como o respeito aos direitos humanos e a universalidade da assistência social, não há e nem pode haver óbice à concessão do benefício assistencial aos estrangeiros que aqui residem regularmente com ânimo definitivo. E isso se coaduna com a postura brasileira no cenário internacional, que procura auxiliar quem de sua ajuda necessitar, como se deu quando o Haiti foi atingido pelo terremoto em 2010. Independentemente de haver reciprocidade ou não, acima de tudo deve se buscar o fiel cumprimento da Carta Magna, como símbolo da vontade soberana do povo brasileiro e de seus objetivos de cooperação internacional pelo desenvolvimento e paz, pautada na solidariedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Assistência Social presta-se à garantia do mínimo social aos grupos mais vulneráveis da sociedade, através de ações do Estado em conjunto com a própria sociedade. Como efeito desse objetivo de amparo aos hipossuficientes, temos que não se exige contribuição para ser beneficiário desse sistema.

Um dos mecanismos desse sistema assistencial é o Benefício de Prestação Continuada (BPC), que consiste na garantia de um salário mínimo ao idoso ou à pessoa com deficiência que não possuam meios de sobreviver, sendo esses dois parâmetros, um de ordem subjetiva e outro de ordem objetiva, os requisitos para sua concessão.

Contudo, tal questão se dificulta à medida que o Brasil é um país que tradicionalmente recebe imigrantes e recentemente se mobiliza para prestar socorro às nações necessitadas, recebendo refugiados.

Embora venham ao país em busca de melhores condições de vida, muitas vezes os estrangeiros encontram grandes dificuldades, acabando por ocupar-se em trabalhos nos quais se sujeitam a graves acidentes ou acabam ficando desempregados. Desse modo, esses estrangeiros também se encontram em estado de vulnerabilidade e hipossuficiência, a ponto de necessitar de auxílio, como o benefício da prestação continuada.

Ocorre que o INSS, entidade responsável pela análise e concessão dos requerimentos previdenciários e assistenciais, na maioria das vezes, nega-se a analisar o pedido do estrangeiro ou analisando, rejeita-o prontamente, sob o argumento de que a lei veda/ não há previsão legal para os estrangeiros serem também beneficiados.

Fundamenta que a própria lei da Assistência Social restringe seu alcance aos cidadãos brasileiros em seu artigo 1º, e que não se pode onerar a

nação de tal forma, destinando prestações de caráter não contributivo a não nacional.

Contudo, não se pode fazer uma leitura tão literal e estrita da lei. Se o BPC se destinasse somente aos cidadãos, em seu sentido político-jurídico, os menores com deficiência e os idosos não eleitores restariam gravemente prejudicados.

Assim, necessária se faz uma análise sistemática, levando em conta os princípios orientadores do sistema previdenciário e principalmente do texto constitucional.

Nesse ponto, os princípios mais importantes são o da universalidade e da solidariedade, pois segundo eles a assistência social deve atender a todos que dela necessitarem, não se preocupando com contribuições ou retribuições, mas tendo em mente apenas a garantia do mínimo existencial a todos sem distinção.

No mesmo sentido, é a Constituição Federal que tem por valores basilares a igualdade, entre nacionais e estrangeiros, e a dignidade da pessoa humana, independentemente de sua origem.

Desse modo, não pode haver óbice à concessão do benefício assistencial aos estrangeiros que aqui entraram regularmente e assim estabeleceram residência permanente, pois submetem-se aos mesmos deveres e obrigações que os brasileiros, podendo também gozar dos mesmos direitos. Deve-se atentar, no entanto, à regularidade de entrada e ao ânimo de aqui fixar residência, para evitar eventuais fraudes e má-fé os requerentes.

Referências

ALARCÓN, Pietro de Jesús Lora. *Direitos humanos e direitos dos refugiados: os princípios da dignidade humana, a universalidade dos direitos humanos e a solidariedade como fundamentos para superar a discricionariedade estatal na concessão do refúgio*. In: CONPEDI/2009. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/anais/36/11_1575.pdf>. Acesso em 22 de maio de 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

_____. *Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, que promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969*.

_____. *Decreto nº 6.214, de 26 de setembro de 2007. Regulamento do Benefício de Prestação Continuada*.

_____. *Lei nº 8.742, de 07 de dezembro de 1993. Lei Orgânica da Assistência Social*.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de. *Manual de Direito Previdenciário/ Carlos Alberto Pereira de Castro; João Batista Lazzari - 11. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009*.

ESTRANGEIRO, O. *Exclusivo: os números exatos e atualizados de estrangeiros no Brasil*. Disponível em: <<http://oestrangeiro.org/2013/05/22/exclusivo-os-numeros-exatos-e-atualizados-de-estrangeiros-no-brasil-2/>> . Acesso em 22 de

maio de 2014.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 12 ed. Rio de Janeiro. Impetus. 2008.

MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE). *Projeto “Estudos sobre a Migração Haitiana ao Brasil e Diálogo Bilateral”*. Fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://www.brasil.iom.int/images/estudio/Relatorio%20final%20sobre%20Migracao%20Haitiana%20ao%20Brasil%20-%20Estudo%20da%20OIM.PDF>> . Acesso em 22 de maio de 2014.

REZEK, José Francisco. *Direito internacional público: curso elementar*. 11. ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva. 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos fundamentais na Constituição de 1988*. 5ª ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2007.

_____. *Eficácia dos direitos fundamentais. Uma teoria dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 7ª ed. Porto Alegre. Livraria dos Advogados, 2007.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 2005.

O DIREITO À EDUCAÇÃO BÁSICA DE QUALIDADE E AS POLÍTICAS PÚBLICAS DE INCLUSÃO DAS CRIANÇAS NAS CRECHES

Ednilson Donisete Machado¹¹⁰

Emanuele Giachini¹¹¹

Resumo:

O presente estudo busca analisar como, e se, as políticas públicas relativas à educação no Brasil estão garantindo o direito fundamental da criança a um ensino de qualidade. Aponta como grave problema a falta de vagas nas creches para as crianças, ferindo assim o seu direito fundamental à educação básica. Neste sentido, destaca a adoção de políticas públicas de inclusão dessas crianças nas creches, como forma de garantir seus direitos. Demonstra a importância desta inclusão, uma vez que possibilita à criança o acesso à educação, desde cedo, contribuindo para sua formação como cidadão e criando oportunidades para sua vida em geral. Ainda, traz algumas decisões de Poder Judiciário na análise de casos concretos, demonstrando a importância e a necessidade de se criar políticas públicas de inclusão, para evitar, inclusive, um certo “confronto” com o orçamento da administração.

INTRODUÇÃO

A educação é sempre um tema fascinante, e pela sua importância na formação da cidadania (sujeitos críticos, capazes de compreender códigos de linguagem, analisar criticamente a sociedade, compreender e buscar a efetivação de seus direitos e deveres), é necessário a conscientização de todos, e mais ainda do poder público, da necessidade de se garantir à criança o contato com aprendizado, criando meios eficazes à sua inclusão nas creches.

Nesse contexto de expectativa de concretização dos direitos fundamentais, indubitável é que grande parte da população vive ainda uma certa segregação. As barreiras humanas e sociais impõem-lhes muitas restrições, tais como no exercício de seus direitos e garantias fundamentais. Confronta-se, assim, a dignidade da pessoa humana. E tal situação não condiz com o Estado Democrático de Direito, pois nega o exercício da cidadania a uma parcela de seus integrantes.

E, no caso do Brasil, que se incumbiu do dever de propiciar a todos os seus nacionais o acesso à cidadania, esse dever constitucional passa naturalmente pelo ensino.

¹¹⁰ Professor dos Programas de Mestrado e Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP e do Centro Universitário Eurípedes de Marília - UNIVEM. Pesquisador do Grupo Gramáticas dos Direitos Fundamentais e do Grupo Democracia e Direitos Fundamentais da UENP. Endereço eletrônico: ednilson-machado@uol.com.br.

¹¹¹ Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná - Campus Jacarezinho - UENP. Graduada em Direito pela FIJ - Faculdades Integradas de Jaú - Jaú/SP em 2003. Advogada. Membro do GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da UENP. Endereço eletrônico: emanuele_02@hotmail.com.

Mais do que garantir um direito social, a promoção da educação é requisito para o próprio desenvolvimento do país.

Observando os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, elencados no artigo 3º da Constituição Federal, impossível deixar de atentar que para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, que promove o bem de todos, sem preconceitos e quaisquer formas de discriminação, é necessário que saíamos do plano utópico e que haja a inclusão real das pessoas excluídas.

É grande o número de crianças que esperam por uma vaga nas creches do país, e portanto, devido à sua precária situação de pobreza e miserabilidade, não são inseridas no campo da educação. Outras, através de políticas públicas, muitas vezes de urgência, criadas pelo próprio Poder Público, são colocadas em lugares sem qualquer infraestrutura, sem profissionais qualificados e conseqüentemente sem um ensino sem qualidade.

Sem falar, ainda, nas decisões judiciais que determinam uma providência urgente da administração, confrontando com o orçamento desta.

Segundo Bobbio, a existência de um direito implica sempre a existência de um sistema normativo, em que por “existência” deve-se entender tanto o mero fator exterior de um direito histórico ou vigente quanto o reconhecimento de um conjunto de normas como guia da própria ação. Para ele, a figura do direito tem como correlato a figura da obrigação.¹¹²

Ainda, Juliana Izar Soares da Fonseca Segalla e Taís Nader Marta esclarecem que:

Os direitos não são sinônimos das declarações que pretendem contê-los nem devem se confundir com o ideário filosófico que se propõem a fundamentá-los, devem, ao contrário, estar representados nas lutas concretas relativas às experiências humanas. Com isso, não teremos, num primeiro momento, a realização de grandes mudanças, mas será possibilitada a construção de uma sociedade ideal, fundamentada em leis justas e em instituições político-econômicas verdadeiramente comprometidas com o bem-estar da coletividade, em que a sociedade inclusiva seria uma realidade e não apenas um sonho inatingível.¹¹³

Portanto, cabe ao Direito, diante de cada caso concreto, e em cada tipo de conflito, apontar quais interesses devem prevalecer, e quais devem ser sacrificados em prol da realização da justiça e da efetivação desses direitos.

¹¹² BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p.74-75.

¹¹³ SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca, MARTA, Taís Nader. Direito à Educação Inclusiva: um direito de todos. São Paulo:Verbatim, 2013, p.19-20.

1. A EDUCAÇÃO COMO DIREITO FUNDAMENTAL: A GARANTIA DE UMA VIDA DIGNA.

Vivemos em um país e num mundo marcados por contrastes e desigualdades de recursos, oportunidades e direitos. Onde, cada vez mais, uns poucos concentram muito e a grande maioria sofre escassez e exclusão. Não se trata apenas de recursos financeiros, mas de outros bens e direitos, como espaço de participação, voz ativa, poder de decisão, informação e oportunidades de aprendizagem.

A educação no Brasil iniciou-se, timidamente, com alguns padres jesuítas trazidos ao país, em 1549. O objetivo desses jesuítas era estimular a catequese, de forma que os índios pudessem ser convertidos ao Cristianismo, e assim, foi fundado o primeiro colégio da Colônia em Salvador.

Motivados por esse aprendizado, os índios, mais dóceis, contribuíram para o desenvolvimento agrícola e pecuário da Colônia.

Daí já se pode perceber, que um povo com formação contribui para o desenvolvimento.

A educação seguiu, assim, nos moldes da igreja até 1891, quando, com a forma republicana de governo, o tema foi levado à égide constitucional como direito do cidadão, e nunca mais deixou esse patamar.

Posteriormente, sob a influência da Declaração Universal dos Direitos Humanos, os diplomas constitucionais brasileiros passaram a dar ênfase à universalização do direito à educação. E, finalmente, a Constituição de 1988, que o consagra como direito público subjetivo.¹¹⁴

Ainda, o direito à educação passou a ser articulado com os princípios fundamentais do próprio Estado: a cidadania e a dignidade da pessoa humana. E por falar em dignidade, Alexy esclarece: “[...] o conceito de dignidade humana pode ser expresso por meio de um feixe de condições concretas, que devam estar (ou não podem estar) presentes para que a dignidade da pessoa humana seja garantida.”¹¹⁵

A vida digna é aquela onde estão presentes valores essenciais para o desenvolvimento pleno da pessoa. Para isso, é necessário que esse conjunto de necessidades individuais, que configuram-se nos direitos sociais, sejam devidamente garantidos pelo Estado.

Para Luiz Alberto David Araújo, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, a dignidade humana é “um dos princípios constitucionais que orientam a construção e a interpretação do sistema jurídico brasileiro.”¹¹⁶

Diante disso, a Constituição Federal é a ferramenta para a construção de um Estado Social, já que encontra-se pautada na dignidade da pessoa humana e na solidariedade.

Certo é que, nos países que enfrentam graves problemas sociais, como é

¹¹⁴ Art. 208 (omissis) § 1.º O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo.

¹¹⁵ ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.355.

¹¹⁶ ARAÚJO, Luiz Alberto David. A Proteção Constitucional do Transexual. São Paulo: Saraiva, 2000, p.102.

o caso da educação no Brasil, o Estado não pode se colocar na posição de mero espectador dos acontecimentos. Ao contrário, deve tornar eficaz todas as normas constitucionais protetivas dos direitos das pessoas, para que todos possam ter uma vida com dignidade.

Para Ingo Wolfgang Sarlet:

É justamente neste sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais. Na condição de limite da atividade dos poderes público, a dignidade é necessariamente algo que pertence a cada um e que não pode ser perdido ou alienado, porquanto, deixando de existir, não haveria mais limite a ser respeitado (considerando o elemento fixo e imutável da dignidade). Como tarefa imposta ao Estado, a dignidade da pessoa humana reclama que este guie as suas ações tanto no sentido de preservar a dignidade existente ou até mesmo de criar condições que possibilitem o pleno exercício da dignidade [...].¹¹⁷

A educação, nesse sentido, é muito mais do que alguns léxicos a conceituam.

Ela é a prática contínua e intermitente de se transmitir e receber informações, que se vão construindo com o tempo, por elas sendo o homem influenciado, ao tempo que as influencia, ajudando assim, a desenvolver o meio onde vive e, também, desenvolver-se.¹¹⁸

O direito à educação é mais amplo que o direito à escola, e que os processos educativos, pois permeiam toda a vida das pessoas com diferentes dimensões e fases.

Concretizar o direito público subjetivo à educação, é uma forma de garantir um país formado por cidadãos conscientes de seus atos. E esse é o grande desafio do Brasil, pois sem educação, não há cidadão.

A democratização da aprendizagem e a universalização dos direitos educacionais requerem tanto vontade política quanto uma sociedade civil fortalecida, com espaço e voz para poder participar efetivamente do sistema educacional. É preciso mudar a maneira de se definir e implementar as políticas e práticas educacionais, distribuindo, de maneira mais equitativa, os recursos para que a população brasileira possa desfrutar do direito à educação garantido pela Constituição Federal.

¹¹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos Direitos Fundamentais. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012, p.102

¹¹⁸ LIMA, Maria Cristina de Brito. A Educação como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.2.

Muito embora esteja evidenciado no rol dos direitos sociais – artigo 6.º da Constituição Federal – pode-se dizer que houve um deslocamento do direito à educação para a categoria de direito fundamental, quando o legislador constituinte, atendendo ao reclamo da sociedade, estabeleceu no artigo 208, § 1.º, da Constituição Federal, que o acesso ao ensino obrigatório (este entendido como ensino fundamental, a teor do mesmo artigo, inciso I) e gratuito é direito público subjetivo.

Mais especificamente, o direito à educação básica tornou-se tão importante quanto o direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, todos evidenciados pelo *caput* do artigo 5.º da Carta Magna, tendo como consequência a possibilidade de demanda independentemente de qualquer política pública que o evidencie.¹¹⁹

A educação infantil é a raiz da educação básica, o ensino fundamental é o seu tronco e o ensino médio é seu acabamento.

Segundo a legislação brasileira, o direito à educação engloba os pais, o Estado, a comunidade em geral e os próprios educandos, mas é obrigação do Estado garantir esse direito, inclusive quando o assunto é qualidade. Portanto, a qualidade da Educação Básica é um direito que requer uma ação positiva do Estado

Vale lembrar que, por implicar a cidadania no seu exercício consciente, por qualificar para o mundo do trabalho, por ser gratuita e obrigatória no ensino fundamental, por ser gratuita e progressivamente obrigatória no ensino médio, por ser também a educação infantil um direito, a educação básica é dever do Estado.

Devido à importância fundamental que o direito à educação representa para a sociedade, foi necessário alçá-lo ao núcleo imutável da Constituição, reconhecendo-o como direito fundamental.

Ainda:

Em se tratando, portanto, de direito subjetivo, tem-se-no como uma faculdade de obrigar, isto é, o credor (cidadão) tem o direito de exigir do devedor (Estado) o cumprimento da obrigação, sendo certo que a coação, no caso, far-se-á através do próprio Estado, pela sua funcional jurisdicional (Poder Judiciário), que se incumbirá de interpretar a norma constitucional, no tocante à educação básica, como determina a Carta Magna vigente.¹²⁰

A educação promove a visão de mundo das pessoas, de uma forma a que superem a intolerância, o desrespeito, o preconceito e a discriminação, sendo também, ferramenta para a inclusão social.

Nesse sentido, Claudinei J.Gottens afirma:

¹¹⁹ Op. Cit., p.29-30.

¹²⁰ LIMA, Maria Cristina de Brito. A Educação como Direito Fundamental. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.30.

Denota-se, da letra normativa, que a Constituição erigiu o princípio da universalidade como orientador do direito à educação, consistindo em direito de todos frente ao Estado, estabelecendo, também, o fim que deve nortear a consecução do ensino, elevando-a ao nível dos direitos fundamentais do homem.¹²¹

Mas não basta a previsão constitucional desse direito fundamental, e sim que ele seja proporcionado de forma eficaz a todos.

A eficácia máxima dos direitos fundamentais exige que ao definir o conteúdo dos direitos fundamentais, o intérprete aja da forma mais abrangente, ou seja, que mais garanta a eficácia desses direitos.¹²²

Assim, o acesso à educação básica, pode ser considerado um marco divisor de águas, ao apontar a possibilidade e desenvolvimento individual, com base nas capacidades particulares de cada indivíduo, favorecendo o desenvolvimento social.

Por se tratar de um direito social dotado de fundamentalidade, a educação se revela ínsita ao desenvolvimento do homem enquanto ser social e culmina com sua dignificação, razão que impõe analisar o direito à educação não como uma norma meramente programática, sem eficácia imediata, mas, ao contrário, por se tratar de direito social, é exigível de imediato.¹²³

Ainda:

Pese a positivação de ser somente o acesso à educação um direito público subjetivo, a interpretação que melhor garante a efetividade deste direito fundamental, especialmente no atual estágio evolutivo dos direitos desta magnitude, em países ditos periféricos, como é o caso do Brasil, deve caminhar no sentido de que não somente o acesso é direito público subjetivo, estendendo-se a todos os demais deveres estatais relacionados com a educação. Ou seja, as demais obrigações estatais, como as previstas no artigo 208, da Constituição e repetidos no artigo 54, do Estatuto da Criança e do Adolescente, circunscrevem-se no rol das prestações jurifundamentais em favor da

¹²¹ GOTTEMS, Claudinei J. Direito Fundamental à Educação. Argumenta-Uenp. Jacarezinho. Nº 16, p. 48, 2012.

¹²² BREGA FILHO, Vladimir. Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões. São Paulo: Editora Juarez, 2002, p. 64.

¹²³ GOTTEMS, Claudinei J. Direito Fundamental à Educação. Argumenta-Uenp. Jacarezinho. Nº 16, p. 49, 2012.

sociedade.¹²⁴

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei 9394, de 20.12.1996, que estabelece, em seu artigo 4.º, o dever do Estado com a educação escolar pública, demonstra, novamente, tamanha importância dada à educação.

O não acesso à educação afeta o próprio desenvolvimento do país, uma vez que faz com que aumente a grande massa de homens sem qualquer profissionalização, minando o desenvolvimento do Estado.

Neste diapasão, a exequibilidade do direito à educação encontra-se nas prestações positivas do Poder Público para garantir o acesso dessas pessoas ao seu próprio desenvolvimento pessoal, através do conhecimento.

Há que se considerar, ainda, em termos de legislação educacional, os pactos ou acordos internacionais, que ecoam no sistema jurídico interno dos países signatários. Neste sentido, o Pacto Internacional Relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 16 de dezembro de 1996, do qual o Brasil é signatário.

Por força do parágrafo 3º do artigo 5º, da Constituição Federal, incluído pela Emenda Constitucional 45, de 2004, se adotada a interpretação de que os tratados anteriores à essa Emenda tem *status* constitucional, referido Pacto, aprovado pelo país, pelo Decreto Legislativo 226, de 12/12/1991 e promulgado pelo Decreto Presidencial 591, de 06/07/1992, vige com força de norma constitucional.

O artigo 13, item 1, do Pacto, deixou ainda mais claro, o que estabelece o texto constitucional, reconhecendo o direito de toda pessoa (e aqui tratamos com destaque das crianças) à educação, devendo visar “ao pleno desenvolvimento da personalidade humana, e do sentido de sua dignidade e a fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais”, e sendo instrumento de capacitação de todas as pessoas para que possam “participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz. Ainda, reforça que “a educação primária deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos.”

Neste sentido, declara Anna Cândida da Cunha Ferraz:

O direito à educação constitui o meio adequado e necessário para permitir ao cidadão que integre a sociedade à qual pertence e o mundo em que vive. Cabe à educação em geral despertar e reconstruir, no ser humano, o conhecimento integral que envolve os valores prestigiados na sociedade, seus direitos e seus deveres para com outros e para com a ordem social¹²⁵.

¹²⁴ *Op. Cit.*, p.50

¹²⁵ SILVEIRA, Vladimir Oliveira; SANCHES, Samyra Haydée Dal Farra Napolini Sanches; COUTO, Mônica Bonetti (Org). Educação Jurídica. São Paulo: Saraiva, 2013, p.96.

A ampla proteção legal ao direito à educação, deve-se ao fato de que ela representa o veículo mais relevante para a formação da pessoa enquanto cidadã.

Neste sentido, a creche e a pré-escola visam o desenvolvimento integral da criança, sendo, deste modo, de alta relevância social e irrefutável valor constitucional, que deve ser posto em prática, efetivado pelo Estado.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS E A JUSTICIABILIDADE DO DIREITO À EDUCAÇÃO

Diversos mecanismos são criados para acompanhar o dinamismo da sociedade. Sendo o direito a disciplina eu surgiu para regular as relações sociais, e portanto uma disciplina dinâmica, deve se preocupar cada vez mais em atuar juntamente com outras áreas e disciplinas como a sociologia, a filosofia, ciências sociais, economia, entre outras, a fim de buscar cada vez mais a efetividade dos direitos garantidos constitucionalmente a todos.

Nesse diapasão, como uma das formas de efetivação dos direitos sociais, ocorre a implantação das chamadas Políticas Públicas, que, na visão de Ana Carolina Izidório Davies são: “Ações governamentais, diretamente relacionadas à atuação do Poder Executivo, destinadas à satisfação de direitos fundamentais, em especial os de caráter social [...]”.¹²⁶

Embora existam outros meios eficazes para a efetivação, principalmente dos direitos sociais, as políticas públicas, são a forma mais adequada para a atuação do Estado, vez que vão de encontro às necessidades sociais, solucionando de forma justa e viabilizando o acesso a esses direitos fundamentais.

Para Valter Foletto Santin: “As políticas públicas têm ligação direta com o Estado Democrático de Direito, delineado no próprio preâmbulo da Constituição Federal e no seu art.1.º.”¹²⁷

Portanto, o Estado Social e Democrático acessível a todos, só é possível por meio da criação e do perfeito funcionamento de políticas públicas de efetivação dos direitos fundamentais.

Neste sentido:

Eis, por conseguinte, a real importância da existência e perfeito funcionamento de uma política pública: é a forma política mais justa e equânime de se garantir a fruição de direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito. É a uma das funções mais nobres do Poder Executivo no Estado desta jaez e a forma mais efetiva de se socializar

¹²⁶ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org). Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. 1. Ed. Birigui: Boreal, 2010, p.30.

¹²⁷ SANTIN, Valter Foletto, Controle Judicial da Segurança Pública: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime. 2. Ed. São Paulo: Verbatim, 2013, p. 19.

Posto que todos os mandamentos constitucionais e infraconstitucionais conferem à educação o *status* de direito público subjetivo, e portanto de exigência imediata por parte dos detentores desses direitos, cabe ao Poder Público garanti-lo.

Quando há a omissão do Estado na implantação dessas políticas públicas, o Judiciário é chamado para suprir suas falhas. Nos últimos tempos, isso tem sido um grande desafio para o Poder Público, ensejando um número crescente de ações judiciais que pleiteiam a efetividade do direito à educação, seja para vagas nas escolas e creches municipais, seja para transporte, ou até mesmo para melhoria da qualidade.

Desta feita, é notório o grande número de ações, no âmbito municipal, pleiteando vagas nas creches públicas para as crianças. E nesse sentido, as decisões judiciais convergem para a aceitação da justiciabilidade do direito à educação, com determinações ao Poder Público para o adimplemento do direito violado, ou não efetivado, com a adoção de medidas concretizadoras desse direito.

Isso com certeza gera uma pressão considerável no Poder Executivo para que aperfeiçoe sua política pública já que o Judiciário está sendo chamado para suprir suas falhas. Contudo, por outro lado, pode causar um desequilíbrio no orçamento público que reflete em iniquidades no oferecimento de prestações aos demais cidadãos, que também são detentores desse direito subjetivo. É um ciclo vicioso.

Além disso, não basta o Estado, para cumprir uma decisão judicial de criação de vagas nas creches, por exemplo, simplesmente “jogar” a criança em um lugar qualquer, sem infraestrutura adequada e sem profissionais capacitados. Isso não é garantir a efetividade do direito à educação da criança.

Nesse diapasão, para que não ocorra um aumento demasiado neste tipo de demanda, e conseqüentemente o desequilíbrio orçamentário, além de diversos outros problemas, como a prestação ineficaz, o Poder Público deve traçar estratégias administrativas para garantir a educação, a um número cada vez maior de crianças que se encontram sem vagas nas creches.

Impende considerar que as políticas públicas esperadas por parte do Executivo, vão desde o oferecimento de vagas em creches próximas à residência da criança, até o fornecimento de transporte e a adoção de medidas qualitativas de ensino, concretizando e efetivando, de forma plena, esse mandamento constitucional.

Em uma visão ainda mais progressista, Mônica Sifuentes afirma que, caso não disponha de vaga em sua rede de ensino, o Poder Público deve suportar o ônus pelo pagamento de mensalidades escolares:

Quanto ao aspecto da condenação do Poder Público ao

¹²⁸ SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org). Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. 1. Ed. Birigui: Boreal, 2010, p.31.

pagamento das mensalidades, em escola particular, esta deve ser a solução adequada, visto que o ensino deve ser gratuito para o aluno, não para a Administração. Assim, em uma localidade onde não houver escola pública que forneça o ensino fundamental, o Estado deve arcar com o ônus de sustentar as mensalidades. Embora as escolas não devam ter a visão estritamente empresarial, em uma economia de liberdade de iniciativa, elas não poderão suportar sozinhas um ônus que pe primordialmente do Estado.¹²⁹

Nesse mesmo sentido, tem sido as decisões judiciais, estabelecendo, quanto ao transporte, que o Poder Público pague, quando não houver vaga em escola próxima à residência da criança:

AÇÃO PROTETIVA JUDICIAL. DEVER DO ENTE PÚBLICO DE FORNECER O TRANSPORTE ESCOLAR GRATUITO.

1. Constitui dever do ente público assegurar o acesso efetivo à educação e nesse conceito se compreende também a oferta de transporte escolar gratuito de crianças e adolescentes, quando não existe escola pública próxima de sua residência. Inteligência do art. 53, inc. I e V, do ECA.

2. Considerando a impossibilidade de matrícula do infante em escola próxima à sua residência, deve ser mantida a decisão que determinou o fornecimento de passagens de ônibus, em quantidade equivalente ao mês, para ida e volta, em favor do familiar que acompanha o menor à escola. Recurso desprovido.¹³⁰

Em reexame necessário em ação ordinária de obrigação de fazer interposta para a inclusão de criança em creche ou pré-escola - REEX 20140100468-SC¹³¹ - o Tribunal de Justiça de Santa Catarina negou a remessa, sob o fundamento de que é dever do Estado garantir atendimento educacional, conforme colhe-se do corpo do v. acórdão:

¹²⁹ SIFUENTES, Mônica. Direito Fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos Constitucionais. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009, p.246.

¹³⁰ BRASIL, Jurisprudência. Agravo de Instrumento AI 70057004848/RS. Relator Ministro Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Agravante: Município de Esteio; Agravado: Ministério Público. Julgado em 20/12/2013. Sétima Câmara Cível Comarca de Esteio. Decisão Monocrática. DJ Eletrônico 5243-4 21/01/2014.

¹³¹ BRASIL, Jurisprudência. Reexame Necessário REEX 20140100468/SC 2014.010046-8 (Acórdão). Relator Ministro Gaspar Rubick. Autora: Y. de L. H. S.; Réu: Município de Florianópolis. Julgado em 24/03/2014. Primeira Câmara de Direito Público Julgado.

Assim sendo, é indubitável o dever da Municipalidade de priorizar a educação infantil e manter programas de educação pré-escolar, garantindo atendimento em creche e pré-escola a crianças de zero a cinco anos de idade, visto que se trata de direito constitucional expressamente previsto nos arts. 30, VI, 205, 208, IV, 211, § 2º e 227.

Além disso, com fulcro no Estatuto da Criança e do Adolescente, a criança tem direito à educação, assegurando-lhe acesso à escola pública e gratuita próxima de sua residência, sendo dever do Estado garantir atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a seis anos (arts. 53, V e 57, IV).

Mais adiante, explica:

O Estado deve aparelhar-se para fornecer, a todos, os serviços educacionais, ampliando as possibilidades de que todos venham a exercer igualmente esse direito. A Constituição considera que o acesso ao ensino é direito público subjetivo, pois é plenamente eficaz e de aplicabilidade imediata. Assim sendo, se não for prestado espontaneamente, pode ser exigido pela via judicial.

E conclui o Ilustre Ministro que:

Vale lembrar que o nosso sistema é o da proteção integral. Dessa forma, não basta que o Estado assegure a escola apenas para crianças a partir de sete anos de idade. É imprescindível proporcionar à criança o necessário, no campo educacional, desde o seu nascimento. (ELIAS, Roberto João. Comentários ao Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004). Logo, a colocação da criança em lista de espera, equivale ao não oferecimento do ensino obrigatório, de forma que cabe ao Poder Judiciário suprir a omissão administrativa e garantir a inserção dos menores em creche próxima a sua residência.

Por outro lado, as dificuldades de ordem financeira, quais sejam, a falta de recursos orçamentários ou impacto no orçamento público municipal e eventual responsabilização fiscal, igualmente, conforme dito alhures, não têm o condão de derruir o direito constitucional à educação. E isto porque todos os direitos sociais voltados à criança e ao adolescente, previstos em normas constitucionais ou

infraconstitucionais, prevalecem sobre os interesses financeiros do Estado. Vale repetir: o princípio da proteção integral garante a "destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude" (art. 4º, Parágrafo único, alínea d do ECA), aqui incluída a educação infantil.

Desta forma, o direito à educação, um direito social de proteção integral, se sobrepõe aos interesses financeiros do Estado, tendo os Tribunais, majoritariamente decidido a favor deste direito fundamental.

Impende considerar, portanto, que o Administrador deve adotar medidas de modo a concretizar o direito à educação, sob pena de, no caso de sua omissão, facultar à busca pelo Poder Judiciário, a fim de que seja determinado o adimplemento da obrigação constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Mais do que um direito fundamental, a educação compreende o próprio processo de evolução do ser humano, desde o seu nascimento. Além do aprendizado técnico, a criança aprenderá conteúdos éticos que são a todo momento exigidos pela própria sociedade.

A efetivação aos direitos relacionados à educação, além de ser o cumprimento de obrigações constitucionalmente estabelecidas, é a formação do próprio ser humano como cidadão, capaz de participar ativamente da política de seu país.

E ser cidadão é ter acesso a esse espaço público, que permite a construção de um mundo melhor, através da efetivação dos direitos e garantias fundamentais.

Por outro lado, a falta de educação gera a ignorância ou o esquecimento das pessoas quanto aos seus direitos e garantias que devem ser concretizados e podem ser exigidos do Poder Público. É a chamada alienação, que se vê hoje, em larga proporção no país.

Torna-se, assim, um ciclo vicioso. A falta de educação que gera a ignorância com relação ao conhecimento dos direitos e deveres fundamentais, tanto individuais, como sociais e políticos, impedindo desastrosamente o seu exercício, bem como a própria reivindicação à sua efetivação, como no caso, do próprio direito à educação.

Há que se considerar, ainda, que, em virtude da educação estar diretamente ligada em seu conteúdo à formação do ser humano digno, está intimamente relacionada à diminuição das desigualdades sociais.

Sendo o direito à educação um direito social fundamental, sua aplicabilidade é imediata, devendo ser efetivado de pronto pela Administração.

Nessa sociedade capitalista, cada vez mais há necessidade dos genitores trabalharem para prover o sustento do grupo familiar.

Diante disso, o Estado assumiu a obrigação de fornecer educação básica de qualidade a todas as crianças.

Nos últimos tempos, a falta de políticas públicas a fim de garantir a inclusão da criança, desde logo, nas creches e pré-escolas, ou a própria negação aos direitos ligados ao direito à educação, como o transporte, tem gerado um grande número de demandas judiciais reivindicando a efetivação desses direitos. Assim, a utilização do Judiciário para reivindicar e questionar políticas relacionadas à educação, principalmente nesta década, tem sido expressiva.

Neste diapasão, o grande entendimento nas decisões dos Tribunais Superiores, tem sido favoráveis à judicialização do direito à educação, determinando que a administração cumpra de imediato o direito pleiteado.

A par disso, a Administração tem enfrentado um grande desafio para a concretização desses direitos, uma vez que, a falta de políticas estratégicas para a inclusão das crianças nas creches e pré-escolas, faz com que tenham que dispor de verbas, que muitas vezes já estavam destinadas à outra finalidade, para que possam cumprir as decisões judiciais.

Portanto, apesar do papel do Judiciário na educação ter se ampliado de forma expressiva, é patente a necessidade de discutir a utilização deste meio para a resolução de litígios envolvendo questões pedagógicas e educativas.

Importa ressaltar, por fim, que, a negação pelo Poder Público à efetivação do direito à educação se omitindo à construção de creches e escolas, bem como no fornecimento de transporte é, em última análise, a violação ao próprio princípio da dignidade da pessoa humana, pois impede o desenvolvimento da criança.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ARAÚJO, Luiz Alberto David. *A Proteção Constitucional do Transexual*. São Paulo: Saraiva, 2000.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

_____. *Igualdade e liberdade*. 3. Ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BRASIL, *Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988*. 41ª. Edição, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL, Jurisprudência. Agravo de Instrumento AI 70057004848/RS. Relator Ministro Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Agravante: Município de Esteio; Agravado: Ministério Público. Julgado em 20/12/2013. Sétima Câmara Cível Comarca de Esteio. Decisão Monocrática. DJ Eletrônico 5243-4 21/01/2014.

BRASIL, Jurisprudência. Reexame Necessário REEX 20140100468/SC 2014.010046-8 (Acórdão). Relator Ministro Gaspar Rubick. Autora: Y. de L. H. S.; Réu: Município de Florianópolis. Julgado em 24/03/2014. Primeira Câmara de Direito Público Julgado.

BRASIL, Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19394.htm>. Acesso em 19/05/2014.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez, 2002.

GOTTEMS, Claudinei J. *Direito Fundamental à Educação*. Argumenta-Uenp. Jacarezinho. N° 16, 2012.

HABERLE, Peter. *A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal*. In: SARLET, Ingo W. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A Educação como Direito Fundamental*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003, p.30.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública: Eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime*. 2. Ed. São Paulo: Verbatim, 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca, MARTA, Taís Nader. *Direito à Educação Inclusiva: um direito de todos*. São Paulo: Verbatim, 2013.

SIFUENTES, Mônica. *Direito Fundamental à educação: a aplicabilidade dos dispositivos Constitucionais*. 2. ed. Porto Alegre: Nuria Fabris, 2009.

SILVEIRA, Vladmir Oliveira; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches; COUTO, Mônica Bonetti (Org). *Educação Jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (Org). *Estudos sobre os Direitos Fundamentais e Inclusão Social: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea*. 1. Ed. Birigui: Boreal, 2010.

_____; SILVA, Nilson Tadeu Reis Campos (Org). *Minorias e Grupos Vulneráveis: reflexões para uma tutela inclusiva*. 1. Ed. Birigui: Boreal, 2013.

SOUSA, Eliane Ferreira. *Direito à educação: requisito para o desenvolvimento do país*. São Paulo: Saraiva, 2010.

O DIREITO AO NÃO TRABALHO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

Marcela Andresa Semeghini Pereira¹³²

Isabel Cristina Rezende Yamashita¹³³

Resumo:

O presente estudo teve por objetivo a apresentação dos aspectos históricos dos Direitos da Criança e do Adolescente no plano internacional e nacional com ênfase no trabalho infantil em contraponto com o direito ao lazer. Abordou-se a influência do processo evolutivo obtido pelo Direito Internacional Público no direito do menor no Brasil, trazendo à discussão suas principais características e sua legislação, propondo meios que assegurem estes direitos, partindo do princípio da proteção integral em especial na fase de desenvolvimento psicológico e físico da criança e do adolescente. No Brasil, verificou-se que as crianças e os adolescentes estão no mercado de trabalho por necessidade ou por não terem outra opção de utilização do tempo livre. A Constituição Federal de 1988 estabelece no artigo 170 que a ordem econômica está fundada na valorização do trabalho, que pressupõe a proibição para o trabalho desenvolvido por uma criança, em especial, quando é voltado para o seu sustento. Constatou-se que no presente momento, o trabalho da criança e do adolescente no Brasil se apresenta de forma indigna e desumana, em razão dos mais variados fatores. Verificou-se que a efetividade do Direito ao não Trabalho da criança e do adolescente é dever da família, da sociedade e do Estado, que devem atuar em conjunto para que estes objetivos sejam alcançados.

INTRODUÇÃO

O presente artigo considerou a importância da proteção dos direitos da criança e do adolescente e a necessidade de utilizarem o tempo livre para realizarem atividades lúdicas, educativas e sadias, para que, além de garantirem formação intelectual, possam definir sua personalidade e humanidade. O debate sobre a necessidade do cumprimento desses objetivos é necessário para possibilitar o amplo desenvolvimento das potencialidades intelectuais e físicas dos menores.

O texto apresenta, primeiramente, a evolução do conceito de infância que acompanhou o desenvolvimento da sociedade, utilizando pesquisa realizada por Áries (1981) e o seu conceito que justifica a necessidade da sistematização do direito.

¹³² Mestranda em Direito pela Universidade de Marília - Unimar, área de concentração: Empreendimentos econômicos, desenvolvimento e mudança social. Graduada em Direito pelo Centro Universitário Eurípedes de Marília (2003), Graduada em Ciências Sociais - Licenciatura pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - Unesp (2007) e Graduada em Ciências Sociais - Bacharelado pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho - Unesp (2002), MBA em Desenvolvimento Regional Sustentável pela Universidade Federal do Mato Grosso (2011).

¹³³ Possui graduação em letras pela Faculdade Estadual de Filosofia Ciências Letras de Cornélio Procópio (1976) e graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (1992). Atualmente é prestadora de serviços - Açúcar e Alcool Bandeirantes S.A.. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito e Processo do Trabalho. Atualmente cursando mestrado em Direito na Unimar - Universidade de Marília-SP.

No segundo momento analisou-se as principais fases do Direito Internacional e a influência exercida na elaboração do direito da criança e do adolescente, principalmente no Brasil, abordando a contribuição da declaração dos direitos humanos, manifestações, resoluções, códigos e estatutos, pela qual os menores foram e são amparados legalmente. Estes textos e legislações objetivam, após anos de evolução e estudo sobre o desenvolvimento contextual da infância e a definição de criança, à proteção integral abrangendo todas as necessidades de um ser humano para o pleno desenvolvimento da sua personalidade.

Foi estudado o impacto na ordem econômica, quando criança e adolescente exercem atividades de adultos, ou mesmo trabalham para obter o seu sustento ou ajudarem suas famílias. O artigo 170 da Constituição Federal dispõe que a ordem econômica está fundada no trabalho que seja humano e digno e estas duas características não fazem parte do trabalho infantil.

Aborda-se, no presente texto, a proteção ao trabalho infantil sua importância e necessidade para o desenvolvimento da criança e do adolescente objetivando, também, assegurar o direito ao Lazer do menor como forma de inserção na sociedade, de aprendizado e práticas lúdicas realizadas neste período de desenvolvimento.

A técnica de pesquisa empregada foi bibliográfica, procedendo-se a investigação científica através de doutrinas, legislações, artigos em periódicos especializados.

O artigo apresenta um tema discutido e polemizado, principalmente no meio jurídico, e que desperta o interesse das pessoas de um modo geral, buscando a celeridade, a racionalização e a efetividade do Poder Judiciário e Legislativo.

1- A HISTÓRIA DO CONCEITO DE INFÂNCIA

Ao longo da história, a concepção de infância foi se estabelecendo e se modificando, de acordo com Ariès (1981), na sociedade medieval o sentimento de infância não existia, a criança era vista como um adulto em miniatura, sendo introduzida precocemente no mundo adulto, sem o mínimo de autonomia e importância.

Utilizando ainda dos ensinamentos de Áries (1981), pode-se dizer que foi apenas no século XVI, que começaram a surgir os primeiros sentimentos dirigidos exclusivamente às crianças, a qual passa a ser vista como ingênua, delicada e graciosa, sendo fonte de entretenimento e distração para os adultos, sendo tratada como objeto de “paparicação” em que as crianças eram acarinhadas, agradadas e suas brincadeiras e comportamentos divertiam os adultos.

Um século após esse sentimento de “paparicação”, no qual as crianças eram consideradas apenas como brinquedos, os eclesiásticos e os homens da lei preocupados com a disciplina e a racionalidade se recusaram a aceitar essa situação e, introduziram uma postura racional e educativa na vida familiar

(ARIÈS, 1981).

No século XVIII, mesmo com as condutas de “paparicação” e a valorização da disciplina, um novo elemento aparece: a preocupação com a higiene e saúde física, iniciando assim a educação do corpo e almejando-se a criação dos primeiros sistemas voltados para a educação formal das crianças.

No tocante a família, não existia um período denominado de infância onde se pudessem ter maiores cuidados para com as crianças, a afetividade ocorria nas ruas, onde as pessoas se encontravam, trocavam informações e praticavam os ofícios.

As relações familiares eram praticamente nulas, o saber era transmitido através de aprendizagem dos ofícios e por artesãos adultos da vizinhança ou comunidade, o serviço doméstico se confundia com a aprendizagem e a criança aprendia pela prática, confundindo-se a vida particular com a vida profissional.

Com a introdução da preocupação moral, decorrente das idéias do século XVIII, as famílias passam a ter uma preocupação com seus filhos, visto que os tratados e leis passam a reconhecer a responsabilidade dos pais frente à educação de seus filhos.

Através desse novo pensamento e das responsabilidades atribuída às famílias, a criança passou a deixar de ser uma distração para se tornar uma preocupação. A família passou a criar um sentimento que até então não existia para com suas crianças.

Após estes fatores, a infância passou a assumir um papel de suma importância na sociedade e na família, tornando-se assunto sério e digno de atenção. Caracterizada com a concepção moderna de infância, na qual é necessário investir para que se garanta a saúde física e psicológica dos futuros adultos, a moral e o desenvolvimento da sociedade.

A influência da preocupação da sociedade com as crianças pode iniciou-se no Brasil a partir do período colonial, sendo observado esse aspecto através da criação de instituições voltadas para as crianças, como escolas, creches e orfanatos, bem como a elaboração de leis específicas para esta classe. (ARIÈS, 1981)

A preocupação em relação às crianças se deu a partir do século XIX, pois com o desenvolvimento das indústrias, as mulheres passaram a trabalhar fora de casa para contribuir com o sustento do lar, deixando as crianças sozinhas sem acompanhamento e orientação, assim visualizamos a influência da questão econômica na condição das crianças, a necessidade da inserção da mulher no mercado de trabalho influenciou na rotina, educação e formação, pois a noção de família começou a modificar-se, e desta forma as crianças tiveram que adequarem-se a nova realidade.

Com este marco, começa a fase dos debates sobre as responsabilidades individuais e coletivas a respeito dos direitos e deveres infantis, incluindo nesse debate a criança e posteriormente o adolescente.

1.2 - Conceito de criança

É necessário e fundamental perguntar o porquê de se ter um direito

específico dos menores, para tanto interessante é o entendimento do conceito da palavra criança, ou seja, o menor, o ser humano em desenvolvimento.

Conforme artigo 2º da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, denominado Estatuto da Criança e do Adolescente, considera-se criança a pessoa até doze anos de idade incompleto e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade (BRASIL, 1990). De acordo com De Plácido e Silva (1987, p. 165 e 465):

[...] criança é o indivíduo da espécie humana na infância, que por sua vez deriva do latim *infantia* (incapacidade de falar) ou de *infans*, que originalmente quer exprimir a situação de quem não fala ou de quem ainda não fala [...] Adolescente é o indivíduo na adolescência, que se entende como período que sucede à infância. Inicia-se com a puberdade e acaba com a maioridade. Devirá do latim *adolescere*, que significa crescer.

Para Sonia Kramer (1982, p. 15):

[...] entende-se comumente, criança por oposição ao adulto: oposição estabelecida pela falta de idade ou de maturidade e de adequada integração social. Ao se realizar o corte com base no critério de idade, procura-se identificar certas regularidades de comportamento que caracterizam a criança como tal.

Para Margaret Mead (1951) a adolescência é um "fenômeno cultural" produzido pelas práticas sociais em determinados momentos históricos, manifestando-se de formas diferentes e nem sequer existindo em alguns lugares.

Entende-se como menores: crianças e adolescentes que são seres humanos em fase de desenvolvimento mental e psicológico, seres desamparados e carentes incapazes de auto proverem suas necessidades, portanto dependem de pessoas adultas e capazes que colaborem e orientem sua formação e descoberta.

As crianças e os adolescentes estão descobrindo e entendendo o mundo, seria injusto tratá-las de forma igual àqueles que possuem experiência de vida. Nesta fase o tempo livre, aquele em que a criança não está estudando, deve ser utilizado para lazer, diversão e formação intelectual, para que esta, como citado pela pesquisadora Margaret Mead, não pule esta etapa e antecipe a fase adulta.

2- A DOUTRINA INTERNACIONAL E SUA INFLUÊNCIA NO DIREITO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE

A doutrina do Direito Internacional influenciou na preocupação em sistematizar os direitos dos menores. Em 1924, com a Liga das Nações houve a

manifestação da necessidade de uma legislação em prol dos Direitos dos menores de idade.

O artigo XXX da Declaração de Direitos e Deveres do Homem, de 1948, prescreve a obrigatoriedade de todos em auxiliar, alimentar, educar e amparar os filhos de menor de idade, expressando a necessidade em notar este segmento. Apesar de, estas manifestações, não estarem regularizando diretamente os direitos dos menores, representaram um grande passo para efetivação deste. Após a Declaração de 1948 outras Convenções apresentaram de forma esparsa, artigos manifestando proteção aos menores (MENDES, 2006).

Em 1959 a Organização das Nações Unidas adotou a Declaração Universal dos Direitos da Criança, sendo este, um dos documentos fundamentais para nossa Civilização. Esta declara que a criança, em decorrência de sua maturidade física e mental. Os menores precisam de proteção e cuidados especiais, inclusive proteção legal apropriada antes e depois do nascimento, inclusive a humanidade deve à criança o melhor do seu esforço (MENDES, 2006).

No ano de 1979 foi declarado o Ano Internacional da Criança, tendo a Comissão de Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas organizado um grupo de trabalho que preparou o texto da Convenção dos Direitos da Criança, subscrita aos 20.11.1989, obrigando os países signatários a adaptar sua legislação interna tendo como base os princípios: proteção especial como ser em desenvolvimento, o lugar ideal para o seu desenvolvimento é a família e as nações obrigam-se a constituir-la como prioridade (MENDES, 2006).

Este compromisso assumido deveria ser plenamente satisfeito, para isso as Nações Unidas adotaram, em 1985, As Regras Mínimas de Beijing, servindo este como exemplo para novas conquistas.

A Convenção sobre os Direitos da Criança e do Adolescente promovida pela Organização das Nações Unidas, em 1989 através do Decreto nº 99.710/90, sistematizou como direito da criança a proteção contra o trabalho que ameace a saúde, educação e desenvolvimento da mesma. O direito da criança e do adolescente deixou de representar discurso teórico, político e demagógico tornando-se realidade jurídica e doutrinária no país.

Conforme Mendes (2006, p. 21), os esforços apresentados pelo direito internacional através dos tratados, convenções e declarações, acabaram surtindo efeito, mesmo que de forma tímida, o que resultou na forma de várias Constituições do mundo Contemporâneo, de diversos países, incluindo-se ali direitos e garantias constitucionais à Criança e ao Adolescente.

3 - DIREITO DO MENOR NO BRASIL

Conforme Mendes (2006, p. 111), com a influência internacional e o Brasil apresentando-se como signatário nas Convenções e Tratados houve necessidade de adequação do nosso ordenamento jurídico às regras impostas, visando proteger os menores. O legislador percebeu a necessidade de defesa em termos amplos e específicos, para abranger integralmente seus direitos.

Assim, ante a necessidade de atender os direitos dos menores foram instituídas diversas legislações com iniciou-se com o código dos menores de 1927 até a promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente em 1990 (MENDES, 2006).

Com o código de 1927 o país começou a implantar um sistema público de atenção às crianças e aos jovens, sob a proteção e tutela do Estado.

O referido código previa que o menor abandonado ou delinqüente, que tivesse menos de 18 anos, seria submetido pela autoridade competente às medidas de assistência e proteção estabelecidas.

Em seu artigo nº 68, foi elencando que o menor de 14 anos, autor ou cúmplice de crime ou contravenção, não seria submetido a processo penal de espécie alguma, e que os maiores de 14 e menores de 18 seriam submetidos a processo especial.

O Código de menores de 1.979 foi o sucessor do código anterior e garantiu a proteção e a vigilância aos menores em situação irregular.

O grande marco entre um código e outro, segundo Silva (2004), ocorreu efetivamente com a criação da Fundação Nacional do Bem- Estar do Menor - FUNABEM, Estaduais do Bem-Estar do Menor - FEBENS.

A criação da FUNABEM implementou a formação de uma Política Nacional do Bem- Estar do Menor, à qual tiveram de se subordinar todas as entidades públicas e particulares que prestaram atendimento à criança e ao adolescente (SILVA, 2004).

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, o legislador estabeleceu em seu artigo 227, caput, os direitos fundamentais para a Criança e o Adolescente, oferecendo garantias e prioridades àqueles que estão em desenvolvimento:

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

Este artigo reafirmou o direito dos menores, direitos estes fundamentais a todos os cidadãos, principalmente àqueles que necessitam da intervenção direta de outras entidades para proverem e desenvolverem estes como cidadãos de direito.

Pretenderam, neste artigo, melhores condições de vida aos mais fracos e dependentes, que estavam sendo prejudicados pela desigualdade social. Os Direitos Sociais são ações do Estado que objetivam promover a justiça social e proporcionar a maior igualdade entre os homens, conforme Silva (1999, p. 289), os direitos sociais são caracterizados:

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações proporcionais pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam aos direitos de igualdade. Valem como pressupostos dos direitos individuais.

Embora a Constituição já tivesse definido o dever da família, da sociedade, e do Estado em defender os direitos dos menores, a necessidade de uma legislação específica é notável e fundamental para proteção de direitos desta minoria que possui necessidades especiais. Deve-se proporcionar uma proteção especial e efetiva para que haja um equilíbrio entre todos os envolvidos no Estado de Direito.

A verdadeira justiça é tratar os iguais como iguais e os desiguais como desiguais. Os mais necessitados precisam ser tratados como desiguais e para isto há necessidade de especificidade e legalização de seus direitos.

Visando a regularização do artigo 227 da Constituição Federal, foi apresentado na Câmara dos Deputados como Projeto nº 1.506/89, pelo Deputado Nelson Aguiar, do Espírito Santo, e no Senado pelo Senador Renan Tito, de Minas Gerais, com o Projeto nº 193/89, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

O Estatuto da Criança e do Adolescente apresentou condições peculiares tornando-os merecedores de proteção integral, pela qualidade de pessoa ainda em desenvolvimento. Este rompeu obstáculos, mudou conceitos e valores, transformou mentes e visões até então distorcidas, proporcionando a esta minoria um melhor lugar na sociedade e proporcionou que adquirissem direitos até então inexistentes. A lei estatutária, estabelece em seu artigo 5º “Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.”

O Estatuto da Criança e do Adolescente estabelece que as crianças e adolescentes necessitam de atenção integral e devem ser encarados como cidadãos em desenvolvimento. Atualmente no Brasil não se nota ações efetivas que sejam capazes de eliminar o trabalho infantil e o cumprimento dos direitos preconizados pelo Estatuto.

O Estatuto da Criança e do Adolescente foi uma revolução social, mudando conceitos e valores, colocando, em primeiro plano, àqueles que até então vinham sendo massacrados e desprezados.

O Estatuto exigiria uma transformação na consciência e na cultura da sociedade, onde os menores não seriam mais vistos como delinquentes, mas como Crianças e Adolescentes, deixariam de ser objetos para serem pessoas em desenvolvimento e carentes de atenção e cuidados especiais pensando no menor inserido no meio familiar, seja ele natural ou substituto. Lembrando que

a execução e efetivação dos Direitos dos Menores cabem à família, comunidade, sociedade e ao Estado, estes devem trabalhar juntos para que os menores possam ser atendidos em todas as suas necessidades.

A criança e o adolescente, por estarem em desenvolvimento e carentes de cuidados especiais devem ter a prioridade quando em confronto com outros segmentos da sociedade, desde que se tratando de direitos iguais. Os interesses do menor deverão sobrepor-se a qualquer outro bem ou interesse juridicamente tutelado, levando em conta a destinação social da lei e o respeito à condição peculiar da Criança e do Adolescente como pessoas em desenvolvimento.

4 - O TRABALHO INFANTIL E AS DISPOSIÇÕES NORMATIVAS NO BRASIL

O trabalho infantil era encarado como solução para a pobreza. Esta perspectiva mudou na década de 90, quando iniciaram as mobilizações dos movimentos sociais em defesa da infância e da adolescência, culminando na elaboração de leis como o Estatuto da Criança e do Adolescente. Essas minorias passaram a ser tratadas como sujeitos do Estado e da sociedade. Reconheceu-se a existência do trabalho infantil e deu-se início ao debate em torno de ações para erradicar o problema.

Entre 1994 e 1996 foi criado o Fórum Nacional de Prevenção e Erradicação do Trabalho Infantil reunindo entidades governamentais e não-governamentais, surgiu o PETI, que concede bolsas às famílias com crianças trabalhadoras para que estas possam freqüentar o colégio e fazer atividades complementares ao currículo (PEREIRA, 1996).

O trabalho infantil doméstico é outro aspecto que merece atenção. Esta forma de trabalho infantil permanece oculta diante da população e autoridades. As dificuldades para combatê-la são de ordem cultural, não sendo considerado um problema.

O trabalho infantil doméstico dificulta a freqüência na escola e pode gerar problemas de ordem psicológica e social por ficarem longe do convívio de suas famílias e sujeitas às injustiças como a baixa remuneração, longas jornadas de trabalho e a possibilidade de serem vítimas de abuso sexual por parte dos patrões.

Observa-se que, meninos e meninas, submetidos a qualquer trabalho estão privados de um direito fundamental que é o Direito de Ser Criança. O Direito de Correr, pular, brincar de boneca, soltar pipa, jogar futebol, nadar. O direito de viver experiências lúdicas importantes no processo de desenvolvimento físico, mental, social e emocional.

Entidades como a Organização Internacional do Trabalho, o Fundo nas Nações Unidas para a Infância, a Agência de Notícias dos Direitos da Infância, a Fundação Abrinq e a Save The Children uniram forças para combater o trabalho infantil doméstico. Os meios utilizados são: comerciais informativos a respeito do tema com o intuito de denunciar os problemas causados pelo envolvimento destas crianças e adolescentes em afazeres nas casas de terceiros.

A Organização Internacional do Trabalho surgiu em 1919 em reação às injustiças criadas pela revolução do século XIX. Uma das injustiças foi à exploração econômica do trabalho infantil. Um dos primeiros atos da Organização Internacional do Trabalho foi à adoção de uma convenção internacional que proibia o trabalho de menores de 14 anos nos estabelecimentos industriais. Em 1992 foi implantado o Programa Internacional para a Eliminação do Trabalho Infantil coordenado pela OIT - Organização Internacional do Trabalho (PEREIRA, 1996).

A doutrina atual da Organização Internacional do Trabalho, fixada na Convenção nº 138 e a recomendação nº 146, de 1973, sobre a idade mínima de admissão, coloca o princípio da proibição de empregar crianças que não tenham atingido a idade em que cessa a escolaridade obrigatória. A Convenção nº 138 de 1973 admite o emprego de crianças em serviços leves, a partir de 13 anos de idade (PEREIRA, 1996).

Para melhor compreensão do direito que se tem e, a aplicabilidade deste caso a caso, ou quando da não normatização de algum direito, visto que a sociedade está em constante processo de mudança de paradigmas, faz-se necessário apresentar uma citação de Bobbio, que distingue o direito sistematizado e o direito almejado pela sociedade, ou seja, aquele que se realiza (2004, p. 15):

O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um direito que se tem ou de um direito que se gostaria de ter, no primeiro caso investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que a reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer a um maior número de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas daquele ordenamento) a reconhecê-la.

Esta citação demonstra a busca constante por uma justiça eficaz e que busque a maior igualdade social e econômica no contexto atual. Para que esta realidade se concretize é necessário provar para um grande número de pessoas, em especial aos governantes e legisladores, a importância da normatização e aplicabilidade daquele direito.

A normatização dos direitos dos menores se deu em um contexto internacional sendo necessário, aos legisladores brasileiros, acompanharem estas transformações adaptando suas leis e promulgando o Estatuto da Criança e do Adolescente que, no momento de sua divulgação, foi caracterizado como um direito que se gostaria de ter.

O legislador incluiu no Estatuto normas genéricas que preservem a criança e o adolescente de todas as influências negativas ou destrutivas, diante

da condição especial da pessoa em desenvolvimento, estas regras estão previstas nos artigos 70 a 73, devendo ser observados por todos.

As ações preventivas, relativas ao trabalho infantil, deveriam ser exercidas, não apenas pela família, mas pelo Poder Público e por cada cidadão, da comunidade e da sociedade.

A legislação brasileira representada pela Constituição Federal, Consolidação das Leis Trabalhistas e no Estatuto da Criança e do Adolescente sistematizam algumas atividades não permitidas pelos jovens.

Conforme o art. 7º, inciso XXXIII, da Constituição Federal e do Estatuto da Criança e do Adolescente o trabalho noturno, perigoso, insalubre e penoso aos menores de 18 anos. A Consolidação das Leis Trabalhistas especificou a natureza destes:

Trabalho Noturno: Realizado entre 22hs00 de um dia e 05hs00 do dia seguinte (Art.73);

Trabalho Perigoso: Aqueles que por sua natureza, condição, ou método de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis e explosivos em condições de risco acentuado (Art. 193);

Trabalho Insalubre: Aqueles que por sua natureza, condição ou método de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites da tolerância do agente e do tempo de exposição a seus efeitos (Art. 189);

Trabalho Penoso: Serviço que demande o emprego de força muscular superior a 20 Kg para trabalho contínuo ou 25 Kg para trabalho ocasional (Art. 390).

A legislação brasileira permite aos jovens que trabalhe a partir dos 14 anos de idade, sob as seguintes formas: emprego, estágio e aprendizado.

De acordo com Cruz Neto (1998) o adolescente empregado tem todos os direitos assegurados e previstos em lei: salário-mínimo, carteira assinada, descanso semanal remunerado, jornada de trabalho de 8 horas diárias e 44 semanais, 13º salário, aviso prévio, FGTS, contagem de tempo para aposentadoria, férias anuais etc. A duração de sua atividade deve permitir efetiva frequência às aulas, sendo o empregador obrigado a conceder o tempo que for necessário à sua formação escolar. O incentivo à continuação dos estudos do adolescente empregado é considerado nas três atividades laborais.

O adolescente estagiário é regulamentado pela Lei Federal nº 11.788 de 25/09/2008, devendo estar cursando o ensino médio de formação técnica ou ensino superior. Esta atividade profissional deve complementar, na prática, a formação teórica escolar, não estabelecendo vínculo empregatício e não gerando os direitos trabalhistas e previdenciários. A atividade deverá ser realizada em unidades que tenham condições de proporcionar experiência prática na linha de formação do adolescente, através de atividades relacionadas com o curso de formação profissional.

O Estatuto da Criança e do Adolescente dispõe, no capítulo V que “[...]”

é proibido qualquer trabalho a menores de 14 anos de idade, salvo na condição de aprendiz". Para o Estatuto (Art. 62)

[...] aprendizagem é a (formação técnica-operacional ministrada segundo as diretrizes e bases da educação em vigor, que obedecerá aos seguintes princípios: garantia de acesso e frequência obrigatória ao ensino regular, atividade compatível com o desenvolvimento do adolescente e horário especial para o exercício das atividades.

A CLT caracteriza a aprendizagem como:

[...] um contrato individual de trabalho e realizado entre um empregador e um trabalhador maior de 14 e menor de 18 anos, pelo qual o empregador, além de se obrigar a assalariá-lo e a garantir-lhe todos os direitos decorrentes da atividade subordinada, também se obriga a submeter o adolescente empregado à formação profissional metódica do ofício ou ocupação para cujo exercício foi admitido, em cursos ministrados pelo Senai, Senac e Senar ou em atividades profissionalizantes conveniadas com esses órgãos, ou em curso por eles reconhecidos (MT, 1997).

O aprendiz tem direitos trabalhistas e previdenciários idênticos aos demais empregados: salário-mínimo previsto em lei, férias, 13º salário, FGTS, aviso prévio, aposentadoria, Carteira de Trabalho e Previdência Social. O direito à continuação dos estudos é garantido.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (artigo 18) estabelece o Trabalho Educativo, como atividade laboral permitida. Este trabalho é definido como atividade laboral em que as exigências pedagógicas relativas ao desenvolvimento pessoal do adolescente prevalecem sobre o aspecto produtivo. Há integração a um programa social sob responsabilidade de entidade governamental ou não governamental sem fins lucrativos que, assegura ao participante, condições necessárias a capacitá-lo para o exercício de atividade regular remunerada.

O horário de trabalho não deve prejudicar o comparecimento do jovem à escola, a jornada não deve ultrapassar quatro horas diárias quando for executado por entidade não-governamental e máxima de cinco horas diárias quando executada por empresa ou entidade de direito público.

Verifica-se que, atualmente, permanecem as situações de violação de direitos básicos relativos ao trabalho de criança e jovens no Brasil. Segundo Rosângela Guerra (1994, p. 13-16), apud Pereira (1996, p. 329-330):

[...] pelo menos 7,3 milhões de crianças e adolescentes de 10 a 16 anos trabalham no Brasil. Os menores de 10 não

fazem parte das estatísticas oficiais. Mas sabe-se que eles são muitos. Na verdade, a mão-de-obra infantil brasileira é formada por trabalhadores invisíveis, à margem da legalidade. Na história de cada um deles, a infância – período de vida de crescimento em todos os sentidos – fica perdida. As atividades próprias das diversas etapas de seu desenvolvimento, na família, na escola e na sociedade, são atropeladas. Brincar, descobrir o prazer da leitura, exercitar o raciocínio nos jogos, ter tempo para criar, tudo isso lhes é negado” (...) Trabalhando nas carvoarias de Mato Grosso do Sul, nos canaviais ou nas lavouras de café de Minas Gerais, na maioria das vezes, é força de trabalho alugada clandestinamente, ficando a produção dos menores quase sempre embutida na produção de suas famílias.

Há um grande número de crianças trabalhando nas ruas, desenvolvendo atividades como vendedores ambulantes, engraxates, vendedores de balas, lavadores de carros etc. Estes são levados ao trabalho em razão da necessidade de ajudar a família, para atender às suas próprias carências. Algumas crianças iniciam no trabalho como fuga de casa, uma forma de libertarem-se da violência e opressão familiar (PEREIRA, 1996).

Os jovens apresentam-se como mão-de-obra barata e desqualificada, inserindo-se principalmente no setor primário da economia como: colheitas de cana ou café, secundário como aprendizes, terciário como trabalhadores domésticos e estão na economia informal como catadores de lixo, vendedores de balas etc. (PEREIRA, 1996).

Os jovens que, precocemente, inserem-se à vida de trabalho são prejudicados em seu desenvolvimento e deixam de ressaltar suas potencialidades na escola e no próprio trabalho podendo também ocasionar sérios problemas de saúde e prejudicar o crescimento mental e psicológico destes.

5 - DIREITO AO LAZER OU NÃO TRABALHO

O surgimento do lazer deu-se na extensão do tempo livre pela redução do tempo de trabalho, criou um novo modo de vida nas camadas inovadoras das classes sociais privilegiadas.

Apresentado como uma conquista social, o indivíduo em seu momento de lazer liberta-se das forças produtivas e reconhece o sujeito social fora do tempo marcado pela obrigação ou pelo compromisso, é uma tentativa de desligar-se das instituições, organizações e agrupamentos.

O lazer é uma forma de utilização do tempo livre, traduzindo-se no tempo que é utilizado com atividades prazerosas e agradáveis, onde podem surgir idéias criativas e pode se exercer a criticidade.

O lazer é assegurado como direito fundamental da criança e do

adolescente, este acarreta em uma atuação positiva da sociedade e do Estado. Faz-se necessário a implementação de políticas sociais básicas; políticas de assistência social e de garantias para que haja efetividade na prática dos direitos fundamentais, conforme Goulart (2005, p. 103):

A asseguaração dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, por força de norma constitucional, é dever da sociedade e do Estado. A Constituição da República estabelece um dever não apenas moral, mas sobretudo jurídico-constitucional. Em relação aos Poderes Públicos, esse dever constitucional implica uma série de obrigações de fazer relacionadas à implementação das políticas sociais, de assistência social, de proteção especial e de garantias cujo modelo básico está delineado no Estatuto da Criança e do Adolescente. Portanto, a implementação dessas políticas, por força constitucional, saiu da esfera da discricionariedade administrativa (conveniência e oportunidade) para vincular impositivamente os Poderes Públicos, como prioridade absoluta.

O ordenamento brasileiro, quando estabelece a idade mínima de admissão a emprego ou a trabalho, confere às crianças e aos adolescentes menores de dezesseis anos o direito fundamental de não trabalhar, pois nessa fase da vida, o trabalho interfere de maneira negativa, impondo uma carga pesada de obrigações psicológicas e físicas que o menor não pode agüentar sem acarretar prejuízo em seu desenvolvimento. O não trabalho não significa ócio ou preguiça, mas oportunidade para educação, brincadeiras e prática de esportes.

O direito de não trabalhar é uma das formas de representação do direito à vida, a saúde física e mental, à alimentação, à educação, ao lazer, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à conveniência familiar e comunitária.

As crianças e os adolescentes são reconhecidos como sujeitos de direitos e titulares de direitos fundamentais que devem ser respeitados e concretizados, com prioridade, pela sociedade e pelo Estado. A Constituição da República estabelece um dever moral e jurídico-constitucional quando dispõe sobre os direitos fundamentais dos menores.

É com a prática do lazer que a criança desenvolve-se muito mais, uma vez que utilizam a mente, suas habilidades motoras, sua inteligência e sua percepção das coisas mais simples da vida.

A criança, durante seus primeiros anos de vida, aprende através da repetição, ou seja, através de práticas reiteradas de ações, que pode ser alcançado através da prática do lazer. As práticas esportivas educam e é um momento de lazer, nelas as crianças aprendem a conhecer e utilizar seu corpo. Todas estas práticas somadas ao acesso à informação fazem parte da capacidade de adaptação, primordial no processo de desenvolvimento dos menores, marcado atualmente por efetivas conquistas tecnológicas já presentes

no seu cotidiano.

Observa-se que uma criança adora repetir uma brincadeira ou a leitura de um livro, não tendo as mesmas atitudes da primeira para segunda vez, a utilização do tempo para brincadeiras e repetição destas faz parte do desenvolvimento intelectual da criança e para esta prática é necessário tempo livre, tempo de lazer (PEREIRA, 1996).

O não exercício do lazer, momento de diversão e entretenimento da criança, resultará no desequilíbrio emocional tendo em vista que esta prática é uma das principais características da infância, o não exercício do lazer privará as crianças de um novo aprendizado e novas descobertas.

Considerando que a República Federativa do Brasil está fundada na valorização do trabalho humano, conforme disposto na Constituição Federal de 1988, artigo 1 inciso VI, e observando que a ordem econômica e social tem como primado a valorização do trabalho humano, conforme preconiza o artigo 170, caput, da referida legislação, verifica-se que o trabalho infantil que não é exercido com os objetivos dispostos, estarão sendo violados, ou seja, este não é considerado um trabalho valorado visto que a criança não deve trabalhar para seu próprio sustento, sendo que a família, em um primeiro momento, deve exercer este papel.

O mesmo artigo 170, expressa que o trabalho deve proporcionar dignidade ao trabalhador. Desta forma, considera-se que uma criança no mercado de trabalho é indigno, ou seja, não possui estrutura física e mental para exercer uma atividade laboral, apresentando-se em uma condição praticamente indefesa e depende de um adulto capaz que deve orientá-la e sustentá-la economicamente.

Verifica-se que a presença do Poder Judiciário, na formação do Estado Democráticos de Direito, é decisiva para a organização de uma sociedade mais justa e democrática, principalmente atuando por intermédio da representação das minorais, assegurando a ordem social, visto que é considerada uma força eficaz para a resolução dos conflitos, impondo a aplicação da Lei a partir do processo judicial. O Poder Judiciário deve pautar-se no disposto no artigo 170 da Constituição Federal, que na medida em que o trabalho humano na forma digna deve ser considerada como a única forma admissível de trabalho, tem-se pelo simples fato do trabalho ser exercício por uma criança a sua indignidade.

Em essência, muito embora, conforme já tratado, no plano infraconstitucional tem-se todo um regramento para a proteção do trabalho da criança, pode ser afirmado que independentemente deste regramento mais detalhista, o princípio maior de proteção do trabalho, ou seja, aquele que impede que o trabalho prestado por uma criança possa ser aceito, está contido no próprio artigo 170 da Constituição Federal. Ao mesmo tempo, quando por exemplo admite-se hipóteses de trabalho para crianças com 14 anos de idade (no caso de aprendizagem), mesmo que cumprindo formalmente todos os requisitos desta modalidade de contratação, resta saber qual a finalidade empregada através daquele trabalho. Por força do preconizado no artigo 170 da Constituição, é possível avaliar, sem a necessidade até de posteriores regulamentações sobre a possibilidade ou não da existência daquela

modalidade de trabalho.

Na medida em que a ordem econômica se apropria do trabalho do menor de idade para fins de produção apenas já é possível afirmar que se trata de um trabalho não valorado e, por esta razão, conseqüentemente indigno devendo o Estado coibi-lo.

Para que se alcance uma real efetividade dos direitos conquistados por estas minorias, através de anos de história da legislação, é necessário uma integração entre família, sociedade e Estado para a busca do bem comum, portanto, embora seja essencial, a mera presença do Poder Judiciário não é garantia de cumprimento deste Direito.

Se não houver a participação da família, que proporciona estrutura, segurança e opções para a criança impedindo-as de inserirem-se precocemente ao trabalho, a sociedade que exija a prática destes direitos demonstrando indignação quando não efetivados e o Estado que ofereça opções de escolas e políticas públicas voltadas à empregabilidade de pais de família, para que possuam uma vida digna.

CONCLUSÕES

1. A história da infância, no Brasil, como questão política e social, objeto de ações públicas, tornou-se nas duas últimas décadas um assunto muito debatido. Com a mudança do paradigma legal e institucional no trato da questão, principalmente a passagem da situação irregular para a proteção integral preconizada pelo Estatuto da Criança e do Adolescente, a intenção era verificar maior amparo a criança e ao adolescente.

2. Com a instituição do modelo da proteção integral, crianças e adolescentes passam a ser considerados seres humanos incapazes, em condição peculiar de desenvolvimento, que devem ser assistidos e atendidos por seres e instituições capazes, legalmente. É necessário que a realização destas garantias seja prioridade absoluta da família, da sociedade e do Estado.

3. Surge, desta forma, como elemento fundamental na efetivação do princípio da proteção integral, o Direito ao Não Trabalho ou Direito ao Lazer, que é a utilização do tempo livre da criança e do adolescente com atividades livre: brincadeiras, leituras, ouvir músicas, assistir filmes, danças, cozinhar etc.

4. Juridicamente, o lazer é uma faculdade natural do ser humano que deve ser amplamente reconhecida pelo direito positivo. Durante a infância, por inaptidão para o trabalho, o tempo deve, naturalmente, ser reservado para brincadeiras, diversões e educação.

5. Atualmente, a legislação brasileira dispõe que as atividades profissionais exercidas por adolescentes precisam estar ligadas à sua formação escolar, não devendo prejudicar esta e sim complementá-la. Portanto, a função exercida pelo adolescente deve estar intrinsecamente ligada à educação, aprendizagem e aperfeiçoamento intelectual e pessoal.

6. De acordo com a Constituição Federal, artigo 170, o trabalho humano proporciona dignidade ao homem, no entanto, quando este trabalho é exercido por uma criança ou um adolescente, o princípio da dignidade e a humanidade

desta é corrompida e o que se verifica é a desumanização do trabalho e do sujeito que o executa.

Bibliografia

- ARIÈS, Philippe. *História Social da Criança e da Família*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Afiliada, 1981.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*: promulgada em 5 de outubro de 1988. Organização do texto: Juarez de Oliveira. 27ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003 (Série Legislação Brasileira).
- _____. *Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990*. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Diário Oficial [da] União, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 de jul. 1990.
- _____. *CLT – Consolidação das Leis do Trabalho*. 28ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003 (Série Legislação Brasileira).
- BOBBIO, Norberto. *A Era do Direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- NETO, Otávio Cruz; MOREIRA, Marcelo R. Trabalho infanto-juvenil: motivações, aspectos legais e repercussão social. *Cad. Saúde Pública* v.14 n. 2. Rio de Janeiro, abr./jun. 1998. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X1998000200029&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 13 mai.2013.
- GOULART, Marcelo Pedroso. A convenção sobre a idade mínima e o Direito Brasileiro. In: CORRÊA, B. Lélío; VIDOTTI, J. Tércio (Org). *Trabalho Infantil e Direitos Humanos*. São Paulo: LTr, 2005.
- ISHIDA, Valter Ishida. *Estatuto da Criança e do Adolescente: Doutrina e Jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 1998.
- KRAMER, Sonia. *A política do pré escolar no Brasil: A arte do disfarce*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1990.
- MENDES, Moacyr Pereira. *A doutrina da proteção integral da criança e do adolescente frente à lei 8.069/89*. Dissertação de Mestrado. Puc/SP, 2006.
- MEAD, Margaret. *Adolescência y cultura en Samoa*. Buenos Aires: Paidós, 1951.
- PEREIRA, Tânia Silva. *Direito da Criança e do Adolescente: uma proposta interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.
- SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Rio de Janeiro: Forense, 1987. v. 1, p. 145 e 165.
- SILVA, Edid. *O direito à convivência familiar e comunitária: os abrigos para crianças e adolescentes no Brasil*. Brasília: IPEA/CONANDA, 2004.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, Ed., 1999.

O DIREITO AO TRANSPORTE PARA IDOSOS E A SOCIALIZAÇÃO DOS CUSTOS: QUEM PAGA A CONTA?

Izabela Maria de Faria Gonçalves Zanoni ¹³⁴

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo fazer uma análise do direito-custo e dos efeitos econômicos das normas frente aos serviços públicos de responsabilidade do Estado. Será feita uma abordagem no que tange à gratuidade do transporte público para idoso, com base na Constituição Federal de 1988 e no Estatuto do Idoso. Dentro desse contexto, buscou-se analisar os recursos orçamentários para a efetivação de políticas públicas em relação ao transporte municipal gratuito para idosos, já que este é encarado como um prejuízo para as empresas de transporte público, que muitas vezes descumprem a previsão legal e constitucional, tratando os idosos com preconceito e descaso. Diante disso, foi analisada a questão da isenção do pagamento de impostos em benefício dessas empresas de transporte coletivo, a fim de que o direito do idoso seja efetivado e, além disso, que o consumidor não seja prejudicado com o aumento desproporcional das tarifas, em razão da socialização dos custos da atividade empresarial.

INTRODUÇÃO

O Estatuto do Idoso reconhece como direito fundamental o acesso gratuito dos maiores de 65 anos a transportes coletivos urbanos, bastando que o idoso apresente qualquer documento pessoal que faça prova da sua idade. Assim, é assegurada ao idoso a utilização de transporte coletivo sem qualquer ônus financeiro, sendo que, a critério da legislação local, esse direito também pode ser estendido às pessoas com faixa etária entre 60 e 65 anos.

O Brasil é um dos países que previu em sua própria Constituição a proteção à velhice, conforme artigo 230. No título da Ordem Social da Constituição Federal, que trata da família, da criança, do adolescente e do idoso, a Carta Magna preceituou a gratuidade do transporte aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos (art. 230, § 2º), o dever de amparo aos idosos (art. 230, § 1º) e o benefício de prestação continuada (art. 203, V).

No entanto, é necessário demonstrar que as políticas públicas brasileiras em relação ao transporte público gratuito para idosos não têm sido suficientes para enfrentar a exclusão social do idoso frente ao crescente aumento do número de pessoas nesta faixa etária que não são atendidos pelos serviços disponibilizados.

Tal fato ocorre porque, apesar de ter sido garantido o direito ao transporte gratuito, as empresas particulares que exercem esse serviço público através de delegação, não possuem destinação orçamentária para auxiliar nos custos com esse transporte.

Dessa forma, o objeto do presente artigo é apontar medidas que

¹³⁴ Mestranda em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. Graduação em Direito pela ITE – BAURU. Membro do Grupo de pesquisa Políticas Públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP). Advogada.

viabilizem o direito ao transporte gratuito assegurado aos idosos, visando a efetivação de tais direitos. Isso porque, se não há investimento por parte do Estado, as empresas responsáveis pelo transporte público municipal acabam se esquivando do cumprimento das normas constitucionais e legais em relação ao idoso, repassando abusivamente seus custos aos usuários pagantes para uma maior obtenção de lucros.

No mesmo sentido, faz-se necessário apontar medidas que priorizem e sirvam de base para a implementação de programas setoriais, regionais, respondendo às demandas e necessidades de uma sociedade cada vez mais preocupada com o respeito e com a promoção dos direitos fundamentais da pessoa idosa.

1 CONCEITO DE IDOSO

De acordo com o art. 1º do Estatuto do Idoso, são consideradas idosas pessoas com idade igual ou superior a 60 (sessenta) anos.

No sentido do dicionário percebe-se que a definição de “velho” e “idoso” são diferentes, já que idoso é aquele que tem muitos anos de vida, e velho também pode ser utilizado para se referir a coisas antigas, antiquadas. A palavra “idoso” vem do latim, do substantivo aetas, palavra feminina que corresponde a idade ou espaço de tempo, da qual se originou a palavra “idade” (VILAS BOAS, 2011, p.1)

No Brasil se convencionou utilizar o termo idoso ou pessoa idosa. Este termo não era utilizado no antigo Código Civil de 1916 e se tornou comum em razão de sua previsão no Estatuto do Idoso, que estabeleceu um conceito de idoso. Assim, o Estatuto (Lei 10.741/2003) incluiu nesse conceito as pessoas com idade igual a 60 (sessenta) anos, contrariamente à previsão do artigo 2º da Política Nacional do Idoso (Lei 8.842/94), que somente considerava idosa a pessoa maior de sessenta anos de idade. Em outras Constituições, como por exemplo, a de Portugal, utiliza-se também a expressão terceira idade para se referir ao idoso.

Apesar do atual conceito de idoso, é comum a utilização em uma linguagem coloquial da expressão “velho”. No entanto, esta expressão denota um caráter depreciativo, pois se tem a ideia de que coisas velhas são aquelas que já perderam parte de seu valor. Na sociedade brasileira, a velhice é visualizada como algo pejorativo, de maneira que as pessoas fazem o possível para não envelhecer e passar por essa etapa da vida. A velhice é temida pelos indivíduos e o atual cenário brasileiro faz com que estes pensem que com a idade avançada irá perder sua condição humana e será abandonado por não ter mais as mesmas condições físicas, biológicas e intelectuais.

Simone de Beauvoir em seu livro “A Velhice”, considerado um dos mais importantes trabalhos sobre o tema do envelhecimento, desenvolvido durante a década de 1970 na França, considera que “[...] a imagem da velhice é incerta, confusa, contraditória” (BEAUVOIR, 1990. p.109). De acordo com Beauvoir, a velhice é uma fase da vida muito rejeitada, que muitos não desejam alcançar, que preferem morrer a envelhecer, mas quando se aproximam dessa

fase preferem envelhecer a morrer.

No entanto, esse pensamento deve ser afastado, a fim de que as pessoas possam desfrutar dessa fase da vida com dignidade e não com um preconceito de que a “melhor idade” corresponderia a uma fase de sofrimento e abandono. Para isso, em relação ao idoso, a Carta Magna possui previsão específica em relação à gratuidade do transporte (art. 230, § 2º), o dever de amparo aos idosos (art. 230) e o benefício de prestação continuada (art. 203, V). Ainda, a nossa Constituição Federal determinou em seu artigo 1º que o Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito, o qual tem como fundamentos a cidadania e a dignidade da pessoa humana.

Diante disso, essa previsão não pode ser encarada apenas como um enfeite em nossa Carta Magna, mas sim deve ser utilizada como base para efetivar os direitos fundamentais da pessoa idosa, impedindo que as pessoas pensem que, à medida que envelhecerem, também estarão perdendo seus direitos, o que vem de encontro aos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

2 O DIREITO CUSTO NA ATIVIDADE EMPRESARIAL

As atividades econômicas das empresas sofrem com a interferência de fatores externos (preço dos materiais, mão de obra, tributos, margem de lucro, etc) os quais refletem no custo do produto e dos serviços prestados.

Diante desse panorama tem-se que o mesmo princípio deve ser aplicado ao Direito, devendo ser considerado como um dos elementos de composição do custo da atividade empresarial. Fabio Ulhôa Coelho, define:

Há normas jurídicas que importam aumento do custo da atividade produtiva. Quando a lei cria um novo direito trabalhista, por exemplo, os empresários alcançados refazem seus cálculos para redefinir o aumento dos custos de seu negócio. Esse aumento de custos implica, quase sempre, aumento dos preços dos produtos ou serviços que o empresário oferece ao consumidor.

Nesse aspecto, temos que se denomina de “direito-custo” o efeito econômico das normas sobre a atividade empresarial. Tais efeitos são oriundos de todas as áreas do direito (consumidor, trabalhista, tributário, previdenciário, ambiental), e devem ser considerados pelos administradores quando do cálculo do preço de seus produtos, sob o sério risco de insucesso da atividade.

No âmbito do direito Empresarial, nem todas as normas possuem influência enquanto “direito-custo”, sendo, entretanto, de grande relevância a influência econômica das normas jurídicas no custo produtivo com relação às seguintes áreas: Responsabilidade Civil; Responsabilidade Contratual; Propriedade Industrial; Direito Concorrencial; Direito dos Consumidores; Recuperação do Crédito (COELHO, 2003, p. 41-46).

Um exemplo clássico do custo do direito na atividade econômica são as

fraudes nas quais estelionatários realizam compras com documentos falsos ou roubados, lesando as empresas e os proprietários dos documentos. Os entendimentos recentes dos tribunais dão conta que é do empresário o risco da atividade econômica e inclusive do seu insucesso, por isso deve ele arcar com a responsabilidade das negativações indevidas (arcar com o prejuízo da venda e ainda ser obrigado a indenizar a outra vítima do golpe). Assim, a indenização eventual é um dos reflexos dos custos do direito sobre a atividade econômica.

Dessa forma, verifica-se que quando aumentam os custos da atividade, há um repasse para o consumidor final, a fim de que o empresário obtenha lucros. Sendo assim, há a criação de uma política pública pelo Estado, como o transporte público gratuito para idosos, o Estado deve criar mecanismos a fim de que tais garantias sejam efetivadas, evitando o abuso no valor das tarifas, que são repassadas aos demais consumidores.

3 O IMPACTO DA SOCIALIZAÇÃO DO DIREITO CUSTO

Um assunto bastante polêmico acerca da socialização dos custos é o que aconteceu em junho de 2013 quando explodiram manifestações populares por todo o Brasil que tiveram como causa a redução das tarifas de ônibus e a melhoria dos serviços públicos.

De acordo com Lima e Rossato (2013):

“As redes sociais serviram para mobilizar a população, naquilo que pode ser caracterizado como esfera pública, segundo Habermas. Ao pleitearem a redução das tarifas e a melhoria dos serviços públicos, o combate à corrupção, aplicação dos royalties do petróleo em educação, o que pretendiam os manifestantes era exatamente questionar o processo de privatização do patrimônio público que se iniciou nos anos 1990 e se consolidou nas duas décadas do ano 2000. O enfrentamento popular encontra resistências nas estruturas sociais brasileiras frente ao processo de privatização que redundou no aumento das tarifas dos serviços públicos”.

O aumento nos preços ocorre, pois há normas jurídicas que importam em aumento do custo da atividade produtiva. Assim, quando a lei cria um novo direito trabalhista, por exemplo, os empresários atingidos refazem seus cálculos para redefinir o aumento dos custos de seu negócio. Esse aumento de custos implica, quase sempre, aumento dos preços dos produtos ou serviços que o empresário oferece ao consumidor. Sendo assim, é cada vez mais constante a realização do cálculo do direito-custo e, a partir disso, a “socialização dos custos” pelas empresas.

A citada “socialização do direito-custo”, significa dividir com a coletividade os prejuízos e reduzindo o risco da atividade empresarial. No entanto, este cenário acarreta uma insegurança jurídica, já que diante das

dificuldades do empresário em obter lucros, em razão de fatores diversos, sendo que a consequência é o aumento de preços dos produtos ou dos serviços.

No caso das grandes empresas, muitas vezes o repasse de custos ao consumidor é realizado de forma excessiva. Visando obter altos lucros, as empresas acabam violando o direito do consumidor e praticando ato ilícito.

Nesse contexto, Sandel (2012) discorre sobre a falta de moralidade nas sociedades capitalistas do mundo, destacando que as ofensas aos direitos sociais não são de exclusividade norte-americana, sendo encontradas em qualquer civilização. Para ele, houve um avanço extraordinário para a maximização dos lucros, independentemente da possibilidade de causar lesão a toda coletividade.

Assim, é aceitável que o empresário deve contabilizar todos os seus custos para obtenção de lucros. No entanto, no caso da criação de políticas públicas, o Estado também deve conceder incentivos às empresas evitando assim o aumento dos preços na prestação dos serviços.

Além disso, não são todas as interferências externas que podem ser repassadas, principalmente aquelas decorrentes da prática de ato ilícito ou má administração, visto que cabe ao empresário suportar o risco da atividade administrativa.

4 DOS SERVIÇOS PÚBLICOS E SUA PRESTAÇÃO POR PARTICULARES

Serviços públicos são hoje atividades materiais (posto que exercidas no plano concreto), desenvolvidas sob responsabilidade do Estado (União, Estados, Municípios e Distrito Federal), que é o competente para concebê-las, estruturá-las e oferecê-las ao público. Normalmente, são atividades estruturadas em rede, oferecidas a um número amplo de pessoas.

A especificação dos serviços públicos exige a observância de requisitos constitucionais mínimos, cabendo ao legislador eleger as atividades que preenchem tais requisitos, tendo em vista o contexto social. Em vista das inúmeras necessidades sociais há uma dificuldade para enumerar os serviços públicos, mas pode-se considerar atualmente que como alguns serviços públicos no Brasil: - o saneamento básico (abastecimento de água, esgotamento sanitário, limpeza urbana, manejo de resíduos sólidos e drenagem e manejo das águas pluviais urbanas); a energia elétrica (geração, transmissão e distribuição); as atividades de telecomunicações (parte das atividades de telefonia fixa, serviços de radiodifusão sonora e de som e imagens); os transportes coletivos (terrestres, aéreos e aquaviários), etc.

O art. 175 da CF 88 faculta ao Estado que opere diretamente os serviços públicos ou delegue sua operação a empresários privados. Essa delegação ocorrerá por meio de concessão, permissão ou autorização, cujos concessionários e permissionários se responsabilizarão direta e objetivamente pelos eventuais danos causados aos usuários. Mas mesmo quando o Estado decide que a operação de um serviço público será conduzida por uma empresa privada, continua responsável pelas condições de sua oferta (AGUILLAR, 2011, p. 19).

Assim o poder público poderá prestá-lo direta ou indiretamente, neste caso, através de concessão ou permissão. Ainda, a constituição também prevê a autorização como forma de delegação. mportante ressaltar que a titularidade permanece com a pessoa jurídica de Direito Público, o que se transfere é a atividade prestacional, ressaltando ainda que há serviços que são privativos da Administração Pública e não podem ser delegados (ALEXANDRINO; PAULO, 2012, p. 687) .

Verifica-se que o transporte coletivo se trata de um serviço que pode ser delegado a particulares, mediante contratos de concessão ou permissão de serviços públicos. Assim, se o transporte é intramunicipal, ele deve ser prestado pelo Município, o intermunicipal pelo Estado e o interestadual ou internacional deve ser regulamentado pela União. Dessa forma, estes serviços podem ser prestados indiretamente por empresas particulares através da exploração da atividade para obtenção de lucros.

Há ainda atividades que devem ser prestadas pelo Poder Público, mas ficam abertas à livre iniciativa, podendo ser exercida pelo setor privado sem estar submetida ao regime de delegação, mas tão somente aos controles da polícia administrativa. Assim, no caso de atividades de índole social, por exemplo, é possível que seja prestado por particulares independentemente de concessão ou permissão, já que a prestação dos direitos sociais não é exclusiva do poder público.

Diante disso, tendo em vista a prestação do serviço de transporte coletivo por empresas particulares, destaca-se a questão da gratuidade da passagem para idosos, que é encarada como prejuízo para os empresários deste ramo. Sendo assim, o Estado deve adotar uma medida eficiente de modo a garantir a efetivação de tal direito, assim como também deve impedir que esses custos sejam repassados ao consumidor.

5 O TRANSPORTE GRATUITO PARA IDOSOS EM VEÍCULOS URBANOS E SEMIURBANOS

O ordenamento jurídico consagrou gratuidade no transporte para idosos que possuam mais de 65 (sessenta e cinco) anos de idade. A nossa Constituição Federal possui previsão específica em seu art. 230, § 2º, que preceitua:

Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida.

§ 1º - Os programas de amparo aos idosos serão executados preferencialmente em seus lares.

§ 2º - Aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos.

Além disso, essa proteção ao idoso é reforçada pelas normas legais e

princípios constitucionais, com ênfase para a dignidade da pessoa humana, a solidariedade, igualdade em seu aspecto material, a fim de que seja aplicada no caso concreto e não somente em seu aspecto formal.

Nesse contexto, prevê o Estatuto do Idoso em seu artigo 39, a gratuidade de transporte para idosos maiores de 65 (sessenta e cinco anos) em transportes coletivos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos especiais. Ainda, garante que serão reservados 10% (dez por cento) dos assentos para idosos, devidamente identificados, além de preceituar que, para obter a gratuidade basta ao idoso que apresente qualquer documento pessoal que faça prova de sua idade.

Já o artigo 40 do referido Estatuto regulamenta que os veículos coletivos interestaduais estão obrigados a reservarem duas vagas gratuitas para idosos com baixa renda - inferior a dois salários mínimos - destacando que, se mais idosos preencherem a vaga, terão obrigatoriamente o desconto de, no mínimo, 50 % no valor das passagens.

Sendo assim, nota-se que essas medidas são direitos sociais prestados pelo Estado, para que esses tenham garantido seu direito à liberdade, além de se tratar de uma forma de inclusão social. No entanto, conforme já mencionado, o transporte público é um serviço público que pode ser delegado a particulares, podendo ser explorado com intuito de lucro.

Assim, há um conflito frequente em razão da gratuidade no transporte para idosos, já que as empresas de transporte público visam obter lucros ao passo que o Estado criou uma norma visando assegurar um direito social do idoso através da gratuidade do transporte, que importa em “prejuízo” para as empresas.

Dessa forma, devem ser analisadas as medidas necessárias a serem tomadas pelo Estado, a fim de que tal direito seja efetivado na prática. Isso porque, atualmente, muitas empresas de transporte público se recusam a transportar idosos porque eles não pagam passagem e ocupam lugar de um pagante no ônibus, fazendo com que o idoso seja vítima de descaso e preconceito, impedindo que eles exerçam seus direitos previstos constitucionalmente.

6 A CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS E A ESCASSEZ DOS RECURSOS ORÇAMENTÁRIOS

Para a criação de políticas públicas se estabelece um ciclo, que se inicia através da definição de uma agenda de prioridades em uma determinada sociedade. Posteriormente deve se proceder à identificação de alternativas, avaliação das opções, seleção das opções mais viáveis e, finalmente ocorrerá a implementação do programa. Ainda, mesmo após a implementação, deverão ser realizadas novas avaliações, a fim de que sejam feitas as alterações que se mostrarem necessárias para o melhor exercício da medida no cotidiano.

De acordo com SANTIN (2013, p. 21):

“As políticas públicas são os meios de planejamento para

a execução dos serviços públicos [...]. A fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente” (SANTIN, p. 21).

Com decurso do tempo surgiram modelos de políticas públicas que se mostraram eficientes tanto para o mundo acadêmico quanto para a prática do cotidiano para que o setor público pudesse identificar problemas e oferecer soluções, abrangendo assuntos referentes à previdência social, educação, cultura, desporto, ciência e tecnologia, comunicação social, idoso, entre outros (ILKIU, 2013, p. 17).

Verifica-se que as prioridades e a criação de políticas públicas nas áreas governamentais geralmente seguem o modelo dos países desenvolvidos ou em desenvolvimento. O Plano de Ação Internacional de Viena e a Declaração dos Direitos do Homem assinada em Paris em 1948 norteiam os governos sobre como incorporarem valores como independência, participação, assistência dentro de seus países (MELO, 2011, p. 32)

Sendo assim, ao se trazer modelos de políticas públicas de outros países, deve haver uma adaptação através da análise profunda deste problema no Brasil. Para Melo (2011, p. 33), a área de política pública voltada para os idosos é carente de estudos e pesquisas a respeito das políticas desenvolvidas na União, Estados e Municípios bem como as avaliações realizadas quanto à eficiência da medida. Assim, se torna impossível a realização de uma política pública de qualidade sem conhecer minuciosamente o público para o qual ela está voltada e às necessidades desse grupo.

Ressalta-se que, as políticas públicas devem ser conciliadas com os recursos orçamentários, pois, na maioria das vezes, a ausência de recursos impede a concretização dos direitos assegurados constitucionalmente. Em razão disso, deverá ser estabelecida uma lista de prioridades a fim de que seja garantido o mínimo existencial para uma vida com dignidade às pessoas idosas, de maneira que todos os homens tenham seus direitos fundamentais respeitados (GARCIA; LOPES, 2012, p.96).

Assim, a implementação de políticas públicas têm a função de promover a compensação das desvantagens existentes na sociedade. Por esse motivo, os idosos recebem um tratamento especial, visando compensar as dificuldades advindas em razão da idade avançada. No entanto, para que tais medidas sejam efetivas, é necessários a disponibilização de recursos públicos pelo Estado, sob pena de ineficiência da medida.

7 A GRATUIDADE NO TRANSPORTE DO IDOSO - QUEM PAGA A CONTA?

Diante disso, verifica-se que a implementação de políticas públicas que envolvem empresas particulares deve ser planejada de acordo com o orçamento público, visando a efetividade da medida, já que em nosso atual cenários as

empresas de transporte público urbano não têm demonstrado grande preocupação com o cumprimento de sua função social.

Para isso, o Estado pode criar normas que isentem as empresas de transporte público de impostos, taxas ou contribuições, de maneira que os custos decorrentes da gratuidade do transporte público urbano e semiurbano para idosos acima de 65 anos seja compensado pela isenção do pagamento ou pela diminuição da alíquota de determinados impostos, priorizando-se a mobilidade urbana, e, principalmente garantindo o direito de locomoção dos idosos.

A exemplo disso, em razão das manifestações ocorridas no ano de 2013, foi promulgada a Lei nº 12.860, de 11 de setembro de 2013, a qual dispõe sobre a redução a 0% (zero por cento) das alíquotas das Contribuições Sociais para o PIS/PASEP e Cofins incidentes sobre as receitas decorrentes da atividade de transporte municipal local.

O projeto de lei já havia sido apresentado no ano de 2011, pelo deputado Mendonça Filho. No entanto, a votação somente entrou em pauta em junho de 2013, em razão dos protestos desencadeados em razão do aumento nas passagens de ônibus. A referida lei beneficia as empresas do transporte coletivo municipal rodoviário, metroviário, ferroviário e aquaviário de passageiros.¹³⁵

Nesse contexto, também foi apresentado Projeto de Lei pelo 440/2013 pelo Senador Acir Gurgacz, propondo estender a redução à zero das alíquotas para o PIS/PASEP e Cofins às receitas decorrentes dos serviços de transporte em regiões metropolitanas, ou seja, em relação ao transporte que liga municípios pertencentes a aglomerações urbanas e regiões integradas de desenvolvimento econômico (RIDE)¹³⁶.

Tais medidas fazem com que as empresas diminuam suas despesas, gerando até mesmo a diminuição do valor das tarifas de ônibus. Dessa forma, a isenção de impostos por parte do Estado em relação àquelas empresas que prestam serviços de transporte público urbano faz com que haja um incentivo para a garantia dos direitos da pessoa idosa, haja vista que atualmente há um grande desrespeito à essa população.

Além disso, para alcançar a efetividade do direito fundamental ao transporte urbano de passageiros idosos no Brasil, é necessário que haja uma união e soma de esforços entre o Estado, o núcleo familiar e as empresas particulares envolvidas, que devem buscar o cumprimento de sua função social.

CONCLUSÃO

Neste artigo se fez uma análise sobre a efetividade do direito fundamental ao transporte gratuito de passageiros idosos a partir do Estatuto do Idoso, que foi responsável por reforçar os direitos fundamentais desta

¹³⁵ Disponível em <http://congressoemfoco.uol.com.br/noticias/dilma-sanciona-isencao-de-impostos-para-transporte-publico/>. Acesso em 20.jun.2014.

¹³⁶ Disponível em <http://www12.senado.gov.br/noticias/materias/2014/05/07/comissao-aprova-reducao-a-zero-de-pis-pasep-e-cofins-para-transportes-municipais-em-rides>. Acesso em 20.jun.2014.

categoria de pessoas.

Assim, foi possível verificar que, apesar dos avanços da ciência e da tecnologia, os idosos ainda enfrentam sérias dificuldades para acompanhar estas mudanças, haja vista a dificuldade de concretizar seus direitos. Diante disso, optou-se por analisar o direito ao transporte gratuito dos idosos, já que, de acordo com a jurisprudência pátria, noticiários, fatos ocorridos em nosso cotidiano, este direito não está sendo efetivamente garantido.

Analisou-se a gratuidade no transporte público urbano e semiurbano de idosos e a posição das empresas particulares que prestam esse serviço através de delegação. Nesse contexto, buscou-se analisar a questão do direito custo empresarial, ou seja, as normas ou decisões judiciais que implicam em custo para a atividade empresarial e a frequente “socialização dos custos”. Essas empresas particulares prestadoras do serviço de transporte público utilizam como argumento a tese de que a gratuidade da passagem gera um desequilíbrio econômico financeiro no contrato, já que elas são compelidas a transportar os idosos e não recebem uma contraprestação do Estado.

Diante disso, buscou-se encontrar soluções a fim de que o idoso não seja prejudicado, podendo desfrutar a velhice com dignidade e se utilizando do transporte público sem nenhum ônus financeiro. No entanto, para isso também deve ser garantido o direito dos usuários pagantes, visto que, na maioria dos casos, as empresas de transporte público repassam abusivamente seus gastos para estes usuários, visando não só suprir os custos dispensados com o transporte gratuito de idosos, mas também a obter altos lucros.

Nesse contexto, primeiramente, as empresas devem se conscientizar de sua função social, não havendo motivo para se descumprirem a gratuidade em razão do princípio da solidariedade e da função social da empresa, o que implica em uma diminuição na busca desenfreada na obtenção de lucros pelo particular.

Além disso, o Estado também deve criar isenções de impostos para essas empresas, como o PIS/COFINS, pois, através da isenção, o valor das tarifas ficará estabilizado, garantindo que os demais usuários não sejam cobrados abusivamente para usufruírem desses serviços, um dos motivos que ensejaram as manifestações populares no ano de 2013.

Dessa forma, tendo em vista o princípio da função social da empresa e através desses incentivos fiscais concedidos pelo Estado, as normas constitucionais e legais poderão ser cumpridas, proporcionando efetivação dos direitos fundamentais e inclusão social dos idosos.

Referências

AGUILLAR, Fernando Herren. *Serviços Públicos, doutrina, jurisprudência e legislação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito Administrativo Descomplicado*. 20 ed. São Paulo. Método, 2012.

BEAUVIOR, Simone de. *A velhice: o mais importante ensaio contemporâneo sobre as condições de vida dos idosos*. Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1990.

BOBBIO, Norberto. *O tempo da memória: de senectude e outros escritos biográficos*. (trad. Daniela Versiani). 6. ed. Rio de Janeiro: Campus, 1997.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Curso de direito Comercial*. 7.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FREITAS, Paulo Henrique de Souza. GOMES, Edílson Francisco. *Crise Econômica e Responsabilidade do Estado*. *Revista Argumenta*. Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP, n.º. 13, 2010. Disponível na Internet: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/183>. Acesso em: 02 abr. 2014.

ILKIU, Ivan Moizés. *Limites do Controle de Jurisdição Constitucional*. 2013. 17 f. Dissertação. Mestrado UENP, Jacarezinho, 2013.

LIMA, Fernando Antônio de. ROSSATO, Felipe Cândido. *As manifestações populares brasileiras em junho de 2013: sua natureza e suas verdadeiras intenções*. RCD - Revista Crítica do Direito - ISSN 2236-5141 - Qualis B1 - Disponível em: <http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-3-volume-52/fernando>. Acesso em: 27 mar. 2014.

LOPES, Elisabete Mariuci; GARCIA, José Ailton. A inclusão jurídica e social do idoso. *Revista Forense*. Rio de Janeiro, v.415, n., p.91-110, janeiro/junho. 2012.

MARGRAF, Alencar Frederico. *Teoria do dano social: a hermenêutica constitucional como trincheira contra os grandes conglomerados econômicos*. RCD - Revista Crítica do Direito - ISSN 2236-5141 - Qualis B1 - Disponível em: <http://www.criticadodireito.com.br/todas-as-edicoes/numero-3-volume-55/margraf>

MELO, Magaly Abreu de Andrade Palhares de Melo. Políticas Públicas de atenção ao idoso. *Universitas/JUS*, Brasília, v. 22,n.2, p.29-67, jul/dez. 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da república Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

SANDEL. Michael J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTIN, Janaína Rigo. *O Estatuto do Idoso: Inovações no reconhecimento da dignidade na velhice*. Disponível em: www.proec.ufg.br/revista_ufg/idoso/estat_legal.html.

SANTIN, Valter Foleto. *Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão do crime*. 2. ed. São Paulo. 2013: Verbatim, 2013.

SOUSA, Ana Maria Viola. *Tutela Jurídica do Idoso*. A assistência e a convivência familiar. 1. ed. Campinas: Alínea, 2004.

VILAS BOAS, Marco Antonio. *Estatuto de Idoso Comentado*. Rio de Janeiro: Forense. 3 ed. 2011.

O SISTEMA DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E A “INFANTILIZAÇÃO DA POBREZA”

Patricia Carla Fernandes¹³⁷

Resumo:

O presente trabalho analisará a dimensão do sistema de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente, que visa assegurar a prestação estatal para a efetivação destes direitos, como definida no Estatuto da Criança e do Adolescente, em especial no que se refere à erradicação da pobreza. Seguindo as orientações e previsão legal contidas nas Convenções Internacionais sobre Direitos das Crianças e Direitos Humanos, o Brasil tem, hoje, programas para a erradicação da pobreza voltados para o menor e sua família, como, por exemplo, o Programa Bolsa Família, contudo, os índices nacionais sobre a pobreza infantil ainda são preocupantes e alarmantes. As políticas aplicadas não atingem o objetivo almejado, em sua totalidade, abrindo caminho para um novo problema social que é a “infantilização da pobreza”.

INTRODUÇÃO

A necessidade de discussão aprofundada sobre a elaboração e implementação de políticas públicas voltadas para os direitos fundamentais da criança e do adolescente vem de muito tempo, mas alcançou a obrigatoriedade com a promulgação da Lei nº 8.069/1990.

O Estatuto da Criança e do Adolescente teve origem com a Constituição Federal de 1998 e foi pautado por uma política assistencialista, porém, também por um caráter corretivo-repressivo através de políticas articuladas entre o Estado, família e a sociedade. Essa legislação prevê a criação e atuação de conselhos capazes de exigir, com respaldo legal, estratégias e políticas voltadas para a efetivação dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil.

A realidade brasileira mostra, desde os anos 80, grande dificuldade com as questões sociais, principalmente, a pobreza gerada por fatores econômicos e a pela ausência de ações de cunho assistencialista. Na tentativa de resolver a questão da pobreza no País, o Estado planejou e implementou programas socioeconômicos que amenizaram a situação instalada e, até mesmo, trouxe a dignidade desconhecida para muitas famílias brasileiras.

Ocorre que o problema ainda persiste, como apontam os dados estatísticos coletados e analisados por organismos como a UNICEF, que destacam a pobreza infantil como um novo problema social a ser resolvido não só pelo Brasil, mas também, como em outros países da América Latina.

O Brasil tem resultados a comemorar, como bem mostra o sucesso do Programa Bolsa Família, mas ainda está longe de colocar fim ao problema, pois, muito ainda se constata sobre a crescente pobreza enfrentada pela população infanto-juvenil e este é o ponto de motivação para este trabalho.

¹³⁷ Mestranda em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito em Direito Empresarial pelo Instituto Brasileiro em Pesquisas Sócio-Econômicas (INBRAPE) e em Direito Processual Civil pelo Instituto Romeu Felipe Bacelar. Advogada.

Num primeiro momento, serão abordados os sistemas de proteção aos direitos fundamentais da criança e do adolescente lançado pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O objetivo é mostrar que o legislador previu, além dos direitos fundamentais, os meios eficazes para a efetivação dos direitos em destaque.

Na sequência o trabalho, exporá os programas sociais voltados especificamente para a erradicação da pobreza da população infanto-juvenil, em especial o Programa Bolsa Família, destacando o seu alcance e resultados que serão, de certa forma, confrontados com o nascente problema social denominado “infantilização da pobreza”.

O artigo é resultado de pesquisa desenvolvida no Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná, tendo como fonte de pesquisa doutrinas, legislação, relatórios públicos oficiais e notícias atuais veiculadas por meios eletrônicos.

1. OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE E SEU SISTEMA DE PROTEÇÃO

Os direitos fundamentais da criança e do adolescente tem marco inicial com a Constituição Federal de 1988, que inspirada por instrumentos internacionais como Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança e outros sobre direitos humanos, estabeleceu a doutrina da proteção integral, como fundamento base para a efetivação dos direitos fundamentais da população infanto-juvenil.

O texto constitucional, em seu artigo 227, assegurou, com prioridade absoluta, o rol de direitos e garantias fundamentais da criança e do adolescente, os quais também estão expressos, de forma mais detalhada, no Estatuto da Criança e do Adolescente.

Neste sentido, Valter Kenji Ishida (2010, p. 11-12), faz um apanhado sobre os direitos fundamentais previstos na referida legislação menorista:

As normas do Estatuto da Criança e do Adolescente tencionam à proteção dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, adotando-se a doutrina da proteção integral. O Estatuto da Criança e do Adolescente, nesse ponto, como um sistema jurídico, cria mecanismos de amparo e proteção à criança e ao adolescente, garantindo-lhes instrumentos efetivos de defesa.

Assim, o legislador menorista mencionou no Título I, inicialmente, o direito ao gozo de todos os direitos fundamentais da pessoa humana (art. 3º). Depois, preocupou-se em elencar esses direitos fundamentais no Título II, o direito à liberdade, ao respeito e à dignidade, no Capítulo III, o direito à convivência familiar e à comunitária, no Capítulo IV, o direito à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer e no Capítulo V, o direito à

profissionalização e à proteção ao trabalho.

Para a garantia e efetivação desses direitos, criou mecanismo para tal, mencionando a prevenção no Título III, estabelecendo no art. 70 como “dever de todos prevenir a ocorrência de ameaça ou violação dos direitos da criança e do adolescente”. [...]

Na parte especial, passou a dispor sobre assuntos pertinentes a se assegurar esses direitos fundamentais da criança e do adolescente ao atendimento da proteção integral.

O legislador constitucional, na elaboração dos direitos fundamentais do menor, preocupou-se com a também com a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, portanto, em situação de possível vulnerabilidade, e, por isso, adotou a Doutrina da Proteção Integral.

A Doutrina da Proteção Integral garante à criança e ao adolescente, a prioridade absoluta em detrimento de outras questões que envolvam a atividade estatal, sendo ela jurídica ou social, como diz Tânia da Silva Pereira (2000, p. 14): *“De acordo com essa Doutrina, a população infanto-juvenil, em qualquer situação, deve ser protegida e seus direitos, garantidos, além de terem reconhecidas prerrogativas idênticas às dos adultos”*.

Dentro da proteção integral, a Constituição Federal delegou responsabilidade para o Estado, sociedade e família, como expressa o seu artigo 227:

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

Visando a concreta efetivação dos direitos conferidos aos menores no texto constitucional, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 3º, também assegurou os direitos fundamentais, fixando princípios a serem observados em todas as situações que ocorram com os menores, inclusive no campo penal:

Art. 3º A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

A referida legislação, foi além da previsão de direitos e seguiu a Constituição Federal, no que se refere à responsabilidade conjunta do Estado, família e sociedade e criou um sistema de garantias para a efetivação de direitos, previstas na política de atendimento.

Neste sistema envolveu atores já citados, como protagonistas das ações articuladas que envolvam o menor. Estas ações implementam os direitos fundamentais e adentram também no campo familiar e jurídico, com atuações nas esferas federal, estadual e municipal e vão desde a simples prevenção à violação de direitos até a repressão e punição para os violadores dos direitos da população infanto-juvenil.

Neste sentido, a doutrina diz:

O exercício dos direitos e deveres da criança e do adolescente está garantido por um conjunto de ações integradas da sociedade e do Estado, que têm como linhas-mestras: As políticas sociais básicas; Políticas e programas de assistência social, em caráter supletivo, para os necessitados; Os serviços especiais de prevenção e atendimento médico e psicossocial às vítimas de negligências, maus-tratos, exploração, abuso, crueldade e opressão; Serviços de identificação e localização de pais, responsáveis, e crianças e adolescentes desaparecidos; A proteção jurídico-social por entidades de defesa da criança e do adolescente (ECA, artigo 87). (NAVES; GAZONI, 2010, p. 157)

Vale destacar ainda, que o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 86, previu a política de atendimento ao menor. Sobre esta política, Valter Kenji Ishida (2010, 155) diz:

A ação política mencionada no artigo em tela baseia-se precipuamente em políticas sociais. Inclui a contratação de assistentes sociais, psicólogos, médicos de identificação e de assistência judiciária. Um dos objetivos primordiais é o estímulo a guarda de criança e adolescente ao acolhimento sob a forma de criança e adolescente (VII).

A omissão das autoridades públicas implica em responsabilidade e a obrigação de fazer poder ser concretizada por meio de ação civil pública ou popular.

Além dos direitos fundamentais expressos no artigo 227, da Constituição Federal e toda a previsão do Estatuto da Criança e do Adolescente, os menores são também destinatários dos direitos sociais, em especial aqueles previstos no artigo 6º da Constituição Federal, os quais protegem o momento especial do pequeno cidadão, considerando a sua condição peculiar de pessoa

em desenvolvimento.

Outrossim, a tutela às pessoas em desenvolvimento desdobra-se em outras prescrições constitucionais específicas, notadamente, no art. 6º, que positiva a proteção à infância como um direito social, e o art. 227, que atribui à infância e à juventude um momento especial na vida do ser humano e, por isso, assegura a crianças e adolescentes o status de *pessoa em situação peculiar de desenvolvimento*, além de conferir-lhes a titularidade de direitos fundamentais, e determinar que o Estado os promova por meio de políticas públicas. (ROSSATO; LÉPORE; CUNHA, 2010, p. 75)

É importante, que além de previsão de garantias legais para a satisfação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, seja conhecido o cenário e a realidade da pessoa em desenvolvimento. A identificação das condições de moradia, alimentação, inclusão escolar, saúde e a presença de responsáveis legais, principalmente, as vulnerabilidades possíveis são fundamentais para a consolidação dos problemas a serem enfrentado pelas políticas públicas, como bem colocam Rubens Naves e Carolina Gazoni (2010, p. 143):

As políticas públicas devem atacar os fatores de risco imediatos ou não, como a falta de laços afetivos entre pais e filhos, desintegração familiar, uso de bebidas alcóolicas ou drogas e acesso a arma de fogo. E, para que essas políticas adquiram abrangência e consistência, é importante que sejam adotadas políticas econômicas e sociais amplas e permanentes que ataquem a pobreza, a desigualdade de gênero e outras formas de discriminação, o desemprego, a falta ou precariedade da infraestrutura e da oferta de bens e serviços essenciais, como o saneamento básico.

Conclui-se, portanto, que pesquisas e mecanismos nacionais sistemáticos de coleta de dados devem ser desenvolvido e implementados para a identificação e acompanhamento de grupos vulneráveis, formulação e monitoramento de políticas públicas voltadas à promoção social e efetivação dos direitos dessas populações. (NAVES; GAZONI, 2010, p. 143)

Para que essa etapa do ciclo de políticas pública seja cumprido, é necessária a realização de trabalho prévio que deverá ser realizado órgãos capacitados e que estejam próximos dos destinatários das políticas, então em estudo. Neste momento, é fundamental a atuação dos Conselhos de Direitos da Criança e do Adolescente e dos Conselhos Tutelares.

Estes órgãos são o caminho principal para a identificação de falhas no

sistema protetivo, bem como, das necessidades da população infanto-juvenil, por conviverem diariamente com a realidade das crianças e dos adolescentes, ainda, por estarem disseminados em todo o País.

Além de terem papel essencial no sistema de proteção dos direitos fundamentais do menor, os Conselhos devem participar ativamente na fiscalização de execução de políticas voltadas aos direitos do menor. É o que depreende da doutrina:

Os conselhos entram neste cenário como mecanismo de defesa e garantia de direitos previstos nas legislações. Os conselhos municipais, por exemplo, surgem como um órgão deliberativo e controlador das ações do município, com efetiva participação popular, desse modo, tais mecanismos têm o poder decisório relativos às questões da infância e juventude, e principalmente o papel de controlador das ações governamentais e não governamentais. (PEREZ, 2012, p. 6)

A sociedade também está incluída no sistema protetivo dos direitos da criança e adolescente, a sua participação pode servir também como um canal coletor de dados aptos a contribuir para a formulação e implementação de políticas públicas, ou ainda, na participação efetiva em Conselho de Direitos, como expõe Jadir Siqueira de Souza (2008, p.131):

Torna-se possível destacar a participação da sociedade de duas formas. Na primeira, de maneira difusa e sem titularidade precisa. Os habitantes de um Estado-membro, de uma cidade, de um bairro ou de uma avenida. Assim, todos merecem destaque na respectiva esfera participativa, uma vez que são co-responsáveis pelas mazelas ou conquistas da tutela. Na segunda, na qualidade de componentes dos órgãos públicos federais, estaduais, distritais e municipais, atuam no novo sistema infanto-juvenil. Aqui, a referência direta é a dirigida aos segmentos sociais que atuam junto aos Conselhos de Direitos das Crianças e dos Adolescentes e aos Conselhos Tutelares.

Além da participação expressa nos dispositivo do Estatuto da Criança e do Adolescente, o Ministério Público também ocupa papel relevante neste sistema de garantias aos direitos, como não poderia deixar de ser, já que os direitos do menor são indisponíveis e, neste caso, a atuação do membro do Ministério Público é obrigatória.

Nesse sentido, Hugo Nigro Mazzilli, diz:

Como os direitos e interesses ligados à proteção da criança

e do adolescente sempre têm caráter social ou indisponível, conseqüentemente não se pode excluir a iniciativa ou a intervenção ministerial em qualquer feito judicial em que se discutam esses interesses. Assim, tanto interesses sociais ou interesses individuais indisponíveis ligados à proteção da criança e do adolescente merecem tutela pelo Ministério Público; o mesmo se diga dos interesses individuais homogêneos, coletivos ou difusos ligados à infância e à juventude.

Há que se destacar também, o papel primordial da família, que além de agregar todas as responsabilidades dos laços de parentesco e desenvolver o vínculo afetivo com o menor, foi também destinatária de responsabilidades expressas dentro do sistema protetivo de direitos da população infanto-juvenil.

A doutrina, enquanto crítica, diz que somente a família tem cumprido efetivamente o seu papel na defesa de direitos dos menores, como segue:

Dos sujeitos a que confere obrigações, e de que trata o artigo 4º do ECA, somente a família tem efetivamente participado. O conceito, o conjunto de regras e os mecanismos previstos no Estatuto não bastam para garantir que os direitos das crianças e dos adolescentes estejam assegurados. É necessário, como determina o referido artigo, que também a **comunidade**, a **sociedade** e o **Poder Público** atuem na concretização desses direitos, dando **efetividade** ao nele constante.

Para tanto, é preciso que haja uma conscientização a respeito da responsabilidade que cada um de nós tem, tanto como membro de uma família, quanto como cidadãos que somos, membros da comunidade e que deve ser efetivamente representada pelo Poder Público. É necessário garantir a eficácia do Estatuto da Criança e do Adolescente não só nos palcos político e administrativo, como também no tocante a uma mudança de mentalidade no âmbito das autoridades e da população, que precisa se envolver mais, lembrando que o **cuidado** também envolve o ser sujeito de **cuidado**. Precisamos determinar quais valores a família, a comunidade, a sociedade e o Poder Público desejam transmitir às crianças e aos jovens, pois não basta este avançado texto legal sem a participação de todos, com vista a sua implementação prática. (TELLES; COLTRO, 2009, p. 72)

Pela exposição trazida até o momento, percebe-se que a Constituição Federal e o Estatuto da Criança e do Adolescente envolveram todas as pessoas que vivem à volta do menor no sistema de garantias à efetivação dos direitos e

garantias fundamentais da criança e do adolescente.

Desta forma, teoricamente, os menores estariam a salvo das mazelas da pobreza e gozariam do seu direito à vida e ao pleno desenvolvimento sem maiores situações que os colocassem em risco. Infelizmente, essa não é uma realidade vivida por todas as crianças brasileiras, como se vara adiante.

2. OS PROGRAMAS SOCIAIS IMPLEMENTADOS PARA A ERRADICAÇÃO DA POBREZA INFANTIL - BOLSA FAMÍLIA

A pobreza é um problema social que movimenta toda a estrutura governamental do País e essa realidade não é recente. Ao longo dos anos, a pobreza é motivo de promessas políticas e até mesmo, de implementação de várias políticas sociais, tudo visando o progresso e o bem estar da população. Contudo, o problema persiste e a pobreza afeta a população de uma forma geral, mas com sequelas e, em alguns casos irreversíveis, para as crianças e adolescentes.

O menor é, por sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, privado de condições para prover o seu próprio sustento, logo, depende de ações externas para que seja sustentado de forma digna, seja pela família, responsáveis legais, ou, até mesmo, o Estado.

Para atender as previsões legais que dão garantias à satisfação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, no que diz respeito ao seu pleno desenvolvimento, o Estado é o principal ator, pois é detentor da estrutura e recursos financeiro.

Os direitos fundamentais assumem um papel central na ordem constitucional dos atuais Estados Democráticos, conferindo uma proteção jurídica essencial a todos os cidadãos submetidos ao Poder Público estatal. As garantias fundamentais concedem ao indivíduo liberdade de uma dimensão não apenas negativa relacionada com a sua proteção frente a atividade estatal, mas também positiva, fundamentando a obrigação do Estado em prestar recursos essenciais ao pleno desenvolvimento da personalidade humana. (ZETTEL; BOLONHA; RANGEL, 2014, p. 73)

Dentro de sua responsabilidade, o Estado, e que aqui entendem-se todos os entes federados, procura atender às necessidades básicas do menor e de sua família, já que a pobreza não é isolada dentro de uma mesma casa. Para garantir o esse atendimento, se faz necessário, como já exposto, o estudo, planejamento e implementação de políticas sociais que alcancem a totalidade a população infanto-juvenil carente.

Esta é a orientação da doutrina:

Cumpre ao Estado o papel fundamental de definir

políticas que determinem os instrumentos a ser utilizados para que seja possível prover também às crianças e adolescentes expostos a esse tipo extremo de violência a proteção, os direitos e as oportunidades que a Constituição, o ECA e os tratados internacionais lhes asseguram. (NAVES; GAZONI, 2010, p. 121)

Assim, é conhecimento público a implementação de programas que visem o atendimento pontual em determinadas situações, como, por exemplo, o Programa de Leite, que visa a distribuição de leite para as crianças de até um ano de vida, com o intuito de se evitar a desnutrição na primeira infância. O programa, dentro da esfera municipal, tem sucesso.

No Brasil, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, foram implementados vários programas para erradicar a pobreza. Mas, a experiência mostrou que programas isolados poderiam não chegar a todos os rincões do País. Assim, no ano de 2004, estes programas sociais foram unificados em um único programa: o Programa Bolsa Família

Com vistas a atender a finalidade constitucional, a Lei nº 10.836/2004, que criou o Programa Bolsa Família unificou as ações estatais de transferência de renda existentes: Bolsa Escola, Programa Nacional de Acesso à Alimentação, Bolsa Alimentação e Auxílio-Gás, de modo que houvesse uma gestão mais eficiente dos recursos destinados às políticas sociais, como se depreende da Exposição de Motivos nº 47, da Medida Provisória nº 132/2003, convertida na Lei nº 10.836/2004. A unificação dos programas sociais e o consequente cadastramento único resultaram no maior controle quanto à seleção dos beneficiários e na melhor fiscalização do cumprimento das condicionalidades legais. (SANTOS; EHRLICH, 2011, p. 313)

O Programa Bolsa Família visa a distribuição de renda às famílias que vivem na pobreza e na extrema pobreza, dando a possibilidades a estas famílias de poderem planejar o seu gasto e, desta forma, garantia as suas necessidades específicas.

O Programa Bolsa Família trabalha em eixos que promovem a transferência de renda, junto a condicionantes que permitem o acesso da família beneficiária aos direitos sociais básicos, ainda, como objetivo, pretende que as famílias saiam do estado de vulnerabilidade em que se encontram.

Dentro do objetivos do Programa, há uma certa inserção do sistema de garantias aos direitos fundamentais lançados no Estatuto da Criança e do Adolescente, já que há a obrigatoria da criança e adolescente, até 15 anos, estar matriculado na rede pública de ensino e ter boa frequência escolar, também, há a necessidade de manutenção das vacinas das crianças e inserção no programa

de gestante para as grávidas beneficiadas. Assim, é possível afirmar, que em uma só ação, o Estado presta os direitos sociais garantidos à população infanto-juvenil.

Com essas condicionantes, bem como, com a independência que a renda, por menor que seja, dá às famílias beneficiadas, a chance de sair do estado de extrema pobreza é grande, talvez essa, seja uma grande justificativa para a vigência do Programa por tanto tempo.

Este é o pensamento dos profissionais ligado ao Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA:

Importante ressaltar que o Bolsa Família é um instrumento, que torna possível a transformação da vida dos beneficiários. Afinal, não se trata de mera transferência de renda, algo que, por si só, não garante o combate à pobreza. A eficácia do programa depende da aplicação do valor recebido na qualidade de vida e na emancipação socioeconômica. (SANTOS; EHRLICH, 2011, p. 313)

A importância das políticas públicas é extrema deve ser motivo de dedicação na gestão pública, principalmente, para a implementação de políticas eficazes, que possam, de fato, trazer a dignidade de volta aqueles que a perderam pela situação econômica ou revelá-la aqueles que nunca a tiveram. O Programa em destaque, sem excluir os demais em vigor, trazem essa possibilidade para as pessoas que vivem na pobreza, como relata o relatório da CEPAL:

Nos últimos anos, o Estado vem enfrentando esta situação, através de transferências em espécie às famílias e da reforma de sistemas de bolsas familiares. Tais instrumentos de redistribuição são de comprovada relevância e demonstram a orientação do debate público para uma maior preocupação acerca do papel do Estado como nivelador de condições. Também demonstraram ser valiosos componentes do sistema de proteção social como um todo. (CEPAL/UNICEF, 2010, p.197)

É importante destacar que o País tem vários outros programas sociais em vigor, porém, o sucesso do Programa Bolsa família é evidente, como mostram os estudos realizados e divulgados pelo IPEA:

[...] mostra que o programa gerou impactos efetivos na melhoria das condições de saúde de crianças beneficiárias, reduzindo a desnutrição aguda e garantindo cumprimento mais regular do esquema vacinal. A pesquisa mostrou que a proporção dos filhos de

beneficiárias do programa que eram amamentados de maneira exclusiva, pelo menos durante os seis primeiros meses de vida, era 8 p.p. maior que a dos filhos de não beneficiárias (61%, em comparação com 53%). Certamente, isto teria contribuído para a redução da prevalência de desnutrição crônica entre 2005 e 2009 para a população em geral, e a redução mais significativa da desnutrição aguda entre os beneficiários. Os efeitos do programa no acesso ao alimento, em especial das crianças, também é um dos achados regulares dos estudos. De fato, pesquisadores já haviam observado que as famílias beneficiárias aumentam o consumo em todos os grupos de alimentos analisados, principalmente cereais, alimentos processados, carne, leite e derivados, feijão e açúcar, melhorando a disponibilidade alimentar das crianças (Lignani *et al.*, 2011). No mesmo sentido, usando dados da Pesquisa de Orçamentos Familiares (POF) do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2008/2009, a pesquisadora mostrou que o programa auxilia na melhora do *status* nutricional de crianças e adolescentes, sobretudo, no Norte e Nordeste, onde o impacto do programa é 31,4% maior que no Brasil como um todo (Baptistella, 2012). Em outro estudo, direcionado aos efeitos do PBF sobre as crianças no semiárido nordestino, constatou-se que as mães priorizam as crianças no momento do emprego do dinheiro do benefício, ao entender que o dinheiro do programa é entendido como um dinheiro das crianças (Pires, 2011). (grifos do autor) (JANNUZZI; PINTO, 2013, p. 185)

É possível, pelos dados coletados, verificar que muito é feito para a efetivação dos direitos e garantias fundamentais, mas o seu ideal ainda está longe de ser atingido, sobretudo, quando se constatado que a pobreza ainda impede o pleno desenvolvimento das crianças e adolescentes, quando, às vezes, não lhes tira a vida.

O Brasil é um país grande em extensão e populoso, é então necessário o permanente estudo sobre os índices da pobreza, que é latente e está em evidência pelos estudos internacionais realizados, como se passa a expor.

3. A INFANTILIZAÇÃO DA POBREZA

Gisele Paschoal Cucci (2009, p. 208), concluindo seu artigo que trata sobre a proteção integral da criança e do adolescente diz:

A simples existência do ECA já revela uma conquista para

a proteção de crianças e adolescentes, mas além de existir, ele deve ser eficaz, iniciando com uma revolução nas políticas públicas de amparo e assistência social a toda população carente.

Infelizmente a realidade vislumbra por nosso país ainda deixa a desejar, visto que muitos dos nossos jovens e crianças ainda não possuem a tutela integral por parte do Estado, carecendo das necessidades mais básicas, permanecendo à margem de uma sociedade inerte e tendo um futuro incerto, sendo o maior problema a dificuldade em unir o texto legal à realidade social.

O sistema de garantias dos direitos da criança e do adolescente brasileiro é referência para as legislações estrangeiras, pois é tido como inovador e completo no que diz respeito à distribuição de responsabilidades para o Estado, sociedade e família. Contudo, todo esse arcabouço de leis, aliado aos programas sociais implementados não são suficientes para evitar e erradicar a pobreza.

Considerando que a população infantil não é capaz de prover o seu sustento, como já dito, agregando ainda, ao estado de vulnerabilidade e exposição das meninas pobres, que terminam a infância já como mães, e, conseqüentemente, aumentam o número de crianças pobres, pode-se afirmar que a pobreza do menor é crescente, de maneira superior à população adulta, disso decorre a “infantilização da pobreza”.

a pobreza foi individualizada e marcada como decorrente das incapacidades dos indivíduos. Em decorrência a solução se encontra, sobretudo na educação, que quanto mais cedo ocorrer a educação mais eficiente será. Há uma atomização da sociedade, na qual os indivíduos precisam sobreviver por sua conta própria no mercado (UGÁ, 2004), e nesse contexto se começa a falar em “infantilização da pobreza”. Posto que, as crianças não são apenas em grande número, mas também são aquelas que, na maioria das vezes, possuem menor capacidade de prover sua subsistência, sendo também mais vulneráveis as diversas formas de violência e de opressão social. (CAMPOS; CAMPOS; SILVA, p. 10)

As conseqüência de uma infância na extrema pobreza são inúmeras e assustadoras, por isso, a preocupação com o assunto é constante e objeto de pesquisas e estudos aprofundados e coleta de dados, como os realizados pela CEPAL/UNICEF.

Destes estudos são extraídas informações que podem auxiliar na gestão pública, para a implementação de políticas pública, como bem demonstra o fragmento a seguir, extraído de um dos relatórios publicados pela CEPAL:

A intensidade da extrema pobreza (isto é, a presença de mais privações graves ou moderadas) tende a ser maior precisamente onde há uma porcentagem mais alta de crianças extremadamente pobres. Embora a existência de uma única privação grave já comprometa seriamente o desenvolvimento infantil, a presença de uma “síndrome” de múltiplas privações alerta sobre uma perda segura das oportunidades de aproveitamento das potencialidades das crianças e, em definitiva, perpetua a reprodução intergeracional da pobreza. Uma de cada quatro crianças extremadamente pobres sofre um grave cerceamento em mais de um direito fundamental, e uma de cada três crianças pobres se vê afetada por uma privação moderada em mais de uma necessidade. É essencial considerar a interação de privações na formulação de políticas, pois a privação em alguma dimensão costuma ter consequências sobre a possibilidade e capacidade de exercer o direito em uma ou mais das outras dimensões. (CEPAL/UNICEF, 2013, p. 20)

Confirmando a previsão legal, a efetivação do direito fundamental das crianças e dos adolescente, está nas políticas públicas, que deve ser articulada e de visão ampla, para que não haja falhas como as que hoje são sofridas pelos programas sociais.

É necessário que se busque mais ações prévias que tragam diagnósticos concretos para a erradicação da extrema pobreza que ainda assola o País. Nesta perspectiva, a alternativa sugerida pela CEPAL é que a medição do fenômeno da pobreza seja feito por equipe multidisciplinar:

A análise da pobreza que as crianças e adolescentes enfrentam, e a compreensão cabal do fenômeno requerem uma visão integral. Daí a importância de avançar em uma medição multidimensional que identifique as privações vinculadas à provisão e qualidade dos serviços e bens públicos que afetam diretamente estes grupos, bem como as insuficiências de renda para satisfazer as necessidades de todos os membros da família. (CEPAL/UNICEF, 2013, p. 19)

Cabe ainda, ao poder público, trabalhar no sentido de buscar alternativas para a distribuição de renda no País. Esse, seguindo os levantamentos bibliográficos realizados, bem como, toda a orientação trazida por órgão ligados à pesquisa social, é alternativa de imediato melhor recomendada para a erradicação da pobreza.

A pobreza é reforçada por acentuada desigualdade na distribuição de renda, refletindo grandes desigualdades de origem, baixa carga tributária, baixa capacidade redistributiva do Estado social e mercados de trabalho muito ineficientes e desiguais que tendem a reforçar as disparidades de origem, sejam elas de classe, gênero, idade ou etnia. (CEPAL/UNICEF, 2010, p. 195)

Se dados estatísticos não convencem sobre o império da pobreza no País, deve-se então, prestar atenção em uma outra realidade chocante, que é separação da família pela pobreza. E isso tem acontecido, como revela a doutrina:

O ECA prevê a inclusão das famílias em programas oficiais ou com unitários de auxílio quando os pais e responsáveis não conseguem cumprir com suas obrigações de criação e educação dos filhos por motivos de carência material (parágrafo único do art. 23 e art. 29, inc. II). Contudo, o principal motivo apontado para o abrigo foi a pobreza, sendo esta também citada pelos dirigentes dos abrigos como a dificuldade fundamental para a reinserção familiar das crianças e dos adolescente abrigados (FERREIRA; BITENCOURT, 2008, p. 65).

Seguindo todas essas orientações, é possível que a situação dramática que vive a criança e ao adolescente, privados de seus direitos fundamentais, se modifique. Cabe assim, ao principal ator da cadeia protetiva – o Estado – aprimorar seu mecanismo de identificação para que as políticas públicas cheguem a todo o país e não se permita que a pobreza continue a condenar a população infanto-juvenil.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Não foi objetivo, deste trabalho, esgotar o tema sobre a efetivação dos direitos fundamentais da criança e do adolescente, mas sim, trazer à reflexão a realidade de que, mesmo diante de um sistema bem engendrado e com responsabilidades definidas, além, garantia constitucional da prioridade absoluta, os direitos fundamentais ainda não alcançam todas as crianças e adolescentes do País.

Embora tenha-se programas sociais para a erradicação da pobreza infanto-juvenil, os estudos e levantamentos internacionais sobre o assunto mostram que a pobreza ainda é motivo de preocupação e que muito há por ser feito, já que a população infanto-juvenil é crescente no Brasil.

De todo o apanhado sobre o sistema protetivo exposto, é importante destacar, também com o objetivo reflexivo, que a efetivação dos direitos

fundamentais da criança e do adolescente não é só responsabilidade do Estado, concorre com ele toda a sociedade, família, organização governamental e não-governamental, por isso, todos estes atores sociais devem participar para a promoção da infância saudável e, assim, garantir o desenvolvimento do menor.

Referências

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 28 ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

CAMPOS, Rosânia; CAMPOS, Roselane Fátima; SILVA, Rute. *Educação infantil na América Latina: novos discursos, antigos dilemas*. Disponível em: <www.fe.usp.br>. Acesso em: 30 maio 2014.

CEPAL/UNICEF. *A hora da igualdade: brechas por fechar, caminhos por abrir*. Santiago: CEPAL/UNICEF, 2010. Disponível em: <www.eclac.org>. Acesso em: 30 maio 2014.

CEPAL/UNICEF. *Panorama Social da América Latina*. [S.I.]: CEPAL/UNICEF. 2013. Disponível em: <www.eclac.org>. Acesso em: 21 jun. 2014.

CUCCI, Gisele Paschoal. A proteção integral da criança e do adolescente como meio adequado de inclusão social. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; PICCIRILLO, Miguel Belinati (Coords.). *Inclusão social e direitos fundamentais*. Birigui: Boreal, 2009. p. 193-209.

FERREIRA, Lucia Maria Teixeira, BITTENCOURT, Sávio Renato. As políticas públicas e o Ministério Público como agentes garantidores do direito à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes abrigados. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 101, 2008.

ISHIDA, Válder Kenji. *Estatuto da criança e do adolescente - Doutrina e Jurisprudência*. 11. ed. São Paulo: ATLAS, 2010.

JANNUZZI, Paulo de Martino; PINTO, Alexandre Rodrigues. Bolsa família e seus impactos nas condições de vida da população Brasileira: uma síntese dos principais achados da pesquisa de avaliação de impacto do bolsa família. In: CAMPELLO, Tereza; NERI, Marcelo Cortês. *Programa Bolsa Família: uma década de inclusão e cidadania*. Brasília: IPEA, 2013. p. 179-192.

MAZZILI, Hugo Nigro. O Ministério público no estatuto da criança e do adolescente. Disponível em: <www.mazzilli.com.br>. Acesso em: 05 jun. 2014.

NAVES, Rubens; GAZONI, Carolina. *Direito ao futuro: desafios para a efetivação dos direitos das crianças e dos adolescentes*. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, 2010.

PEREIRA, Tânia da Silva. O melhor interesse da criança. In: PEREIRA, Tânia da Silva (Coord.) *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000. p. 1-101.

PEREZ, Adriana Medalha. Mecanismos de controle social e participação popular: espaços importantes para a efetivação dos direitos da criança e do adolescente. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL PROTEÇÃO SOCIAL E CIDADANIA HOJE: TENDÊNCIAS E DESAFIOS, 1, 2012, Niterói. *UFF-Política Social Anais do Seminário Internacional Proteção Social e Cidadania hoje: tendências e desafios*. Niterói, 2012. Disponível em: <<http://www.uff.br>>. Acesso em: 06 jun.

2014.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. *Estatuto da criança e do adolescente comentado: Lei 8.069/1990 artigo por artigo*. São Paulo: RT, 2010.

SANTOS, Murilo Dias dos Santos; EHRLICH, Priscila Aparecida. O programa bolsa família: válido, legítimo e eficaz. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ALVES, Fernando de Brito (Coords.). *Políticas públicas: da previsibilidade a obrigatoriedade - uma análise sob o prisma do Estado social de direitos*. Birigui: Boreal, 2011. p. 313-340.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23º ed. Malheiros: São Paulo, 2004.

SOUZA, Jadir Cirqueira de. *A efetividade dos direitos da criança e do adolescente*. São Paulo: Pillares, 2008.

TELLES, Marília de Campos Oliveira e, COLTRO, Antônio Carlos Mahtias. O Estatuto da Criança e do Adolescente: uma lei de gente grande. *Revista do Advogado*, São Paulo, n. 101, 2008.

ZETTEL, Bernardo Barbosa; BOLONHA, Carlos; RANGEL, Henrique. Os direitos fundamentais, a argumentação do STF e o desafio de uma teoria institucional. *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, São Paulo, v 86, p. 73-101, jan./mar., 2014.

OS NOTÁRIOS E REGISTRADORES E SUA ATUAÇÃO NA DESJUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS

Yasmim Leandro Veronese¹³⁸
Caique Tomaz Leite da Silva¹³⁹

Resumo:

O presente artigo tem como escopo a demonstração da relevância da atividade notarial e registral na desjudicialização das relações sociais que se apresenta como alternativa para a superação da atual crise do Judiciário. Para tanto, faz-se necessário o estudo dessas instituições desde a sua concepção até os tempos atuais, abordando temas relacionados à sua origem e definição. Além disso, imperioso destacar a natureza jurídica da função dos notários e registradores, bem como os princípios que norteiam essas atividades. Em um segundo momento, discorreremos sobre a judicialização das relações sociais e a consequente crise da justiça que não conseguiu acompanhar a massificação das demandas. Por fim, destacou-se o processo de desjudicialização das relações sociais como alternativa capaz de superar a referida crise, e, nesta seara demonstrou-se que a atuação dos notários e registradores como braço direito desse processo, espelhando-se no que tem ocorrido em países como Portugal, atuando não somente a favor do desenvolvimento econômico, como também no processo de desburocratização judicial.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A história das instituições do direito notarial e registral confunde-se com a história da própria sociedade. Em dado momento da civilização humana o homem se descobriu como um animal político, que precisava viver em sociedade, seja para se proteger de invasões e ataques de animais, seja para aprimorar a produção de alimentos, surgindo, dessa forma, a sociedade.

Com o nascimento dessa forma de convívio social, surge também a necessidade de regulamentar as relações entre os seres que a compõe. Neste passo, o direito foi introduzido à sociedade com a função de dirimir conflitos e regulamentar as relações entre os homens.

No entanto, apenas a existência de um direito que regulamentasse as relações humanas se mostrou insuficiente com o crescimento das relações sociais que se tornavam cada vez mais complexas, de modo que esta mesma sociedade passou a enxergar a necessidade de alguém dotado de credibilidade e confiança que fosse capaz de relatar os fatos jurídicos, perpetuando-os, propiciando assim uma maior segurança às relações sociais.

¹Discente do 4º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. mim_veronese@hotmail.com

²Doutorando em Direito Público (fase de dissertação) e Pós-Graduado em Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra (POR). Especialista em Direito Civil e Direito Processual Civil. Banca Examinadora da *American University* (USA). Bolsista do Curso de Direito Internacional Humanitário e Professor Visitante do *Ius Gentium Coninbrigae*, Centro de Direitos Humanos da Universidade de Coimbra. Professor das Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo (BRA). Professor da Escola Superior da Advocacia (ESA). Advogado.

Neste sentido, LEONARDO BRANDELLI:

O embrião da atividade notarial, ou seja, o embrião do tabelião nasceu do clamor social, para que, num mundo massivamente iletrado, houvesse um agente confiável que pudesse instrumentalizar, redigir o que fosse manifestado pelas partes contratantes, a fim de perpetuar o negócio jurídico, tornando menos penosa a sua prova, uma vez que as palavras voam ao vento. (BRANDELLI, 2007, p. 3)

O importante papel dos notários e registradores deve-se ao fato de que desempenharam papel indispensável para a humanidade, pois suas minutas tornaram-se verdadeiros relatos da história, servindo de registro para as gerações posteriores compreenderem os anseios e a evolução daquelas que as antecederam.

O mais antigo representante dessas funções surgiu no Egito, com a figura do escriba, profissional de grande relevância para aquela sociedade, principalmente em função da habilidade com a escrita, utilizando-se deste dom para formalizar atos jurídicos monarcas, além de funcionar também como arquivista e contador. Tais funcionários públicos possuíam sua imagem associada à divindade, por recordar fatos e textos antigos através da caligrafia.

Segundo LEONARDO BRANDELLI (2007, pp. 4-5):

Os escribas pertenciam às categorias de funcionários mais privilegiadas e lhes era atribuída uma preparação cultural especialíssima; por isso, os cargos recebiam o tratamento de propriedade privada, e, por vezes, transmitiam-se em linhas de sucessão hereditária. Eram eles que redigiam os atos jurídicos para o monarca, bem como atendiam e anotavam todas as atividades privadas. No entanto, como não eram possuidores de fé pública, havia a necessidade de que os documentos por eles redigidos fossem homologados por autoridade superior.

No entanto, em que pese toda sua relevância e reconhecimento pela sociedade egípcia, os escribas, quando do Médio Império, não possuíam a chamada fé-pública, sendo certo que para conferir força probatória aos documentos por eles redigidos fazia-se necessário um selo de algum sacerdote ou magistrado autorizado para tanto.

Já na Grécia haviam as figuras dos mnemons ou epistates e dos hieromnemons, funcionários públicos, tendo os primeiros o encargo de lavrar documentos particulares, enquanto os segundos eram incumbidos de guardar e conservar esses documentos.

Estes funcionários foram extremamente importantes durante a civilização helênica, o que permitiu sua popularização, como nos ensina João Mendes de Almeida Júnior:

A verdade é que, em todos os países onde dominou a civilização helênica, observa-se a existência de notários, incumbidos de dar aos contratos o seu testemunho qualificado e, ao lado dos tribunais e juízes, um secretário, incumbido não só de escrever peças do processo, como de coordená-las, guardá-las na caixa selada respectiva e transmitir essa caixa ao juiz ou tribunal. A expressão – mnemons, literalmente traduzida, bem explica que o fim principal do notário é guardar a lembrança dos contratos, isto é, preconstituir prova. (ALMEIDA JÚNIOR, 1963, pp.16-17)

No entanto, apesar da relevância da atividade notarial e registral no Egito e na Grécia, foi em Roma que estas instituições experimentaram sua maior evolução. Neste sentido, PINTO FERREIRA, 1995, p. 466:

No Oriente antigo, o ofício de ‘scriba’ era simples reflexo do poder sacerdotal, e só no direito romano a instituição do notariado toma transcendência e relevo. Tanto os atos do ‘scriba’ como os do ‘tabellio’ em Roma eram, entretanto, atos privados, que perdiam tal qualidade quando as partes contratantes os exibissem ao magistrado, diante de testemunha, e aquele lhes imprimia o sinal público, conferindo-lhes autenticidade. Esta é a primeira fase da evolução do instituto.

No início da civilização romana os pactos contratuais eram feitos de forma verbal, imperando a boa-fé nas relações sociais. Porém, com o crescimento populacional e a multiplicação das relações jurídicas por conta do progressivo avanço comercial e industrial, fez-se necessário a instrumentalização dessas relações, surgindo assim a figura de um profissional capaz de dar forma a vontade dos contratantes através de um documento detido de força probatória.

Em Roma surgiram duas espécies de cidadãos que desempenhavam as funções do notário moderno, um que possuía a perícia redatora e o outro que era incumbido de guardar os documentos e livros produzidos pelo primeiro.

PONDÉ nos ensina os diferentes nomes que estes profissionais recebiam:

Notarii, scribae, tabeliones, tabularii, chartularii, actuarii, librarii, emanuenses, logograepi, referendarii, cancelarii, diasloteles, censuales, libelengeses, numerarii, scriniarii, cornicularii, exceptores, epistolares, consiliarii, cognitores. (PONDÉ, 1967).

Muito embora todos praticassem funções semelhantes às notariais, estas

de fato somente eram exercidas pelos scriba, tabularii, notarii e pelo tabeliones. Os scribas prestavam auxílio ao pretor na redação dos decretos, além de deterem para si a função de guardar e custodiar documentos. Em decorrência da importância de seus serviços, possuíam papel de destaque na sociedade romana, sendo isentos da prestação de serviço militar além de ter suas despesas custeadas pelo estado. Os tabularii eram fiscais e tinham como algumas de suas funções a escrituração de registros hipotecários e sua guarda além da direção do censo, registro de nascimentos, redação de inventários públicos e particulares. Contudo, embora o povo romano depositasse nestes cidadãos grande confiança, os atos por eles praticados não possuíam caráter público, uma vez que os documentos que lavravam, ainda que na presença de testemunhas, permaneciam com caráter privado. Já os notarii tinham grande capacidade de reduzir a termo as declarações orais, foram de grande relevância para o trabalho dos magistrados da época, além de utilizar-se de sua perícia na escrita para redigir as disposições de última vontade.

Na verdade, o profissional que mais se assemelhou do atual notário foi o tabelione, como nos ensina João Mendes:

Os tabelliones, assim chamados porque escreviam seus atos em tabuletas de madeira emplastadas de cera, a princípio exercitavam cumulativamente com os exceptores, os actuarii e os notarii, as suas funções. Eram imperitos no direito, porém pessoas livres: Tabelliones, diz PEREZIO, ao tít. X, Liv. X do Cód. Just. erant liberi homines et poterant ad decurionatum adspirare. Mas, nos séculos IV e V, os exceptores, os actuarii e os notarii mudam de natureza, isto é, passam a exercer funções especiais e distintas, segundo observam SAVIGNY e CONTI; em tal época, com o nome de expectores são designados os secretários das autoridades administrativas e das mais elevadas autoridades judiciárias; com o nome de actuarii, são designados os escrivães dos juízes e empregados de menor escala e com o nome de notarii eram designados os escrivães da chancelaria imperial (ALMEIDA JÚNIOR, 1963, p.22)

Diante de sua capacidade redatora, seu grande saber jurídico e confiabilidade na guarda de documentos, os tabeliones passaram a desempenhar tarefas antes acometidas a funcionários públicos sem, no entanto, possuir para tanto determinação estatal expressa. Sendo, devido a isso, considerado o real antecessor do notário latino atual.

Justiniano I, antigo imperador bizantino responsável pela unificação do império cristão oriental, foi responsável por regulamentar a então rudimentar atividade notarial, além de promover importantes inovações, como a possibilidade no notário intervir em inventários e subscrever denúncias a fim de interromper a prescrição caso faltasse magistrado no local. Posteriormente,

Leão VI, contribuiu com o desenvolvimento profissional dos notários passando a exigir que fossem pessoas qualificadas com perícia na escrita, saber jurídico e habilidosa comunicação.

Na Idade Média, o regime feudal concentrava todo o poder e domínio nas mãos dos senhores feudais, que passaram a ter controle sobre os notários cuja seleção deixou de levar em consideração os conhecimentos jurídicos e aptidão para a escrita dos profissionais, sendo determinante a influência política do postulante da função. Após este período de retrocesso, a atividade notarial retomou seu prestígio ao longo do XIII, ocasião em que foi instituído na Universidade de Bolonha um curso especial, onde os juristas dedicavam-se ao estudo e tradução do Corpus Juris Civilis. Cláudio Martins (1979, p. 9) exaltou a importância da Universidade de Bolonha para a figura do notário da atualidade:

No século XIII, na Itália, mais precisamente na Universidade de Bolonha, com a instituição de um curso especial, a arte notarial tomou um incremento tal a ponto de os autores considerarem-na a pedra angular do ofício de notas do tipo latino, tendo acrescentado uma base científica ao notariado.

No Brasil, o marco referencial teórico da atividade notarial confunde-se com a data de seu descobrimento, haja vista que Pero Vaz de Caminha, embora não possuísse oficialmente o cargo de escrivão da armada, ao descrever à Coroa Portuguesa a descoberta e posse de novas terras, exerceu de fato a função de um notário.

Ao tomar posse da nova terra transformando-a em sua colônia, a Coroa Portuguesa passou a aplicar no Brasil toda a sua legislação, inclusive no que dizer respeito a atividade notarial e de registro. Assim, os tabeliães eram nomeados pelo Rei por meio de doação ou compra e venda, sendo este direito vitalício e transmissível por herança. Neste período, enquanto o notário europeu e da América Espanhola passava por grandes mudanças, no Brasil mantinha-se ancorado nas Ordenações do Reino, ultrapassada em relação aos avanços desta atividade no mundo.

Somente em outubro de 1827 foi tomado o passo decisivo para a formalização da atividade de notariado no Brasil, conforme COTRIM NETO (1973, pp.14-15):

Em 11 de outubro de 1827, foi editada, em nosso país, uma lei regulando o provimento dos ofícios da Justiça e Fazenda. Dita lei passou a proibir que tais ofícios se transmitissem a título de propriedade, ordenando que fossem conferidos a título de serventia vitalícia a pessoas dotadas de idoneidade para tanto e que servissem pessoalmente aos ofícios. A ventilada lei pecou, porém, por não exigir formação jurídica dos aspirantes aos ofícios

ou nem sequer determinado tempo de prática na função, bem como por não instituir uma organização profissional corporativa.

Quanto aos registros públicos no Brasil, inicialmente o sistema foi fixado pela Lei n.º 601, de 18.09.1850 e seu Regulamento n.º 1.318, de 30.01.1854, que outorgou à Igreja Católica tal competência, sendo conhecida como “Registro do Vigário” ou “Registro Paroquial”, que obrigava o registro da posse em livro próprio da autoridade religiosa da situação do bem, tendo esse registro o efeito meramente declaratório, com o intuito de determinar quais seriam as terras públicas e as terras privadas, de modo que a terra que não tivesse o registro seria considerada área de domínio público. Essa forma de registro foi superada pela obrigatoriedade do registro junto ao Registro Imobiliário. Contudo, em algumas cidades brasileiras mais antigas, ainda existem imóveis que não possuem a transcrição junto ao Cartório de Registro Imobiliário, possuindo somente o registro paroquial. São os chamados imóveis foreiros, sobre os quais é cobrada uma taxa anual denominada de aforamento, e a taxa de laudêmio, cobrada quando o imóvel é negociado, passando de um detentor da posse a outro, uma vez que a propriedade plena continua sendo da igreja.

Posteriormente, foi criado o Registro de Imóveis, com a função de transcrever as aquisições imobiliárias e inscrever ônus reais, através da Lei n.º 1.237, de 24.09.1864, regulamentada pelo Decreto n.º 3.453, de 26.04.1865.

A Constituição Brasileira de 1946 foi responsável por constitucionalizar o caráter vitalício dos titulares dos serviços notariais e registrais. No entanto, foi somente com a promulgação da atual Constituição e com a Lei 8.935/94, a chamada Lei dos Notários e Registradores, que esta importante atividade teve a regulamentação e reconhecimento social e jurídico necessários.

2. DAS FUNÇÕES E SERVIÇOS DOS NOTÁRIOS E REGISTRADORES

A Constituição Federal de 1988, em seu artigo 236, dispõe que as atividades notariais e de registro: “são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Assim, podemos observar que estas atividades são públicas, sendo, no entanto, exercidas de forma privada por meio de pessoas físicas que são conhecidas como Notários e Registradores.

Por sua vez, João Roberto Parizatto define os serviços notariais e de registro da seguinte forma:

Serviços notariais podem ser definidos como sendo as atividades desempenhadas por oficiais públicos, a quem se confere o encargo de instrumentar na formal legal, os atos jurídicos e os contratos elaborados pelas partes interessadas. Serviço de registro são as inscrições ou as transcrições de documentos em livros públicos mantidos pelos escritórios de registro, realizadas por oficiais

públicos, para imprimir existência legal, dando forma pública a certos atos jurídicos para que tenham validade [...] (PARIZATTO, 1995, p. 13).

Tais instituições garantem direitos de cidadania, pois documentam acontecimentos de suma relevância na vida dos cidadãos desde o seu nascimento até sua morte, comprovando direitos e ao mesmo tempo garantindo-os.

Neste passo, é imperioso destacar que embora existam inúmeros pontos em comum, estas atividades possuem diferenças marcantes, de modo que devem ser analisadas separadamente. Ricardo Henry Marques Dip (1988, p. 95) trata com precisão de tais diferenças:

É certo que tanto o Registro Imobiliário, quanto o Tabelionato de Notas estão destinados à segurança jurídica, mas não do mesmo modo. O Notário dirige-se predominantemente a realizar a segurança dinâmica; o Registrador, a segurança estática; o Notário, expressando um dictum - i.e., conformando e pré constituindo prova -, é, porém, antes de tudo, um conselheiro das partes, cujo actum busca exprimir como representação de uma verdade e para a prevenção de litígios; de que segue a livre eleição pelos contratantes, porque o Notário é partícipe da elaboração consensual do direito; diversamente, o Registrador não exercita a função prudencial de acautelar o actum, mas apenas de publicar o dictum, o que torna despicienda a liberdade de sua escolha pelas partes; o Registrador não configura a determinação social

Sendo assim, diante a diferença entre tais funções, a Lei 8.935, de 1994, tratou de definir os atos que podem ser praticados de forma exclusiva por estes agentes, reservando ao artigo 6º os atos que podem ser praticados pelo Tabelião de Notas:

“Art. 6º Aos notários compete:

I - formalizar juridicamente a vontade das partes;

II - intervir nos atos e negócios jurídicos a que as partes devam ou queiram dar forma legal ou autenticidade, autorizando a redação ou redigindo os instrumentos adequados, conservando os originais e expedindo cópias fidedignas de seu conteúdo;

III - autenticar fatos.”

Acrescentando ainda o artigo seguinte outras duas atividades de competência destes agentes, a autenticação de cópias e o reconhecimento de firmas. Quanto à função dos Registradores, como se sabe, terá como finalidade

instituir ou declarar direitos reais, a fim de dar segurança às relações jurídicas, realizando, para tanto, a inscrição dessas relações em seus respectivos títulos.

Neste sentido, Nicolau Balbino Filho (2001, p.35) nos ensina que:

O Registro seja uma fiel reprodução da realidade dos direitos imobiliários. A vida material dos direitos reais, bem como a sua vida tabular, deveriam se desenvolver paralelamente, como se a segunda fosse espelho da primeira. Com efeito, esta é uma ambição difícil de se concretizar, mas em se tratando de um ideal, nada é impossível; basta perseverar (BALBINO FILHO, Nicolau. Direito Imobiliário Registral. 1ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2001. p.35.)

Como se pode notar, estas instituições constituem grandes mecanismos de fé pública estabelecidos pelo Estado que, através da função notarial, busca o aprimoramento dos negócios e contratos, uma vez que esta atua na concretização voluntária do direito, ao passo que a atividade de registro, ao dar publicidade aos atos relevantes da vida social, capazes de gerar direitos e obrigações, complementa a primeira.

3. NATUREZA JURÍDICA DAS FUNÇÕES NOTARIAIS E DE REGISTRO

A natureza jurídica das atividades notariais e registrais deve ser analisada sob dois prismas, quais sejam, quanto ao profissional que as desempenha, e quanto a atividade desempenhada. Dessa forma, surgem na doutrina dois posicionamentos divergentes quanto a natureza jurídica da atividade notarial e de registro. A primeira defende a natureza híbrida de tais institutos, e a segunda considera que tais atividades estão vinculadas exclusivamente ao direito público.

A primeira vertente baseia-se no artigo 236 da Constituição Federal, que aduz que “os serviços notariais e de registro são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público”. Dessa forma, entende-se que o regime jurídico responsável por disciplinar as atividades notariais e de registro é o direito privado. Igual entendimento pode ser extraído do artigo 3º, da Lei dos Notários e Registradores, que também dispõe que tal atividade será delegada pelo poder público. Desse modo, João Roberto Parizatto (1995, p.14) conclui que:

Os serviços notariais e de registros são exercidos em caráter privado, por delegação do Poder Público, tal como estabelece o art. 236 da Constituição Federal. Pela delegação outorgado em forma de concessão do estado, o particular trabalhando por sua conta, passa a praticar atos notariais e de registro, que são de competência do Estado,

prestando tais serviços de forma privada, mas em nome deste, daí estarem esses atos sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário, a quem cabe, representando o Estado, exercer fiscalização sobre os atos praticados por tais notários e oficiais de registro, garantindo-se assim, a autenticidade, segurança e eficácia dos atos por ele praticados a terceiros.

No entanto existe na doutrina aqueles que entendem que estas atividades são exclusivamente de direito público, uma vez tais atribuições são delegadas pelo Estado. É esse o entendimento de Walter Ceneviva (2010, p. 49): “O notário e o registrador não exercem cargo público, mas são agentes públicos. Agem como representantes da autoridade pública, eles mesmos providos de autoridade, posto que substituem o Estado, em serviço deste.”

Ao julgar a incidência de aposentadoria compulsória para os notários e registradores, o Supremo Tribunal Federal considerou estes profissionais como funcionários públicos, colaborando ainda mais para o fortalecimento da tese daqueles que consideram os tabeliães funcionários públicos no sentido “lato”:

Sendo ocupantes de cargo público criado por lei, submetido à permanente fiscalização do Estado e diretamente remunerado à conta de receita pública (custas e emolumentos fixados por lei), bem como provido por concurso público – estão os serventuários de notas e de registro sujeitos à aposentadoria por implemento de idade (artigos 40, II, e 236 e seus parágrafos da Constituição Federal. (RTJ, 162:772)”

No entanto, imperioso destacar que tal entendimento não foi unânime em nossa Corte Maior. A título de exemplo, destacamos o voto do Ministro Marco Aurélio:

Na hipótese de delegação, aquele que a exerce visando ao exercício de uma atividade que caberia de início ao Poder Público é um servidor público. Concessionário não é servidor público, da mesma forma que um notário, se enquadrando no art. 236, porque simples delegado, não o é. (RTJ, 162:772)

Concordamos com o entendimento de que as atividades de notas e registro possuem natureza híbrida, visto que são prestados mediante delegação estatal sem, no entanto, perder o caráter público das atividades que desempenham, sendo esta essencial à segurança que os atos prestados por estes profissionais necessitam. A natureza dúplice dessas atividades será essencial para demonstrar a importância destas atividades no processo de desjudicialização das relações sociais.

4. PRINCÍPIOS DO DIREITO NOTARIAL E REGISTRAL

As funções notarial e registral por serem delegadas pelo estado, estão sujeitas ao regime de preceitos fundamentais do direito público, dispostos na Constituição Federal. Muito embora estes serviços sejam prestados em caráter privado, não possuem autonomia suficiente para exercer suas funções sem estarem atentos aos princípios norteadores da administração pública, tanto aqueles elencados de forma expressa no artigo 37, *caput*, da CF, como aqueles implícitos, que decorrem do próprio exercício de suas atividades.

Como lecionado ROGÉRIO MEDEIROS GARCIA DE LIMA (2003, p. 23):

No que diz respeito a notários e registradores, o art. 3º da Lei 8.935/94 os qualifica como profissionais do direito. Logo, têm o dever de conhecer os princípios e normas atinentes aos seus ofícios. As suas competências são taxativamente definidas em lei (art. 6º/13). Outrossim, o art. 31, I, considera infração sujeita a sanção disciplinar, a inobservância das prescrições legais e normativas.

O princípio da legalidade aplicado à Administração Pública tem o condão de submeter o Estado à lei, de modo que este, diferentemente dos particulares, a quem é facultado de forma lícita realizar quaisquer atividades não vedadas em lei, somente poderá fazer aquilo que a lei lhe permite. Como já dito, por exercerem função pública, os notários e registradores estão sujeitos a este princípio. Assim, muito embora possuam autonomia funcional, somente podem exercer aquelas atividades que a lei lhes incumbiu e de acordo com os limites nela impostos.

Por sua vez, o princípio da impessoalidade deve ser analisado sob duas vertentes, quais sejam: no tocante aos administrados e no tocante aos administradores. Para a primeira vertente o princípio da impessoalidade impõe que as pessoas não sejam discriminadas pela Administração Pública. No que tange à Administração Pública em si, dispõe o artigo 30, inciso II, da Lei dos Notários e Registradores que: *“São deveres dos Notários e dos Registradores: II - atender as partes com eficiência, urbanidade e presteza.”*

Ademais, os atos praticados pelos agentes da administração pública devem ser imputados a esta e não à pessoa física que os realiza. Dessa forma, o princípio de impessoalidade determina não apenas o tratamento isonômico às pessoas que se utilizam dos serviços notariais e de registro, mas também que os servidores devem ser considerados “longa manus” do Estado na prestação do serviço.

O princípio da moralidade impõe ao agente o dever de atuar de forma ética, leal e observando a boa-fé que se espera nas relações sociais, de modo a separar o legal do ilegal, o conveniente do inconveniente, o justo do injusto, e o desonesto do honesto. Neste sentido, a Lei 8935/94, em seu artigo 30, discorre sobre os deveres éticos dos Notários e Registradores, deveres estes que

traduzem o comportamento que deles se espera, tanto em sua vida privada quanto profissional.

Por sua vez, o princípio da publicidade nas atividades Notariais e Registrais permite a todos o direito às informações dos atos praticados por esses órgãos, disponibilizando-os para conhecimento público e início de seus efeitos externos, com exceção das hipóteses previstas em Lei.

O princípio da eficiência, por sua vez, opõe-se à negligência, lentidão e omissão, buscando assim maior qualidade e produtividade nas condutas dos administradores, propiciando a solução das necessidades coletivas. HELY LOPES MEIRELLES (1997, p. 90), aduz que:

O que se impõe a todo o agente público de realizar suas atribuições com presteza, perfeição e rendimento profissional. 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, e acrescenta que o dever da eficiência corresponde ao dever da boa administração (...).

A Lei nº. 8.935/94, em seu artigo 4º, impõe aos notários e registradores a observância de tal princípio assim dispondo: *“Os serviços notariais e de registro serão prestados, de modo eficiente e adequado, em dias e horários estabelecidos pelo juízo competente, atendidas as peculiaridades locais, em local de fácil acesso ao público e que ofereça segurança para o arquivamento de livros e documentos”*.

Outrossim, aos notários e registradores, por serem representantes do Estado no exercício de suas funções, foi atribuída constitucionalmente a fé pública, de modo que estes têm condão de declarar que determinado ato ou documento encontra-se dentro dos padrões legais, propiciando segurança quanto a sua validade que será presumível, admitindo, entretanto, prova em contrário.

Não bastasse a previsão constitucional, a Lei dos Notários e Registradores, em seu artigo 3º, reafirma a aplicabilidade de tal princípio a estas funções ao dispor que: *“O Notário, ou Tabelião, o Oficial de Registro, ou Registrador, são profissionais do direito dotados de fé pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial e de registro”*

Outro princípio de suma importância, aplicado aos notários e registradores, encontra-se previsto no artigo 30, incisos I e IV, que é o princípio da conservação ou matricidade, que impõe a estes profissionais que mantenham de forma absolutamente conservada e organizada os papeis, livros, computadores, maquinários e todos os documentos pertencentes à serventia, sob sua responsabilidade. Tal princípio se justifica pelo fato desses profissionais não serem donos dos documentos presentes na serventia que atuam, mas apenas depositários.

Por exercerem suas atividades em caráter privado, os notários e

registradores encontram-se protegidos pelo princípio da independência funcional, de modo que podem estes profissionais adotarem medidas administrativas que acharem necessárias ao bom funcionamento dos serviços por eles prestados, desde que mantenham-se atentos às determinações legais.

No entanto, imperioso destacar que a independência funcional a eles concedida não tem o condão de retirar do Poder Judiciário seu poder de fiscalização quanto aos atos e serviços praticados por estes profissionais, fato este reconhecido pelo STF no julgamento do RE 255.124/RS.

Ademais, faz-se necessário destacar que não pode o notário ou registrador, em regra, agir de ofício, por força do princípio da rogação, sendo necessário, assim, que haja um pedido do interessado, de forma expressa ou tácita, para que estes possam realizar as atividades a eles confiadas.

Neste sentido NICOLAU BALBINO FILHO (2001, p. 194):

A solicitação de qualquer ato registral/notarial é simples, independe de forma especial e pode ser expressa ou tácita. É expressa quando o requerente manifesta claramente ao registrador/tabelião sua vontade de obter o lançamento registrário. A pretensão é tácita quando o registrador/tabelião, por experiência própria, detecta a vontade do interessado. Como regra geral entende-se que o mero fato de apresentar documentos ao registro constitui uma solicitação para a prática dos atos registrares inerentes a todo o seu conteúdo

O estudo de tais princípios se mostra necessário para o bom desempenho das funções notarias e registrares uma vez que, somente observando-se seus limites é que estes profissionais poderão, de fato, cumprir com a importante missão a eles confiada.

5. O PROCESSO DE JUDICIALIZAÇÃO DAS RELAÇÕES SOCIAIS E A CONSEQUENTE CRISE NO PODER JUDICIÁRIO

Os direitos políticos e sociais, a partir do século XX, ganharam maior relevância constitucional, doutrinária e jurisprudencial, em grande parte dos países do mundo. Dessa forma, uma vez reconhecidos, passaram a ser reclamados pela sociedade nos mesmos termos em que os direitos civis. Contudo, no Brasil, somente ao final da ditadura militar é que foi permitido a sociedade criar movimentos que reclamassem a proclamação desses direitos. Um dos direitos assegurados pela Constituição Cidadã é o da inafastabilidade do Judiciário, disposto em seu art. 5º, XXXV.

Em consequência da ampliação ao acesso à justiça, principalmente para as classes baixas, devido à implantação de medidas que diminuíram os custos dos serviços judiciais, além de garantir aos necessitados a gratuidade na assistência jurídica de forma integral, dentre outras mudanças, houve um

grande aumento na judicialização das relações sociais no Brasil. Com isso, o Poder Judiciário Brasileiro deixou de desempenhar apenas suas funções típicas, assumindo aquelas de administração pública dos interesses privados, a chamada jurisdição voluntária.

Dessa forma, passando a justiça a ser acionada pela sociedade com maior frequência, houve um grande aumento no acervo de demandas principalmente porque o crescimento não foi acompanhado pelos mecanismos para a solução de conflito de interesses. O número de juízes, servidores e varas judiciais não se mostrou suficiente para garantir o devido processo legal a todas as demandas que a estes chegavam. Tais fatos acarretaram uma grave crise no judiciário, que viu ameaçada sua função de dirimir conflitos diante da atual morosidade processual.

A Ministra ELIANA CALMON, (1994, p. 3) assim discorreu sobre a crise no Poder Judiciário:

O Poder Judiciário, no Brasil, não tem conseguido dar respostas rápidas e satisfatórias às demandas das partes, em razão de fatores diversos, dentre os quais se destaca o número excessivo de ações provocado pela administração dos poderes públicos e pela insuficiência ou ineficiência dos textos legislativos.

A referida crise, também chamada de “crise da justiça”, tem como fatores principais uma justiça complicada, cara e de difícil acesso, cuja lentidão tornou-se o maior inimigo do efetivo exercício da jurisdição.

Neste sentido, RUI BARBOSA (2001, p. 30) aduziu que *“justiça atrasada não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta. Porque a dilação ilegal nas mãos do julgador contraria o direito das partes, e, assim, as lesa no patrimônio, honra e liberdade”*.

A morosidade nos julgamentos das demandas pelo Poder Judiciário faz com que a sociedade perca a credibilidade na justiça. A fim de superar a referida crise, e visando maior celeridade processual, durante o século XX autoridades em diversos países do mundo passaram a buscar saídas para a morosidade processual. Neste contexto, A Convenção Europeia de Direitos do Homem e Liberdades Fundamentais, de 1950, em seu artigo 6º, inciso 1, determina que:

Toda pessoa tem direito a que a causa seja examinada equitativa e publicamente num prazo razoável, por um tribunal independente e imparcial instituído por lei, que decidirá sobre seus direitos e obrigações civis ou sobre o fundamento de qualquer acusação em matéria penal dirigida contra ela

Também nesse sentido dispõe o Pacto de San José da Costa Rica, em seu artigo 8º, inciso 1: *“Toda pessoa tem direito de ser ouvida com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável por um juiz ou tribunal competente,*

independente e imparcial, estabelecido por lei anterior”.

No Brasil, a emenda constitucional nº45/2004, inseriu no artigo 5º, inciso LXXVIII, da Constituição Federal, a celeridade processual como princípio norteador de nossa Lei Maior, determinando que: *“a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.* Assim, a razoável duração processual passou a ser considerada como um direito subjetivo fundamental garantido constitucionalmente.

5.1 A Atuação dos Notários e Registradores Como Meio de Superar a Crise do Judiciário

Há cada vez mais vozes na doutrina e jurisprudência clamando por uma reforma no Poder Judiciário, que seja capaz de garantir a celeridade necessária para que este poder possa de fato promover a justiça social. Neste sentido GRINOVER (1990, s/n), defende a adoção de “novas técnicas” capazes de reaproximar a sociedade da justiça, sendo estas divididas em uma “vertente jurisdicional” - que visa a menor complexidade processual, tornando o processo mais econômico, simples e rápido - e uma “vertente extra-processual”, relacionada a meios alternativos capazes de dirimir litígios.

Assim, a desjudicialização pode ser definida como alternativas extra-judiciais para a solução de conflitos, destinando ao Judiciário somente aqueles conflitos que não possam ser solucionados através da auto-composição, de modo a evitar o acesso a este de forma desnecessária. Nesta seara, as instituições de direito notarial e de registro se mostram importante neste processo, pois, uma vez demonstrado que o Judiciário não pode mais atender a todas as questões individuais e sociais que permeiam o acesso à justiça, podem os profissionais em estudo agirem de modo a dirimir conflitos que não possuem real necessidade de serem analisados pelo Poder Judiciário, garantindo às partes a mesma segurança das decisões judiciais, pois estes agentes são, igualmente, dotados de fé pública.

JOSE AUGUSTO MOUTEIRA GUEIRREIRO (2006, s/n), pondera sobre a atuação dos notários e registradores na desjudicialização das relações sociais:

Em primeiro lugar, tal como é tradicionalmente reconhecido ser próprio da função, numa fase gestacional do direito, em que é pretendida pelo Ordenamento Jurídico não apenas a definição normativa, mas igualmente uma eficaz instrumentalidade adjectiva para a formalização e publicitação das relações jurídicas assim como dos muitos actos que são praticados no vasto domínio do direito privado. E ainda, numa visão mais modernizada e actual, na prevenção da conflitualidade e na resolução extrajudicial de múltiplos problemas que quotidianamente se apresentam na vida dos cidadãos os quais, não assumem uma natureza conflitual de litígios, que só através do recurso aos tribunais tenham

possibilidade de ser dirimidos, mas que, pelo contrário, podem obter uma resolução extrajudicial com a intervenção capaz – e legalmente sancionada – de jurista idóneo e investido de pública fé e, além disso, com capacidade para apreciar e aplicar, nas situações concretas, o princípio da legalidade, como é, incontestavelmente, o caso do notário e do registrador.

Como se vê, os notários e registradores, que atualmente já possuem função de suma importância à sociedade por redigirem atos relevantes ao convívio social postergando-os para as gerações futuras, vem ganhando cada vez mais relevância social por sua atuação no processo de desjudicialização das relações sociais, uma vez que, sendo dotados de fé pública pela Constituição Federal, tem condão de solucionar litígios sem a necessidade de se acionar a Justiça Oficial de forma desnecessária e garantindo às partes a mesma segurança jurídica garantida por esta.

CONCLUSÃO

Desde os primórdios da civilização humana a figura dos notários e registradores se mostra como uma importante instituição do Estado capaz de propiciar, através da fé pública que estes profissionais possuem, segurança e confiança às relações sociais e econômicas, sendo um dos instrumentos fomentadores dos avanços de nossa sociedade e dos negócios jurídicos por ela realizados.

Por conta disso, atualmente, tais atividades encontram-se plenamente aptas a assumir atribuições antes reservadas à Justiça Oficial, tornando-se assim um elemento essencial a superação da crise no Poder Judiciário através da desjudicialização das relações sociais, pois sendo suas funções calcadas na publicidade, autenticidade, eficácia e segurança das relações sociais, possuem tais profissionais o condão de evitar a busca injustificada ao Judiciário, uma vez que podem solucionar litígios através da autocomposição, garantindo às partes a mesma segurança dada pelas decisões judiciais.

Por conta dos princípios que os norteiam, como a fé pública, a publicidade, a matricidade, a legalidade e a moralidade, e pela eficiência dos serviços prestados, os serviços de notas e registros tem ganhado um grau de confiabilidade cada vez maior. Tanto é assim que em pesquisa realizada pelo Datafolha em 2009, os cartórios extrajudiciais receberam a nota de 8,2 no quesito “confiança e credibilidade”, revelando-se como uma das instituições de maior credibilidade pela sociedade brasileira. Dessa forma, as atividades dos notários e registradores tem se mostrado como mecanismos plenos para a efetividade da justiça, com capacidade para evitar litígios e oferecer aos cidadãos soluções seguras e confiáveis.

Referências Bibliográficas

- ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes de. *Órgãos da fé pública*. 2. ed. São Paulo/Saraiva, 1963.
- ANTUNES, Luciana Rodrigues. *Introdução ao Direito Notarial e Registral*. Jus Navigandi, Teresina, ano 9, n.º 691, 27 maio 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6765>>.
- ARAÚJO, Luiz Alberto David; JUNIOR, Vidal Serrano Nunes. *Curso de Direito Constitucional*, 9ª edição, revista e atualizada, São Paulo/SP: editora Saraiva, 2005.
- BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*, reedição da Faculdade Ruy Barbosa e do Museu Casa de Rui Barbosa, Salvador/BA, outubro de 2001.
- BRANDELLI, Leonardo. *Teoria Geral do Direito Notarial*, 2ª edição, São Paulo/SP: editora Saraiva, 2007.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988.
- _____. *Lei nº 8.935 de 18/11/1994*. Disponível em < www.planalto.gov.br>
- CALMON, Eliana. *Crise do Poder Judiciário*, Correio Brasiliense de 18 de abril de 1994, Caderno Direito e Justiça, n.º 11310.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*, 13ª edição, São Paulo/SP: editora Malherios, 1997.
- CENEVIVA, Walter. *Lei dos Notários e Registradores Comentada (Lei n. 8.935/94)*, 4ª edição, ver. ampliada e atualizada, São Paulo/SP: editora Saraiva, 2002.
- COTRIN NETO, Alberto Bittencourt. *Perspectivas da função notarial no Brasil*. Porto Alegre: Colégio Notarial do Brasil – Seção do Rio Grande do Sul, 1973.
- DINIZ, Maria Helena. *Sistema de Registro de Imóveis*, São Paulo/SP: editora Saraiva, 1992.
- DIP, Ricardo Henry Marques, “*Querem matar as notas ?*”. Registros Públicos e Segurança Jurídica, Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1988
- DIP, Ricardo Henry Marques. *Introdução ao Direito Notarial e Registral*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2004.
- FILHO, Nicolau Balbino. *Direito Registral Imobiliário*, 1ª edição, São Paulo/SP: editora Saraiva, 2001.
- FERREIRA, Pinto. *Comentários à Constituição Brasileira*, São Paulo/SP: editora Saraiva, 1995.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A Crise do Poder Judiciário*. Texto preparado para a XIII Conferência Nacional da OAB. São Paulo, 1990.
- GUEIRREIRO, José Augusto Mouteira. *A Actividade Notarial e Registral na Perspectiva do Direito Português*, trabalho apresentado no XIII Congresso Internacional de Direito Comparado, realizado no Rio de Janeiro em Setembro de 2006. Publicado no site www.fd.uc.pt/cenor/textos/mouteiraguerreiro.pdf. Acessado em 20.12.2009.
- LIMA, Rogério Medeiros Garcia de. *Princípios da Administração Pública: reflexos nos serviços notariais e de registro*, Revista Autêntica, edição n.º 02, Belo Horizonte/MG: editora Lastro, 2003.

- MARTINS, Cláudio. *Teoria e prática dos atos notariais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1979.
- MIRANDA, Marcone Alves, A importância da atividade notarial e de registro no processo de desjudicialização das relações sociais. *Âmbito Jurídico*. Disponível em <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7134>.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 22ª edição, São Paulo/SP: editora Malheiros, 1997.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*, 9ª edição, São Paulo/SP: editora Malheiros, 1997.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*, 15ª edição, São Paulo/SP: editora Atlas, 2004.
- PARIZATTO, João Roberto. *Serviços Notariais e de Registro*. Brasília. Brasília: Brasília Jurídica, 1995
- PONDÉ, Eduardo Bautista. *Origen e historia del notariado*. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1967.
- SILVA, João Teodoro da. *Serventias Judiciais e Extrajudiciais*, Belo Horizonte/MG: editora Serjus, 1999.
- SILVA, Marcos Claro da. *Os Atos Praticados Por Tabeliães Como Alternativa Para A Realização De Direitos*. Presidente Prudente, 2011.
- SCHWAZER, Marcia Rosalia - *Curso de Direito Notarial e Registral: da origem à responsabilidade civil, penal e trabalhista* - Porto Alegre: Nuria Fabris, 2008.

RESPONSABILIDADE DO ESTADO: PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

Jean Carlos Saraiva Lima Bassoli¹⁴⁰

Tania Leticia W. Anez¹⁴¹

Resumo

A Administração Pública, exercendo a função administrativa, manifesta sua vontade através de atos administrativos. Por representar os interesses da coletividade, sua conduta deve estar estritamente vinculada aos preceitos legais, em homenagem aos princípios da legalidade e da indisponibilidade do interesse público, sob pena de termos, em caso de não observância de tais princípios, um vício que macula o ato administrativo, tornando-o ilegítimo, pois se encontra em contradição com o próprio ordenamento. A convalidação consiste justamente na correção desse ato administrativo eivado de vício, retirando da Administração Pública a mancha de ter praticado uma conduta contrária ao Direito. Toda vez que é convalidado um ato administrativo é possível dizer que restou aplicado o princípio da eficiência, pois a um só tempo foi corrigida uma ilegalidade e reaproveitado um ato.

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva a reflexão sobre a aplicação do Princípio da eficiência e as causas que levam à convalidação do ato administrativo. Pretende-se abordar em um primeiro momento, elementos estruturais do que se entende por Administração Pública, ou seja, sua conceituação, finalidade e estruturação. A seguir, os princípios que envolvem a matéria, de modo especial em relação àqueles expressamente previstos no artigo 37 da Constituição Federal, com atenção especial ao princípio da eficiência.

No tópico referente à convalidação propriamente dita, será feita uma ligação mais específica dos pontos vistos nos itens anteriores dando coerência e unidade ao assunto. Por fim, a conclusão, onde haverá um posicionamento a respeito do tema, em conformidade com aquilo que foi exposto pelos doutrinadores, suas posições, compatibilizando cada um dos fundamentos existentes em lei para justificar o posicionamento adotado.

O Poder Público tem um compromisso com a eficiência administrativa, os regramentos vigentes estabelecem medidas efetivas para possibilitar que no exercício das atividades estatais será executado tendo em vista a supremacia do interesse público. O sistema jurídico deve estar está em sintonia com a prática, de forma que quando se cuida da convalidação do ato administrativo o corpo legal está preocupado com a aplicação prática dos comandos normativos de forma a garantir a máxima eficiência dos institutos e da atuação do

¹⁴⁰ Graduação em Direito pelo Centro Universitário Eurípides de Marília – UNIVEM. Advogado. Contato: jeanbassoli@hotmail.com

¹⁴¹ Mestranda pela Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP, área de Concentração: Estado e Responsabilidade – Questões Críticas. Especialista em Direito Público pela Universidade Católica Dom Bosco - UCDB. Graduada em Direito pela Universidade Eurípides de Marília – UNIVEM. Advogada. contato: thania001@hotmail.com.

administrador público.

1. A LÓGICA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

De acordo com o princípio da tripartição dos poderes, há uma divisão das funções quem devem ser desenvolvidas pelo poder público, visando, conseqüentemente, atender melhor aos interesses da coletividade, assim como, e principalmente, impedir que haja um abuso se prestadas por um único órgão apenas.

É o que o Celso Antônio Bandeira de Mello chama controle do poder pelo poder ao parafrasear a ideia de Montesquieu: *Todo aquele que tem poder, tende a abusar dele. Para evitar que os governos se transformem em tiranias, cumpre que o poder detenha o poder, porque o poder vai até onde encontra limites.* (MELLO, 2007, p. 12).

A esse respeito José Afonso da Silva (2006) menciona que a divisão de poderes, fundamenta-se, basicamente em dois elementos: a especialização funcional, significando que cada órgão é especializado no exercício de uma função; e a independência orgânica, significando que, além da especialização funcional, é necessário que cada órgão seja efetivamente independente dos outros, o que postula ausência de meios de subordinação.

De acordo com tal sistema, a função executiva é aquela que tem por fim a criação de metas e planos visando atingir, como melhor lhe entender, os interesses da coletividade. Consiste, portando, no próprio Governo, a quem compete à direção política do Estado.

Como já dizia Rousseau (2012, p. 40) ao propor a necessidade do Contrato Social ao homem moderno buscava: *Encontrar uma forma de associação, que defenda e proteja com toda a força comum a pessoa e os bens de cada associado e pela qual se uniria a todos, obedecendo, entretanto só a si mesmo e permanecendo tão livre quanto antes.*

O Poder Público, no exercício dessa competência, necessita materializá-la, ou seja, por em execução tais planos e metas traçadas para realizar, concretamente, os interesses e necessidades da sociedade. Essa é a razão da existência da Administração Pública, ou seja, a estrutura destinada a colocar em prática e executar os atos de governo, estabelecidos conforme o estabelecimento de políticas públicas pelos exercentes do Poder.

Dois princípios são de fundamental relevância no desempenho dessa função, considerados verdadeiros pressupostos, sem os quais a noção de Administração Pública não pode existir. São princípios não expressamente previstos, mas de total aceitação doutrinária e de efetiva aplicabilidade, são eles: o princípio da supremacia do interesse público e o princípio da indisponibilidade. De acordo com a famosa explanação de Bandeira de Mello (2002) sobre o tema, consistem nas “pedras de toque” do regime jurídico-administrativo.

O primeiro deles implica no fato da Administração impor sua vontade, ainda que contrariamente à vontade dos administrados, porém, atuando de forma legítima, como meio de tornar eficaz sua nobre e árdua função de gerir a

coisa pública no interesse da coletividade. Já em relação ao princípio da indisponibilidade, trata-se de uma decorrência lógica do primeiro, pois, se cabe a Administração gerir a coisa pública, necessariamente não poderá dispor de algo que não lhe pertence.

Para o desempenho dessa função complexa, pode a Administração executá-la diretamente por seus próprios órgãos (centralização do poder) ou se preferir, através de outras pessoas jurídicas, para que, em nome próprio, passem a exercer tais funções (descentralização). Esta pode ocorrer diretamente por meio de lei (outorga) ou através de um ato ou um contrato administrativo (delegação).

Quando opta por realizar a descentralização administrativa, temos a chamada Administração Pública Indireta, entidades vinculadas à Administração Pública, criadas por lei e com personalidade jurídica de direito público (autarquias), ou autorizadas por lei e dotadas com personalidade jurídica de direito privado (fundação, sociedade de economia mista).

A respeito do chamado regime jurídico de direito público (MELLO, 2012, p. 55):

O regime de direito público resulta da caracterização normativa de determinados interesses como pertinentes à sociedade e não aos particulares considerados em sua individuada singularidade.

Juridicamente esta caracterização consiste, no Direito Administrativo, segundo o nosso modo de ver, na atribuição de uma disciplina normativa peculiar que, fundamentalmente, se delinea em função da consagração de dois princípios:

- a) Supremacia do interesse público sobre o privado e
- b) Indisponibilidade, pela Administração, dos interesses públicos.

Tratando-se de regime de direito público, o processo de escolha das políticas deve ser por ele norteado. Neste sentido (LIBERATI, 2013, p.91):

A efetivação do processo de escolha das políticas públicas tem seu fundamento, primeiro, na lei. O legislador será o artífice da fixação das políticas públicas necessárias à comunidade e definirá os critérios de preferência na escolha dos serviços e atividades mais urgentes da população.

[...]

A adoção de determinadas políticas públicas é uma questão de valores e de recursos disponíveis; é dizer, como se desenvolvem umas ou outras políticas dependerá do juízo de valor coletivo acerca do que se considere que é mais ou menos desejável socialmente e, por conseguinte,

dos critérios empregados no momento de se estabelecerem as prioridades dos recursos disponíveis.

Ocorre que também há determinadas pessoas jurídicas de direito privado as quais realizam certas e específicas atividades de interesse público, são as denominadas entidades paraestatais, ou seja, pessoas jurídicas de direito privado que auxiliam a Administração Pública prestando serviços públicos, porém sem que façam parte da própria estrutura da Administração e sem finalidade lucrativa. São elas: serviços sociais autônomos, organizações sociais, organizações da sociedade civil de interesse público e, por fim, as entidades de apoio.

Em todas essas hipóteses, seja por meio de pessoas jurídicas tipicamente de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado executando atos administrativos e auxiliando a administração das suas inúmeras tarefas, o regime aplicável é o de direito público. E nesse aspecto, é de fundamental importância que além da observância da lei, os princípios regentes da administração públicas e traçados pelo legislador constitucional sejam observados.

2. PRINCÍPIOS APLICÁVEIS À ADMINISTRAÇÃO

Princípios são preceitos destinados a conferir a essência do próprio direito. Possuem a peculiaridade de fazer girar em torno dele todas as ideias de um ordenamento jurídico, visando atribuir-lhe unidade, congruência e coesão, conferindo a própria alma do ordenamento. A diferença das regras, aos princípios não se aplica a lógica do tudo ou nada, devendo ser ponderados em cada caso em concreto (AVILA, 2013, p. 36).

As vezes não estão dispostos expressamente, porém, pelo fato de dar a consistência a todo o ordenamento, podem ser extraídos dos preceitos normativos já estabelecidos. Daí percebe-se serem não apenas meios interpretativos das demais normas legais, mas, sobretudo, fonte do Direito, fato este, segundo Rui Portanova (2005, p. 14), comum na maioria dos países que adotam sistemas jurídicos de origem romanística.

No caso, um sistema de regras e princípios rege o ordenamento jurídico, que dever coexistir de forma harmoniosa conforme menciona Ávila (2011, p. 203):

As regras são normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta a ser cumprida. Os princípios são normas imediatamente finalísticas, já que estabelecem um estado de coisas cuja promoção gradual depende dos efeitos decorrentes da adoção de comportamentos a ela necessários. Os princípios são normas cuja qualidade frontal é,

justamente, a determinação da realização de um fim juridicamente relevante, ao passo que característica dianteira das regras é a previsão do comportamento.

Caracterizam-se os princípios não apenas como fundamentos balizadores do ordenamento, mas também essencialmente um caráter integrativo, atingindo-se, dessa forma, a integralidade do próprio ordenamento jurídico, que passa a confortar toda e qualquer relação jurídica submetida ao Poder Judiciário, para que sejam assim, devidamente, tuteladas pelo Direito, configurando a completude do sistema jurídico, não podendo, portanto, escusar-se da prestação jurisdicional, alegando uma possível lacuna na lei.

Temos na Constituição Federal, um rol de princípios expressamente destinado à Administração Pública. Dispõe o Artigo 37 da CF/88 quais são os principais princípios jurídicos que incidem sobre a Administração Pública, são eles: princípios da legalidade, da moralidade, da impessoalidade, da publicidade e da eficiência.

Não são os únicos, assim, também em leis infraconstitucionais esparsas há outros tantos princípios que são estabelecidos com o mesmo propósito de tutelar a atuação do Poder Público no desempenho da atividade administrativa, como é o caso da Lei 8.666/93, que trata das licitações e contratos da administração, assim como a Lei 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, contendo, por sua vez, no art. 2º, um rol mais amplo que aquele previsto na Constituição Federal, formando um importante conjunto de normas destinadas a tutelar a atuação administrativa do Poder Público.

O princípio da legalidade está relacionado diretamente ao conceito de Estado de Direito, cujo fundamento é vincular o Estado às próprias leis por ele instituídas no exercício de sua soberania. Assim, ao mesmo tempo em que cria as regras a reger todas as relações jurídicas em seu âmbito interno, tutelando as relações entre os cidadãos, também ela a elas se submete o próprio Poder Público, criador das mesmas, traduzindo-se em importante garantia dos cidadãos perante o próprio Estado (CF, art. 5º, II).

No que toca a Administração Pública, somente lhe é permitido agir de acordo com aquilo que a lei lhe permitir ou autorizar, uma vez que sua atuação se faz em razão de representar os interesses da própria coletividade, gerindo, portanto, a coisa pública.

A atuação em desconformidade com as regras de direito, acarretam ao ato jurídico a pecha inválido, fato este que acarreta a necessidade de sua correção, justamente em razão do princípio da legalidade e em decorrência da necessidade de eficiência.

Não pode coexistir no ordenamento jurídico um ato que esteja em desconformidade com o Direito, muito menos se tal ato seja atribuível a uma atuação da própria Administração Pública, pois, como acabamos de ver, somente lhe é aceita a atuação conforme o estabelecido em lei.

A convalidação do ato recai exatamente sobre atos considerados inválidos, daí o ponto de conexão entre os institutos. Sendo a convalidação do

ato uma necessidade decorrente da observância dos princípios da legalidade e da eficiência.

Por sua vez, o princípio da moralidade representa em si um padrão de conduta, de comportamentos e atitudes dotados de retidão, coerência, gratidão, que toca de maneira mais incisiva à Administração Pública, tendo em vista sua função de gerir a coisa pública, exige-se uma necessidade de pautar-se de uma maneira ainda mais vinculante se considerada em relação aos entes da coletividade considerados individualmente. Vemos, portanto, um forte traço da ética influenciando a moralidade. De acordo com Dirley da Cunha Jr. (2006, p. 41), temos que:

Cumpre esclarecer que a moralidade não se confunde com a legalidade administrativa. A norma ou atividade pode estar perfeita do ponto de vista legal, mas moralmente deficiente, caso não represente atitude ética e de boa fé, não sendo útil a adoção desta norma ou atividade [...] A moralidade consiste, pois, na honestidade, na ética, na boa-fé e na probidade administrativa que devem governar os agentes públicos no trato e na gestão dos negócios coletivos.

Ainda, temos uma lei que prevê expressamente aos cidadãos um controle da conduta da Administração, especificamente com base em tal princípio. Trata-se da Lei de Ação Popular, Lei 4.717/65, que por força do art. 5º, LXXIII da CF, permite-se instar o Poder Público a se manifestar diante de um ato praticado com afronta à moralidade, conferindo à Constituição um caráter fortemente democrático.

Em um sistema representativo como o nosso, as pessoas ocupam os cargos públicos devendo, sempre, atender aos interesses da coletividade. Assim, passam a gerir e administrar a coisa pública visando beneficiar a todos da mesma forma, ou não prejudicar a ninguém de forma indistinta, especificamente visando buscar o melhor interesse da coletividade.

Assim, pelo princípio da impessoalidade a atuação do agente público deve afastar-se da ideia de subjetividade. Trata-se de imposição de haver distinção de qualquer espécie para com os administrados, ou seja, a atuação da Administração não deve buscar interesses próprios do administrador em detrimento dos demais. Há no próprio caput do art. 5º, CF, menção expressa ao tratamento equânime de todos perante a lei, deve, portanto, a atuação administrativa ser realizada tendo em vista, tão somente, o interesse da coletividade, pautando-se exclusivamente com base naquilo que a lei lhe confere (CUNHA JUNIOR, 2010, p. 40).

Toda e qualquer atividade praticada pela Administração Pública deve ser atribuída não à pessoa que executa uma atividade administrativa, mas sim ao Poder Público, que se faz representar na pessoa ocupante do cargo político. Visa, dessa forma, evitar que haja o mau uso da máquina administrativa e, conseqüentemente, um irregular beneficiamento daquele que foi investido na

função pública para geri-la. Pretende-se evitar uma indevida promoção pessoal mediante uso verbas públicas. Veja o que dispõe o art. 37, § 1º da CF:

“A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos.”

Nessa função de governar em um determinado território em nome de toda uma coletividade, qualquer medida adotada não poderá ser atribuída a si próprio, pois apenas ocupa, temporariamente, um cargo público personificando o próprio ente que represente, não podendo quando investido no cargo beneficiar-se, promovendo-se pessoalmente através dos mesmos.

Além de se exigir do administrador uma atuação límpida, pautada pela moralidade, conforme visto acima, exige-se também dos administradores públicos a devida publicidade de seus atos, permitindo-se aos cidadãos que, assim, possam dispor de meios para o conhecimento daquilo que está sendo feito para se implementar a política pública através do uso de verbas públicas. A administração tem o dever de manter plena transparência de todos os seus comportamentos perante os administrados, inclusive o de oferecer informações armazenadas em seus bancos de dados.

Veda-se, portanto, nos dias de hoje, a prática de atos sigilosos, salvo casos expressamente admitidos pelo ordenamento, sobretudo, com base no princípio da proporcionalidade, que mais adiante será tratado. Veja o que dispõe o art. 5º, inciso XXXIII, CF:

“Todos têm direito a receber dos órgãos públicos informações de seu interesse particular, ou de interesse coletivo ou geral, que serão prestadas no prazo da lei, sob pena de responsabilidade, ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado”.

Trata-se de importante princípio que disponibiliza aos administrados meios para fiscalizar a atuação da Administração Pública no desempenho da atividade administrativa, atribuindo-lhes importante instrumento ao exercício da cidadania, trazendo novos traços da democracia para a CF/88. Além da Ação Popular, outros meios são previstos pela Constituição para que possam os cidadãos exercer essa função fiscalizatória, como é o caso do mandado de segurança, direito de petição, habeas data, dentre outros.

Ainda, tem-se o princípio da eficiência que foi incluído no texto constitucional por meio da Emenda Constitucional n. 19/98, conhecida como reforma administrativa, que trouxe grandes mudanças no âmbito da administração pública. Objetiva obter do Estado uma série de condutas tendo o

intuito de melhor atingir os interesses públicos, e, para isso, temos que ter em mente a eficiência.

Não há como imaginar uma conduta pautada pelo atendimento do melhor interesse público sem que seja algo eficiente, visando-se obter, sempre, os melhores resultados, através no menor dispêndio possível de recursos. Esse modelo de administração pública privilegia a aferição de resultados, tendo como meta a qualidade do serviço, tendo em vista a relação custo/benefício, visando-se sempre atender, da melhor maneira possível, os anseios e interesses da coletividade.

Princípio da razoabilidade ou proporcionalidade embora não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, é de fundamental importância não apenas para o direito administrativo, mas para todos os outros segmentos do direito.

Os princípios possuem uma descrição abstrata dos preceitos que integram seu entendimento, daí que, ao contrário das regras, em que trazem conceitos determinados, aplicáveis ao caso específico, aqueles possuem uma possibilidade de serem aplicáveis de uma maneira mais elástica, pois, diante do caso concreto, havendo a possível aplicação de dois ou mais princípios, decorrência lógica da sua conceituação mais abstrata, deve-se privilegiar aquele que melhor conforte os interesses envolvidos (AVILA, 2011, p. 36).

O fato é que, diante de uma determinada situação que enseja a colisão de múltiplos princípios, deverá ser utilizado aquele que configure a melhor solução para o caso, tendo em vista aquele determinado momento, não acarretando a exclusão dos demais, como ocorre em relação as regra jurídica, que anula por completo uma outra com ela incompatível, acarretando sua retirada do âmbito jurídico. Não podem coexistir duas regras que se confrontam diretamente.

Em relação ao princípio da razoabilidade, deve ser entendido que, não basta uma atuação legítima por parte do administrador, mas também razoável, ou seja, daquilo que se pretende obter e relacionado com a forma com que será feito, deve-se concluir que se esteja atendendo efetivamente o interesse da coletividade. Trata-se, portanto de uma forma de se verificar a compatibilidade entre o interesse visado e o meio a realizar tal interesse por meio da atuação da Administração Pública.

Intimamente ligado ao princípio da razoabilidade, temos o princípio da proporcionalidade que consiste em exigir uma restrição quanto à tutela dos direitos dos cidadãos somente até o ponto necessário a atingir o fim buscado pelo Poder Público, sob pena configurar manifesto desvio de poder. Vemos, portanto, que também se faz uma equiparação entre os meios e os fins, mas agora, não mais quanto à razoabilidade, mas sim quanto a incidência que irá repercutir na esfera jurídica do interesse público.

Pelo princípio da autotutela, permite-se a Administração Pública a possibilidade de corrigir seus próprios atos, sem que precise agir por intermédio de qualquer outro órgão. Pode ocorrer uma análise não somente estritamente quanto a sua compatibilidade à lei em si, mas, sobretudo, quanto ao próprio mérito do ato, que, em sucintas palavras, trata-se do poder de

escolha do administrador público a respeito da conveniência e oportunidade de se praticar o ato, quando assim a lei lhe permitir.

Percebe-se a importância deste princípio em relação à convalidação do ato administrativo, uma vez que, ao se referir ao mérito do ato administrativo, estamos adentrando em uma área do Direito Administrativo que compete à própria Administração Pública tratar. Não haverá uma intromissão do poder público em relação ao mérito administrativo, como regra. Disso não se pode concluir que haverá uma abstenção do poder judiciário por completo, uma vez que temos a previsão constitucional do princípio da inafastabilidade do poder judiciário e com base no princípio da legalidade ampla, permite-se a análise do ato administrativo com base em tal fundamento.

Há duas Súmulas tratando especificamente sobre a autotutela, ambas do STF, regulando o assunto, uma complementando a outra, a Súmula n. 346 do STF diz: *A administração pública pode declarar a nulidade dos seus próprios atos*. Já a Súmula n. 473 diz: *A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial*.

Assim, deve ser entendido que, as decisões da Administração Pública podem ser revistas pelo Poder Judiciário. Porém, no que diz respeito ao mérito administrativo, apenas de forma indireta, ou seja, relacionando-o com os demais princípios constitucionais para se aferir a legitimidade de tal escolha feita pelo administrador nas hipóteses em que o próprio ordenamento lhe permite assim atuar.

3. A CONVALIDAÇÃO DO ATO ADMINISTRATIVO

É preciso mencionar o fato de que o Poder Público pode, no exercício da função gestora da coisa pública, criar dois tipos de atos quando manifesta uma vontade, ou seja, pode dar origem tanto aos chamados atos da Administração, como também aos atos administrativos propriamente dito.

Atos da administração são aqueles criados para expedir uma vontade relacionada aos assuntos inerentes à esfera política, ou seja, relacionados aos planos de governo e suas metas. Já os *atos administrativos*, são aqueles criados pela Administração Pública, no desempenho da atividade administrativa, ou seja, materializando decisões políticas do poder público, no intuito de atingir uma finalidade pública. Atente-se, conforme pertinente lição de Odete Medauar (2005), ao fato de que apenas são atos administrativos aqueles relacionados ao exercício da atividade administrativa, eis que, não apenas os atos decorrentes da atuação do Poder Executivo são assim classificados, mas também se provenientes dos Poderes Legislativo e Judiciário, quando, atipicamente, estiverem no exercício de uma função, também, de natureza administrativa.

São reconhecidos como elementos do ato administrativo a competência (consiste em atribuir legitimidade aquele que pratica o ato, assim, nenhum ato administrativo poderá ser praticado sem que o agente disponha de poder legal para realizá-lo), a finalidade (seria o propósito para o qual o ato foi criado, deve

sempre ser um interesse público), a forma (representa a moldura pela qual é externalizado), o motivo (é a circunstância de fato ou de direito que autoriza ou impõe ao agente público a prática do ato administrativo, não devendo ser confundido com motivação, que consiste na justificação do motivo e nem sempre é de existência obrigatória) e objeto (é o chamado conteúdo do ato).

Além dos elementos mencionados, importante registrar os atributos do ato administrativo que existem justamente para que a administração possa bem desempenhar sua função, sendo eles a presunção de legitimidade (transfere o ônus da prova da invalidade do ato para quem a invoca), a autoexecutoriedade (os atos administrativos produzem efeitos independentemente de autorização do poder judiciário), a imperatividade (impõem obrigações aos administrados).

Por sua vez, tem-se ato administrativo viciado quando não encontra consonância com as normas jurídicas que lhe dão fundamento. A validade do ato requer, portanto, consonância com aquilo que a lei lhe impõe. Assim, mais uma vez, vemos a relevância do princípio da legalidade balizando a atuação da Administração Pública no desempenho da atividade administrativa. De acordo com Edmir Netto de Araújo (2010) o ato viciado é o ato defeituoso ou imperfeito que não contém ou não percorreu todos os estágios de existência e validade preceituados pelo ordenamento.

A depender do grau de agressão que o ato gera ao ordenamento, podemos ter três espécies diversas: ato inexistente, ato nulo e atos anuláveis. Somente os atos anuláveis admitem convalidação por apresentar vícios sanáveis.

Um ato administrativo torna-se viciado quando não esteja em conformidade com a lei, causando-lhe uma repercussão negativa dentro do mundo jurídico, pois além de afrontar o próprio sistema jurídico, acusa também uma atuação da Administração Pública desconexa com o princípio da legalidade, um de seus princípios fundamentais.

A convalidação é um ato administrativo praticado pela Administração pública visando corrigir ilegalidades existentes em outro ato administrativo anterior. Somente pode incidir sobre atos administrativos cujos vícios sejam classificados por sanáveis, vício que causa ao ordenamento jurídico ofensa cuja dimensão não estremece os pilares em que se apoiam as bases legais.

Sua finalidade, portanto, consiste em fazer com que os efeitos produzidos, desde a expedição do ato administrativo (princípio da legitimidade) persistam, mesmo após a convalidação do ato que lhe tenha dado origem, e que maculava sua permanência da forma como havia sido criado. Daí a convalidação possuir efeito de natureza *ex tunc*, retroagindo até o momento em que o ato jurídico viciado ingressa no ordenamento jurídico, permitindo-se a manutenção dos efeitos jurídicos pelo ato viciado, que até então, estava em desconformidade com o previsto em lei. Assim, diferentemente da revogação do ato administrativo, incide sobre um ato ilegítimo, viciado, ilegal. Da mesma forma, difere também da anulação do ato, uma vez que esta retira por completo a existência do ato jurídico, retroagindo até o momento de sua origem, aniquilando todo e qualquer efeito produzido pelo ato inquinado de ilegalidade.

A convalidação consiste na emissão de um novo ato administrativo editado com a finalidade de correção de um vício em ato administrativo anterior e que a Administração tenha interesse em que permaneça no mundo jurídico, produzindo os efeitos jurídicos, mas, agora, em consonância com as regras legais.

Existe um grande divisor de águas dentro da doutrina a respeito da matéria, uma vez que, a denominada corrente clássica, não admite a existência no âmbito do direito público de atos considerados anuláveis Hely Lopes Meirelles (2002), ramo este em que o Direito Administrativo encontra-se alocado. E o fundamento é simples, sua vinculação aos princípios da legalidade e indisponibilidade do interesse público, que, como visto, exige atuar somente em conformidade com a lei e com base naquilo que ela assim dispõe. Não pode permanecer um ato que esteja em descompasso com as regras legais. Há, contudo, uma corrente moderna, segundo a qual é perfeitamente aceitável a tese de que também no âmbito do Direito Público podem tais vícios se fazer presentes Celso Antônio Bandeira de Mello (2012). Um dos motivos que fundamenta a tese consiste justamente na lei que atribui à Administração de maneira expressa o instrumento da convalidação - Lei 9.784/99, que trata do processo administrativo no âmbito federal e que expressamente diz:

Art. 55. Em decisão na qual se evidencie não acarretarem lesão ao interesse público nem prejuízo a terceiros, os atos que apresentarem defeitos sanáveis poderão ser convalidados pela própria Administração.

Assim, tanto em decorrência da previsão expressa na lei quando atendidos seus requisitos legais, como em decorrência da aplicação do princípio da eficiência, admite-se a convalidação de ato administrativo pela Administração Pública.

Trata-se mais de uma obrigatoriedade do administrador público do que uma faculdade tendo em vista que com a convalidação a um restabelecimento da legalidade do ato administrativo maculado com algum vício. Ainda, a convalidação esta em sintonia com a ideia de aproveitamento dos atos jurídicos e revela uma das facetas do princípio da da eficiência.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2010) a convalidação do ato administrativo se fundamenta nos princípios da conservação dos valores jurídicos, que servem para dar sentido aos parâmetros legais adotados em um determinado ordenamento e, assim, não pode uma lei infraconstitucional desrespeitá-los, como o fez a lei em comento, ao atribuir o instrumento da convalidação como uma mera faculdade, pois há um princípio maior que se sobrepõe essa ideia de facultatividade, qual seja, a segurança jurídica das relações sociais, que se torna privilegiada quando se opta por convalidar, cuja finalidade é manter os efeitos jurídicos do ato, estabilizando, assim seus efeitos e ainda, atuando em prol da restauração da legalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se que a convalidação do ato administrativo é instrumento da Administração Pública de fundamental importância, pois além de afastar os vícios que comprometem a validade do ato administrativo praticado, possibilita o aproveitamento do ato e dando maior eficiência à atuação do Poder Público.

Além de apagar do mundo dos fatos uma conduta praticada pela Administração em desrespeito às disposições legais, fato este que implica em manifesta ofensa ao princípio da legalidade. A convalidação produz efeitos permanentes no mundo jurídico.

É por meio da convalidação que a normalidade é restabelecida, afastando-se, conseqüentemente, uma intolerável coexistência entre ilegalidades e a sua íntima convivência no seio da Administração Pública, pois o ato administrativo viciado é devidamente reinserido dentro daquilo que o ordenamento lhe impõe.

Negar existência às nulidades relativas ao âmbito da Administração Pública alegando a não aplicação dos mesmos preceitos do Direito Privado ao Direito Público é virar as costas ao novo entendimento que paira a respeito das relações jurídicas, que modernamente vem se tornando cada vez mais imiscuídas umas nas outras, confundindo-se seus limites, não se podendo mais definir o que realmente é de Direito Público e o que é de Direito Privado. A clássica divisão entre direito público e privado resta relativizada pela nova hermenêutica jurídica, e a fronteira entre um e outro nem sempre se pode estabelecer com segurança.

Ainda, é não reconhecer que ao Direito é impossível a previsão expressa de toda e qualquer forma de ilegalidade e suas conseqüências mundo dos fatos jurídico. Por fim, é ser contrário à própria finalidade da Administração Pública, que deve atuar sempre visando atingir o melhor interesse público diante de um caso concreto

Não apenas por estar expressamente prevista em lei, mas também em razão da atuação de suas prerrogativas de autotutela, aproximando-se do princípio da legalidade, retirando um vício atribuído àquela que deve atuar sempre conforme os ditames legais, mas também em razão de outros dois princípios de suma importância ao ordenamento jurídico, conferindo, assim, ainda mais força para que o entendimento seja o da aplicação da convalidação.

O primeiro deles pelo princípio da segurança jurídica, cuja principal característica consiste, justamente, em atribuir estabilidade as relações jurídicas, Reinaldo Couto (2011), assim como em homenagem ao princípio da boa fé objetiva, benefício aqueles que em nada concorreram para a prática ilegítima do ato, e que, indevidamente, suportariam um ônus por tal conduta da Administração, quando lhe são retirados os efeitos do ato administrativo, caso não convalidados, em face de uma obrigatoria retirada do ordenamento justificado em razão do vício.

Sempre que há uma manifestação de vontade da administração, há por traz dele um interesse da coletividade voltada para satisfação de seus anseios e necessidades. Negar à Administração o direito à correção de um ato

administrativo é negar à coletividade a fruição de seus próprios direitos.

Deve-se ressaltar que o único dever que a Administração tem quanto ao restabelecimento da legalidade ocorre quando diante de um ato absolutamente nulo, ou seja, aquele ato totalmente contrário ao ordenamento jurídico, aqueles cuja nulidade é tamanha que não admite convalidação, exigindo-se o devido e inevitável expurgo do mundo jurídico e de maneira obrigatória à Administração, justamente em razão do impacto gerado negativamente a todo o sistema jurídico.

Por fim, agora com fundamento não jurídico, mas social, vivemos em um momento de crise de identidade representativa, em que os interesses buscados na atuação política nem sempre são voltados realmente aos interesses da coletividade em detrimento de interesses particulares, temos que privilegiar, sempre, a conduta da Administração Pública em detrimento de um formalismo indesejável à moderna concepção de administração e gerenciamento, cada vez menos tolerante com a burocracia comum vista nos serviços públicos. Assim, um vício de fácil correção, que busque a satisfação de um interesses público, deve ser não somente salvo, mas sobretudo, festejado, perseguindo-se ao máximo sua concretização.

Referências

- ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. *Direito administrativo descomplicado*, 14 ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2007.
- ARAÚJO, Edmir Netto de Araújo. *Curso de Direito Administrativo*. 5 ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 12 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 21 ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2009.
- COUTO, Reinaldo. *Direito Administrativo: segundo a jurisprudência do STJ e STF*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- CRETELLA JÚNIOR, J. *Curso de direito administrativo*. 15 ed. Rio de Janeiro, Forense. 1997.
- CUNHA JR., Dirley. *Direito Administrativo*. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2010.
- GASPARINI, Diogenes. *Direito administrativo – 2ª Ed. rev. e aum. – São Paulo: Saraiva, 1992.*
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*. 7 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Forum, 2011.
- LIBERATI, Wilson Donizeti. *Políticas Públicas no Estado Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2013.
- MARINELA, Fenanda Santos de Souza. *Direito Administrativo*. 2ª edição. Salvador: Juspodivum, 2006
- MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 9 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 27 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Discricionariedade e controle judicial*. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

PORTANOVA, Rui. *Princípios do Processo Civil*. 6 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de direito*. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

ROUSSEAU, Jean Jacques. *Do Contrato Social – Princípios do Direito Político*. 3 ed. São Paulo: Editora RT, 2012.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública*. 2 ed. São Paulo: Verbatim, 2013.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

RESPONSABILIDADE DOS SERVIDORES PÚBLICOS

Lucas Alessandro Silva¹⁴²
Suellen Gonçalves de Oliveira¹⁴³

Resumo

O instituto da responsabilidade no ordenamento jurídico é tema de grande notoriedade após o advento da Constituição Federal de 1988, tendo em vista seu posicionamento fundacional de Estado Democrático de Direito e Social que possibilitou maior solidificação da condição dos indivíduos enquanto sujeitos de direitos. De tal modo, o papel jurídico e social dos indivíduos passou a ser tutelado pelo ordenamento de modo que seus atos e omissões o vinculem a responsabilidades, promovendo maior segurança jurídica. Contudo, existem diferentes tipos de responsabilidades, que se aplicam a situações diversas previstas em lei, como exemplo, a responsabilidade civil, criminal e administrativa, que podem ser aplicadas singularmente, ou cumulativamente em alguns casos. No entanto, além dos diferentes tipos de responsabilidade, se faz imprescindível destacar que estas não se aplicam equitativamente a todos, isso por que, o sistema de promoção de segurança jurídica se atém às diversas transgressões e sanções necessárias, de modo que sempre haja equilíbrio entre os danos e as reparações e, tendo em vista tal fato, deve-se observar que alguns sujeitos de direito estão em condição diferenciada, como é o caso do servidor público. O servidor público ao exercer suas funções perante o erário pode ocasionalmente vir a infringir leis, atos que acarretam num prejuízo, a terceiro, ao erário, ou aos dois conjuntamente. Pensando nisso, a legislação brasileira regulou tais infrações de modo a proporcionar a devida responsabilidade jurídica, bem como, a reparação do dano causado pelo servidor público, para assim atingir a segurança jurídica, princípio esse, norteador da atual Constituição Federal Brasileira.

INTRODUÇÃO

Os servidores públicos, no desempenho de suas funções, podem vir a cometer infrações sendo responsabilizados perante a Administração Pública. Isto porque, a Lei nº 8.112/90 em seu artigo 116 enumera um conjunto de deveres do servidor, onde a transgressão desses dá margem à responsabilidade jurídica em três esferas: administrativas; civil, e; criminal. Por essas, deverão ser responsabilizados no âmbito interno, administrativamente e, no âmbito externo, juridicamente.

O Código Penal brasileiro, por ser anterior à Constituição Federal de 1988, menciona ser funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerça cargo, emprego ou função pública. No entanto, a denominação utilizada atualmente é a de servidor público.

¹⁴² Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Londrina /PR. Graduado em Ciências Sociais pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-Graduando em Filosofia Política e Jurídica pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: lucas_ales@hotmail.com.

¹⁴³ Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná – Campus Londrina/PR. Pós-Graduando em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Estadual de Londrina. E-mail: suka_go@hotmail.com.

A responsabilidade se origina de uma conduta ilícita ou da ocorrência de determinada situação fática prevista em lei. Desse modo, cada responsabilidade é, em princípio, independente da outra. Portando, poderá haver por exemplo, responsabilização na esfera administrativa e não na criminal.

Sucedem que, em algumas ocasiões o fato que gera certo tipo de responsabilidade é simultaneamente gerador de outro, respondendo assim, concomitantemente, às responsabilidades civil, penal e administrativa, conforme artigo 125 da Lei 8.112/90 expressa: “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

A consequência natural para essa situação é a acumulação de sanções, visto que cada tipo de responsabilidade possui uma espécie de sanção.

Desse modo, o objetivo deste trabalho é abordar as inovações mais significativas em tema de responsabilidade dos servidores públicos, não sendo o momento de aprofundar a análise de certos temas que, conquanto importantes, não sofreram significativa alteração legislativa. Dessa forma, este trabalho se aterá no tocante às inovações formais contidas no Código Civil e na Lei de Improbidade Administrativa, e pelos aspectos já cristalizados na jurisprudência ou constantes de outras fontes.

Neste contexto, analisar-se-á primeiramente, a responsabilidade jurídica nas três esferas: civil, administrativa e criminal.

1. DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A responsabilidade civil é a obrigação que se impõe ao servidor de reparar o dano causado à Administração Pública ou ao terceiro, por culpa ou dolo, em caráter comissivo ou omissivo, no desempenho de suas funções. Observamos que, o servidor público responderá não somente por suas ações, mas também pelas suas omissões, desde que essas causem prejuízo a outros e tenham sido praticadas com dolo ou culpa.

Pode-se dizer que a figura do dolo existirá quando o agente tiver objetivado que sua ação ou omissão causasse prejuízo. Já a culpa, quando o agente tiver atuado com imprudência, negligência ou imperícia na sua ação ou omissão danosa.

Esta responsabilidade é independente das demais, por se apurar no âmbito do Direito Privado, perante a Justiça Comum.

Os servidores públicos não poderão ser isentados da responsabilidade de indenizar, por parte da Administração, visto que esta não possui disponibilidade de patrimônio público, e cujo dever é zelar pela integridade do patrimônio público.

Observa-se que o artigo 37, parágrafo 6º da Constituição Federal, impõe a responsabilidade de reparar o dano ao terceiro, pelos atos das pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos, dos agentes causadores do dano quando agirem com culpa ou dolo, *in verbis*:

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurados o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

No Direito, há dois tipos de responsabilidade civil: a) a responsabilidade subjetiva; b) a responsabilidade objetiva.

Na responsabilidade civil subjetiva, só haverá o dever de indenizar se o agente tiver causado o dano por atuar com dolo ou culpa. Diferentemente, o que caracteriza a responsabilidade civil objetiva é a desnecessidade de apreciação de culpa do agente ao provocar o dano. Ou seja, na responsabilidade civil objetiva não há análise de subjetividade de culpa, pois o dolo já se concretizou.

Para que haja a responsabilidade civil, é necessária a comprovação do dano e da culpa do servidor público, comprovado através do processo administrativo, findo o qual, a autoridade competente lhe impõe a obrigação de repará-lo através da indenização. Os estatutos costumam exigir a reposição de uma só vez quando o prejuízo decorrer de alcance, desfalque, remissão ou omissão, com pagamento no prazo devido, admitindo para os demais casos o desconto em folha.

Ressalta-se, por óbvio, que ao servidor é assegurado o direito de contraditório e ampla defesa, nos mesmos moldes dos demais processos, na intenção, principalmente, de assegurar o justo valor da indenização, fazendo-o na qualidade de assistente voluntário, e nunca como litisconsorte, conforme demonstra o artigo 75, inciso I do Código Processual Cível.

Por se tratar de dano causado aos entes públicos, a legislação prevê procedimentos processuais autoexecutórios, ou seja, não há a necessidade de pedir autorização judicial. A administração pública não pode se eximir de responsabilidades de seus servidores, uma vez que ela não dispõe do patrimônio público, mas sim, possui obrigação de zelar e manter o erário.

Conforme preleciona os ensinamentos do saudoso Hely Lopes Meirelles "não há, para o servidor, responsabilidade objetiva ou sem culpa. A sua responsabilidade nasce com o ato culposo e lesivo e se exaure com a indenização" (MEIRELLES, p.1999, p.441).

Ao órgão público, confirmada a responsabilidade de seus agentes, como preceitua o art.37, §6º, parte final do texto maior, é "assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa", assim sendo, descontará nos vencimentos do servidor público, respeitando os limites mensais, a quantia exata para o ressarcimento do dano.

Quando o dano incidiu sobre terceiros, o Poder Público responderá objetivamente pelo dano causado por seu servidor, por culpa ou dolo, e este, por sua vez, terá que ressarcir o Estado (direito de regresso), de acordo com o artigo 37, § 6º, da CF.

A responsabilização por ação regressiva é civil, já as demais

responsabilizações são administrativas, posto que previstas nos estatutos penais, e tipificadas como crimes funcionais dos artigos 312 a 327 do Código Penal brasileiro.

Menciona o doutrinador Hely Lopes Meirelles que a “condenação criminal implica o reconhecimento automático das responsabilidades civis e administrativas” (1999, p.444), isto porque, há presunção de que a condenação na esfera penal é certeza jurídica de que o condenado seja efetivamente culpado do ilícito a ele imputado.

2. DA RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

O servidor público responderá na esfera administrativa quando cometer os ilícitos administrativos que estão previstos na legislação estatutária que, por vez, possuem os mesmos elementos essenciais do ilícito civil, ou seja, ocorre na incidência de ação ou omissão contrária à lei, que configura ao servidor culpa ou dolo sobre a sua conduta infracional e resulte em dano.

Vale lembrar, a culpa ocorre com a ação ou omissão lesiva, resultante de imprudência, negligência ou imperícia do agente, já o dolo ocorre quando o agente deseja a ação ou omissão lesiva ou assume o risco de produzi-la.

Quando houver infração, a própria Administração Pública será a responsável pela instauração do procedimento adequado à apuração com esta finalidade.

Será uma garantia do servidor o acesso ao contraditório e à ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, conforme o determinado no texto constitucional presente no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

O meio para apuração será através do procedimento sumário, compreendendo a verdade sabida e a sindicância, por meio do processo administrativo disciplinar, denominado inquérito administrativo.

De acordo com Hely Lopes Meirelles,

[...] responsabilidade administrativa é a que resulta da violação de normas internas da Administração pelo servidor sujeito ao estatuto e disposições complementares estabelecidas em lei, decreto ou qualquer outro provimento regulamentar da função pública. A falta funcional gera o ilícito administrativo e dá ensejo à aplicação da pena disciplinar, pelo superior hierárquico, no devido processo legal (MEIRELLES, 1999, p.452).

Isto porque, os estatutos costumam exigir a reposição de uma só vez quando o prejuízo decorrer de alcance, desfalque, remissão ou omissão de recolhimento ou entrada no prazo devido, admitindo para os demais casos o desconto em folha, em bases módicas, geralmente não mais de dez por cento do vencimento do responsável. (MEIRELLES, 1999, p.445).

Assim, se o ato ilícito cometido pelo servidor for comprovado, este ficará sujeito às penalidades disciplinares, que são preestabelecidas na Lei

8.112/90, em seu artigo 127, onde são elencadas: penas de advertência, destituição de cargo em comissão, suspensão, demissão e cassação de aposentadoria.

A diferença entre o ilícito administrativo e o ilícito penal do servidor público é que neste há tipicidade, assim a maioria das infrações administrativas, não é definida precisamente, pois se limita à lei administrativa, que regula estas situações e se pauta, principalmente: na falta de cumprimento dos deveres; falta de zelo ao cumprir os deveres do serviço que deve ser prestado; insubordinação grave; procedimento irregular; incontinência pública; entre outras. Ainda assim, existem algumas condutas dos servidores que são expressamente definidas como infração, como o abandono de cargo, ou os ilícitos que correspondem aos crimes ou contravenções.

Pode-se afirmar, portanto, que a Administração Pública detém discricionariedade para acatar um posicionamento nos casos em que faltar o enquadramento dos ilícitos previstos em lei.

Para que não haja desvio na finalidade da penalidade administrativa é necessário que o princípio da motivação seja acatado. Ou seja, a Administração Pública possui discricionariedade, mas será exigida a motivação para imposição desta penalidade, para demonstrar a adequação entre a infração cometida pelo servidor e a penalidade correspondente, pois, desta maneira, não haverá arbitrariedade da Administração Pública na imputação da pena.

O princípio da motivação constará de relatório da comissão ou do servidor que realizou o procedimento, mas também poderá constar de pareceres proferidos por órgãos jurídicos preopinantes aos quais se remete a autoridade julgadora: se esta não acatar as manifestações anteriores, deverá expressamente motivar a sua decisão.

Como medida preventiva, é estabelecida em lei, mais precisamente no artigo 147 da Lei nº. 8.112/90, que haverá afastamento preventivo por 60 dias, prorrogáveis por igual período, quando este afastamento for necessário para que o funcionário acusado não venha a intervir na apuração da falta cometida.

2.1 Das Penalidades Administrativas

As penalidades administrativas não estão vinculadas às responsabilidades civil e criminal, diante disso, sendo comprovada a ilegalidade do ato administrativo, o servidor já estará sujeito às penalidades disciplinares estabelecidas pela administração pública.

Soma-se a isso a explicação dada por Hely Lopes Meirelles,

[...] a punição administrativa ou disciplinar não depende de processo civil ou criminal a que se sujeite também o funcionário, pela mesma falta, nem obriga a Administração a aguardar o desfecho dos demais processos. Apurada a falta funcional, pelos meios adequados (processo administrativo, sindicância ou meio sumário), o servidor fica sujeito, desde logo, à penalidade administrativa correspondente

(MEIRELLES, 1999, p.443).

Tais penalidades são determinadas pelo artigo 127 da Lei 8.112/90, sendo elas: advertência, suspensão, demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, destituição de cargo em comissão, destituição de função comissionada.

E ainda, de acordo com o artigo 128 da mesma Lei, quanto à aplicação das referidas penalidades, deverão ser consideradas a natureza e a gravidade da infração cometida, os danos que dela provierem para o serviço público, as circunstâncias agravantes ou atenuantes e os antecedentes funcionais. Sendo que para a aplicação de tais penalidades deverá sempre haver fundamento legal e a causa da sanção disciplinar.

A advertência é a penalidade mais branda, sendo aplicada quando da inobservância de dever funcional previsto em lei, regulamento ou norma interna, ou falta que justifique imposição de penalidade mais branda, levando-se sempre em conta as circunstâncias e os antecedentes funcionais do servidor. Sua aplicação se dará por escrito e inserida nos registros funcionais do servidor, devendo o respectivo registro ser cancelado após o decurso de três anos, se o servidor não praticar nova infração disciplinar nesse período, sendo que o cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos.

A suspensão será aplicada quando o servidor reincidir nas faltas punidas com advertência ou violar as demais proibições que não tipifiquem infração sujeita à penalidade de demissão, não podendo exceder a noventa dias. Esta punição poderá, no interesse da Administração, ser convertida em multa, ficando o servidor obrigado a permanecer em serviço, assegurando-se nesse caso a contagem integral dos dias de aplicação como de efetivo exercício. Sua aplicação se dará por escrito e inserida nos registros funcionais do servidor, devendo o respectivo registro ser cancelado após o decurso de cinco anos, se o servidor não praticar nova infração disciplinar nesse período. O cancelamento da penalidade não surtirá efeitos retroativos.

A demissão será aplicada quando se verificar: crime contra a administração pública; abandono de cargo; inassiduidade habitual; improbidade administrativa; incontinência pública e conduta escandalosa, na repartição; insubordinação grave em serviço; ofensa física, em serviço, a servidor ou a particular, salvo em legítima defesa própria ou de outrem; aplicação irregular de dinheiros públicos; revelação de segredo do qual se apropriou em razão do cargo; lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional; corrupção; acumulação ilegal de cargos, empregos ou funções públicas; transgressão dos incisos IX a XVI do artigo 117 da Lei 8.112/90, *in verbis*:

Art. 117. Ao servidor é proibido: [...] IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;

XI - atuar, como procurador ou intermediário, junto a repartições públicas, salvo quando se tratar de benefícios

previdenciários ou assistenciais de parentes até o segundo grau, e de cônjuge ou companheiro;
XII - receber propina, comissão, presente ou vantagem de qualquer espécie, em razão de suas atribuições;
XIII - aceitar comissão, emprego ou pensão de estado estrangeiro;
XIV - praticar usura sob qualquer de suas formas;
XV - proceder de forma desidiosa;
XVI - utilizar pessoal ou recursos materiais da repartição em serviços ou atividades particulares; [...].

A cassação da aposentadoria ou disponibilidade será aplicada quando o servidor ou o inativo praticar, na atividade, falta punível com a demissão.

A destituição de cargo em comissão exercido por não ocupante de cargo efetivo será aplicada nos casos de infração sujeita às penalidades de suspensão e de demissão.

A demissão ou a destituição de cargo em comissão, nos casos de improbidade administrativa, aplicação irregular de dinheiros públicos, lesão aos cofres públicos, dilapidação do patrimônio nacional e corrupção, implica a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, sem prejuízo da ação penal cabível.

A demissão ou a destituição de cargo em comissão, por infringência do artigo 117, incisos IX e X da referida Lei, incompatibiliza-se o ex-servidor para nova investidura em cargo público federal, pelo prazo de cinco anos, *in verbis*:

IX - valer-se do cargo para lograr proveito pessoal ou de outrem, em detrimento da dignidade da função pública;
X - participar de gerência ou administração de sociedade privada, personificada ou não personificada, exercer o comércio, exceto na qualidade de acionista, cotista ou comanditário.

Diante disso, não poderá retornar ao Serviço Público Federal o servidor que for demitido ou destituído do cargo em comissão por infringência a um dos seguintes dispositivos do artigo 132 da Lei nº 8.112/90: crime contra a administração pública; improbidade administrativa; aplicação irregular de dinheiros públicos; lesão aos cofres públicos e dilapidação do patrimônio nacional e corrupção.

E, por último, as penalidades disciplinares serão aplicadas: pelo Presidente da República, pelos Presidentes das Casas do Poder Legislativo e dos Tribunais Federais e pelo Procurador-Geral da República, quando se tratar de demissão e cassação de aposentadoria ou disponibilidade de servidor vinculado ao respectivo Poder, órgão, ou entidade; pelas autoridades administrativas de hierarquia imediatamente inferior àquelas mencionadas no inciso anterior quando se tratar de suspensão superior a 30 (trinta) dias; pelo chefe da repartição e outras autoridades na forma dos respectivos regimentos

ou regulamentos, nos casos de advertência ou de suspensão de até 30 (trinta) dias; pela autoridade que houver feito a nomeação, quando se tratar de destituição de cargo em comissão.

Assim, a aplicação das penalidades administrativas ao servidor público dever ser motivada, competindo à autoridade administrativa justificar a punição imposta, analisando os atos irregulares do servidor público, bem como, a extensão do dano, fundamentando com os respectivos artigos legais.

Já no tocante à extinção da pena, ela se dá normalmente pelo cumprimento da punição por parte do servidor. Excepcionalmente ocorrerá a sua prescrição ou o seu perdão por parte da Administração Pública.

O cumprimento da pena exaure a sanção; a prescrição extingue a punibilidade, com a fluência do prazo fixado em lei, ou, na sua omissão, pelo da norma criminal correspondente; o perdão da pena é ato de clemência da Administração e só por ela pode ser concedido em caráter geral (a que se denomina, impropriamente, 'anistia administrativa'), ou em cada caso, sempre por atuação do executivo que aplicou a sanção (MEIRELLES, 1999, p.443).

Neste contexto, passamos a analisar a responsabilidade do servidor público na esfera criminal.

3. DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL

A responsabilidade criminal é a que resulta do cometimento de crimes funcionais, que são aquelas infrações institucionais praticadas contra a Administração Pública por pessoa investida de um ofício ou função pública, onde, cometido infração, o servidor público responderá processo e suportará os efeitos legais da condenação.

Trata-se de matéria de Direito Penal, constituindo reserva constitucional da União, não podendo, portanto, os Estados membros nem os municípios legislar sobre crimes funcionais.

A maioria dos crimes contra a Administração Pública está definida nos artigos 312 a 326 do CP, e artigos 359-A a 359-H do Código Penal, possuindo este o nome de, "Crimes contra as Finanças Públicas", que foi acrescido pela Lei 10.028/2000, da qual instituíram novos crimes em decorrência da Lei de Responsabilidade Fiscal, porém, não impedindo a Lei Especial Federal de estabelecer outras infrações, visando proteger determinados interesses administrativos.

São exemplos de crimes funcionais: a facilitação de contrabando ou descaminho, prevaricação, peculato e outros. O abuso de autoridade, previsto pela Lei 4.898/65, também entra como crime funcional porque o agente (autoridade) é sempre quem exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, mesmo que transitória e sem remuneração. Sendo

punidas com multa, detenção e perda do cargo e inabilitação para o exercício de função pública em até três anos, penas que poderão se aplicadas isolada ou cumulativamente (art. 6º, §§ 3º e 4º da Lei 4.898/65).

Para efeitos penais, o parágrafo único do art. 327 do Código Penal, define funcionário público, quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal assim como, quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou convencionada para a execução de atividade típica da Administração Pública, mesmo que transitória ou sem remuneração.

O processo dos crimes funcionais previstos no Código Penal e em Leis esparsas obedece ao rito estabelecido nos artigos 513 a 518 do Código de Processo Penal, ficando o réu desde o indiciamento, sujeito ao sequestro de bens, a requerimento do Ministério Público, quando houver prejuízo para a Fazenda Pública. E, para os crimes de abuso de autoridade, o processo é o previsto nos artigos 12 a 28 da Lei 4.898/65.

Por fim, podemos destacar a existência da subdivisão entre: a) Crimes funcionais comuns: nos quais, pode incidir qualquer servidor público; b) Crimes de responsabilidade dos agentes políticos: onde figuram apenas os Chefes do Executivo Federal, Estadual e Municipal, Ministros do Estado e do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República e Secretários do Estado, descritos na Lei 1.079/50, que regula o “*impeachment*” aplicado como penalidade político administrativa, sem prejuízo da ação penal para os Prefeitos.

Sendo interessante ressaltar que compete privativamente ao Senado processar e julgar sobre crimes de responsabilidade do Presidente da República e dos Ministros do Estado; desde que a Câmara dos Deputados autorize a instauração do processo, e independentemente de autorização da Câmara dos Deputados a instaurar, processar e julgar os crimes de responsabilidade dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União.

Todos os crimes funcionais e os de responsabilidade são delitos de ação pública, o que permite a instauração do processo respectivo mediante comunicação de qualquer pessoa, a autoridade competente ou denunciando ao Ministério Público.

Para os crimes de abuso de autoridade a Lei 4.898/65 condicionava a denúncia do Ministério Público à representação do ofendido, mas este requisito foi praticamente dispensado devido o disposto na Lei 5.249/67, ao dizer que a falta de representação “não obsta a iniciativa ou curso da ação”.

Assim, se faz necessário fazer a análise quanto aos meios de punição ao servidor público. Principiemos a seguir.

3.1 Dos Meios De Punição

A responsabilização e a punição dos servidores públicos se dão por dois meios, os internos e os externos. Os meios internos abrangem o processo administrativo disciplinar, desenvolvendo-se e se exaurindo no próprio âmbito administrativo, sendo que em matéria de direito administrativo só aplicam os meios internos, como formas específicas de proteção ao serviço público e de

repressão às infrações funcionais dos servidores; já meios externos: compreendem os processos judiciais, civis e criminais. Estes meios externos ficam a cargo exclusivo do Poder Judiciário, e se realizam como prestações jurisdicionais comuns, quando requeridas pela própria Administração, através das ações civis, criminais ou pelo Ministério Público.

Segundo disposto no artigo 127 do Código Penal, o regime jurídico dos servidores públicos civil da União, estabelece pena conforme a gravidade da infração, e a aplicação da sanção, ou não, através de sindicância ou até mesmo, pela verdade sabida. Impondo as seguintes penas disciplinares: “I- advertência; II- suspensão; III- demissão; VI- cassação de aposentadoria ou disponibilidade; V- destituição de cargo em comissão; VI- destituição de função comissionada”.

Ressaltando, que os litigantes em processo judicial ou administrativo, juntamente com os acusados em geral possuem direito assegurado ao contraditório e à ampla defesa, com os mesmos meios e recursos necessários, conforme dispõem o art. 5º, LV da Constituição Federal.

Frente à demissão, esta pode dar-se-á de três diferentes maneiras, citadas abaixo:

a) demissão dos vitalícios: possuindo como único meio o processo judicial para se efetuar a demissão. Conforme artigo 128, § 5º, I “a” da Constituição Federal: “vitaliciedade, após dois anos de exercício, não podendo perder o cargo senão por sentença judicial”.

b) servidores públicos de cargo estável: são aqueles nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público, que cumpriram até três anos de efetivo exercício. E podem ser demitidos mediante sentença judicial transitada em julgado; processo administrativo ou perante avaliação periódica de desempenho. Observando o direito assegurado a ampla defesa. (CF, art. 41, § 1º).

c) servidores públicos de cargo não estável: bastará a sindicância para sua demissão, sendo dispensadas maiores formalidades. Desde que, respeitada o direito à ampla defesa e ao sindicato.

Entende-se por ampla defesa, a vista do processo ou da sindicância ao servidor acusado, com a faculdade de resposta e de produção de provas contrárias à acusação. Essa defesa pode ser feita pessoalmente pelo servidor público ou procurador. Sendo assim necessário que se conceda ao acusado oportunidade de ilidir a acusação, pois sem esta possibilidade de defesa, a punição administrativa é nula por afrontar uma garantia constitucional.

3.1.1 Sequestro e perdimento de bens

São aplicados aos servidores que enriqueceram ilicitamente, com o produto de crime contra a administração, ou por influência ou com abuso de cargo, função ou emprego público.

O sequestro é providência cautelar, enquanto perdimento é medida definitiva, que resulta do conhecimento da ilicitude do enriquecimento do servidor. O perdimento, quando não decorre de sentença criminal condenatória, pode ser declarada judicialmente através de procedimento

próprio.

Segundo art. 5º, XLV, da Constituição Federal, este diz: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e decretação do procedimento dos bens, serem estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”.

Basicamente o sequestro dos bens adquiridos está disciplinado no Código de Processo Penal, artigos 125 a 144. Porém, quando a Fazenda Pública for a vítima, é requerido pelo Ministério Público, por representação da autoridade policial ou administrativa, dependendo da instauração da ação penal no prazo de 90 dias (art.6º, I e art. 2º,§1º). Caso este, revigorado pelo Decreto Lei 359/68 (art.11).

O sequestro também é cabível como medida preliminar, nos processos de perdimento, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa juridicamente interessada. Podendo o pedido incluir ainda a investigação, exame, bloqueio de bens, conta bancária e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no âmbito nacional, como também no Exterior, nos termos da Lei e dos tratados internacionais.

Como perdimento dos bens que constituem produto de crime ou proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso, em favor da União, é um dos efeitos da condenação, nos termos do art.91, II, “b”, do CP. Logo, no caso de crime comum, a administração interessada deverá promover o sequestro, na forma do Decreto Lei 3.240/04, garantindo o ressarcimento com os referidos bens.

Em qualquer hipótese porém, é cabível ação autônoma visando a decretação da perda dos bens, e no caso de ter havido medida cautelar, deve ser proposta dentro de trinta dias contados da efetivação da medida (Lei 8.429/92, art.17).

3.2 Do Enriquecimento Ilícito

No que tange os servidores públicos, trata-se do que resulta da prática de crime contra a administração, definido no Código Penal, artigos 312 a 327, bem como no inciso VII, art. 9º da Lei 8.429/92.

O enriquecimento ilícito constitui-se na aquisição de patrimônio em dimensões incompatíveis ou desproporcionais com os rendimentos auferidos pelo indivíduo.

No âmbito da Administração Pública, o enriquecimento ilícito deve ser punido com grande rigor, pois trata-se de grave espécie de improbidade administrativa. Isso porque, ao auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida, o agente público afronta também seus deveres funcionais de honestidade e lealdade para com a Administração, bem como o princípio constitucional da moralidade administrativa.

No inciso VII do artigo 9º da Lei nº 8.429/92, que trata de aquisição de bens de qualquer natureza com valor desproporcional à evolução patrimonial ou à renda do agente público, a lei não exige que a conduta do servidor acarrete um dano ou prejuízo ao patrimônio público, bastando a simples comprovação

do enriquecimento ilícito ocorrido no exercício do cargo. “A aquisição para si, ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público”.

São exemplos: peculato; inserção de danos falsos em sistemas de informações; modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações; extravio; sonegação ou inutilização de livro ou documento; emprego irregular de verbas ou rendas públicas; concussão, corrupção passiva; facilitação de contrabando ou descaminho; prevaricação e etc.

A constatação do enriquecimento ilícito ocorre quando a Administração verifica que os bens e valores que integram o patrimônio do servidor são incompatíveis com os rendimentos e disponibilidades declarados, e esse servidor não é capaz de explicar a desproporcionalidade, de apontar ou justificar a origem dos recursos que sustentaram o acréscimo patrimonial.

3.3 Do Abuso De Autoridade

Definida na Lei 4.898, de 09.12.65, e alterada pela Lei 6.657, de 05.06.79, sujeitando o agente público federal, estadual ou municipal à tríplice responsabilidade civil, administrativa e penal.

A responsabilidade civil faz-se por ação ordinária, perante a Justiça Comum Federal ou Estadual, dependendo da autoridade. Já a responsabilidade administrativa e a penal, se dão por processos especiais estabelecidos pela própria Lei, mediante representação da vítima à autoridade superior ou do Ministério Público competente para a ação criminal.

Considera-se autoridade todo aquele que exerce cargo, emprego ou função pública, de natureza civil ou militar, ainda que transitoriamente ou sem remuneração. E os abusos puníveis nos termos desta Lei são somente os indicados nos arts. 3º e 4º, relativos à liberdade individual, à inviolabilidade do domicílio e da correspondência e aos direitos de locomoção, de culto, de crença, de consciência, de voto e de reunião, bem como os que englobam a incolumidade física do indivíduo.

As penas por abuso de autoridade vão desde a advertência administrativa até a demissão, e no processo penal escalam-se em multa, detenção, perda do cargo e inabilitação para função pública, aplicadas isolada ou cumulativamente.

Por fim, o fato dos procedimentos decorrentes desta Lei serem autônomos em relação à responsabilização civil e administrativa, devido o legislador ter legitimado as vítimas para chamarem diretamente a juízo seus ofensores, não impede que a administração tome a iniciativa da ação regressiva prevista no art.37, §6º, da CF, independentemente de qualquer representação do ofendido (Lei 4.619/65).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista a exposição sobre a teoria da responsabilidade jurídica

dos servidores públicos, foi possível perceber, através do método dedutivo deste trabalho que partiu da premissa acerca do tema da responsabilidade jurídica em geral, e se delimitou no tocante às responsabilidades do servidor público individualizado, que algumas particularidades de suas funções, o elevam a um *status* jurídico diferenciado dos outros cidadãos, no qual se destaca a presença de outra responsabilidade além da civil e criminal, a responsabilidade administrativa.

Destacou-se os principais fundamentos acerca da responsabilidade administrativa, priorizando os aspectos formais que a constituem, delineando sua importância jurídica para em função dos servidores públicos.

Foi possível analisar a responsabilidade do servidor público sob três aspectos jurídicos: civil, administrativo e criminal. De tal forma se destacaram suas principais características, a legislação principal e subjacente, suas penalidades, as principais transgressões, e os fundamentos que as diferenciam.

Considerando o cenário jurídico atual, os servidores públicos no exercício de suas atividades, por vezes, transgredem ou agem imoralmente, e se faz importante estabelecer quais suas responsabilidades e, conseqüentemente, suas punições, tendo em vista a segurança jurídica e a incolumidade do erário. De tal modo, o presente trabalho apresentou as linhas gerais da responsabilidade jurídica dos servidores públicos, tendo por base o esclarecimento acerca da importância de estudos aprofundados e recorrentes sobre o tema.

Referências

- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso De Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2008.
- BITTENCOURT, Marcos Vinicius Corrêa. *Manual de Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2005.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24ª ed. São Paulo: Atlas, 2011;
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo brasileiro*. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999;
- CRETELLA JR., José. *Curso de direito administrativo*. São Paulo: Forense, 1992.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 24ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2011.
- MORAIS, Alexandre. *Direito Constitucional*. 11ª. ed., São Paulo: Atlas, 2002.
- SILVA, José Afonso da. *Curso De Direito Constitucional Positivo*. 9ª. ed., São Paulo: Malheiros, 1993.
- Servidores públicos*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10324>. Acessado em 10 Junho de 2014.
- VICENTE PAULO, Marcelo Alexandrino. *Direito Administrativo*. 17ª. ed., São Paulo: Método, 2009.

SISTEMÁTICA PENAL BRASILEIRA E O IMEDIATISMO ESTATAL

Vanessa Rui Fávero¹⁴⁴

Resumo:

No intuito de sentir-se mais segura, a sociedade brasileira vem clamando por soluções a curto prazo, e, lamentavelmente, costuma identificá-las com fórmulas drásticas e repressivas. Entretanto, na análise da atuação estatal diante dos conflitos sociais vigentes, é de extrema importância, antes de qualquer coisa, sempre considerar as consequências maléficas da drástica intervenção do direito penal e a responsabilidade do Estado na implementação de medidas efetivas no combate à criminalidade. Almeja-se, dessa forma, a consolidação de uma atuação estatal coordenada, em que todas as engrenagens da máquina do Estado efetivamente funcionem e desempenhem seus respectivos papéis, distribuindo de forma mais ordenada o ônus do tratamento da problemática dos conflitos sociais sem depositar em determinado setor responsabilidades que ele, sozinho, não pode assumir.

INTRODUÇÃO:

Atualmente, podemos facilmente verificar a presença de reclamos sociais por maior segurança que acabam sendo depositados pelo Estado na conta do direito penal, uma vez que, a sociedade quer sentir-se segura e ver resultados, exigindo, dessa forma, soluções que surtam efeitos em curto prazo.

Isso porque, em tempos de instabilidade, frente à nossa realidade social contemporânea, muitas expectativas vêm recaindo sobre o direito penal o que faz com que as aspirações da sociedade civil busquem no sistema punitivo estatal mordaz instrumento de controle social punitivo institucionalizado no anseio da sensação de maior segurança que um sistema punitivo forte e perspicaz possa trazer.

Tentando atender a essa demanda, de forma irracional e imediatista, o Estado, lamentavelmente, acaba elegendo fórmulas drásticas e repressivas para camuflar o problema sem de fato encará-lo, utilizando-se erroneamente do direito penal para tal fim; quando a este deveria ser resguardado tão somente a proteção contra ataques de bens jurídicos, que não pudessem, de forma alguma, ser protegido por nenhum outro ramo do direito.

Contudo, não pode o Estado esquivar-se de analisar minuciosamente todas as variáveis dos fenômenos sociais que circundam a problemática que deve por ele ser enfrentada de forma eficaz e certa, não bastando à adoção de medidas imediatistas que apenas camuflam o problema – como forma de “mostrar serviço” diante dos reclamos sociais por maior segurança – sem, entretanto, encará-lo de fato.

Considerando sempre as consequências maléficas da drástica intervenção do direito penal, sempre que as demais formas de controle social,

¹⁴⁴Mestranda em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual Norte do Paraná – UENP. Bolsista CAPES. Integrante do grupo de pesquisas “Políticas Públicas e efetivação dos Direitos Sociais” – *vanessa_vrf@hotmail.com*

bem como os demais ramos do ordenamento jurídico se demonstrarem fortes o suficiente para a proteção de determinado bem jurídico, é preferível que tal proteção seja por eles levada a efeito ao invés da utilização, de início, da intervenção do direito penal como meio de se atingir controle social almejado.

Ademais, a construção das bases do pensamento político, social e econômico brasileiro, que refletem na sistemática do nosso sistema penal não pode se dar pela utilização, cada vez maior, do direito penal na tentativa de solucionar conflitos que facilmente seriam resolvidos por outros meios de pacificação social – através da adoção de medidas extrapenais.

Logo, é fundamental que nos atentemos para a prevenção do delito e para os mecanismos de controle social informal como importante ferramenta no enfrentamento da problemática a ser encarada; bem como, é de extrema relevância que nos debruçemos com afinco sobre os custos sociais das diversas formas de prevenção ao delito e as medidas adotadas pelo Estado para encará-las.

Nessa toada, pretende-se analisar a relação da sociedade brasileira com o direito penal, bem como buscar a visualização dos anseios sociais por mais segurança presentes no seio de uma sociedade que, desprovida de uma atuação estatal efetiva em pontos estratégicos fundamentais, acaba depositando no sistema penal responsabilidades que ele, sozinho, não pode assumir.

Através de análises engajadas com a realidade social vigente, busca-se a apreciação de que o **objetivo** último de uma eficaz política de prevenção ao delito inicia-se pela implementação de direitos sociais básicos do cidadão, tais como saúde, educação de qualidade, trabalho, moradia digna, dentre outros; sem os quais, quaisquer outras medidas de política criminal eleitas pelo Estado como forma de contenção dos conflitos sociais – tais como o exacerbado aumento de tipificações penais –, seriam apenas paliativas, sem encarar de fato a problemática a ser enfrentada.

Demonstra-se, assim, essencial a realização contínua do sopesamento de valores, sempre na busca da visualização da efetividade das medidas propostas, que não podem ser tomadas única e exclusivamente com cunho imediatista e passional; e, para isso, pertinente fez-se a utilização do **método bibliográfico**, através da pesquisa e leitura de obras doutrinárias e artigos, a fim da coleta de um arsenal informacional que possibilitou uma análise crítica sobre a temática desenvolvida.

1 MODO DE ATUAÇÃO DO SISTEMA PENAL BRASILEIRO

Em tempos de instabilidade, marcados por uma intitulada “modernidade líquida”¹⁴⁵, a sociedade brasileira tem clamado por soluções rápidas e eficazes no enfrentamento dos conflitos sociais, costumando

¹⁴⁵Zygmunt Bauman ao fazer menção a tal expressão em sua obra *Modernidade Líquida*, quer dizer que, atualmente, para os espaços a serem preenchidos, as decisões tomadas simplesmente “fluem”, “escorrem entre os dedos”, “transbordam”, “vazam”, “preenchem vazios com e fluidez”, sem de fato encarar a problemática a ser enfrentada.

lamentavelmente identificá-las com formas de intervenção drásticas e repressivas

Nesse sentido, é evidente a marca de intervenção do sistema penal em nossa sociedade atual, de forma que, afunilando o âmbito de reflexão em pauta, podemos elucidar que a exacerbada intervenção penal no cotidiano dos brasileiros, se faz presente, principalmente, em decorrência dos conflitos sociais desencadeados pela omissão do Estado no cumprimento das garantias fundamentais constitucionalmente consagradas.

Alerta Marco Aurélio Florêncio Filho que “O problema é que o Estado tenta solucionar através de uma política penal, e não de uma política criminal, o problema da criminalidade.” (2007, p. 168), deixando de levar em consideração a utilização de outras medidas não penais, que deveriam ser anteriormente utilizadas para solucionar os conflitos sociais.

Para que possamos compreender o fenômeno social da criminalidade, é essencial que, antes de se recorrer ao sistema penal como forma de controle social, analisemos primeiramente a suficiência das demais formas de pacificação social, conjuntamente com as estruturas sociais nas quais estão inseridas as interrelações entre seus participantes – que desencadeiam o fenômeno criminal – de forma que, somente assim, poderemos compreender em qual ponto é falho o sistema para que a intervenção ocorra de forma eficaz. Isto exposto, temos que, conforme ensinamentos de Ivan Luiz Silva que:

Para compreendermos melhor o fenômeno social da criminalidade, é necessário que façamos uma análise de estrutura social, na qual estamos inseridos, e das interrelações entre seus participantes. Só assim poderemos compreender em que estágio social nos encontramos e como essa realidade interfere na criminalidade e vice-versa. (SILVA, 1998, p. 31),

A inexistência de políticas públicas adequadas para lidar com as mazelas sociais acaba por sobrecarregar o sistema penal em sua atividade policial¹⁴⁶. Isso ocorre quando no desempenho do exercício da atividade de controle social, o sistema penal, pretendendo firmar-se como sistema garantidor de uma ordem social justa acaba por depositar na atividade policial responsabilidade que ela, sozinha, não pode assumir.

Segundo Valter Foletto Santin (2005, p. 209) “A criminalidade não é estática, fato que pressupõe a necessidade de dinamismo na fixação e alteração da política de segurança pública e no seu plano de ação, para a efetiva prestação de serviço de prevenção e combate das práticas delituosas”; o que demonstra a necessidade da adoção de medidas interdisciplinares no tratamento da problemática a ser enfrentada.

¹⁴⁶ Com propriedade observa Nilo Batista (2005, p. 25) que o sistema penal é conduzido pelos aparelhos policial, judicial e prisional, e operacionalizado nos limites das matrizes legais. Entretanto, afirma, em seguida, que seu desempenho real ao pretender firmar-se como ‘sistema garantidor de uma ordem social justa’ contradiz-se com essa aparência quando sobrecarrega seus aparelhos.

Temos ainda que, para Eros Roberto Grau:

O Estado social legitima-se, antes de tudo, pela realização de políticas, isto é, programa de ação; [...] essas políticas, contudo, não se reduzem à categoria das políticas econômicas; englobam, de modo mais amplo, todo o conjunto de atuações estatais no campo social (políticas sociais). A expressão políticas públicas designa todas as atuações do Estado, cobrindo todas as formas de intervenção do poder público na vida social (1996, p.22).

Dentro desse conjunto de atuações estatais no campo social deveriam estar inseridos programas de ação nos mais variados setores sociais atuando de forma conjunta e integrada na missão da pacificação social. Entretanto, ao quedar-se omissivo o Estado na missão de propiciar direitos básicos ao cidadão no campo social, acaba o Estado por depositar no sistema penal o remedeio dessa inércia.

A atividade policial, nesse diapasão, pode ser encarada, conforme dispõe Carlos Alberto Baptista, (2007, p. 148) como “a ponta do *ice Berg* que movimentará toda a máquina judiciária para a contenção do delito cometido”. Dessa forma, irracionalmente o Estado deixa de analisar toda a problemática envolta na questão do fenômeno criminal, não pensando em uma preparação para o deslinde da criminalidade, que possui também caráter social.

Desse caráter social que também possui o fenômeno criminal é que decorrem as exigências de que o delito seja amplamente analisado antes da intervenção do sistema penal; uma vez que, deve este ser cercado por todos os lados para maior efetividade das medidas propostas. Reafirma-se novamente a posição subsidiária que deve desempenhar o direito penal em face do controle social. Nesse sentido, é o pensamento de Luiz Flávio Gomes:

Em um Estado Constitucional que se define, com efeito, como democrático e de Direito, e que tem nos direitos fundamentais seu eixo principal, não resta dúvida que só resulta legitimada a tarefa da criminalização primária a ser tratada pelas forças policiais, quando estas recaem sobre condutas ou ataques concretamente ofensivos a um bem jurídico, e mesmo assim, não todos os ataques, senão unicamente os mais graves. (2002, p.89)

Dada a afirmação de que a cruel intervenção do sistema penal, desencadeada inicialmente pela atividade policial, só deve se dar quando nos vemos diante de gravíssimos ataques a bens jurídicos, podemos verificar que não se justifica a sobrecarga da atividade policial atualmente verificada, – que acaba conseqüentemente movimentando toda a estrutura judiciária na contenção do delito – quando podemos observar que os conflitos sociais ocorrem em decorrência da omissão do Estado em outros setores também

responsáveis pela pacificação social.

Winfried Hassemer com propriedade, acerca da interrelação que deve ocorrer entre todos os setores responsáveis pela pacificação social, afirma ainda que:

Política de segurança pública não equivale à política policial, mas compreende também à política criminal que por sua vez, compreende não apenas ao ponto de vista da efetividade policial, mas também as garantias penais e constitucionais; o que mesmo assim é muito pouco.

[...], política pública sem consideração para com a juventude, a mão de obra, a moradia, os problemas sociais e a educação, converte-se num espetáculo sem esperança e sem fim previsível. Portanto, uma política de segurança só faz sentido no contexto de uma verdadeira política interna bem definida, sincronizada e coordenada. (HASSEMER, 1994, p. 32)

O sistema de segurança pública brasileiro tem se mostrado fragmentário. Além da não utilização das demais formas de controle social antes de se recorrer ao sistema penal, temos, dentro do próprio sistema, a verificação da mesma fragmentariedade quando observamos que cada corporação atua de forma independente e não tem qualquer ligação funcional com as outras, o que, além de as distanciarem, acaba, por vezes, criando animosidades e concorrência.

Carlos Alberto Baptista muito bem ilustra as consequências de tal fragmentariedade do sistema:

Como num corpo humano, se um órgão não desempenha inteiramente a função para a qual se destina, acaba por sobrecarregar outros que, inevitavelmente, esfalfados, entram em crise e se não tratados como um todo que são, morrem aos poucos. Não é mais possível tratar o corpo da segurança pública apenas sintomaticamente. (2007, p.143)

Ao afirmar que “não é mais possível tratar o corpo da segurança pública apenas sintomaticamente”, Baptista quer chamar atenção para a opção repressiva enveredada pelo Estado, que por meio do sistema penal remedeia as manifestações de conflito social. Expõe assim que o Estado acaba optando por cuidar dos sintomas manifestados através do delito, e faz isso depositando, de pronto, nas costas da atividade policial a obrigação de responsabilizar-se pela contenção do delito, o que acaba por desencadear a movimentação da estrutura de toda a máquina judicial, sem antes buscar alternativas em outras formas controle social que visem atingir o problema em suas causas.

Luiz Flávio Gomes e Antonio Garcia-Pablos de Molina, muito bem observam que “Covem recordar, a propósito, que a intervenção penal possui

elevadíssimo custo social. E que sua suposta efetividade está longe de ser exemplar” (MOLINA, GARCIA, 2008, p. 368), trazendo importante argumento no questionamento a respeito da efetividade que se tem dado ao enfrentamento dos conflitos sociais.

O resultado disso, é que acabam por sobrecarregar os entes policiais que desempenham seu papel como podem, diante dos clamores sociais que conclamam braços fortes na repressão do delito, sendo visível a delegação dessa função à polícia¹⁴⁷. Exige-se, dessa forma, que as instituições policiais deem conta de controlar toda uma estrutura que deveria ter sido anteriormente respaldada por um alicerce sólido de medidas de políticas públicas encampadas pela atuação do Estado. Estado este que ao quedar-se inerte no momento correto de encampar uma atuação minimizadora de conflitos sociais, transfere oportunamente, em um momento posterior, à atividade policial essa função, depositando mais uma vez no sistema penal uma responsabilidade que ele sozinho não pode assumir.

Diante dessa forma de atuação fragmentária, em que se demonstra evidente a intervenção exagerada do sistema penal, Débora Regina Pastana (2009, p.231), traz pertinente apontamento, condensando todo essa problemática propondo a redução da intervenção do sistema penal a níveis aceitáveis e de forma subsidiária; afirmando que ele somente deve atuar quando falharem os demais mecanismos de intervenção estatal que devem anteceder-lo.

Não se pode admitir a intervenção desse sistema institucional de controle social conduzido por uma atuação eminentemente penal e repressiva já de plano; pois essa sistemática acaba por sobrecarregar os entes policiais na árdua tarefa de gerir a segurança pública, quando podemos, facilmente, visualizar a antecedente omissão do Estado, em garantir condições mínimas para lidar com as disfunções sociais existentes em seu seio.

Nesse sentido temos então que:

Reduzir, pois, tanto quanto seja possível, o marca de intervenção do sistema penal, é uma exigência de racionalidade. Mas é também, como se disse, um imperativo de justiça social. Sim, porque um Estado que se define Democrático de Direito (CF, art. 1º), que declara, como seus fundamentos, a “dignidade da pessoa humana”, a “cidadania”, os “valores sociais do trabalho”, e proclama, como seus objetivos fundamentais, “constituir uma sociedade livre, justa e solidária”, que promete “erradicar a pobreza e a marginalização, reduzir as desigualdades sociais e regionais”, “promover o bem de todos, sem de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer

¹⁴⁷ Como muito bem dispõe Virgílio Luiz Donnici (1976, p.229) “A sociedade moderna exige uma polícia atualizada, com o policial levando vida estável, cabendo aos governantes assegurar-lhe condições materiais, melhorando o recrutamento e assegurando o desenvolvimento da profissão. A crise em que se debate a polícia na sociedade moderna nada mais é do que a crise em que se debate toda a administração da Justiça Criminal.”.

outras formas de discriminação” (art. 3º), não pode, nem deve, pretender lançar sobre seus jurisdicionados, prematuramente, esse sistema institucional de violência seletiva, que é o sistema penal, máxime quando é o Estado, sabidamente, por ação e/ou omissão, em grande parte co-responsável pelas gravíssimas disfunções sociais. (PASTANA, 2009 apud QUEIROZ, 1998, p.31-32).

Logo, Débora Regina Pastana conclui pela existência de um ‘discurso democrático, ainda permeado por práticas autoritárias’, que prefere, comodamente, privilegiar a repressão em detrimento de práticas que, se adotadas, poderiam minimizar posteriores gastos com a segurança pública.

Como muito bem expõe Bismael B. Moraes (2000, p. 89) “a repressão é fácil, viciosa e atraente”, e essa não pode ser o caminho a ser adotado pelo Estado; uma vez que ele próprio, por ação, e principalmente por omissão, pode ser corresponsabilizado por desencadear certas disfunções sociais. Ao escolher esse caminho, o Estado diante de carências basilares e constitucionalmente consagradas, por ele não supridas, acaba, conseqüentemente depositando na conta do sistema penal, a função de garantir a segurança, o que se pode ser verificado até mesmo nos clamores populares pelo recrudescimento do sistema, frente aos desvios sociais de uma massa de desamparados pelo Estado.

Dado o exposto, acaba-se depositando na atividade das instituições policiais uma conta muito alta com uma imensidade de débitos anteriores, escondidos em baixo dos panos. A ausência de políticas públicas essenciais na causa do problema acaba fazendo com que se sobrecarregue a posterior atuação das forças policiais que passam a ter que dar conta dos sintomas criminais apresentados em decorrência da ausência de adequada atuação estatal na gênese do problema que já deveria ocorrido.

Frente aos desvios sociais de uma massa de desamparados pelo Estado na garantia de direitos básicos que deveriam anteceder a atuação repressiva, podemos, como já dito, perceber inclusive clamores populares pelo recrudescimento do sistema; o que denota uma configuração bélica do nosso sistema, encampada até mesmo pela própria população.

A análise das ideologias que fornecem substrato ao Sistema Penal em nossa sociedade esclarece sobremaneira a configuração bélica de nossa Política Criminal, a eleição de estereótipos criminais, o panpenalismo e outros tantos fenômenos. O incremento do aparato repressivo, indubitavelmente tem servido de instrumento de manutenção e hierarquização entre os diversos estratos sociais. (MADEIRA DA COSTA, 2005, p. 95).

Diante desse caráter ideológico¹⁴⁸ e repressivo do sistema penal

¹⁴⁸ Ideologia, de uma forma simples, é compreendida como “sistema de atitudes integradas de um grupo social – ideologia enquanto sistema de ideias relacionadas com a ação” (WOLKMER,

brasileiro, oportuno mostram-se as críticas desenvolvidas por Ricardo Brisolla Balestrelí, que com propriedade manifesta-se de forma acertada contra a hipocrisia da sociedade em relação à atividade policial quando a taxa de violenta.

Na verdade, ainda que com correção parcial, é um reducionismo dizer que a polícia tem sido violenta. O problema, infelizmente, é bem maior. A sociedade é violenta. Sejam honestos: quem exige violência da polícia é a sociedade. Se o policial, meus amigos, não for um bom profissional, um especialista em segurança pública, se deixar-se usar como marionete pela sede de vingança e pela truculência social, se não estiver consciente da nobreza e da dignidade da missão para o qual foi instituído, será ele a primeira vítima da ciranda de violência e da discriminação da própria sociedade que o deseja para o “serviço sujo”, mas que, depois, não aceita facilmente conviver com ele. (BALESTRELI, 2010, p.51-52)

Assim percebemos que a polícia é, na verdade, instrumento que simboliza o funcionamento da ordem legal estabelecida pelo Estado. Diante da cobrança social por uma atuação implacável por parte dos entes policiais fica evidenciado a incoerência e a fragmentariedade do sistema, que erra ao eleger a intervenção do sistema penal – através da atividade policial – como forma de gerir a problemática da segurança pública e que, posteriormente, erra novamente quando estigmatiza os atores estatais que colocam em prática tal ideologia do sistema penal repressivo vigente.

Às instituições policiais acaba sendo delegada a função de dar conta de um problema que possui causas, muito mais complexas, que extrapolam seu âmbito de atuação. Nessa toada, mais coerente seria imputar responsabilidade e taxar de violento o próprio Estado; uma vez que os agentes policiais apenas desempenham as funções que lhes são impostas.

O não apoio ao exercício da atividade policial onde se mostra deficitária ou até mesmo inexistente a existência de políticas públicas de prevenção ao delito é uma extrema incongruência que não se justifica. em um sistema em que o Estado não trata da segurança pública como um todo, sobrecarregando a atividade policial quando os demais órgão estatais de atuação prévia não desempenham as respectivas funções que deveria exerce. Assim, importante faz-se um olhar atento para todo o corpo da segurança pública uma vez que

2000, p. 95), sendo o referido ‘caráter ideológico e repressivo do sistema penal brasileiro’ verificado em relação às expectativas depositadas no sistema punitivo estatal como mordaz instrumento de controle social punitivo institucionalizado no anseio da sensação de maior segurança que um sistema punitivo forte e perspicaz possa a trazer, esperando-se, conseqüentemente ações por parte das instituições do sistema penal nesse sentido. Reafirma-se, nesse contexto, que isso ocorre em decorrência do referido caráter ideológico que permeia o sentir e o pensar de parte considerável da sociedade que conclama essa forma repressiva de agir do sistema penal que, nesse ponto é exteriorizada, através da atividade policial.

quando um órgão não desempenha inteiramente a função para a qual é destinado, acaba por sobrecarregar outros; de forma que a efetividade no desempenho da atividade policial deve sempre ser antes acompanhada pela efetividade das garantias constitucionais que não são cumpridas pelo Estado.

Importante questionamento pra reflexão é levantado por Vicente Garrido, Per Stangeland e Santiago Redondo, a respeito do assunto, nos seguintes termos

Como podemos conseguir o cumprimento básico das normas de convivência, sem cair em um sistema opressivo e policial? Nossa visão para o século que vem é uma modelo ecológico, com um crescimento sustentável, baseado no equilíbrio entre os seres humanos e os recursos naturais existentes, e também um equilíbrio cívico entre grupos sociais. Do mesmo modo se deverá buscar um equilíbrio na política criminal, a liberdade individual e os interesses da comunidade. Equilibrar esses extremos é uma questão política, e o papel dos criminólogos não é defender suas convicções ideológicas pessoais, se não apontar informação confiável sobre as diversas estratégias de controle. (2001, p.888)

Tal proposta trazida a baila, na verdade resume-se basicamente na busca de um equilíbrio entre todos os vetores que podem (e devem) influir no problema, como engrenagens de uma máquina para o bom funcionamento de toda a estrutura social

Não há como esperar que o problema da segurança pública fosse solucionado pela criação de novos tipos penais, pela repressão através da atuação policial, ou pela atuação do sistema penal como um todo, pois tais medidas não se sustentam sozinha.

Qualquer medida proposta deve estar sempre amparada por políticas públicas que a antecedam, pois uma política de segurança só tem efetividade diante de uma verdadeira política social interna bem definida que caminhe no mesmo ritmo das aspirações sociais. Tais medidas devem visar sempre menores intervenções do sistema penal quando se fizerem cabíveis outras medidas de políticas sociais eficientes no tratamento do problema, pois, mais uma vez volta-se a reafirmar que, o direito penal deve ser resguardado como *ultima ratio*, no tratamento dos conflitos sociais, dada a sua subsidiariedade em relação aos demais ramos do ordenamento jurídico.

A segurança pública é vital para o cidadão, que a deriva, na ausência de Estado, opta por romper com o Contrato Social e ceder às propostas do mercado de “feudalização da propriedade” (BAPTISTA, 2007, p. 145) cercandose de segurança eletrônica, circuitos fechados, entre outros meios, além do clamor pela atividade punitiva do Estado.

Temos assim que, diante dessa atuação fragmentária exposta, na ausência de segurança pública ofertada pelo Estado (que deposita no sistema

penal a responsabilidade de garanti-la sem todo um arcabouço de políticas públicas que o dê sustentação) crescem de forma desordenada as empresas privadas de segurança, que desenvolvem práticas perigosas de repressão à violência - quando a segurança pública deveria ser totalmente gerida pelo Estado.

Dado o exposto, verifica-se que esta nova forma de coibição da criminalidade, nascida do vácuo deixado pelo Estado, corre o risco de acabar desvirtuando o caráter essencialmente público da segurança pública.

2. INSTRUMENTOS FORMAIS E INFORMAIS DE CONTROLE SOCIAL DO CRIME

Avaliando tal fenômeno, ora em análise neste artigo, Alice Bianchini, Antônio García-Pablos de Molina e Luiz Flávio Gomes, também afirmam que a intervenção do direito penal deve ocorrer apenas nas situações em que esta se demonstre extremamente necessária; asseverando a possibilidade da tutela jurídica, na maioria dos casos, por outros ramos do direito. Em suas precisas palavras, verifica-se o supracitado ensinamento:

Conforme se vê, o Direito tem condições de oferecer uma proteção diferenciada, que pode ser civil, administrativa, penal, etc. A tutela penal deve ser reservada para aquilo que efetivamente perturba o convívio social. Em outras palavras, o estritamente merecedor de tutela. Ataques ínfimos, irrisórios, devem ser regidos pelo princípio da insignificância. (2009, p.285)

Entretanto, diante da proliferação de novas leis penais que temos acompanhado recentemente, fica clara a atitude imediatista do Estado, que acaba recorrendo ao direito penal como meio de tentar assegurar a ordem social. Frente ao clamor social da sociedade civil pelo recrudescimento das estruturas repressivas, o Estado, visando agradá-la, acaba por utilizar-se do sistema penal como forma de propiciar, ao menos, a sensação de segurança tão almejada por todos. Assim, analisando tal utilização do direito penal como forma de controle social prioritária, podemos facilmente perceber que as normas penais, cada vez mais, “estão se afastando da generalidade e da abstração para se transformar em instrumento voltado para a solução de situações particulares ou emergenciais.” (BIANCHINI, MOLINA, GOMES, 2009, p. 287).

Vislumbrando tal problemática e contextualizando a posição assumida pelo direito penal nessa seara, Luiz Fernando Kazmierczak expõe que:

Estamos diante de um discurso penal que agrada a sociedade, pois nele estão depositadas todas as esperanças de pacificação social. Diante de um caso grave, de uma atrocidade cometida, de um crime que provoca a

comiseração pública, a multidão clama por rigidez e tratamento severo aos agentes, muitas vezes, provocada por uma mídia sensacionalista e despreparada que se julga como técnicos e teóricos em políticas criminais. (2010, p. 69-70)

Tal forma de controle social formal¹⁴⁹ não pode ser adotada na busca da pacificação social, vez que é evidente que tal discurso apenas camufla o problema sem enfrentá-lo de fato. Assim, demonstra-se mais plausível no tratamento da problemática social, a tutela inicial por outros ramos do ordenamento jurídico, quando estes demonstrarem que são forte o suficiente na proteção de determinados bens, resguardando a utilização do direito penal apenas quando for realmente necessária sua intervenção; opção que, no entanto, não tem tido guarida em nosso sistema.

Intitula-se de sistema penal

[...] o controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca desde quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito até que se impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei e institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para esta atuação. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2004, p. 69)

Tal forma de “*controle social punitivo institucionalizado*”¹⁵⁰ é constituída pelo sistema penal e nele, segundo Eugênio Raul Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, se incluem ações controladoras e repressoras. Para eles, “o sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizado em forma punitiva e com discurso punitivo” (2004, p.68).

É este o discurso que desperta na população a crença no direito penal como meio de lidar com a problemática da segurança, principalmente através da repressão, em sua face punitiva.

Dessa forma, ao visualizarmos além dessa sistematização de normas penais envoltas por um sistema de controle social punitivista e inflexível, conduzido por um discurso penalista que, visando contentar a sociedade, acaba por mascarar a realidade social vigente, percebemos sua enganiosidade. Mais cabível, em termos de controle social, faz-se tratar de uma política criminal¹⁵¹

¹⁴⁹ “Através dos sistemas de controle social é que se impõem os limites ao comportamento dos integrantes do grupo social, de forma a permitir o bom funcionamento das relações sociais e manter suas formas de vida e cultura.” (SMANIO, FABRETTI, 2010, p.95)

¹⁵⁰ Tal expressão definidora do sistema penal é atribuída a Zaffaroni e Pierangeli; e esclarecendo tal designação Nilo Batista atribui “à *vox* ‘institucionalizado’ a acepção de concernente a procedimentos estabelecidos, ainda que não legais”, englobando um campo ainda maior que o do direito penal (BATISTA, 2005, p.25).

¹⁵¹ Conforme dispõe Nilo Batista (2005, p.35), “O campo da política criminal hoje tem uma amplitude enorme. Não cabe mais reduzi-la ao papel de ‘conselheira da sanção penal’, que se limitaria a indicar ao legislador onde e quando criminalizar condutas”. Assim a política criminal hoje demonstra ser essencial no contexto da propositura de medidas mais eficazes na

engajada com a realidade social vigente e toda sua problemática, aspirando a medidas efetivas no contexto da pacificação social.

Até porque, como alerta Eugênio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli:

O sistema penal é a parte do controle social que resulta institucionalizada em forma punitiva e com discurso punitivo [...] Dentro do sistema penal, o direito penal ocupa apenas um lugar limitado, de forma que sua importância, embora inegável, não é absoluta, como as vezes se pretende, especialmente quando dimensionamos o enorme campo de controle social que cai fora de seus estreitos limites. Para evitar os enganos onipotentes, que levam a efeitos paradoxais por via de ficções, é indispensável ter presente, a todo o momento, estes limites e este panorama. (2004, p.68)

Logo, cabe ainda ressaltar, para que fique bem claro, que o controle social vai muito além da utilização do direito penal, de forma que estes possui seu campo limitado até mesmo dentro do próprio sistema penal, havendo, em uma política criminal sólida e eficiente, uma imensidão de medidas a serem sopesadas para a realização do controle social.

Uma política criminal eficiente, na busca de pacificação social, não deve apenas visar atender sua população de forma imediata através dos braços fortes do direito penal que podem proporcionar a sensação de maior segurança frente aos desvios sociais através de medidas de cunho eminentemente penal. Ela deve tratar de todas as medidas no combate à violência, não só na sua forma repressiva, como também na preventiva, sem desconectar-se de medidas indispensáveis de políticas sociais que são fundamentais para um aparato que propicie mais efetividade a um sistema penal menos intervencionista

É entendimento de Bismael B. de Moraes acerca das políticas criminais de prevenção e repressão ao delito que:

A prevenção salva, dá segurança e evita gastos maiores: a repressão embrutece, amedronta, fere, mata e atinge a liberdade. Mas a prevenção é difícil, pois requer preparo e vocação, além de ser silenciosa e não render dividendos aos 'espertos. Já a repressão é fácil, viciosa e atraente, podendo ensejar o exibicionismo e a vaidade aos faltos de moral, e, acima de tudo, apresenta-se rentável sobre vários ângulos. A prevenção é um bem para todos; a repressão é conveniente para alguns. (MORAES, 2000, p.89)

Com isso, diante do clamor popular por mais segurança, fica fácil notar que se mostra bastante atraente a opção de reprimir prontamente o crime

realização do controle social, uma vez que extrapola os limites convencionais do direito penal.

praticado. Tal ação estatal não deixa de ser uma forma de mostrar que se tem a situação sob controle; e tal atitude exibicionista acaba, de uma forma ou de outra, trazendo uma falsa sensação de segurança à sociedade. Entretanto, em termos de efetividade, mais eficiente se mostra o enfrentamento do problema através da prevenção que dá segurança de fato e evita maiores gastos futuros; embora não haja interesse político nessa medida, devido a forte pressão imediatista tão privilegiada erroneamente em nossa cultura.

Luiz Fernando Kazmierczak declara ainda ser certo que o sistema penal encontra-se já há tempos em uma crise ideológica e afirma que “Hoje assiste-se a uma verdadeira expansão do Direito Penal tendo por locomotiva os reclamos sociais por uma maior segurança” (2010, p.69).

É fácil notar esse clamor por repressão e embrutecimento do sistema a todo o momento em nossa sociedade. Tal fato pode ser evidenciado, por exemplo, em acontecimentos cotidianos e até mesmo corriqueiros, quando, com certa frequência, clama-se pela redução da maioria penal, toda vez que se noticia um delito praticado por um menor, o que sempre gera manifestações, notáveis até mesmo nas redes sociais, pelo recrudescimento do sistema, sem ao menos se refletir o mínimo que seja sobre toda a sistemática que envolve o problema.

Nessa toada, temos a utilização do Direito Penal como:

[...] instrumento de crueldade e vingança, que surge no seio da sociedade quando diante de casos atroz, clama por uma punição simbólica para aquele infrator. Criam-se estereótipos de criminalidade, o que reforça a ideia de recrudescimento das estruturas repressivas como forma de vender a sensação de segurança promovida pelo Estado. (KAZMIERCZAK, 2010, P.70)

Levando-se em conta o caráter instrumental da violência e da criminalidade aparente que se faz presente cotidianamente nos noticiários para toda a sociedade, podemos visualizar nos anseios sociais as expectativas depositadas em um direito penal que clama por uma legislação repressiva e penalizadora, expressão máxima da utilização daquela intitulada ‘violência institucional legitimada’ do sistema penal vigente, que tem privilegiado ações repressivas em detrimento da prevenção

Tendo em vista esse contexto, Eugenio Raúl Zaffaroni e Edmundo Oliveira ao tratarem de criminologia e de política criminal constata tal fato e traz a tona quatro pertinentes apontamentos, dividindo a crítica ao direito penal em quatro ordens: a) a do *exercício real da repressão*, abrangendo o processo de criminalização secundária, mais amplo, e que implica na opressão do dominante sobre o oprimido; b) a *criminalização primária*, representada pela legislação repressiva ou penal; c) o *discurso jurídico-penal ou ideológico*; e, d) a *propaganda do sistema penal*, que se apresenta pela opinião pública (ZAFFARONI, OLIVEIRA 2010, p. 7-8).

Dentro dessas quatro ordens de crítica ao direito penal trazida por

Zaffaroni, importante delimitar, como principal foco para maiores reflexões, exatamente, o viés da criminalização primária conduzida por uma legislação eminentemente repressiva diante do clamor social, que vem reforçar o imediatismo do nosso país no tratamento da criminalidade aparente, em que se discutem os efeitos da violência sem analisar as suas causas. Em decorrência disso, acaba-se sempre, conseqüentemente, chegando à discussão de como reprimir, mas não no como prevenir, sendo essa uma tática que acaba por desviar o foco das reais causas do problema.

Nesse contexto, podemos notar uma falha científica na utilização do direito penal, que acaba por refletir em uma ideologia desviante do sistema penal de supervalorização da repressão conduzida pela errônea eleição do direito penal como importante meio de pacificação social – quando deveria ter apenas aplicação subsidiária –, sem perceber que tal escolha apenas mitiga o problema sem encará-lo de fato. Loïc Wacquant, ao deparar-se com tal problemática aponta essa falha ideológica do sistema penal:

O erro científico e cívico mais grave consiste, aqui, em crer e fazer as pessoas acreditarem – como apregoa o discurso da hiper-segurança que, hoje em dia, satura os campos políticos e midiáticos – que a gestão policial e carcerária é o remédio ótimo, o caminho real para a restauração da ordem sociomoral na cidade, senão o único meio de garantir a ‘segurança’ pública, e que não dispomos de nenhuma outra alternativa para conter os problemas sociais. (WACQUANT, 2007, p. 22-23)

Dessa forma, fica bastante visível a eleição política pela via da repressão, frente à prevenção do delito, preferindo-se abafar os ‘sintomas’ do problema o mais rápido possível, quando através da prevenção o problema poderia ser atacado em suas causas.

Cabe também pontuar que a proliferação do discurso repressivo, que faz com que muitas expectativas da sociedade civil recaiam sobre o direito penal, é, na maioria das vezes, conduzida pelos campos político e midiático, demonstrando a falta de interesse em, de fato, enfrentar o problema em suas causas. Não há dúvidas de que é politicamente mais atraente reprimir prontamente o crime praticado, como forma de demonstrar atitude no combate ao delito, quando na verdade, dever-se-ia optar pela prevenção do delito. Entretanto, esta última alternativa é uma tarefa muito mais árdua que a primeira, pois implicam em prestações positivas, contribuições e esforços solidários que devem buscar neutralizar as situações de desequilíbrio e conflitos sociais através de medidas efetivas no enfrentamento das causas do problema. Assim, a disseminação desse discurso, trazido por Loïc Wacquant, tal qual como se encontra atualmente, evidentemente não enfrenta de fato o problema almejando apenas resultados imediatos que propiciem sensação de segurança a sociedade que clama por ação.

Evidente fica ainda o desvio na atuação do sistema penal, através de

uma ideologia distorcida que acaba por incutir nos cidadãos a repressão como a única forma possível de minimizar os problemas através do recrudescimento do sistema, o que acaba por alavancar ainda mais clamores por maior rigidez no sistema. Tal fato incide diretamente em toda a sistemática penal, que vai desde a tipificação de condutas à imposição e execução da pena, acarretando também a proliferação de novas leis penais como uma forma de se garantir a 'segurança' pública, por meio da repressão às condutas desviantes, atendendo a esse 'sentimento de vingança' que se encontra no seio da sociedade.

CONCLUSÃO:

Torna-se assim, elementar a fixação de um posicionamento acerca da postura que deve ser assumida pelo Estado no enfrentamento da problemática do complexo fenômeno criminal. Uma análise crítica com relação às posições estatais até então adotadas permite uma melhor visualização do papel que, de fato, deve ser assumido por ele diante dos interesses envolvidos - ou mesmo a falta deles - na solução do problema, sopesando os 'custos sociais', meios e instrumentos disponíveis para isso.

Diante de uma sociedade que vê no sistema penal uma importantíssima forma de controle social - atribuindo-lhe, em alguns momentos, até mesmo maior relevância do que deveria possuir - essencial demonstra-se a importância da tomada de decisões políticas racionais que busquem direcionar de forma adequada o modo de atuação das mais diversas formas de composição dos conflitos sociais. Tais decisões quando eleitas de forma engajada com a realidade social, passam a fazer parte de uma política criminal consistente e eficaz no tratamento da problemática social, que deve o Estado se destinar a tutelar.

A partir de uma análise da atuação estatal diante do fenômeno criminal, sua complexidade e seus desafios, verificamos que várias são as causas que podem ser apontadas na tentativa de compreender-se tal fenômeno, dentre as quais, apontamos a omissão do Estado em assumir sua precípua função preventiva, na busca de atingir os males que assolam nossa sociedade ainda em sua formação, sem aguardar que tais fenômenos se manifestem para apenas posteriormente atuar.

Assim, concluímos que não há como falar sobre combate a criminalidade e em um sistema penal com maior efetividade sem se falar, principalmente, sobre prevenção. Ela demonstra ser a melhor forma de se combater a criminalidade, e, diminuindo-a, alcança-se o crime em suas causas e raízes, devendo o sistema penal brasileiro direcionar esforços na implementação de políticas públicas fortes e eficientes que antecedam a prática da infração penal, como forma de melhor operacionalizar o sistema.

A prevenção do delito implica em esforços solidários, contribuições e prestações positivas que busquem neutralizar situações de carência, conflitos, desequilíbrios e necessidades básicas do cidadão.

Objetivamente, temos que as reformas penais costumam produzir efeito positivo efêmero logo após a sua aprovação, mas, em seguida, a criminalidade

volta com toda intensidade se não se agir também no foco do problema.

Para fazer frente a isso, o Estado deve destinar recursos de forma responsável sempre visando a melhoria das condições sociais de toda sua população, o que conseqüentemente trará, por parte do Estado, grande contribuição para o decréscimo da criminalidade, uma vez que, não se deve suprir as omissões institucionais do Estado atendendo-se com medidas imediatistas os clamores sociais e midiáticos pelo recrudescimento do sistema diante das mazelas sociais; da mesma forma que não é através de políticas públicas extremamente assistencialistas – que também rendem votos fáceis – que se soluciona e enfrenta efetivamente toda essa problemática.

Não se demonstra aceitável a omissão do Estado na garantia de direitos básicos do cidadão, constitucionalmente consagrado em detrimento da adoção de medidas imediatistas e superficialistas.

Deve-se exigir uma postura mais engajada do Estado com a realidade social, capaz de operacionalizar o sistema na busca de maior efetividade às medidas propostas, ao invés de camuflar uma atuação estatal através de leis penais mais severas desprovidas de eficácia social.

Uma atuação estatal de forma coordenada, em que todas as engrenagens da máquina do Estado efetivamente funcionem e desempenhem seus respectivos papéis acaba conseqüentemente, distribuindo de forma mais ordenada o ônus do tratamento da problemática dos conflitos sociais sem depositar em determinado setor responsabilidades que ele, sozinho, não pode assumir. Na assunção de sua responsabilidade diante da apreciação da complexidade do fenômeno criminal, deve o Estado prezar sempre pela implementação de políticas públicas fortes e engajadas com a realidade social que visa tutelar, buscando tratar a problemática do fenômeno criminal diretamente em suas raízes.

Referências bibliográficas:

- BALESTRERI, Ricardo Brisolla. *Direitos humanos: coisa de polícia*. CAPEC – Centro de Assessoramento a Programas de Educação para a Cidadania, Passo Fundo: Pater, 2010.
- BAPTISTA, Carlos Alberto. *Crescimento da Criminalidade e Atuação Estatal*. Curitiba: Juruá, 2007
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Tradução: Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2003.
- BIANCHINI, Alice. MOLINA, Antonio García-Pablos de. GOMES, Luiz Flávio. *Direito penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- DONNICI, Virgílio Luiz. *A Criminologia na administração da justiça criminal: sistemas judicial, policial, penitenciário*. 2. Ed. ver. e aum. Rio de Janeiro: Forense, 1976.
- GARRIDO, Vicente; STANGELAND, Per; REDONDO, Santiago. *Princípios de Criminologia*. Valencia: Tirandi lo blanch, 2001.
- GRAU, Eros Roberto. *O direito posto e o direito pressuposto*. São Paulo: Malheiros,

1996.

HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. Revista de Direito Alternativo. São Paulo: Acadêmica, n.3, p. 20-34, dez. 1994.

KAZMIERCZAK, Luiz Fernando. *Direito Penal Constitucional e Exclusão Social*. Porto Alegre: Nuria Fabris Editora, 2010.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2003.

MADEIRA DA COSTA, Yasmin Maria Rodrigues. *O significado ideológico do sistema punitivo brasileiro*. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

MEZZAROBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia da Pesquisa no Direito*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MORAES, Bismael B. (Cord.). *Segurança Pública e direitos individuais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

PASTANA, Débora Regina *Justiça penal no Brasil contemporâneo: discurso democrático, prática autoritária*. São Paulo: ed. UNESP, 2009.

SANTIN, Valter Foletto. *Característica de direito ou interesse difuso da segurança pública*. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP. v. 5, Jacarezinho, p. 208-216, 2005.

SILVA, Ivan Luiz. *Crime organizado: aspectos jurídicos e sociológicos*. Belo Horizonte: Ciências Jurídicas, 1998.

WACQUANT, Loïc. *Os condenados da cidade: estudos sobre marginalidade avançada*. Trad. de João Roberto Martins Filho. Rio de Janeiro: Renavan, 2005.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Ideologia, Estado e direito*. 3. Ed. ver. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. OLIVEIRA, Edmundo. *Criminologia e política criminal*. Rio de Janeiro: GZ Ed., 2010.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. vol, 1. 5. Ed. rev e atual. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TEORIA DO DESVIO DO PODER: O JUSTIÇAMENTO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Fábio Ricardo Rodrigues dos Santos¹⁵²

Resumo:

O presente trabalho analisa a Teoria do Desvio do Poder, e o conseqüente justicamento. De acordo com o ordenamento jurídico, os poderes administrativos são mecanismos atribuídos ao Estado, para a concretização do interesse público. Ao passo, que o desvio de poder, provoca uma inversão de valores e, pois, o fim colimado ao Estado é transferido para uma realização de uma justiça de ordem meramente justiça pessoal. Com efeito, estaremos diante do enfraquecimento do próprio Estado, muito embora os conceitos justiça e justicamento sejam próximos os seus princípios, bem como os valores são deveras distintos.

INTRODUÇÃO

A busca incessante por modelos ou instrumentos de limitação do exercício do poder, calcados na democracia, é pauta constante do Estado Democrático de Direito. Assim, o presente estudo tem por fito à análise dos contornos básicos da Teoria do Desvio de Poder, apresentando seu conceito, seus requisitos, a forma como pode ser identificada e os meios de prova possíveis.

Nessa perspectiva observada, os agentes públicos por meio de atos administrativos, cada vez mais, tem ignorado os princípios da isonomia, legalidade, impessoalidade, promoção pessoal, trazendo para as raias da Administração Pública, questões personalizadas e personificadas, portanto, em mero proveito pessoal. As inúmeras situações vivenciadas profanam princípios constitucionais, da isonomia e o direito ao julgamento imparcial e justo, portanto, se acaso não observados violam a própria democracia, ferindo a soberania estatal.

Assim, o exercício do poder é sempre condicionado à vontade popular, observada a ordem jurídica. Por tais razões, diversas teorias foram incrementadas com o fito de condicionar à atuação do Poder à exigência da busca constante do interesse eleito pela sociedade como prevalecente, ou seja, o interesse público que deve pautar ações do gestor público.

De qualquer sorte, sob qual for o modelo de sociedade adotado, não podemos passar ao largo da figura do Poder, pois, uma sociedade sem a ideia de Poder está fadada ao desaparecimento, uma vez que é por este autossustentada. Portanto, não temos sociedade sem poder, não existindo o próprio poder sem sociedade, sendo que todos os modelos de sociedade

¹⁵² Mestrando em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Processual Civil - UNIVEM. Professor das Faculdades de Ciências Jurídicas e Gerenciais de Garça. Advogado

apresentados, desde os tempos mais remotos sinalizam a existência de um poder.

Partindo deste prisma de Poder, surge o modelo de autoridade, pois aquele que possui investidura de Poder está revestido do manto de autoridade, inclusive exercendo o poder e controlando o mesmo.

O Poder é figura indispensável e essencial ao Estado, já que ele é o próprio Estado. Devendo sempre ser ligada ao ideário de não personificação do Poder, pois a este inerente tão somente a figura do próprio Estado.

Vale ressaltar que o Poder Estatal, surge da junção da vontade de diversos indivíduos que compõe a sociedade, portanto, firma a própria soberania popular e, assim a democracia. O sentido do poder ou dominação estatal nunca poderá partir da premissa que alguns homens estão submetidos a outros, mas que de que todos os homens estão submetidos às normas e, assim, ao próprio Estado, este é o Estado Democrático de Direito.

Deve-se frisar, conforme supracitado que todos são submetidos a norma, bem como a que esse o valor normativo é no sentido concordância com a vontade preponderante da maioria, ou seja, objeto de uma democracia, legitimada pelo Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, a normatividade dá ensejo ao princípio da legalidade que nasce como forma de condicionar o agente público a sua completa submissão à lei, que representa o real sentido trilhado pela sociedade e obtida através do consenso dos cidadãos, consagrando a democracia.

Ainda, em virtude do princípio da legalidade, o agente estatal é imparcial e impessoal, pois, ali ele é tão somente agente estatal que deve obediência a todos aspectos formais da lei, aos quais a sociedade dita tal legalidade, não comportando qualquer atalho viciado na prática de atos administrativos, assim, surge com o objetivo de coibir tal conduta viciada, tendo como marco as decisões do Conselho de Estado Francês, que criou a Teoria do Desvio de Poder, que coíbem a bem da verdade consiste em vedação ao desvio de finalidade.

A partir dessa teoria, averigua-se a conduta do agente público, o exercício de suas competências, a estrita observância da finalidade, bem como dos objetivos preconizados pela lei, ou seja, a vontade geral, sem jamais mascarar interesses escusos.

Indaga-se o elemento subjetivo do agente, a fim de determinar se a competência exercida está em conformidade com a finalidade legal, logo após, detectada qualquer anomalia anula-se o ato administrativo que fora levado a efeito com vício de intenção, pois, estamos ferindo a própria vontade da maioria, pois trouxe a carga de intenção pessoal do agente.

Embora tenha sido desenvolvida na França e ainda, amplamente estudada na Itália, a teoria de desvio de poder ou desvio de finalidade foi amplamente incorporada na doutrina, na jurisprudência e no sistema positivo brasileiros, estando presentes em diversos julgados com esse fundamento, tendo em vista que, infelizmente, a vida administrativa brasileira é pródiga em casos onde o administrador público, valendo-se de poderes que lhe foram legalmente conferidos para agir na busca do interesse público, afasta-se dessa

imposição legal e age com vistas a objetivos particulares ou em desconformidade com a finalidade específica da norma de competência e, o pior por vezes realizando o intitulado justicamento, pois age segundo o seu exclusivo senso de justiça.

1 BREVE RELATO HISTÓRICO DA TEORIA DO DESVIO DE PODER

A análise de qualquer ato administrativo inerente ao Poder Estatal, é de sumo interesse para administração pública e para o próprio Estado, uma vez que, a cada pronunciamento da administração, movemos todo aparelhamento estatal, seja estabelecendo, seja criando novas relações jurídicas, que devem irrestritamente observar sua finalidade.

A Teoria do Desvio de Poder tem como nascedouro a França, mais precisamente no Conselho de Estado Francês, conforme apresenta a obra clássica “Do Desvio de Poder”. Vejamos: O *detournement de pouvoir* surge das ininterruptas tomadas de posição do Conselho de Estado, configurando-se toda vez que a autoridade administrativa muito embora competente, usa os poderes de que se acha investida para atingir fim diverso daquela para o qual os poderes lhe tinham sido delegados. CRETELLA JUNIOR (1964, p. 72)

O Conselho de Estado Francês, é a mais alta corte administrativa, possui suma importância para o direito administrativo, principalmente como importante instrumento de controle do arbítrio estatal e de defesa das liberdades públicas. E, através da jurisprudência do Conselho de Estado, que foi desenvolvida a Teoria do abuso de Poder, ganhou destaque pelo *leading case*, intitulado “Lesbats”, decidido em 25 de fevereiro de 1864 e confirmado em 7 de junho de 1865, tão bem delineado por Hely Lopes Meirelles (2008, p. 112), em sua obra Direito Administrativo Brasileiro,

No caso *Lesbats*, o Prefeito de *Fontainebleau*, a pretexto de executar a lei que lhe autorizava regular o estacionamento de ônibus defronte à estação ferroviária, proibiu a recorrente de entrar e estacionar seus carros no pátio daquela estação. Conhecendo do recurso, o Conselho de Estado anulou a decisão do Prefeito, afirmando que houve *détournement de pouvoir*, porque seu ato visava a dar privilégio a outra empresa, quando a lei não lhe concedia esse poder, nem permitia discriminações entre as transportadoras de passageiros naquele local (cf. Sirey, Refonte, t. 9, III, p. 46, decisão de 25.2.1864).

Nesse passo, tal instituto é irradiado, a outros sistemas jurídicos e, especialmente ao modelo Italiano, conforme descreve CRETELLA JUNIOR (1964, p. 79-80) os doutrinadores italianos acolheram a teoria do desvio de poder, completando a construção jurisprudencial e, com apoio na recente e vitoriosa criação gaulesa, dotam o direito italiano de mais um remédio contra a

prepotência administrativa.

No Brasil, a Teoria do Desvio do Poder toma contornos diferentes, inclusive com precedentes históricos importantes, remontando o Brasil de 1940, senão vejamos:

Caso interessante ocorreu, também, num município, cujo prefeito, a pretexto de que as finanças municipais periclitavam pelo excessivo número de servidores, demitiu funcionário público nomeado em caráter efetivo. Caracterizou-se a figura em questão quando, alguns dias depois, dezenas de nomeações foram feitas, sendo que algumas para cargos exatamente da mesma natureza daquele de que fora afastado o servidor demitido. Descobriu-se que o prefeito era inimigo pessoal desse funcionário. Houve, nesse caso, portanto, desvio de poder. CRETELLA JUNIOR (1964, p. 56)

Portanto, historicamente o Brasil, não se olvidou a tal, ainda atrelou a outros princípios conforme balizadores do Direito Administrativo, assim tratado por ABRÃO (2006, p. 42-43, grifo nosso):

O desvio de poder, isto é, a aplicação da **teoria do desvio de poder** na anulação dos atos administrativos, oferece poucos exemplos concretos nos tribunais brasileiros. A mais expressiva manifestação jurisprudencial, porque lastreada de substâncias doutrinária e adequação da hipótese, é o Acórdão de 28 de julho de 1948, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte, na apelação cível nº 1.422, que se fundou em erudito voto do desembargador Seabra Fagundes. Trata-se de mandado de segurança sobre o exercício do poder de polícia do trânsito por parte da autoridade estadual competente e, que fixou horário para tráfego de determinada companhia de ônibus visando prejudicá-la em benefício de empresa concorrente. Decidiu, unanimemente, o Tribunal potiguar que o ato da Inspetoria Estadual de Trânsito não atendia ao interesse público previsto na lei, ou seja, ao bom funcionamento do serviço de transporte, mas visava a outro fim, estranho ao conteúdo de sua competência. É de sinalizar a analogia entre a espécie e o caso *Lesbats*, no qual se iniciou a criação do *détournement de pouvoir* na Jurisprudência do Conselho de Estado da França. Este acórdão, que mereceu comentário de Vitor Nunes Leal, é o leading case da jurisprudência brasileira na matéria. Na atual conjuntura, a doutrina jusadministrativista brasileira revela tendência para o ativismo judicial ao procurar apresentar

argumentos de ordem teórica para ampliar a latitude do controle jurisdicional do ato administrativo. **A doutrina brasileira caminha na direção de fornecer subsídios à ampliação do controle jurisdicional da discricionariedade. Mas, em contrapartida, os tribunais brasileiros têm assumido atitude de autocontenção em relação controle do mérito do ato administrativo.** A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, anterior e posterior à Constituição de 1988, sempre se orientou precisamente para a insindicabilidade do mérito do ato administrativo. Antes da Constituição de 1988, era afirmação corrente do Pretório Excelso que, “sendo legal o ato, não há como interferir o Judiciário no mérito do mesmo”. O Supremo Tribunal de Justiça cristalizou igual diretriz jurisprudencial ao decidir que: É defeso ao Poder Judiciário apreciar o mérito do ato administrativo, cabendo-lhe unicamente examiná-lo sob o aspecto de sua legalidade, isto é, se foi praticado conforme ou contrariamente à lei. Esta solução se funda no princípio da separação de poderes, de sorte que a verificação das razões de conveniência ou oportunidade dos atos administrativos escapa ao controle jurisdicional do Estado.

Um dos princípios estruturantes do regime geral dos direitos fundamentais é o *princípio da igualdade*. O enunciado semântico do art. 13 - o princípio da igualdade - condensa hoje uma grande riqueza de conteúdo cujos traços mais importantes são os seguintes: 1.1 *Igualdade na aplicação do direito* - A afirmação - ‘todos os cidadãos são iguais perante a lei’ - significava, tradicionalmente, a exigência de igualdade na aplicação do direito. Numa fórmula sintética, sistematicamente repetida, escrevia Anschutz: ‘as leis devem ser executadas sem olhar às pessoas’. A *igualdade na aplicação do direito* continua a ser uma das dimensões básicas do princípio da igualdade constitucionalmente garantido e, [...], ela assume particular relevância no âmbito da aplicação igual da lei (do direito) pelos órgãos da administração e pelos tribunais.

Portanto, alguns caminhos ainda separam doutrina e jurisprudência, contudo os contornos já estão postos, pois posta à baila princípios delineadores da administração pública, tal qual a moralidade, devem ser sempre amarrados e atrelados ao ato administrativo.

2 DO USO DO PODER E O SER HUMANO

Dado que o exercício do Poder, é atribuída a autoridade estatal, sendo um atributo do agente público, há que se considerar ainda os princípios norteadores da administração pública, que não podem ser olvidados.

O uso do poder deve observar todos os princípios pautados no direito administrativo (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência), dando ainda maior pujança ao interesse público que deve revestir o ato, pois a Constituição é que elegeu tais atos.

Nesta senda, o saudoso Hely Lopes Meirelles (2008, p. 111-112), traçou os seguintes comentários: o poder administrativo concedido à autoridade pública tem limites certos e forma legal de utilização. **Não é carta branca para arbítrios, violências, perseguições ou favoritismos governamentais.** Qualquer ato de autoridade, para ser irrepreensível, deve conformar-se com a lei, com a moral da instituição e com o interesse público.

Acontece que estamos a lidar com o ser humano, susceptível a todos os tipos de emoções: amor, ódio, ganância, vingança dentre outros sentimentos. Ademais, diante do poder, algo que seduz ferozmente o ego humano, a irracionalidade, às vezes assombra o agente público.

Como já alardeou GIACÓIA, apud, SAMPAIO DÓRIA, 1958, p. 33 que:

Ao referir-se à autoridade, como uma "coação incontestável, não para sacrificar a liberdade, mas para defendê-la em seu exercício". E acrescentava: "coexistem em harmonia, liberdade e autoridade, indivíduo e Estado. Aquele, com um destino próprio, um fim em si mesmo; e este, meio para a realização do destino humano. "O exercício do poder, portanto, não pode jamais perder de vista tal objetivo: a realização da pessoa humana, enquanto ser individual, porém, que faz parte do todo social. Daí decorre, a preservação do valor da individualidade, nele considerado o direito de decidir o decidir o próprio destino, conexo ao da vida.

Portanto, o objetivo do uso do poder deve ser individualidade da pessoa humana, no entanto, devendo sempre pautar-se na preservação dos valores dos indivíduos, sendo sempre possível a preservação de todos os institutos, tais quais à liberdade, autoridade, indivíduo e Estado, pois o fim em si do Estado nada mais é que o próprio ser humano, estribado na democracia pautada na justiça.

Assim, todo ato administrativo desviado, não e que não tenha sido praticado em observância a ordem jurídica justa, será um atentado a democracia, por desvio de finalidade ao fim colminado.

E, assim asseverou firmemente o poeta popular Patativa de Assaré (2005, p. 75), no poema "In lição direta 84":

Democracia é justiça
Em favor do bem comum
Sem trapaça e sem malícia
Defendendo cada um,
(...)

A democracia tem por obrigação a defesa de cada um dos indivíduos inseridos em sociedade, por vezes, a defesa do próprio indivíduo, frente ao Estado, inclusive limitando o poder estatal. Considerando que aqueles que exercem o poder tendem a abusar, assim, temos que ter um contrapeso para possibilitar o equilíbrio na relação de Poder.

Conforme proclamado no art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil (1988) que trouxe, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático, ao delinear que "Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente". Assim, se faz sob o manto do Estado democrático de direito impõe a exigência de reger-se por normas democráticas e, bem por isso cumpri-las.

Assim, a democracia é um processo e, dentro deste o governo deve satisfazer a exigência de que todos os membros de uma sociedade estejam igualmente capacitados a participar de decisões sobre sua política, alguns critérios devem existir

Neste sentido, SCHUMPETER (1984, p. 304), enfatiza que:

A Democracia é um método político, ou seja, um certo tipo de arranjo institucional para se alcançarem decisões políticas-legislativas e administrativas-, e portanto não pode ser um fim em si mesma, não importando as decisões que produza sob condições históricas dadas (pág.304)

Portanto, muito embora direito é direito e política é política, muitas das vezes para o estabelecimento da democracia tais conceitos devem caminhar *pari passu*, pois toda decisão administrativa que tragacarga de discricionariedade passa pela política, devendo ser crivada pelo direito.

O constitucionalista e Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso (2013, p. 13, grifo nosso) corrobora com a seguinte ideia, senão vejamos:

Direito é política, proclamava ceticamente a teoria crítica do Direito, denunciando a superestrutura jurídica como uma instância de poder e dominação. Apesar do refluxo das concepções marxistas na quadra atual, é fora de dúvida que já não subsiste no mundo contemporâneo a crença na idéia liberal positivista de objetividade plena do ordenamento jurídico e **neutralidade absoluta do intérprete**. *Direito não é política*. **Somente uma visão distorcida do mundo e das instituições faria equiparação dessa natureza, submetendo a noção do que é correto e**

justo à vontade de quem detém o poder.

Ponderando, que estamos sob a égide do Estado Democrático de Direito não podemos admitir o uso desviado do poder, pois o sentido de justiça não encontra ressonância no conceito de justiça do detentor do poder, pois este conceito é fornecido pelo direito e não pelo administrador público.

3 O DESVIO DE FINALIDADE E O JUSTIÇAMENTO

Todo ato administrativo deve ser em sua essência o interesse público resguardado, pois a manifestação da administração pública na prática de um ato é manifestação do Estado, que observou o interesse maioria, visando o bem comum ao contrário do desvio de finalidade.

O desvio de finalidade ocorre quando o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca finalidade alheia a qualquer interesse público Bandeira De Mello (2004, p.58-60). Tal prática fugaz é rotineira na administração pública, sendo referido abuso visto com naturalidade por parte do agente público, pois ali este faz “a sua justiça”, assim, diversos casos tem sido apreciados pelos Tribunais. Vejamos:

“Administrativo. remuneração de vereadores. desvio de poder. artigo 37, c.f. leis complementares nums. 25/75, 38/79, 45/83 e 50/85. 1. o **desvio de poder pode ser aferido pela ilegalidade explícita (frontal ofensa ao texto de lei) ou por censurável comportamento do agente**, valendo-se de competência própria para atingir finalidade alheia aquela abonada pelo interesse público, em seu maior grau de compreensão e amplitude. a análise da motivação do ato administrativo, revelando um mau uso da competência e finalidade despojada de superior interesse público, defluindo o vício constitutivo, o ato aflige a moralidade administrativa, merecendo inafastável desfazimento. 2. no caso, embora guardando a aparência de regularidade, ressaltado o desvio de finalidade, revestindo-se de ilegalidade deve ser anulada a resolução concessiva do aumento da remuneração. 3. recurso improvido” (STJ - REsp: 21156 SP 1992/0009144-0, Relator: Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, Data de Julgamento: 19/09/1994, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJ 10.10.1994 p. 27106 RSTJ vol. 73 p. 191 DJ 10.10.1994 p. 27106 RSTJ vol. 73 p. 191) (destacamos)

“SERVIDOR PÚBLICO. ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. MAGISTÉRIO. CONTRATAÇÃO TEMPORÁRIA. GESTANTE. DISPENSA. NÃO HÁ GARANTIA À ESTABILIDADE, MAS É DEVIDA A INDENIZAÇÃO

DECORRENTE DA INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS. CABIMENTO. JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA NAS CORTES SUPERIORES E QUE DEVE SER SEGUIDA EM HOMENAGEM ÀS MODIFICAÇÕES LEVADAS A EFEITO NA CARTA POLÍTICA E SOCIAL. DANO MORAL COMPROVADO. ASSÉDIO RELATADO NOS DEPOIMENTOS E QUE CAUSOU INDISCUTÍVEL ABALO À AUTORA. SUCUMBÊNCIA EXCLUSIVA DO ESTADO. CUSTAS DEVIDAS. 1. A garantia da estabilidade à empregada gestante (art. 10, II, b, ADCT) é norma protetiva da família e da dignidade humana e como tal merece ser estendida à gestante comissionada ou contratada temporariamente, para tão-somente garantir-lhe a indenização relativa à remuneração a que faria jus até o quinto mês posterior ao parto. Exegese neste sentido que também encontra substrato na regra do § 13 do artigo 40 da CF-88, que determinou a vinculação dos servidores ocupantes de cargos providos em comissão ao regime geral de previdência. Precedentes dos Tribunais superiores e também desta Corte colacionados. 2. Dano moral. O assédio para que a autora se desligasse do cargo ocupado temporariamente resultou comprovado, tanto que ela teve aumento de pressão arterial e parto prematuro, com a conseqüente impossibilidade do aleitamento. Pelas circunstâncias que permearam o feito, aliada à conduta dos representante dos Estado, suas conseqüências em relação à autora e sua filho, bem como à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o montante de R\$ 4.150,00 (quatro mil cento e cinquenta reais), equivalente à época do fato (NOV08) a dez salários mínimos, revela-se adequado à função reparatório-punitiva da indenização por danos morais. 3. Decaimento exclusivo do Estado. Ausência de embasamento para o pedido de compensação da verba honorária neste contexto. 4. Não pode haver a isenção do Estado ao pagamento das custas, pois a serventia por onde tramitou o feito é estatizada e os vencimentos de seus servidores, bem como o material que é empregado são custeados pelo Poder Judiciário. A atual realidade constitucional, com a consagração da autonomia financeira do Poder Judiciário na Constituição Federal de 1988, através da EC nº 45/2004, direcionadas as receitas de custas e emolumentos integral e exclusivamente para o custeio dos serviços judiciários (art. 98, § 2º, da Constituição Federal), não pode ser ignorada pelo intérprete qualificado pelo dever de prestar

a jurisdição. Foi por isso, que o colendo Órgão Especial do Tribunal de Justiça proclamou a inconstitucionalidade da Lei-RS nº 13.471/2010, na medida em que ela contém insuperável vício ante a usurpação, pelo Poder Executivo, da reserva de iniciativa exclusiva do Poder Judiciário. Isso foi feito no Incidente de Inconstitucionalidade nº 70041334053 e deve ser observado pelas Câmaras separadas.” APELAÇÃO IMPROVIDA. RECURSO ADESIVO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70038984696, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Nelson Antônio Monteiro Pacheco, Julgado em 27/03/2014)

Portanto, muitos detentores do poder tratam a discricionariedade e o próprio poder com visão míope, dado que discricionariedade exacerbada leva ao desvio do Poder, não vislumbrando negar as leis democraticamente elaboradas, ao seu bel prazer, pois, não raciocinam o poder como algo transitório e pertencente ao Estado, pessoalizam a situação em testilha e, atuam a sua conveniência, agindo de modo a desviar a verdadeira finalidade democrática da realização do bem comum, sempre respeitando a dignidade do ser humano. Assim, nas sábias palavras de descreve CRETELLA JUNIOR (1964, p. 79-80), que no geral o vício do desvio é caracterizado todas as vezes que falta uma efetiva correspondência entre o ato administrativo e o fim (tanto o genérico, de utilidade pública, como o específico, que pode emanar de normas particulares), para o qual se deu à autoridade o poder de agir

Conforme lapidado por JEAN RIVERO (1964, grifo nosso), o mesmo destaca à prática do ato desviado, traçando os aspectos pessoais, trazidos em seu bojo. Vejamos:

1º O caso mais evidente de desvio de **poder** é a **perseguição** pelo autor do ato de **um fim estranho ao interesse geral**: satisfação de uma inimizade pessoal, paixão política ou ideológica. 2º Há desvio de poder quando o fim perseguido, se bem que de interesse geral, não é o fim preciso que a lei assinava a tal ato.

Bem por isso, o agente público e a administração pública devem sofrer o controle, sob pena do cometimento de injustiça. É inerente ao ser humano à utilização do poder para realização de “sua justiça”, um verdadeiro justicamento que macula o exercício do poder estatal. O justicamento se dá por meio de aplicação de penas ou gravames ao indivíduo, ou a determinado grupo, ao arrepio da lei e do próprio Direito. Ao realizarmos a análise de Justicamento e Justiça, concluímos que ambas guardam a seu modo semelhanças, possuindo conceitos bem próximos, no entanto, são regidas por

princípio extremamente distantes.

O conceito de justiça dever ser emprestado do Direito Penal, devemos compreender e contextualizar ao direito administrativo. Pois, a *priori* reconhecemos que seria impossível o reconhecimento de uma sociedade justa, democrática e civilizada sem direitos e sem uma ordem jurídica pré-estabelecida, para a realização do controle social.

O sistema de controle social, indistintamente necessita do direito penal, que estabelece a punição para o indivíduo que pratique ações tipificadas como violadoras da ordem jurídica na seara penal.

Com extrema maestria professor Zaffaroni, entabula:

“Chamamos ‘sistema penal’ ao controle social punitivo institucionalizado, que na prática abarca a partir de quando se detecta ou supõe detectar-se uma suspeita de delito ate que impõe e executa uma pena, pressupondo uma atividade normativa que cria a lei que institucionaliza o procedimento, a atuação dos funcionários e define os casos e condições para a atuação.(...)”

Assim, a missão precípua do Estado e da própria ordem jurídica é buscar a harmonizar as relações jurídicas, preservando sempre a ética, a moral e todos os valores humanos, com o claro objetivo de alcançar a pacificação social, coibindo sempre qualquer forma de autotutela inclusive na administração pública.

Para Couto de Brito (2011, p. 75), bem tratou da questão da autotutela, vejamos:

“(...) o Estado conta com o monopólio exclusivo do jus puniendi ou direito de castigar (...) atribui-se ao Estado esta potestade de forma exclusiva. O fundamento encontra-se no contrato social, ou seja, em uma renúncia a favor do Estado, por parte de todos os que decidiram viver juntos, de parte de sua liberdade. Esta renúncia parcial da liberdade realiza-se em troca de que o Estado garanta-lhes outro espaço mais amplo de independência e autonomia, que corresponde a quem não cometeu delitos. (...) Tudo isso implica que particulares não possam fazer justiça pelos seus próprios meios, sem incorrer na comissão de um grave delito(..)”

Nesse passo, o justiça, seja na órbita penal, seja na esfera administrativa, traz consigo o conceito de autotutela, ou de justiça com as próprias mãos, uma vez que, ao utilizar de um conceito de justiça próprio se faz a própria justiça, passando ao largo da ordem jurídica justa e, assim ferindo a juridicidade do Estado e, assim ao Estado Democrático de Direito.

O agente administrativo, tem o dever de guardar sempre a juridicidade não comportando qualquer desvio, pois qualquer atitude que venha a contrariar os preceitos legais, o agente estará incorrendo em violação à soberania popular, pois o mesmo deve ser cumpridor da vontade do povo, observado sempre os preceitos democráticos.

Afirma, J. J. Canotilho (2007, p. 93, grifo nosso), enaltece a figura da juridicidade estatal, ao afirmar:

A concretização do Estado constitucional de direito obriga-nos a procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstâncias e condições históricas, os códigos de observação próprios de ordenamentos jurídicos concretos. Como veremos a seguir, a **“domesticação do domínio político”** pelo direito faz-se de vários modos e, por isso, deveremos ter cuidado em identificar conceitos como *Rechtsstaat*, *Rule of Law*, *état legal*, não obstante todos eles procurarem alicerçar a ***juridicidade estatal***.

Complementa o mestre Luzitano Canotilho (2007, p. 96) que os institutos supracitados, trazendo maior detalhamento *“o Rule of Law, o État Légal e o Rechtsstaat* buscam a concretização do Estado Democrático, fazendo-o, entretanto, engastando-se nas suas próprias especificidades culturais, a que se encontram irremediavelmente coarctados.

Conforme asseverado por Carrion (1997, p. 83/84), quando se fala em controle social da administração pública, procura-se sugerir a idéia de um controle ao mesmo tempo político e social, a exemplo dos últimos referidos. Não apenas um controle de legalidade, mas principalmente um controle de mérito, de eficácia, de conveniência e de oportunidade do ato administrativo.

Portanto, o Estado guiado pela juridicidade, não deve quedar-se a dominação política, justamente por esta conter vícios de cunho pessoais, na mesma linha de raciocínio complementa Canotilho (2007, p. 98), a articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional, significa assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos.

O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado constitucional. O **“poder político deriva do poder do cidadão”**. Assim, não pode o administrador público desviar tal poder no sentido de seus interesses.

Quanto a isso, Aron (1999, p. 33), remonta que Montesquieu, em *“O Espírito das Leis”*, asseverou, que O homem comum é incapaz de discutir e gerir a coisa pública, mas tem plena aptidão de escolher, participando do governo, quem melhor possa representá-lo para a tomada de decisões fundamentais.

Assim, a vontade popular é o meio para o exercício pleno da soberania, que fora manifestado do sufrágio universal praticado pelo povo com o voto direto, secreto e igual para todos. Contudo, não estamos diante de poderes

absolutos, uma vez que este poder esta sujeito diversas formas de controle, inclusive através do Poder Judiciário.

O desvio de finalidade ocorre quando o agente administrativo, servindo-se de uma competência que em abstrato possui, busca finalidade alheia a qualquer interesse público Celso Antonio Bandeira De Mello (2004, p. 58-60). Tal pratica fugaz é pratica rotineira na administração pública, sendo tal abuso visto com naturalidade por parte do agente público, pois ali este faz “a sua justiça”

Jean Rivero (1964, grifo nosso) chama atenção para a atenção para a prática do ato desviado e, bem exemplifica. Vejamos:

1º O caso mais evidente de desvio de **poder’ é a perseguição** pelo autor do ato de **um fim estranho ao interesse geral**: satisfação de uma inimidade pessoal, paixão política ou ideológica. 2º Há desvio de poder quando o fim perseguido, se bem que de interesse geral, não é o fim preciso que a lei assinava a tal ato.

Bem por isso, a agente público e administração pública devem sofrer o controle, o ser humano, utiliza o poder para realização de “sua justiça”, um verdadeiro justiçaamento que macula o exercício do poder estatal. O justiçaamento se dá por meio de aplicação de penas ou gravames ao indivíduo, ou a determinado grupo, ao arrepio da lei e do próprio Direito. Ao realizarmos a análise de Justiçaamento e Justiça, concluímos que ambas guardam a seu modo semelhanças, possuindo conceito bem próximos, no entanto, são regidas por princípio extremamente distantes.

J. J. Canotilho (2007, p. 93, grifo nosso), enaltece a figura da juridicidade estatal, ao afirmar:

A concretização do Estado constitucional de direito obriga-nos a procurar o pluralismo de estilos culturais, a diversidade de circunstancias e condições históricas, os códigos de observação próprios de ordenamentos jurídicos concretos. Como veremos a seguida, a “**domesticação do domínio político**” pelo direito faz-se de vários modos e, por isso, deveremos ter cuidado em identificar conceitos como *Rechtstaat*, *Rule of Law*, *état legal*, não obstante todos eles procurarem alicerçar a ***juridicidade estatal***.

Portanto, o Estado guiado pela juridicidade, não deve quedar-se a dominação política, justamente por esta conter vícios de cunho pessoais, na mesma linha de raciocínio complementa Canotilho (2007, p. 98), a articulação do “direito” e do “poder” no Estado constitucional, significa assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termos democráticos. O princípio da soberania popular é pois, uma das traves mestras do Estado constitucional.

O “**poder político deriva do poder do cidadão**”. Assim, não pode o administrador público desviar tal poder no sentido de seus interesses.

Assim, quando usurpado o poder do cidadão, utilizando-se o agente administrativo de sua própria justiça, o mesmo comete o justicamento, prática nefasta utilizada em tempos de ditadura no Brasil, que cisma a voltar à tona em atos de coronelismo, que desviam a finalidade pública, perseguindo e vingando-se as custas do Estado, este é o Justicamento na seara da administração pública.

Nos anos de chumbo, as relações do entre os poderes foi extremada, nos aos quais os militares ocuparam o Palácio do Planalto, ao ponto verdadeira ruptura o Executivo e o Supremo Tribunal Federal, quando, em 16 de janeiro 1969, três ministros serem aposentados à força e pela força do Ato Institucional 5 (AI-5), que ceifou a judicatura dos Ministros Hermes Lima, Victor Nunes Leal e Evandro Lins e Silva eram considerados de esquerda pelos militares, ficando ainda conhecido o “caso das chaves”, quando o então Presidente do Supremo Ministro, bradou a então Presidente Castelo Branco, que se houvesse as aposentadorias, entregaria as chaves do Supremo no Planalto (PIRES, 1979).

Mais uma vez Bandeira de Mello (2007, p. 48), aduz:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente.

Derradeiro, concluir que qualquer ato administrativo que fuja a tal conceito, tem por fito, perseguições, paixões políticas, podem caracterizar o Justicamento Administrativo, uma vez que tal situação embora paltada na legalidade é revestida por interesse/vícios ocultos insanáveis.

4 DIREITO FUNDAMENTAL À ORDEM JURÍDICA JUSTA NOS ATOS ADMINISTRATIVOS

Com o surgimento de uma nova concepção do ideal de justiça, trazendo consigo a implementação de valores constitucionais, vislumbramos uma sociedade mais segura, o direito por meio da ordem jurídica justa tem a eficácia de proteção do indivíduo contra atos meramente arbitrários de cunho egoísticos, pautados sempre em uma subjetividade de instabilidade das subjetividades transitórias. Portanto, estabeleceu garantias, sendo elas rígidas com um rol mínimo de valores assegurados, que não podem sofrer ingerências ao gosto das opções e conveniência política do detentor do poder, que assim

não poderiam ser modificados ao sabor das opções e conveniências políticas.

Nas lições de Freitas (2013, p. 371), ponderou em relação a democracia e administração da seguinte forma:

Nesse diapasão, há aspectos de cujo esclarecimento depende a calibragem do poder, nas relações de administração. Em primeiro lugar, o poder democrático precisa ser conduzido, passo a passo, à condição de relação derivada da racionalidade dissipadora de manipulação, isto é tem de deixar de ser fruto da dominação carismática, tradicional ou racional-legal, para evocar a tipologia weberiana. Nesse contexto, o poder democrático, como relação própria com os cidadãos pensantes, nada tem a ver com a violência, o medo ou emoções límbicas.

Tais considerações vão de encontro ao pensamento, que nos dias atuais, não se torna admissível a democracia de fachada, inclusive pondera mais uma administração pública é condicionada ao debate amplo sobre motivos das decisões administrativas, vedadas alegações vazias e evasões indecifráveis Freitas (2013, p. 373).

Portanto, a ordem jurídica justa também é um fim almejado pelo próprio Estado, não comportando nenhum tipo de desvio, pois o Estado no trato com o cidadão deve ser o primeiro a cumprir o ordenamento jurídico, sob pena de cair no arbítrio do justicamento e conseqüentemente a responsabilização estatal por tais atos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Estado existe para atendimento dos fins sociais, bem comum e manutenção da pacificação social, para tanto, utiliza-se da administração pública para o processo de realização de tais objetivos.

Assim, o agir do agente estatal estará sempre condicionado à legalidade de sua atuação, sendo lícito ao administrador se orientar livremente com referência à oportunidade e à conveniência dos atos administrativos, que a seu modo vinculam o administrador.

A capacidade de auto-reger-se encontrada no poder discricionário do Estado, tem cognição exauriente na seara administrativa, muito embora, à controlabilidade da discricionariedade da prática do ato pelo administrador público tem apenas uma vertente o controle da legalidade.

O abuso do poder, como todo ilícito, vem sempre revestido das formas mais variadas possíveis. Não é raro estar sob o manto da aparência ilusória dos atos legais, demandando o controle judicial do desvio do poder.

Muitos administradores públicos na sanha propiciada pela disputa do Poder, tratam a administração pública, como empresa privada, podendo fazer o que bem quiserem, e realizarem a sua justiça, ou melhor a conveniência pessoal

em detrimento do interesse público.

Por fim, a autotutela na seara administrativo, acarreta vício de nulidade insanável do ato administrativo desviado, a jurisprudência traz consigo os maiores exemplos de abuso do desvio de poder, onde o administrador público atua praticando sua justiça privada, em detrimento do interesse público rasgando princípios constitucionais da administração pública, ferindo o próprio Estado Democrático de Direito.

A grande dificuldade em se caracterizar o desvio de poder deve ser analisada pelos indícios de sua ocorrência, baseados na motivação insuficiente, presença de aspectos contraditórios, a irracionalidade do procedimento, sempre acompanhada da edição do ato, a contradição na prática de atos semelhantes, camuflagem dos fatos, bem como o excesso de motivação.

Por derradeiro, ardilosa prática deve ser eficazmente combatida, uma vez que o justicamento na administração pública, é vício que fulmina a legitimidade da conduta do administrador público, viciando à atuação do próprio Estado.

Referências

- ABRÃO, José Carlos. 2006. 100 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Jurídicas) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Jacarezinho, 2006.
- ASSARÉ, Patativa do. *Ispinho e Fulo*. São Paulo: Hedra, 2005.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e controle jurisdicional*. São Paulo: Malheiros, 2ª ed. 2007.
- BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. REDE – Revista Eletrônica de Direito de Estado. Número 18 – abril/maio/junho de 2009 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 7.ª Ed. Coimbra: Almedina, 2005.
- CARRION, Eduardo Kroeff Machado. *Apontamentos de Direito Constitucional*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 1997.
- COUTO DE BRITO, Alexis e outros. *Direito Penal Brasileiro Parte Geral Princípios Fundamentais*, Ed. Revista do Tribunais, 2.011, São Paulo.
- CRETELLA JÚNIOR, José. *Do desvio de poder*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1964.
- FREITAS. Juarez. *O Controle Dos Atos Administrativos e Os Princípios Fundamentais* - 5ª Ed. Malheiros, 2013.
- GIACOIA, Gilberto. *Justiça E Dignidade*. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 2, p. 11-31, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/86>>. Acesso em: 09 Jun. 2014.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- PIRES. Ézio. *O julgamento da liberdade*. Imprensa: Brasília, Senado Federal, 1979.
- RIVERO, Jean. *Droit Administraif*. 2. Ed. Dalloz, p. 223, nº 260, 1962.

SCHUMPETER, Joseph A., *Capitalismo, Socialismo e Democracia*, Rio, Editora Zahar, 1984.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal V.1 Parte Geral*, Ed. Revista dos Tribunais São Paulo, 2008.

TERCEIRIZAÇÃO, RESPONSABILIDADE DO ESTADO E JURISPRUDÊNCIA

Winnicius Pereira de Góes¹⁵³
Thadeu Augimeri de Goes Lima¹⁵⁴

RESUMO: A partir de pesquisa bibliográfica, o texto analisa a relação trilateral denominada terceirização, que envolve o trabalhador, a prestadora de serviços e a tomadora de serviços e caracteriza um modelo gerencial de organização e contratação de trabalhadores surgido durante o desenvolvimento do capitalismo monopolista e muito utilizado atualmente por entidades privadas e pela Administração Pública. O ordenamento jurídico brasileiro não possui lei que regule especificamente a terceirização de serviços, seja no âmbito público ou privado. Diante disso, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331, que desde o seu texto original estabelece situações típicas de contratação de serviços terceirizados e a responsabilidade subsidiária da tomadora de serviços pelo inadimplemento das verbas de natureza trabalhista, previdenciárias e fundiárias. Assim, procura-se analisar a responsabilidade da Administração Pública e os debates originados pela declaração de constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei n. 8666/1993 (Lei de Licitações) em Ação Declaratória de Constitucionalidade julgada pelo Supremo Tribunal Federal.

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 marca a História brasileira por ser eminentemente democrática e, ainda, por colocar os direitos fundamentais

¹⁵³ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Graduado em Direito pela Universidade Norte do Paraná (UNOPAR). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Arthur Thomas (FAAT/Londrina). Especialista em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em Direitos Humanos e Democracia pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - Ius Gentium Conimbrigae (FDUC). Membro-fundador, Presidente e pesquisador do Instituto Ratio Juris - Pesquisa, Publicações e Ensino Interdisciplinares em Direito e Ciências Afins. Professor do curso de pós-graduação, nível de especialização, em Ministério Público e Estado Democrático de Direito da Fundação Escola do Ministério Público do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Professor do curso de pós-graduação, nível de especialização, em Direito Negocial: Direito Penal Econômico da Universidade Norte do Paraná (UNOPAR), unidade de Arapongas. Professor do curso de pós-graduação, nível de especialização, em Práticas Trabalhistas da Faculdade do Norte Novo do Paraná (FACNOPAR). Colunista do site Jurisconsultos. Advogado.

¹⁵⁴ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) (2012). Especialista em Direito e Processo Penal pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) (2007). Graduado em Direito pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP) (2001). Membro-fundador, vice-presidente e pesquisador do Instituto Ratio Juris - Pesquisa, Publicações e Ensino Interdisciplinares em Direito e Ciências Afins. Colunista do website Jurisconsultos (www.jurisconsultos.org), na seção Transformações no Direito Processual Coordenador e professor do curso de pós-graduação, nível de especialização, em Ministério Público e Estado Democrático de Direito da Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR), unidade de Londrina. Promotor de Justiça de Entrância Final do Ministério Público do Estado do Paraná, titular na Comarca da Região Metropolitana de Londrina.

como centro do ordenamento jurídico pátrio e fundamento de sua legitimidade, de modo que tais direitos devem ser observados tanto pela Administração Pública quanto pelos administrados.

A par disso, encontra-se, nos direitos fundamentais, um meio de se equilibrarem as condições estabelecidas nas relações entre empregados e empregadores, no âmbito da Administração Pública ou de entidades privadas, para que, assim, sejam afastadas violações aos direitos dos trabalhadores, bem como para que estes direitos não se tornem apenas declarações formais inseridas no texto constitucional.

O artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal coloca o princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito e ponto de convergência dos direitos fundamentais. O referido princípio orienta a interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais e infraconstitucionais.

Assim, a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana envolve o respeito aos direitos fundamentais dos trabalhadores (sejam eles direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais) e às normas infraconstitucionais aplicadas às relações entre empregados e empregadores, com o objetivo de proporcionar ao trabalhador meio de viabilizar sua existência digna.

Ademais, quando a Constituição Federal de 1988 proclama a dignidade da pessoa humana como ponto convergente de todo o ordenamento jurídico brasileiro, também invoca, ao incluir dentre os direitos fundamentais direitos civis, políticos e, sobretudo, os direitos sociais, a proteção do trabalhador com fundamento nos artigos 7º e 8º de seu texto.

Feitas estas breves considerações, aponta-se a terceirização como sendo uma relação trilateral, que envolve três personagens intrinsecamente ligados, designadamente o trabalhador (obreiro), a empresa terceirizante e a tomadora de serviços, que compõem esta modalidade de contratação de prestação de serviços de natureza cível entre duas entidades (pública e/ou privada), na qual a empresa terceirizante (prestadora de serviços) responde pela direção dos serviços efetuados pelo empregado por ela contratado e que realiza as atividades específicas no estabelecimento da empresa tomadora de serviços. Na literatura jurídica e na jurisprudência sobre tema encontra-se que uma de suas características é a ausência de subordinação (direta) entre o tomador dos serviços e o obreiro terceirizado.

Com o objetivo de unificar o entendimento jurisprudencial acerca da terceirização e assegurar melhores condições de trabalho aos trabalhadores, o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331 e firmou quatro situações-tipo de terceirizações, designadamente, a terceirização em contratos de trabalho temporários, conservação e limpeza, serviços de vigilância e serviços especializados ligados a atividade-meio do tomador de serviços, sendo vedada a terceirização da atividade-fim (atividade principal) da tomadora de serviços.

Por meio da edição da Súmula 331, o Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento de que, excetuadas as quatro situações-tipo acima consideradas terceirizações lícitas (ou regulares), não há na ordem jurídica

brasileira qualquer norma que possa dar validade à contratação na qual uma pessoa física preste serviços não-eventuais, onerosos, pessoais e subordinados (estruturalmente) a outrem (arts. 2º, *caput*, e 3º, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho), sem que esse tomador de serviços seja responsabilizado diretamente pela relação jurídica-laboral estabelecida.

A mesma súmula, a partir de sua nova redação, publicada por intermédio da Resolução 174/2011, entre os dias 27 e 31 de maio de 2011, trata especificamente da Administração Pública (direta, indireta, autárquica e fundacional), em seus incisos II, IV e V, ao vedar o vínculo de emprego entre o trabalhador que realiza as atividades terceirizadas e entidades estatais, mesmo diante de terceirizações cuja contratação foi “lícita”, mas com desenvolvimento irregular (o que se fez com fundamento no artigo 37, inciso II, da Constituição Federal). Também estabeleceu que a Administração Pública, como tomadora de serviços, pode ser responsabilizada apenas subsidiariamente pelo inadimplemento das obrigações trabalhistas decorrentes dos contratos de trabalho por ela firmados, desde que tenha participado da relação processual e conste no título executivo judicial e seja comprovada a conduta culposa da Administração no tocante à fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviços como empregadora (texto elaborado de acordo com o artigo 71 da Lei nº 8666/1993).

Em 24 de novembro de 2011, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar em plenário a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16, declarou a constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei 8666/1993 (Lei de Licitações), o que chamou a atenção de diversos juristas para questão polêmica que envolve a responsabilidade do Estado pela inadimplência do prestador de serviços contratado com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais.

Este trabalho, mediante o procedimento de pesquisa bibliográfica, busca traçar as principais características do modelo contratual trabalhista terceirizante e analisar o atual entendimento jurisprudencial acerca da responsabilidade da Administração Pública nestes casos.

1 A TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Inicialmente, pode-se dizer que a terceirização é um fenômeno frequente nos dias atuais, sendo utilizada, principalmente, com a finalidade de diminuir custos e proporcionar a prestação de serviços com maior eficiência e produtividade.

Além disso, a terceirização tem como objetivo dar à tomadora de serviços agilidade, competitividade e flexibilidade, pois permite o melhor direcionamento do processo produtivo, priorizando o desenvolvimento de sua atividade-fim ou atividade principal.

Seu conceito gira em torno da *“possibilidade de contratar terceiro para a realização de atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa. Essa contratação pode compreender tanto a produção de bens como serviços.”* (MARTINS, 2011, p. 10)

Nesse sentido, a terceirização de serviços no âmbito público, assim

como na esfera privada, tem como um de seus objetivos reduzir custos de manutenção e operacionais da atuação estatal e, também, utilizar eficientemente¹⁵⁵ os recursos públicos, haja vista que estes são limitados e insuficientes para atender toda a demanda de serviços exigidos pelos administrados ao Poder Público (SANTOS, 2010, p. 34).

O contrato de trabalho firmado no molde terceirizante, seja no âmbito público ou privado, tem como características principais a realização de atividade-meio, ou seja, a realização pessoal de atividade de mero suporte ou apoio e serviço especializado, com ausência de subordinação direta ao tomador de serviços, haja vista que a subordinação se dá somente entre o trabalhador e a prestadora de serviços terceirizados, de modo que ao tomador de serviços resta apenas contratar o serviço e não especificamente a mão-de-obra ou determinado trabalhador que atenda às suas exigências qualificatórias no ato da contratação. *“Em outras palavras, ao tomador de serviços não é permitido o exercício do poder de direção ou do poder disciplinar sobre os trabalhadores terceirizados”* (MIRAGLIA, 2008, p. 155).

Sobre a subordinação, é interessante anotar que, embora a subordinação seja requisito inafastável à configuração do vínculo jurídico empregatício, de certo modo o modelo de relação contratual estabelecido por meio da contratação de serviços por empresa interposta relativiza a figura deste requisito, isto porque, ao se prestarem serviços na sede da tomadora de serviços, que mantém relação de natureza civil com a empresa prestadora de serviços, certamente o empregado terceirizado manterá até determinado ponto relação de subordinação com pessoas contratadas diretamente pela tomadora de serviços, simplesmente porque a fiscalização do trabalho do obreiro por seu superior hierárquico direto (ou seja, que trabalha para a prestadora de serviços) não se dá frequentemente na sede da empresa tomadora ou sequer existe, o que acaba nas mãos de empregados da empresa que se beneficia da prestação dos serviços.

A flexibilização¹⁵⁶ contratual decorrente da terceirização acaba por diluir o conceito de subordinação firmado no texto consolidado. Tome-se como exemplo *“o teletrabalho, em que a distância do poder de comando do superior hierárquico tornaria mais difícil a visualização da subordinação”*, igualmente, o desenvolvimento de novas formas de contratação que estabelecem singulares modos de relação de trabalho e emprego que acentuam a *“dificuldade dos conceitos tradicionais do Direito do Trabalho em abranger as novas formas contratuais pela não abrangência de trabalhadores que estão fora da relação de emprego.”* (ARTUR, 2007, p. 52-56)

Nesta linha, o conceito de subordinação não pode apenas limitar-se ao entendimento de que se refere somente à *“dependência hierárquica ou dependência pessoal, alcançando outros elementos suplementares, porém essenciais, como a*

155 Segundo José Afonso da Silva (2004, p. 652-653), *“a eficiência administrativa se obtém pelo melhor emprego de recursos e meios (humanos, materiais e institucionais) para melhor satisfazer às necessidades coletivas num regime de igualdade dos usuários.”*

156 Sobre a flexibilização contratual, Antônio Álvares da Silva (2011, p. 41) diz: *“Do ponto de vista do direito objetivo, o Direito do Trabalho brasileiro já é plenamente flexível e foi um dos primeiros do mundo a se desfazer de direitos fundamentais para favorecer a economia. O exemplo maior está na troca da proteção contra a dispensa pelo FGTS, tornando-a um fato econômico indenizável e não uma garantia social do emprego.”*

alteridade, a assunção do risco da atividade pela empresa e a dependência econômica do trabalhador.” (DALLEGRAVE, 2010, p. 68)

A Súmula 331 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho uniformizou o entendimento jurisprudencial acerca da terceirização ao estabelecer as possibilidades de sua utilização mediante a construção de quatro situações-tipo de terceirizações, designadamente, a terceirização em contratos de trabalho temporários, conservação e limpeza, serviços de vigilância e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador de serviços.

Nesse ensejo, o referido entendimento sumulado afasta a legalidade de contratações que não estejam incluídas em seu modelo, devendo-se atentar ao fato de que não há na ordem jurídica brasileira preceito legal que autoriza a formalização de outros tipos de contratos de trabalho terceirizado por prazo indeterminado¹⁵⁷.

Por outro lado, a legislação brasileira permite indiretamente que a Administração Pública (direta, indireta e fundacional) faça uso da terceirização, desde que obedecidos os trâmites delineados pela Lei n. 8666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos), que vem a regulamentar o artigo 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

A terceirização na esfera pública iniciou-se ainda durante o governo militar, que em 1967 buscou na criação do Decreto-lei n. 200/1967¹⁵⁸ dar maior liberdade de atuação aos entes estatais descentralizados, já com ideias de “flexibilização, eficiência e diminuição de custos”, mediante a previsão de que as atividades administrativas fossem racionalizadas por meio da “simplificação de processos; e visava à supressão de controles que se revelassem puramente formais ou cujo controle superior ao risco” (AMORIM, 2009, p. 62).

Neste passo, destaca-se que, após a edição do Decreto-lei n. 200/1967, entraram em vigor a Lei n. 5645/1970, que possibilitou às autarquias e à Administração direta a contratação de serviços de conservação, transporte e assemelhados; o Decreto-lei n. 2300/1986¹⁵⁹, que permitiu a contratação de terceiros para a execução de obras ou serviços públicos; e, por fim, a Lei Complementar n. 101/2000, que em seu artigo 18, § 1º, autoriza a terceirização de serviços públicos quando trata do tema “*Outras despesas de pessoal*”.

Todavia, até a promulgação da Constituição Federal de 1988 não havia a necessidade de contratar empregados mediante concurso público, e os serviços (de natureza pública) eram terceirizados ou os trabalhadores eram contratados diretamente pela Administração Pública direta ou indireta, como se

157 A Lei n. 6019/1974 autoriza a contratação de trabalho temporário terceirizado em caso de necessidade transitória de substituição de pessoal regular e permanente da empresa tomadora de serviços ou quando esta estiver com acréscimo extraordinário de serviços. Exemplos: “*substituição de empregada gestante durante o período de 120 dias relativo à licença-maternidade (art. 7º, XVIII, CF/88); substituição do empregado durante os 5 dias relativo à licença-paternidade (art. 10, II, b, § 1º, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT); substituição do empregado durante o período concessivo de férias (art. 7º, XVII, CF/88).*” (DELGADO G. N., 2003, p. 159). Com relação ao serviço extraordinário basta que este exista, independentemente de imprevisibilidade.

158 O Decreto-lei n. 200/1967 permitiu a “*contratação de serviços por empresas terceiras, desde que esses não correspondessem à atividade-fim da Administração Pública. A possibilidade dessa forma de contratação deu-se, precipuamente, com fundamento na necessidade de desafogar a máquina estatal – ideologia imposta pelo discurso neoliberal e que até hoje prevalece -, que apregoava a intervenção estatal mínima e a menor onerosidade possível no setor público.*” (MIRAGLIA, 2008, p. 173)

159 O Decreto-lei n. 2300/1986 foi revogado pelo artigo 126 da Lei n. 8666/1993 (Lei de Licitações).

estas fossem entidades privadas, com contratos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, o que de certo modo conferia à entidade estatal contratante maior flexibilidade nos momentos de contratação e demissão de seus funcionários, tendo como uma de suas consequências o uso indiscriminado da terceirização e o inchaço da máquina administrativa pública.¹⁶⁰

Somente a partir da Constituição Federal de 1988 este cenário terceirizante da atividade pública muda de paradigma. Passa-se de um modelo terceirizante desgovernado para um modelo governado pelo texto constitucional e seus princípios orientadores da boa administração (enquanto direito fundamental), precisamente pelo artigo 37, inciso II e § 2º. Contudo, ainda foi possibilitada a contratação de pessoal por prazo determinado, nos termos do inciso IX do mesmo artigo.

Deste modo, os princípios orientadores da atuação administrativa estatal indicam-lhe como perseguir e tornar eficaz o princípio da boa administração enquanto direito fundamental dos administrados e corolário do Estado Democrático de Direito, como bem explica Vanice Regina Lírio do Valle:

[...] cuida-se de norma constitucional implícita, de direta e imediata eficácia, decorrente da própria subordinação que o Estado Democrático de Direito determina ao administrador.

Na mesma linha de convicção, têm-se Sarlet ([s/d.], p. 1-2), evocando o compromisso constitucional com a dignidade da pessoa para afirmar que a “Constituição de 1988, muito antes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, consagrou um direito fundamental à boa administração. Tal opção constitucional, a ver do autor gaúcho, decorreria do compromisso expresso no art. 1º, III, da CF, com a dignidade da pessoa humana como fundamento da República, e ainda do contido no art. 37 CF, ao elencar os princípios diretivos da administração pública: “com efeito, uma boa administração só pode ser uma administração que promova a dignidade da pessoa e dos direitos que lhes são inerentes”. (2001, p. 79-80)

Assim, o artigo 37 da Constituição Federal passa a reger as contratações realizadas pela Administração Pública, tanto direta quanto indireta, ampliando a submissão a concursos públicos, obstaculizando a contratação indiscriminada de servidores públicos com contratos regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho, com o objetivo de firmar cada vez mais as bases da boa administração guiada por valores de dignidade constitucional, o que teve como primeiro resultado imediato o

160 “Assim, sob a justificativa da necessidade de maior concentração da administração pública naquelas tarefas de direção, e ‘com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa’, o referido DL n. 200/1967 exorta expressamente o administrador ao uso da subcontratação de atividades (serviços privados destinados à máquina pública): ‘a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato [...]’.” (AMORIM, 2009, p. 62)

[...] enxugamento do quadro funcional da União, no plano da política de diminuição da máquina do Estado, levado a cabo pelo governo Fernando Collor.

A nova política implicou uma imediata redução do número de funcionários públicos federais (o número de servidores civis ativos do Poder Executivo da União caiu de 713 mil em 1989 para 580 mil em 1995) e em radical restrição à realização de novos concursos públicos, com reflexo nas esferas estadual e municipal. Ainda assim, as demandas sociais continuaram desafiando o Estado à prestação das atividades públicas (serviços públicos, poder de polícia, atividades de fomento, serviços administrativos dos órgãos políticos etc.) com a exigência de renovação dos recursos humanos. (AMORIM, 2009, p. 63)

Entretanto, a exigência de contratação mediante aprovação prévia em concurso público e a diminuição do número de servidores obrigaram os administradores a buscarem novas formas de contratação flexíveis e dinâmicas, além da contratação por prazo determinado permitida pelo inciso IX, do artigo 37, da Constituição Federal (muitas vezes legalmente formalizado e mantido ilegalmente por prazo indeterminado), para suprir as necessidades permanentes da Administração Pública, e, dentre elas, novamente, surge a terceirização de serviços, agora adjetivada de “*apoio administrativo*” (atividade-meio), “*inclusive para atividades inerentes ao núcleo de competência dos órgãos públicos contratantes, coincidentes com atribuições dos cargos constantes nos quadros de carreira*” (AMORIM, 2009, p. 64), porém mediante pagamento de remuneração inferior à remuneração¹⁶¹ daqueles que foram contratados mediante aprovação em concurso público, evidenciando-se a precarização das relações de emprego.

Na melhor das hipóteses, mesmo quando o trabalho terceirizado é efetivamente relacionado à atividade-meio, o processo licitatório, ainda que regular, não oferece à Administração Pública meios hábeis de verificação da idoneidade das prestadoras de serviços (que futuramente deixarão de cumprir com suas obrigações contratuais de natureza trabalhista¹⁶²).

Nestes casos de terceirização, o mais interessante é que a Administração Pública, ao instituir a contratação de trabalhadores nestas condições, foga das

161 A Constituição Federal veda a discriminação salarial de qualquer natureza, portanto, nestes casos, “*salta aos olhos que a equiparação salarial, por estar vinculada ao princípio da isonomia, cada vez mais, adquire papel de relevância nas relações laborais, na medida em que, após 1988 e a cada ano, os direitos fundamentais ocupam lugar de destaque nas relações particulares. Significa dizer que, concomitantemente aos critérios ensejadores da equiparação salarial, a dignidade da pessoa humana em que se calca o princípio da igualdade deve ser observada e, em muitas vezes, ganha mais expressão que o próprio critério legal.*” (GÓES, 2009, p. 141)

162 Este exemplo apenas demonstra a fragilidade do processo licitatório quando se trata de terceirização de serviços públicos e o repasse de verbas para pagamento de pessoal. Nestes casos, cabe à Administração Pública avaliar se a proposta apresentada por prestadora de serviços em certame licitatório de fato possibilitará que o serviço contratado será efetivamente prestado e, ainda, se os valores serão suficientes para que a empresa prestadora de serviços pague todas as verbas de natureza trabalhista, fundiárias e previdenciárias.

diretrizes constitucionais firmadas pelo Poder Constituinte Originário, representante da vontade de Constituição em determinado momento histórico e político, pois, do início ao final da relação contratual, não harmonizam “com o princípio isonômico do art. 5º, caput, e inciso I, da Constituição Federal, e com a valorização do trabalho humano, enfatizada pelas disposições constitucionais (a exemplo dos arts. 1º, IV, 3º e 170, caput).” (GIRADEAU, 2010, p. 68)

Indubitável é que a Administração Pública pode contratar serviços para a realização de obras ou prestação de serviços públicos, o que de fato está legalmente disposto nos artigos 6º, incisos I e II, e 13 da Lei de Licitações (Lei n. 8666/1993). Todavia, não pode contratar empregado por intermédio de empresa interposta com o objetivo de facilitar a contratação de obreiros ou prestadores de serviços, para que estes realizem atividades semelhantes às daqueles que foram contratados mediante aprovação em concurso público, conforme exige o artigo 37, inciso II, da Constituição Federal.

A redução de custos, a eficiência e a flexibilidade não autorizam a Administração Pública a deixar de lado as disposições constitucionais orientadoras do agente ou órgão público incumbido de tomar as decisões administrativas necessárias para o melhor funcionamento da “grande máquina estatal”, sob pena de ver-se obsoleto qualquer dispositivo legal infraconstitucional ou constitucional que preze pelo princípio da boa administração.

Resumidamente, Maria Sylvia Zanella di Pietro (2011, p. 353) bem expõe que o trabalhador contratado no molde terceirizante pelos administradores públicos

[...] não pode ser considerado servidor público; ele se enquadra na figura conhecida como “funcionário de fato”, porque não investido licitamente em cargo, emprego ou função. Em conseqüência, ele não pode praticar atos administrativos e, se os praticar, tais são inválidos, não podendo produzir efeitos jurídicos. Nem mesmo se enquadram no artigo 37, IX, da Constituição, que prevê a hipótese de contratação temporária, porque esse dispositivo permite seja contratado o servidor, pessoa física, e não a empresa. Além disso, as leis que disciplinam esse dispositivo constitucional exigem processo seletivo para a contratação de pessoal temporário, salvo em situações de emergência.

Portanto, pode-se afirmar que contratações formalizadas pela Administração Pública que não estejam dentro das situações-tipo estabelecidas na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, ou, ainda, que não atendam aos dispositivos constitucionais atinentes à contratação de servidores públicos, devem ser consideradas nulas, ilegais e, sobretudo, inconstitucionais.

Tem-se, ainda, como obstáculo à identificação de terceirizações regulares do ponto de vista licitatório, mas ilícitas em seu desenvolvimento, o delineamento de quais seriam as atividades de apoio às principais atividades

estatais, haja vista que na reforma administrativa de 1998, consubstanciada na aprovação da Emenda Constitucional n. 19/1998, o Plano Diretor a ser implementado, baseado em um modelo administrativo estatal gerencial inspirado na administração de empresas, preocupou-se, somente, em definir quais seriam as atividades primordiais do Estado, sem especificar quais seriam as atividades de apoio (atividades-meio) que poderiam desencadear a descentralização administrativa por meio da terceirização.

Atualmente, a terceirização no âmbito da Administração Pública tem sido largamente utilizada para a realização das atividades de apoio às atividades finalísticas do Estado, no entanto, diante das novas exigências legislativas que visam a controlar a gestão e os gastos públicos, como as da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar n. 101/2000), a qual estabelece limites aos gastos públicos para contratação e manutenção de servidores, a terceirização tornou-se um meio de fuga para a contratação de mão-de-obra por meio de empresas financeiramente inidôneas ou constituídas apenas para lesar o patrimônio público e os trabalhadores mediante desvio de verbas que seriam destinadas aos pagamentos de salários e recolhimentos fundiários e previdenciários. Além disso, geralmente, a mão-de-obra contratada pelas prestadoras de serviços não é qualificada e atua em funções reservadas ao quadro de carreira público, mediante o pagamento de remuneração inferior à remuneração daqueles que, embora aprovados em concurso de provas e títulos, realizam as mesmas atividades, o que acaba por fragilizar as relações de emprego e contribui para a inefetividade dos direitos fundamentais dos trabalhadores.

2 A SÚMULA 331 DO TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO E A RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Com relação à responsabilidade da tomadora de serviços, a Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho firmou o entendimento na seara trabalhista, consistente na responsabilização subsidiária da Administração Pública pelo inadimplemento das obrigações contratuais, observando-se, para isto, os pressupostos atinentes aos contratos de trabalho (terceirizados) contidos na Consolidação das Leis do Trabalho, a própria Súmula 331 e demais súmulas firmadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, além dos direitos fundamentais contidos na Constituição Federal.

Óbvio é que a aplicação equivocada da fórmula da terceirização por parte da Administração Pública direta, indireta e fundacional (ou qualquer entidade privada) pode levar àquilo que grande parte da literatura jurídica e da jurisprudência define como terceirização ilícita (fraudulenta) e tem consequências extremamente prejudiciais aos trabalhadores.

Quando se fala em terceirização firmada no âmbito da Administração Pública e em sua formalização de modo “ilícito” (irregular), leva-se a pensar que a contratação da prestadora de serviços não foi realizada mediante procedimento licitatório, nos termos da Lei n. 8666/1993 (Lei de Licitações).

Todavia, deve-se partir do pressuposto de que todas as terceirizações

relacionadas à esfera pública sejam formalizadas estritamente de acordo com as exigências do processo licitatório, sendo, portanto, “lícitas” (regularmente constituídas). No entanto, mesmo que as terceirizações sejam “lícitas”, sempre há o risco de que o desenvolvimento da relação trilateral que envolve a prestadora de serviços, a Administração Pública e o obreiro possa se desenvolver de modo irregular, sobretudo em decorrência do inadimplemento das verbas de natureza trabalhista, depósitos fundiários e recolhimentos previdenciários, nada mais nada menos que obrigações contratuais da prestadora de serviços vencedora do certame licitatório, ou, ainda, quando houver desrespeito às limitações do poder de direção da tomadora de serviços impostas pela Súmula 331 quanto à subordinação do obreiro terceirizado. Seguindo estes termos chega-se à conclusão de que seria mais correto tratar a falta estatal associada à conduta da prestadora de serviços como uma irregularidade no desenvolvimento contratual-trabalhista em vez de adjetivá-la como uma conduta administrativa ilícita, haja vista que, se o contrato de terceirização existe e foi formalizado após licitação pública, presume-se que as disposições constitucionais referentes à legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade (art. 37, *caput*, CF) tenham sido observadas.

Convém ressaltar que o entendimento colocado no parágrafo anterior foi adotado pelo Tribunal Superior do Trabalho, que deu nova redação ao inciso II da Súmula 331 ao dispor que “*a contratação irregular de trabalhador mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).*”

Indubitável é que a terceirização de serviços, por si só, firmada no ambiente público ou privado, como fruto do desenvolvimento de novos métodos de produção e organização do capitalismo monopolista¹⁶³, apresenta como pontos passíveis de crítica a precarização¹⁶⁴ das relações de emprego, consequência direta, principalmente, da alta rotatividade de empregados, redução e discriminação salarial, prolongamento da jornada de trabalho, que resulta em “*meio de redução de custos, mas é também uma ferramenta do capital para a construção do consentimento e da obediência, necessários ao seu domínio.*”

163 Esta afirmação resulta simplesmente do fato de que, durante o desenvolvimento dos métodos de produção e organização do capitalismo, as indústrias “*sujeitas à mecanização liberam massas de trabalho para a exploração em outras, em geral menos mecanizadas, áreas de acumulação de capital. Com as repetidas manifestações deste ciclo, o trabalho tende a acumular-se nas indústrias e ocupações que são menos suscetíveis de aperfeiçoamento na engenharia da produtividade do trabalho. As taxas de salário nessas novas indústrias e ocupações são mantidas baixas pela contínua disponibilidade de população excedente relativa criada pela produtividade incessantemente crescente do trabalho em ocupações mecanizadas. Isto por sua vez estimula o investimento de capital em formas de trabalho que exigem massas de trabalho manual a baixo custo. Em consequência, vemos na indústria capitalista uma tendência secular ao acúmulo de trabalho naqueles segmentos da indústria e do comércio menos afetados pela revolução técnico-científica: o setor de serviços, vendas e outras formas de comercialização e trabalho escritorial na medida em que não sejam mecanizados etc. [...] Assim, não é absolutamente ilógico que com o desenvolvimento da ciência e da tecnologia, o número dos disponíveis a preços baixos continue a crescer em ritmo rápido para atender aos caprichos do capital em suas formas funcionais e minimamente mecanizadas.*” (BRAVERMAN, 1987, p. 324-325)

164 Analisando-se a terceirização friamente, percebe-se que tanto na esfera privada quanto na pública “*A lógica da terceirização não escapa, assim, da lógica que move o capitalismo como um todo: as empresas principais buscam superar a crise transferindo o ônus para os parceiros; o que em última instância, recai sobre os ombros da classe trabalhadora. Nos países periféricos, a adoção a terceirização vem acentuar o caráter excludente do padrão de acumulação, tornando mais visíveis a precarização do trabalho e o desemprego, diminuindo o núcleo de trabalhadores com vínculo empregatício e com todos os direitos trabalhistas garantidos.*” (MARCELINO, 2004, p. 147)

(MARCELINO, 2004, p. 30) e, ainda, suprime os direitos fundamentais dos trabalhadores firmados na Constituição Federal, dentre eles a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (artigos 1º, incisos I e IV, e 170, *caput*), a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil (artigo 3º, inciso I), prevalência dos direitos humanos (artigo 4º, inciso II), a consagração dos direitos individuais, coletivos e sociais (artigos 5º, 6º, 7º e 8º), a função social da propriedade (artigo 170, inciso III), dentre outros.

Conforme já mencionado, é comum encontrar na Administração Pública a aplicação recorrente da terceirização, a fim de diminuir os gastos públicos com a contratação e o pagamento de servidores e empregados públicos contratados nos moldes do artigo 37, inciso II, da Constituição Federal, para ver facilitado o equilíbrio das contas públicas e atender aos dispositivos da Lei de Responsabilidade Fiscal (Lei Complementar nº 101/2000), que estabelece os limites de gastos com a contratação e manutenção de servidores inseridos no quadro de carreira público, mediante a formalização de contratos para a realização de atividades de limpeza, vigilância e outros serviços especializados.

Além disso, também é comum verem-se propostas inviáveis em processos licitatórios, consistentes na apresentação de valores que possivelmente não serão suficientes para a empresa prestadora de serviços pagar salários e cumprir com as demais obrigações legais decorrentes dos contratos de trabalho e do contrato de natureza civil firmado com a tomadora de serviços, o que fatalmente resultará em prejuízo ao trabalhador.

Assim, a Súmula 331 editada pelo Tribunal Superior do Trabalho, em especial nos seus incisos IV, V e VI, teve como objetivo principal garantir ao trabalhador o recebimento das verbas trabalhistas a que teria direito em caso de inadimplência da prestadora de serviços.

Especificamente em relação à Administração Pública, a nova redação da Súmula, em seu inciso V, deve ser analisada conjuntamente com os incisos IV e VI:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) – Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27,30 e 31.05.2011.

[...]

IV – O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V – Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do

cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Depreende-se dos incisos acima relatados que, em verdade, trata-se da responsabilização conferida à Administração Pública por ter incorrido em culpa *in vigilando* e *in eligendo* “pela escolha inadequada de empresa inidônea financeiramente e por não a fiscalizar pelo cumprimento das obrigações trabalhistas” (MARTINS, 2009, p. 215).

Em sentido contrário, há autores que entendem não haver fundamento legal para a responsabilização subsidiária da Administração Pública por ter incorrido em culpa *in eligendo* ou *in vigilando*. Diogo Palau Flores dos Santos (2010, p. 47) sustenta que diante da exigência de procedimento licitatório para se formalizar a terceirização no âmbito público, não é possível escolher o parceiro a ser contratado, tendo-se como parâmetro, além da proposta apresentada, a reputação da empresa prestadora de serviços, pois caso contrário os princípios regradores da atuação estatal firmados no plano constitucional tornar-se-iam obsoletos. O mesmo autor ainda alega que a responsabilidade do devedor somente pode ser atribuída a outro por meio de lei e traz a seguinte pergunta: “qual lei obriga o tomador de serviços a fiscalizar os contratos de trabalho do prestador de serviços?” (SANTOS, 2010, p. 77):

Assim, não há responsabilidade que se verifique através das culpas *in vigilando* e *in eligendo*, seja porque inexistentes, seja por ausência de previsão legal que exija a obrigação de fiscalização. Da mesma forma, não há que se falar em responsabilidade objetiva, tendo em vista a inexistência do nexos causal entre o que se alega a Administração omissa e o inadimplemento do prestador de serviços terceirizados. (SANTOS, 2010, p. 89)

Contudo, olvida o citado jurista que, independentemente da existência de dispositivo legal que leve à responsabilização subsidiária (ou, por que não, solidária) da Administração Pública, bem como, mesmo diante do artigo 71 da Lei n. 8666/1993, que afasta a responsabilidade do Estado, não tem cabimento afastar o adimplemento subsidiário pelo tomador de serviços, tendo-se em vista que, além do princípio protetor do trabalhador, a Constituição Federal contém aspectos valorativos que privilegiam a condição humana em todos os cenários possíveis, dentre eles o das relações laborais.

Não teria sentido afastar a responsabilidade estatal em casos de terceirização, pois, ao Estado cabe salvaguardar todos os valores de dignidade

constitucional e os relacionados aos direitos humanos. Vale lembrar que, quando se fala em inadimplemento das obrigações de natureza contratual trabalhista por parte da prestadora de serviços, tem-se em jogo a subsistência do trabalhador, sua inclusão social e existência digna.

A responsabilização estatal suscitou debates, inclusive levou ao ajuizamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, que buscou a declaração de constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8666/1993 junto ao Supremo Tribunal Federal, cuja ementa do julgamento segue abaixo:

Responsabilidade Contratual. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhista, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica. Consequência proibida pelo art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/1993. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente. Voto vencido. É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei Federal nº 8.666/1993, de 26 de junho de 1993, com redação dada pela Lei nº 9.032 de 1995.

Nota-se facilmente que o Supremo Tribunal Federal optou por declarar a constitucionalidade de artigo da Lei de Licitações que afasta a responsabilidade do Estado.

Todavia, antes de chegar-se ao um ponto final sobre a questão acerca da responsabilização da Administração Pública em casos em que ela seja a tomadora de serviços e à decisão suprema sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, instaurou-se no cenário brasileiro um grande debate doutrinário e jurisprudencial, que resultou na edição da Súmula 331, tendo o Tribunal Superior do Trabalho se valido dos seguintes argumentos:

(1) que o art. 71 da Lei n. 8.666/93 somente se aplica na hipótese em que o contratado age dentro de regras e procedimentos normais de desenvolvimento de suas atividades, pautando-se o órgão público contratante nos estritos limites e padrões da normatividade; evidenciado o descumprimento de obrigações, por parte do contratado, entre elas as relativas aos encargos trabalhistas, deve ser imposta à contratante a responsabilidade subsidiária, em decorrência desse seu comportamento omissivo ou irregular, ao não fiscalizar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pelo contratado, em típica culpa *in vigilando*; (2) que é incompatível com o princípio da moralidade administrativa a recusa da administração pública em assumir responsabilidade por seus atos

administrativos quando caracterizada sua ação omissiva ou comissiva geradora de prejuízos a terceiros; e (3) que o artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, consagra a responsabilidade objetiva da administração pública, sob a modalidade de risco administrativo, estabelecendo, portanto, sua obrigação de indenizar sempre que cause danos a terceiro, pouco importando que esse dano se origine diretamente da administração ou indiretamente de terceiro que com ela contratou e executou obra ou serviço em decorrência de ato administrativo. (AMORIM, 2009, p. 127)

Impende observar que alguns juristas entendem que o artigo 71 da Lei nº 8666/1993 não trata diretamente de contratos de terceirização de serviços públicos, mas somente de contratos firmados pela Administração Pública para a realização de obras e edificações, o que afastaria a aplicação direta deste artigo e possibilitaria, deste modo, a responsabilização subsidiária pelo inadimplemento de encargos trabalhistas. Com efeito, ainda afirmam que a Súmula trata apenas do tomador de serviços, afastando, deste modo, qualquer conflito entre o texto da lei e da súmula¹⁶⁵.

Todavia, deve-se atentar ao fato de que a terceirização de serviços públicos também é formalizada por meio de licitações e de contratos cujo sujeito principal e maior beneficiário é a Administração Pública, a qual deve exigir que a empresa prestadora de serviços cumpra com as obrigações contratuais trabalhistas, sob pena de verem-se dirimidos os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Com efeito, diante da possível falha da Administração Pública, o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Súmula 331, valeu-se, sobretudo, do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, que consagra a responsabilidade objetiva do Estado, sob a modalidade do risco administrativo, com objetivo de obrigá-lo a reparar os danos causados por sua omissão fiscalizatória ou, ainda, quando causar prejuízo ao trabalhador por meio da formalização de contratos de prestação de serviços terceirizados com empresas inidôneas financeiramente, constituídas apenas para lesar o patrimônio público, por meio do desvio de verbas destinadas ao pagamento dos obreiros ou mediante a aceitação de proposta licitatória de baixo custo que certamente resultará no descumprimento do contrato e inadimplemento de verbas de natureza trabalhista, fundiárias e previdenciárias.

Assim, o Tribunal Superior do Trabalho viu a responsabilização

165 Concluímos, assim, que a Súmula 331 não viola artigo 71 e seus parágrafos, porque esta disposição não trata dos serviços, mas sim das obras. O inciso IV da súmula referida fala em “tomador dos serviços”, restringindo, assim, a sua aplicação aos casos de eventuais terceirizações ou prestação de serviços normais à Administração Pública. (MUKAI, 2009, p. 192-193). No mesmo sentido Maria Silvia Zanella di Pietro (2011, p 353) diz que “*Aparentemente, existe um conflito entre os itens 4 da súmula e o § 1º do artigo 71 da Lei nº 8.666. No entanto, a análise sistemática permite afastar esse conflito, tendo-se em vista que a Súmula refere-se ao fornecimento de mão de obra (que é ilegal), enquanto o artigo 71 só pode estar abrangendo os contratos regidos pela Lei nº 8.666, dentre os quais não se insere o de fornecimento de mão de obra. Nem poderia a Súmula sobrepor-se ao disposto em lei, a menos que esta fosse considerada inconstitucional por interpretação judicial.*”

[...] como um meio de responsabilizar o tomador de serviços o tomador de serviços e de provocar nas empresas privadas e na Administração Pública a fiscalização das empresas que são contratadas para prestar serviços. A Escolha dessa responsabilidade também significou um meio de não onerar diretamente o tomador de serviços, já que a empresa prestadora será a principal responsável pelo cumprimento das obrigações. (ARTUR, 2007, p. 114)

Não se pode perder de vista que o processo licitatório tem como objetivos escolher a prestadora de serviços que melhor execute as atividades contratadas por um preço que resulte em economia de verbas à Administração Pública e promover o gasto eficiente de verbas diante do quadro orçamentário limitado, e, por outro lado, empresas prestadoras de serviços que apresentam valores demasiadamente inferiores em licitações obviamente não conseguirão cumprir com suas obrigações legais decorrentes das relações de trabalho por justamente receberem por seus serviços valores extremamente baixos.

Na literatura jurídica encontra-se, por exemplo, que a Lei de Licitações buscou em seu artigo 71, § 1º, afastar a responsabilidade do Estado, seja ela solidária ou subsidiária, bem como que o entendimento da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, em sua antiga redação do inciso IV, já afastava essa disposição, pois a irresponsabilidade estatal preconizada na lei que regula as licitações não seria consentânea com o *“preceito constitucional do art. 37, § 6º, de responsabilidade objetiva do Estado pelos atos de seus agentes, abrangendo inclusive as pessoas jurídicas, de direito privado, prestadora de serviço público.”* (GIRAUDEAU, 2010, p. 66).

No entanto, impende observar que, antes de se defender a irresponsabilidade estatal inflexível, os juristas e magistrados devem colocar em pauta que, diante das disposições constitucionais e de uma análise acurada dos objetivos e valores firmados na Carta Política instauradora do Estado Democrático de Direito, antes de toda e qualquer responsabilidade jurídica o Estado Brasileiro tem responsabilidade social.

Ao Estado não cabe apenas buscar o desenvolvimento econômico e a maximização do emprego de recursos públicos limitados a baixo custo (inclusive essa é uma característica da licitação, pois busca-se, sobretudo, baixo custo, por vezes em detrimento da qualidade), pois a ele compete,

166 Em depoimento dado a jurista Karen Artur (2007, p. 111) o Ministro do Tribunal Superior do Trabalho Ives Gandra Martins Filho diz que a responsabilidade subsidiária *“sem dúvida nenhuma, foi uma alternativa que me parece a mais idônea possível porque não se está apenando aquele que, exercendo uma faculdade legal, contrata uma empresa prestadora de serviços, mas está lhe impondo uma obrigação de contratar uma empresa idônea para que o empregado não seja prejudicado com isso. Foi uma forma de se evitar a precarização do trabalho e sobretudo de deixar as pessoas à margem de qualquer proteção. Acredito que tem perfeita lógica essa discussão do enunciado 331 porque as contratações de empresas terceirizadas prestadoras de mão-de-obra se faziam sem rigor. Hoje é necessário o rigor na contratação porque a responsabilidade subsidiária acaba virando uma responsabilidade principal se a empresa contratada for inidônea.”*

essencialmente, privilegiar o desenvolvimento autodeterminante e digno do ser humano, isto pelas imposições constitucionais que apontam como bases a dignidade da pessoa humana e a valorização do trabalho humano.

Ademais, o entendimento firmado na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho nunca se referiu à constitucionalidade do artigo 71, § 1º, da Lei de Licitações¹⁶⁷. Nem mesmo o Supremo Tribunal Federal referendou a irresponsabilidade do Estado quando reconheceu a constitucionalidade do referido artigo ao julgar a Ação Declaratória de Constitucionalidade de nº 16. As duas cortes, em verdade, entendem apenas que a Administração Pública deve ser responsabilizada quando sua conduta for culposa, sendo este o entendimento firmado na nova redação da Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, quando claramente estabelece que *“os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993.”*

Indubitável é que, para a satisfação dos direitos trabalhistas decorrentes da relação trilateral oriunda da terceirização “lícita” de serviços públicos, mas irregular em seu desenvolvimento contratual, o Poder Judiciário, para atender à missão que lhe foi atribuída pela Constituição Federal de 1988, em seu artigo 5º, inciso XXXV, consistente em defender os direitos violados ou ameaçados de lesão, deve atuar no sentido de garantir ao trabalhador a segurança por meio da responsabilização da tomadora de serviços.

Neste diapasão, pode-se afirmar que cabe ao Poder Judiciário a defesa dos direitos fundamentais do homem (o que inclui os direitos fundamentais do homem trabalhador), sendo esta sua principal função, o que lhe permite controlar os atos dos demais Poderes e, ainda, força-o a recusar a aplicação de qualquer preceito que confronte os princípios fundamentais.

No dizer sempre expressivo de Celso Bandeira de Mello (2003, p. 109):

Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do primeiro atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustentam e alui-se toda a estrutura nelas forçada.

A questão principal é que vivemos um tempo em que muito se fala em direitos fundamentais dos trabalhadores. Dá-se aos direitos fundamentais um

167 “O TST, ao dispor sobre a possibilidade de responsabilização subsidiária da Administração Pública, jamais alegou a inconstitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei n. 8.666/1993. Apenas o interpretou, mitigando a proibição de transferir débitos trabalhistas para a Administração Pública, para admitir sua responsabilidade subsidiária.” (SILVA, A. A., 2011, p.83)

protagonismo nunca visto antes em nossa História, criam-se direitos de dignidade constitucional a toque de caixa, como consequência do rápido desenvolvimento científico, tecnológico e econômico, contudo este desenvolvimento não se reflete nas relações sociais em um mundo atualmente globalizado, pois, de certo modo, há uma ruptura entre o discurso de direitos fundamentais e a praxe administrativa, que colabora para a manutenção e fortalecimento da exclusão no tocante às diferenças sociais, econômicas, políticas e culturais originadas por suas escolhas.

Ao optar pela responsabilização do Estado, o Poder Judiciário, de fato, teve a Constituição como ponto de partida e ponto de chegada hermenêutica, e abandonou a ideia positivista de que o texto constitucional esteja ilhado “*em um mundo exclusivo de leis positivas, descuidando igualmente da tarefa, senão mais essencial, de fazê-la valer como força constitutiva de um idem sentire político, difundido em todos os estratos sociais*” (ZAGREBELSKY, 2004, p. 23), haja vista que a Constituição não pode ser colocada apenas como vértice do ordenamento jurídico, ela deve ser confrontada com a realidade justamente para atingir os fins constitucionais e proporcionar à atividade jurisdicional a sua realização plena, consubstanciada em uma atuação fundada no humanismo, o que conseqüentemente possibilitará a inclusão social baseada nos valores albergados sob forma jurídico-principiológica, o que reflete a

[...] capacidade da Constituição, planejada como lei, de converter-se em ius; fora de formalismos, na capacidade de sair da área do poder e das frias palavras de um texto para deixar-se atrair a esfera vital das convicções das idéias queridas, sem as quais não se pode viver e que se adquire com calor. (ZAGREBELSKY, 2004, p. 22)

Isto porque “*julgar é uma tarefa essencialmente axiológica*” e ao juiz não basta aceitar a ordenação legislativa, pois a ele cabe “*ser um crítico dos preceitos ditados pelo legislador...tornando-se responsável pela legitimação social do direito e, conseqüentemente, por uma tutela jurisdicional justa*” (CAMBI, 2008, p. 134) e inclusiva, sendo que essa forma de atuação jurisdicional, além de promover a inclusão social mediante a busca pela implementação dos direitos fundamentais dos trabalhadores nos casos de terceirização ilícita, fortalece a Constituição, a democracia e possibilita a efetivação e a concretização dos direitos fundamentais na relações de emprego firmadas nas terceirizações de serviços no âmbito público.

CONCLUSÃO

A terceirização de serviços no âmbito público não é exatamente um fenômeno recente no Brasil e passou a ser largamente utilizada após a edição do Decreto-lei n. 200/1967.

Resultado do desenvolvimento de novas experiências gerenciais em empresas privadas durante a evolução do capitalismo monopolista, a terceirização possibilita à tomadora de serviços, tanto no âmbito público quanto

privado, dedicar-se às atividades que ela considera como suas principais, delegando, deste modo, atividades secundárias (atividades-meio) às empresas prestadoras de serviços.

Não há no ordenamento jurídico brasileiro lei que regule especificamente os contratos de trabalho firmados no molde terceirizante, tanto no âmbito público quanto privado, e diante disso o Tribunal Superior do Trabalho buscou estabilizar estas relações ao preconizar por meio de seu entendimento sumulado algumas regras para esse tipo de contratação.

Assim, diante da expansão do número de empresas prestadoras de serviços e do conseqüente aumento do número de trabalhadores terceirizados contratados para trabalhar junto à Administração Pública (e a entidades privadas), o Tribunal Superior do Trabalho editou a Súmula 331 e firmou o entendimento jurisprudencial de que a Administração Pública, ao contratar prestadora de serviços com o objetivo de descentralizar e melhor alocar recursos públicos tem responsabilidade subsidiária quanto às verbas trabalhistas decorrentes da relação trilateral terceirizante, sem que com isso tenha declarado a inconstitucionalidade ou afastado a aplicação do artigo 71, § 1º, da Lei de 8666/1993 (Lei de Licitações e Contratos Administrativos).

Mesmo diante da declaração de constitucionalidade na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16, proposta perante o Supremo Tribunal Federal, vê-se que a postura do Tribunal Superior do Trabalho está correta. Defender a irresponsabilidade da Administração Pública nestes casos trata-se de irresponsabilidade maior ainda, ecoando alheia aos direitos fundamentais dos trabalhadores ao privilegiar interpretação que favorece a precarização das relações de emprego.

Portanto, a Administração Pública, seja ela direta, indireta ou fundacional, deve buscar em sua atuação atingir de modo efetivo os objetivos constitucionais voltados para o trabalhador enquanto ser humano, o que certamente inclui a concretização dos direitos sociais relacionados à seara trabalhista.

Por fim, conclui-se que o Tribunal Superior do Trabalho, ao editar a Súmula 331 e fincar em nossa literatura jurídica e na jurisprudência sumulada que a Administração Pública deve ser responsabilizada pelo adimplemento de verbas de natureza trabalhista quando incorrer em culpa nos casos de terceirização, cumpriu com sua função de dignidade constitucional e ofereceu ao trabalhador terceirizado um meio de buscar a satisfação de seus direitos enquanto pessoa trabalhadora dotada de dignidade e valor.

REFERÊNCIAS

- ARTUR, Karen. *O TST frente À terceirização*. São Carlos: Edufscar, 2007.
- AMORIM, Helder Santos. *Terceirização no serviço público*. Uma análise à luz da nova hermenêutica constitucional. São Paulo: LTr, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Regina Lyra. Nova edição, 3ª tiragem. Rio de Janeiro: Campus, 2004.
- BRAVERMAN, Harry. *Trabalho e capital monopolista: a degradação do trabalho no século XX*. Trad. Nathanael C. Caixeiro. 3.ed. Rio de Janeiro: LTC, 1987.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula n. 331. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. Disponível em: <<http://www.3tst.jus.br/jurisprudencia/sumulas>>. Acesso em 05. jan. 2012.

CAMBI, Eduardo Salomão. *Jurisdição no processo civil: compreensão crítica*. 1 ed. 7 tiragem. Curitiba: Editora Juruá, 2008.

CARRION, Valentim. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho*. 31ª edição. São Paulo: Saraiva, 2006.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade Civil no Contrato de Trabalho*. 4 ed. São Paulo: LTr, 2010.

DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização. Paradoxo do Direito do Trabalho Contemporâneo*. São Paulo: LTr, 2003.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 5ª edição. São Paulo: LTr, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. *Curso de Direito do Trabalho*. 3ª edição. São Paulo: Método, 2010.

GIRAUDEAU, Michel Olivier. *Terceirização e responsabilidade do tomador de serviços*. São Paulo: LTr, 2010.

GÓES, Maurício Carvalho. *A equiparação salarial como instrumento garantidor da isonomia nos contratos de emprego*. São Paulo: Verbo Jurídico, 2009.

GÓES, Winnicius Pereira. *A Terceirização de Serviços no âmbito da Administração Pública*. Porto Alegre: Núria Fabris, 2013.

MARCELINO, Paula Regina Pereira. *Honda: terceirização e precarização a outra face do toyotismo*. São Paulo: Expressão Popular, 2004.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 25ª edição. São Paulo: Atlas, 2009.

_____. *A terceirização e o direito do trabalho*. 11 ed. São Paulo: Atlas, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 17ª edição. São Paulo: Malheiros, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 20ª edição. São Paulo: Malheiros, 1995.

MEZZAROBBA, Orides; MONTEIRO, Cláudia Servilha. *Manual de Metodologia de Pesquisa no Direito*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. *A terceirização trabalhista no Brasil*. São Paulo, Quartier Latin, 2008.

MUKAI, Toshio. *Licitações e contratos públicos*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *Princípios Constitucionais*. 2ª tiragem. Porto Alegre: Safe, 2003.

SANTOS, Diogo Palau Flores dos. *Terceirização de serviços pela Administração Pública: Estudo da responsabilidade subsidiária*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

SILVA, Antônio Álvares da. *Globalização, Terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal*. São Paulo: LTr, 2011.

VALLE, Vanice Regina Lírio. *Direito fundamental à boa administração e governança*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *La ley, El derecho y La constitución*. Revista Española de Derecho Constitucional. Año 24. Núm 72. Set.-Dez. 2004, p. 23.

A PROTEÇÃO DA PROPRIEDADE DOS POVOS INDÍGENAS SOBRE SUAS TERRAS SEGUNDO O PACTO DE SAN JOSÉ DA COSTA RICA

Rafael Hirann Almeida Kirsch¹⁶⁸

RESUMO: Não há como negar a importância e contribuição dos povos indígenas para a formação da cultura brasileira. Neste âmbito incluem-se crenças, histórias, folclores, danças e até alguns esportes os quais minam a sociedade de modo geral, mesmo que implicitamente. Com isso, é de suma importância o tratamento especial a ser dado a tais povos, visto que vulneráveis, em alguns casos, ante as aceleradas modificações de paradigmas padrões da sociedade. É de grande importância abordar o direito à propriedade e posse dos povos indígenas traçando uma relação entre o direito doméstico e alguns tratados de direitos humanos no âmbito do sistema interamericano. Ou seja, o direito à propriedade dos povos indígenas na perspectiva constitucional relacionado a tais povos e seus territórios ancestrais bem como a administração da terra e exploração dos recursos naturais. Nesse diapasão, a fim de se ampliar a proteção dos direitos de propriedade dos indígenas, não há que se considerar o direito internacional excludente do direito doméstico, mas sim subsidiário a este, visto que desta forma os dispositivos de direito trarão mais benefícios aos índios. Ante o exposto, objetiva o presente trabalho traçar apontamentos acerca da proteção das terras e do acesso aos recursos naturais pelos indígenas, correlacionando os dispositivos e atos presentes no Estado brasileiro, comparando-o com as previsões da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

INTRODUÇÃO

Interessante notar o tratamento conferido aos índios no decorrer da história, sobretudo no que diz respeito ao seu direito às terras ancestrais e o acesso aos recursos naturais. Isso porque, os índios possuem características peculiares, devendo, desta forma, receber tratamento especial sobre o tema.

Para sobre tal questão a vivência histórica desse povoado especial e os colonizadores que chegaram ao Brasil. Vale dizer que as diferenças existentes entre colonizadores e colonizados permearam as suas relações ensejando diversas possibilidades jurídicas e fáticas para um desfecho acerca da utilização da terra.

Nesta senda, vem o Estado brasileiro, com o passar dos tempos, reconhecendo o direito dos índios sobre suas terras ancestrais e recursos naturais de maneira mais ampla e incisiva, trazendo dispositivos na Constituição Federal e em legislação especial como, no caso, o Estatuto do índio. Ademais, foram criados órgãos especializados para lidarem com tais comunidades, trazendo uma conquista para o próprio estado de direito.

¹⁶⁸ Graduado, no ano de 2013, pelo curso de direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (doravante UENP). Durante a graduação, participou assiduamente do Grupo de Pesquisa Responsabilidade Internacional do Estado e Direitos Humanos, devidamente registrado no CNPQ e coordenado pelo professor Dr. Paulo Henrique de Souza Freitas, organizando os encontros, as Conferências de Direito Internacional e as equipes que representaram a UENP nos 17º e 19º Inter-American Human Rights Moot Court Competition (American University, Washington, D.C). Foi aprovado no XI Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, realizado entre agosto e outubro de 2013. Atualmente é estagiário de pós-graduação pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR) e pós-graduando pelo Instituto de Direito Constitucional e Cidadania de Londrina (IDCC). Realiza pesquisas na área do Direito Internacional, Direitos Humanos e suas relações com diversos ramos do Direito.

O que é importante frisar neste momento é que, na atual tendência de internacionalização do direito, mais especificamente com relação aos direitos humanos, além dos preceitos internos elencados pelo Estado, deve-se atentar-se aos tratados/convenções de que esse Estado é parte, a fim de se observar o princípio da convencionalidade.

No que diz respeito ao Estado brasileiro, a norma e as decisões internacionais mais importantes acerca do direito dos índios sobre suas terras ancestrais e acesso aos recursos naturais tratam-se do Pacto de San José da Costa Rica e da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, respectivamente, cabendo também uma análise dos pareceres da Comissão Interamericana.

Assim, sempre que se tratar de terras indígenas, estará presente o elemento “direitos humanos”, cabendo uma análise tanto do direito interno quanto do direito internacional.

Seguindo este viés, a primeira parte do artigo analisa as relações existentes entre os povos nativos e o acesso às terras ancestrais, bem como aos recursos naturais como elementos imprescindíveis para a sua sobrevivência.

A segunda parte traz as previsões do Pacto de San José da Costa Rica e os pareceres da Comissão e Corte Interamericana de Direitos Humanos, integrando e complementando a primeira parte, no sentido de ampliar a proteção conferida aos índios quanto às suas terras ancestrais e acesso aos seus recursos naturais, aplicando-se a teoria do controle de convencionalidade.

1. A RELAÇÃO DOS INDÍGENAS COM SUAS TERRAS ANCESTRAIS

A relação dos índios com as terras ancestrais deve ser apreciada por um ponto de vista diferente do nosso conceito de propriedade. Para um indivíduo não indígena, a terra equivale a patrimônio, isto é, diz respeito a um bem utilizado para investimento ou para a convivência familiar, portanto, o vínculo que se cria é mais de utilidade do que necessidade em si. A propriedade sobre a terra para uma pessoa comum equivale-se, grosso modo, a bem de mercado, investimento, algo alienável dentro de uma boa proposta.

Já para os índios, a terra é mais do que um bem, ela é a sua existência histórica, há um liame ligando indivíduo e terra. É como se a terra fosse um membro do corpo, o qual, sendo extirpado, o referido corpo resta incompleto, anômalo. Trazendo a uma linguagem mais simples, a terra faz parte da essência de uma comunidade indígena, sem a qual resta prejudicada a sua cultura, sua história, o seu desenvolvimento.

Confirmando a senda ora exposta, Luiz Fernando Villares ensina que “terra, para o índio, tem um valor superior ao da simples propriedade individual. Ela é a base material da vida indígena, sua morada, local onde são desenvolvidas suas relações familiares, do qual retira seu alimento e os recursos para construir suas casas e desenvolver suas técnicas e artefatos, em que propaga sua religiosidade e cultura”.¹⁶⁹

Aliás, seguindo os ensinamentos de Pierre Clastres, verifica-se que os indígenas retiram da terra a sua subsistência, no sentido de que ocupações

169 VILLARES, Luis Fernando. **Direito e povos indígenas**. Curitiba: Juruá Editora, 2009. p. 113.

como caça e pesca não se tratavam de ônus, mas sim como dissabor da vida e vivência harmônica com a natureza. 170

No mesmo viés acima exposto, arremata-se o assunto Marcos Cezar Botelho, aduzindo que “nas culturas indígenas, o direito as terras constitui-se em propriedade cultural de grupos indígenas e não como uma propriedade de cunho civil e econômico, o que torna necessária uma maior proteção a esse direito.”¹⁷¹

Nestes termos, segundo Villares e Marcos Botelho, a terra constitui um organismo identificador dos índios. Tal característica fica clara, por exemplo, no caso de não objeção a determinadas indenizações para desapropriação de suas terras. Por óbvio, uma pessoa comum aceitaria de pronto uma proposta quanto as suas terras.

De outro modo, já nos povoados indígenas, em diversos casos, a indenização, por mais calorosa e interessante que possa parecer, é o que menos interessa, pois o que prevalece é elemento subjetivo dos índios (afeto) combinado com a necessidade, em relação ao objeto (a terra).

1.1. Os recursos naturais e a sobrevivência dos povos indígenas

Outra questão que vale frisar é a utilização dos recursos naturais para a sobrevivência dos povos indígenas. Antes de explicitar tal questão, vale lembrar que o termo “sobrevivência” não está ligado ao sentido literal da palavra, isto é, se não for possível a utilização dos recursos naturais, não haverá mais índios.

Assim, o termo “sobrevivência” diz respeito à cultura, saúde, tradições, desenvolvimento, dentre outros aspectos que caracterizam o povoado. Com isso, recurso natural é aquilo que se desprende da terra sem a intervenção maciça humana.

Posto isso, tal condição traz outro traço diferenciador de um indivíduo comum e um indígena. Nestes termos, um indivíduo comum tende a utilizar a terra para fazer valer aquele seu patrimônio seja no anseio de desenvolvimento familiar ou valorização econômica. Já os índios valem-se da terra para absorver seus recursos naturais, o que mantém viva a sua tradição, seu estado de espírito, sua alimentação e suas cerimônias religiosas.

Tal questão confere com o que fora explicado por Villares e Marcos Botelho no item anterior, o qual afirma que a terra é o local onde ocorre o desenvolvimento familiar, a produção de alimento, extrai recursos para a construção de suas casas e de seus artefatos, propagando sua religiosidade e sua cultura.

Acrescenta-se ao assunto o conteúdo entabulado no artigo 13 da Convenção 169 da OIT, *in verbi*:

Artigo 13 - 1. Na aplicação das disposições desta Parte da Convenção, os governos respeitarão a importância especial para as culturas e valores espirituais dos povos

170 CLASTRES, Pierre. **A Sociedade Contra o Estado**. São Paulo: Editora Cosac Fairy. p. 6.

171 BOTELHO, Marcos César. **Os Povos Indígenas e o Direito à Terra**: o Supremo Tribunal Federal e o Julgamento da Demarcação da Terra Raposa Serra do Sol. p. 167.

interessados, sua relação com as terras ou territórios, ou ambos, conforme o caso, que ocupam ou usam para outros fins e, particularmente, os aspectos coletivos dessa relação. 2. O uso do termo terras nos artigos 15 e 16 incluirá o conceito de territórios, que abrange todo o ambiente das áreas que esses povos ocupam ou usam para outros fins.¹⁷²

Comentando o disposto no artigo supramencionado, Juan Manuel Salgado explica que “o âmbito espacial de proteção são os territórios indígenas que é mais amplo que o termo ‘terras’, pois “cobre a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra maneira.”¹⁷³

Ante o exposto, conclui-se que, agregado à terra, existem os recursos dela proveniente, denominado recursos naturais, sendo que, assim como a terra pura, tais benfeitorias dela proveniente merecem igual amparo estatal.

2. O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS

Traçado as tratativas fornecidas pelo Estado na proteção do direito às terras e aos recursos naturais, cabe enfatizar a aplicação complementar do direito internacional no direito interno. De tal forma deve ocorrer, tendo em vista o caráter de internacionalização dos direitos humanos, no sentido de que o Estado tem por obrigação observar as tratativas de que faz parte em âmbito internacional.

No presente caso, o Tratado que se enquadra diz respeito ao Pacto de San José da Costa Rica. Complementando o Pacto, deve-se observar a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos bem como os pareceres da Comissão Interamericana, eis que fornecem a interpretação mais correta acerca da Convenção.

Além disso, o Pacto de San José da Costa Rica conta com dispositivos específicos sobre direitos humanos. Tendo em vista que o caso apresenta matéria de direitos humanos, de se observar o Pacto e suas variáveis. Do mais, vale lembrar, neste momento, que o Sistema Interamericano de Direitos Humanos é composto basicamente pela Comissão e pela Corte Interamericana, motivo pelo qual devem ser estudados.

2.1. Da interpretação evolutiva das garantias de direitos humanos

Apesar de nem a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem nem a Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagrarem expressamente os direitos dos povos indígenas sobre seus territórios, os órgãos

172 OIT. **Convenção 169 Sobre Povos Indígenas e Tribais e Resolução Referente à Ação da OIT**. Encontrado em: <http://www.oitbrasil.org.br/node/292>. Acesso em 02/10/2013.

173 SALGADO, Juan Manuel. **Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas** p. 112.

do sistema interamericano de proteção tem interpretado que estes direitos se encontram amparados pelo direito à propriedade dos artigos 23 da Declaração e 21 da Convenção.

Aplicando sua interpretação evolutiva acerca das garantias de direitos humanos dos instrumentos interamericanos, a CIDH afirmou que o artigo 21 da Convenção Americana reconhece o direito de propriedade dos povos indígenas como uma propriedade comunitária.

Além disso, o direito à propriedade, em consonância com o artigo 23 da Declaração Americana deve ser interpretado e aplicado de acordo com o contexto das comunidades indígenas e com a devida consideração aos princípios que se relacionam com a proteção das formas tradicionais de propriedade e superveniência cultural e consideração aos direitos à terra, aos territórios e aos recursos.

2.2. Proteção da propriedade dos povos indígenas segundo o Pacto de San José da Costa Rica

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seus dispositivos constitutivos, elenca um rol de artigos, o qual deve ser apreciado pelo Estado. Nesse sentido em caso de violação de algum artigo e aceitação por parte do Estado da competência contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos, aquela será julgada internacionalmente.

Deste modo, se o Estado viola o artigo 5º da Convenção Americana, o qual trata do direito fundamental acerca da integridade pessoal, não sendo a questão tratada e sanada em âmbito interno, poderá o Estado responder internacionalmente perante a Corte Interamericana.

No que diz respeito ao direito dos indígenas sobre suas terras ancestrais e o acesso aos recursos naturais há artigos da Convenção Americana que são invocados perante a Corte Interamericana e a Comissão Interamericana, em caso de violação por parte do Estado.

Primeiramente, o Estado, para agir em consonância com os dispositivos do Pacto de San José, deve compreender que a relação que os indígenas mantêm com a terra é a base de sua cultura, sua vida espiritual e sua sobrevivência econômica. Vale dizer, tais indígenas exercem seu direito de uso e gozo de sua propriedade quando estão com a posse da terra que lhes é atribuída por tradição, sendo a transferência de seu território em virtude de desapropriação ou até mesmo acordo bilateral em última circunstância.

Importante frisar que, as medidas oferecidas pelo Estado aos povos indígenas, quando do trâmite da negociação direta em caso de desapropriação pelo Estado ou demarcação de terras em casos de fazendas ou qualquer outra forma de exploração de atividade rural que se desenvolva em terra controversa deve permitir ao indígenas o desenvolvimento de suas atividades, garantindo a transmissão de suas tradições às gerações futuras e possibilitando seu desenvolvimento econômico, respeitando, sobretudo, as bases culturais, a vida espiritual, a integridade e a sobrevivência econômica.¹⁷⁴

174 MARTIN, Francisco Forrest. Et al. *International Human Rights & Humanitarian Law*:

Ademais, o Estado, a fim de conferir proteção a essas comunidades que estão sob sua custódia, deve observar o direito à propriedade em um sentido que compreende os direitos dos membros da comunidade indígena no marco da propriedade comunal¹⁷⁵, além de respeitar a estreita vinculação do povo indígena com suas terras tradicionais e os recursos naturais ligados a sua cultura, assim como os elementos incorpóreos que se desprendem deles¹⁷⁶.

2.2.1. Da proteção da propriedade segundo a Convenção Americana

O Estado brasileiro, por ser signatário do Pacto de San José da Costa Rica, possui o dever de seguir os preceitos previstos na Convenção. Isso porque, a relação existente entre os povos indígenas e seus territórios foi amplamente reconhecida na Declaração Universal dos Direitos Humanos. Nesse sentido, o artigo 21 da Convenção Americana comenta sobre o direito da propriedade privada:

Artigo 21 - Direito à propriedade privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo de seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo **mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. (Grifei)**

Já o artigo 23 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispõe:

Artigo XXIII - Toda pessoa tem direito à propriedade particular correspondente às necessidades essenciais de uma vida decente, e que contribua para manter a dignidade da pessoa e do lar.

Deste modo, é através do que está capitulado nestes artigos que é possível afirmar que se protege este estreito vínculo com a terra e com os recursos naturais dos territórios ancestrais existentes, vínculo este de extrema importância para o gozo de direitos humanos para os povos indígenas e suas tribos.

2.3. Possíveis situações em que pode ocorrer a desapropriação

Treaties, cases, & analysis. Cambridge University Press, 2008, p. 914, §149.

175 Corte IDH. **Caso de La Comunidad Mayagna (Sumo) AwasTingni Vs. Nicaragua**. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, § 148.

176 Corte IDH. **Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Serie C No. 172, § 88; **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai**. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Serie C No. 146, § 118.

A Corte observa que o direito a propriedade privada não é um direito absoluto e que o artigo 21.2 da Convenção estabelece que para que a privação dos bens de uma pessoa seja compatível com o direito consagrado pela Convenção, deve fundar-se em *razão de utilidade pública e de interesse social, sujeitar-se ao pagamento de uma justa indenização e seguir as formas estabelecidas em lei*¹⁷⁷.

Interessante destacar que a necessidade de proteção de outros bens jurídicos diversos dos da comunidade, também revestidos de envergadura constitucional, justificam as restrições aos seus direitos fundamentais¹⁷⁸. Isso porque, por exemplo, a construção de uma Usina Hidrelétrica traria não só vantagens econômicas ao Estado, como também iria melhorar a qualidade do fornecimento de energia e traria mais segurança à sociedade, quando se fala em desenvolvimento humano.

Os direitos fundamentais valem independentemente dos benefícios que possam granjear à sociedade em geral, não constituindo assim meros meios para promoção de interesses públicos. E, por outro turno, embora a proteção e promoção dos direitos fundamentais também seja interesse público, há outros autênticos interesses públicos cuja prossecução não corresponde a nenhum tipo de direito fundamental¹⁷⁹.

Nesse sentido, o direito fundamental personalíssimo não concebe o indivíduo como uma ilha, mas como um ser social, cuja personalidade é composta também por uma relevante dimensão coletiva¹⁸⁰. Por não conceber o indivíduo e até mesmo as comunidades indígenas como uma ilha, há a possibilidade de privação de seus direitos em prol da sociedade como um todo, visto que, por ser benéfico à sociedade, possivelmente também será benéfico para as comunidades.

Desta forma, os requisitos para a desapropriação de propriedade estão previstos tanto nos artigos supramencionados neste tópico quanto em pareceres da Corte Interamericana de Direitos Humanos, mediante entendimentos jurisprudenciais.

Passando-se à inferência do artigo 21.2 do Pacto de San José, observa-se que os requisitos para a desapropriação são: *pagamento de indenização justa; por motivo de utilidade pública; por motivo de interesse social. Vale lembrar que todo o processamento deverá ocorrer na forma estabelecida pela lei.*

Deste modo, analisando-se cada caso, e, verificando-se os requisitos para a expropriação estabelecida pela própria Convenção, é permitido ao Estado privar o uso e o gozo da propriedade a favor do interesse social, ou seja, com o propósito de promover o bem-estar numa sociedade democrática, tudo em conformidade com o direito consagrado internamente e o direito

177 Corte IDH. *Caso Palamara Iribarne Vs Chile*. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Serie C No. 135. § 108; *Caso Chaparro Álvarez e Lapoñiguez Vs. Equador*. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Serie C No. 170, §174.

178 ALEXY, Robert.. *Teoria de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 81-172.

179 SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 297.

180 SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Op Cit*, p. 299.

internacional¹⁸¹.

Complementando o raciocínio, a restituição que se busca diz respeito a uma indenização justa, uma vez que a desapropriação não visa a obtenção de lucro pelo titular do domínio, mas sim proporcionar contrapartida equivalente à substituição do seu direito de propriedade pelo interesse público.¹⁸²

3. DEMAIS ARTIGOS DA CONVENÇÃO QUE PODEM SER INVOCADOS EM CASO DE DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA DE POVOS INDÍGENAS

O artigo 8, da CADH tem a função de proteger, assegurar e fazer valer a titularidade e o exercício de um direito,¹⁸³ bem como consagra o conjunto de requisitos que devem ser observados pelas instâncias processuais a efeito de que as pessoas possam defender-se adequadamente ante qualquer ato que considerem violadores de seus direitos¹⁸⁴ compreende o direito a um devido processo legal¹⁸⁵.

Assim dispõe o artigo 8.1. da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

Nesse sentido, o Estado brasileiro, ao participar de um tratado ou convenção, tem a responsabilidade de oferecer normativamente um recurso eficaz, assim como de assegurar a devida aplicação de dito recurso por parte de suas autoridades competentes¹⁸⁶.

Quando alguma comunidade indígena pretende intentar perante o poder judiciário para a defesa de seu direito, o Estado deverá dispor de recurso satisfatório para atender as necessidades especiais desse grupo de indivíduos. Isso também engloba situações como tradução para a língua originária da comunidade ou qualquer outro privilégio processual de necessidade dos indígenas.

181 MARTIN, Francisco Forrest. Et al. **Op Cit.** , p. 914, §145.

182 JUNIOR, Edilson Pereira Nobre. *Meio ambiente, propriedade e cobertura florestal*. Revista Centro de Estudos Judiciários, Brasília, Ano XIV, nº 49. Abril/junho 2010, p. 12.

183 Corte IDH. **Opinião Consultiva OC-8/87** de 30 de janeiro de 1987. Serie A. No 8, §25.

184 Corte IDH. **Opinião Consultiva OC-9/87** de 6 de outubro de 1987. Serie A No.9, §27.

185 ANNONI, Danielle. *Direitos Humanos e Acesso à Justiça no Direito Internacional: Responsabilidade Internacional do Estado*. Curitiba: Juruá, 2009, p. 157.

186 Corte IDH. *Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*. Fundo. Sentença de 19 de novembro de 1999. Serie C No. 63, §237; *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru*. Fundo. Sentença de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69, §163.

Importante lembrar que ao se tratar de disponibilização de recursos internos, os povos indígenas também se encontram sob o princípio do esgotamento dos recursos internos para se obter uma pretensão em âmbito internacional, devendo invocar todos os recursos que podem ser utilizados¹⁸⁷, salvo exceções à regra previstas na própria Convenção.

Assim, as supostas violações alegadas deverão ser analisadas em todas as etapas processuais possíveis no direito interno¹⁸⁸, sendo que o Estado brasileiro tem o dever de dispor de um recurso adequado, simples e efetivo¹⁸⁹, assegurando a qualquer pessoa que estiver sob sua jurisdição, proteção e recursos eficazes perante os tribunais nacionais ou outros órgãos do Estado.¹⁹⁰

De acordo com entendimento da Corte todas as decisões do Estado devem garantir o direito das supostas vítimas a serem ouvidas dentro de um prazo razoável¹⁹¹, por um tribunal competente, independente e imparcial,¹⁹² a fim de evitar julgamentos arbitrários.

Importante ressaltar que a Comissão já declarou que não constitui um fracasso para cumprir a obrigação de investigar o fato de não haver condenações no processo. Tal dever não é violado pelo simples fato de a investigação não ter produzido um resultado satisfatório¹⁹³, o Estado apenas deve demonstrar que realizou uma análise imediata e exaustiva quando tomou conhecimento das supostas violações e realizou um julgamento imparcial.

Os prazos de julgamento devem ser razoáveis, levando-se em consideração a complexidade da demanda, a atividade processual dos interessados e a conduta das autoridades judiciais¹⁹⁴. Além disso, deve o Estado indicar todos os recursos administrativos e judiciais os quais tem a obrigação de serem resolvidos e rechaçados com fundamentos processuais razoáveis e não arbitrários¹⁹⁵.

Desta forma, o Estado somente não será responsabilizado internacionalmente por uma violação, desde que aja com a devida diligência¹⁹⁶,

187 Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai**. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Serie C No. 146, §76.

188 Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai**. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. Voto concorrente e dissidente do Juiz Augusto Fogel Pedrozo, II, §15.

189 Corte IDH. **Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala**. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2003. Serie C No. 103, §117; **Caso Las Palmeras Vs. Colombia**. Fundo. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Serie C No. 90, §60.

190 **Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial**. Resolução n. 2.106-A 000 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965, art. 6.

191 **Convenção Européia de Direitos Humanos**. Conselho da Europa. 4 de novembro de 1950, art. 6.1; Corte EDH. **Edward Vs. the United Kingdom**. Sentença de 16 de dezembro de 1992. Series A No. 247-B, §34.

192 **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA). Banjul, Gâmbia, janeiro de 1981, art. 7.1.d.

193 CIDH. **Alonso Eugenio da Silva Vs. Brasil**. Caso 11.598, Informe No. 9/00. 24 de fevereiro de 2000, §41.

194 Corte EDH. **Motta Vs. Itália**. Sentença de 19 de fevereiro de 1991, Serie A No. 195-A, §30; **Ruiz-Mateos Vs. Espanha**. Sentença de 23 de junho de 1993, Serie A No. 262, §30; Corte IDH. **Caso Suárez Rosero**. Sentença de 12 de novembro de 1997. Serie C No. 35, §72.

195 Corte EDH. **Caso García Ruiz Vs. Espanha**. No. 30544/96. 1999-I, § 26; **Caso H. Vs. Bélgica**. Julgamento de 30 de novembro de 1987. Serie A No. 127-B, § 53.

196 Corte EDH. **Caso Rantsev Vs. Chipre e Rússia**. Sentença de 7 de janeiro de 2010, §285.

de forma a garantir que as investigações e julgamentos sejam realizados de maneira séria e não como uma mera formalidade predestinada à ineficiência, respeitando-se os requisitos de independência, efetividade e celeridade¹⁹⁷.

Complementando o artigo 8 da Convenção Americana, o artigo 25 da Convenção Americana versa sobre o direito de alcançar a tutela judicial dos direitos humanos, ou seja, a efetiva prestação jurisdicional em sede recursal.¹⁹⁸

A existência das garantias estabelecidas no art. 25 constitui um dos pilares básicos não só da Convenção Americana, como também do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática no sentido da Convenção.¹⁹⁹

Dispõe tal artigo:

Artigo 25 - Proteção judicial

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

2. Os Estados-partes comprometem-se:

- a) a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
- b) a desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
- c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

O Estado tem o dever de assegurar que os trâmites dos procedimentos administrativos e judiciais sejam acessíveis e simples e que os órgãos ao seu cargo contêm com as condições técnicas e materiais necessárias para dar oportuna resposta às solicitações que lhes são feitas.²⁰⁰ Neste caso, encontra-se o direito ao duplo grau de jurisdição, tendo os interessados o direito de recorrer das sentenças a um juiz ou tribunal superior.²⁰¹

Vale lembrar que a utilização equivocada dos recursos internos por parte dos petionários não os legitima a invocar o SIDH, pois este é de caráter subsidiário, pelo que não age em conformidade com o direito o petionário que

197 Corte IDH. **Caso Garibaldi Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Serie C No. 203, §103.

198 Corte IDH. **Caso Yvon Neptune Vs. Haiti**. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 6 de maio de 2008. Serie C No. 180, §77.

199 Corte IDH. **Caso Castañeda Gutman Vs. México**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184, §78; **Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil**. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C No. 149, §192.

200 Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai**. Fundo, Reparações e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Serie C No. 125, §102.

201 SAN JOSE. **Convenção Americana de Direitos Humanos**. São José da Costa Rica. 22 de novembro de 1969, art. 8.2.h.

pretenda sanar pela via do sistema interamericano os erros incorridos por ele ao pleitear o amparo da jurisdição interna.²⁰²

Além disso, o fato da decisão final contrariar os interesses das comunidades não pode ser considerado como uma violação ao art. 25 da CADH, uma vez que é poder legítimo dos órgãos jurisdicionais interpretar a lei e enquadrá-la ao caso concreto, desde que com a devida justificação e coerência.

A competência da Corte Interamericana é limitada a aferir se os procedimentos processuais levados a cabo pelo Estado, considerados em conjunto, foram justos.²⁰³ A própria Corte Europeia de Direitos Humanos compartilha do entendimento que não é competente para conhecer de alegados erros de fato e de direito cometidos pela corte doméstica.²⁰⁴

Posto isso, conclui-se que a investigação e as decisões a respeito dos fatos são obrigações do Estado no tocante ao devido processo legal²⁰⁵, e não aos resultados²⁰⁶, isto é, a proteção judicial que a Convenção reconhece compreende o direito a procedimentos que oferecem a possibilidade, mas nunca a garantia de um resultado favorável.

Outros dois artigos da Convenção Americana que sempre são ditos como violados nas lides envolvendo comunidades indígenas são os artigos 4.1 e 5.1:

Artigo 4º - Direito à vida

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

Artigo 5º - Direito à integridade pessoal

1. Toda pessoa tem direito a que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

Tais artigos sempre são analisados pela Corte quando se fala em povos indígenas, posto que trata do direito à vida e à integridade física, psíquica e moral dos membros da comunidade em todas as situações nas quais o Estado ou seus órgãos mantêm contato com tal povo, invocando também, geralmente, o princípio da dignidade da pessoa humana e, conseqüentemente, enquadrando-se quase sempre aos artigos 4.1 e 5.1, ambos da Convenção²⁰⁷.

202 Corte IDH. **Mario Roberto Chang Bravo Vs. Guatemala**. Informe Nº 57/08. Petição 283/06. 24 de julho de 2008, §46.

203 Corte IDH. **Caso de los “Niños de lacalle” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala**. Fundo. Sentença de 19 de novembro de 1999. Serie C No. 63, §202.

204 Corte EDH. **Caso Bykov Vs. Russia**. Sentença de 10 de março de 2009, §88.

205 Corte IDH. **Opinião Consultiva OC 16/99** de 1 de Outubro de 1999. Série Nº 16, §117.

206 Corte IDH. **Caso Garibaldi Vs. Brasil**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Serie C No. 203, §113.

207 Corte IDH. **Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala**. Fundo. Sentença de 25 de novembro de 2000. Serie C No. 70, §155.

4. PARECERES DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS ACERCA DO DIREITO À PROPRIEDADE DAS COMUNIDADES INDÍGENAS

A Corte Interamericana afirmou que os Estados devem respeitar a relação especial existente entre os membros indígenas e seu território de maneira a garantir sua sobrevivência social, cultural e econômica.

A relação especial existente entre os povos tribais e o seu território significa que o uso e o aproveitamento da terra e de seus recursos, são componentes necessários à sobrevivência cultural das comunidades indígenas, assim como da ampla realização dos seus direitos humanos.

Esta relação especial é fundamental para a subsistência material como também da integridade cultural dos povos indígenas. Afinal, a terra para os povos indígenas é uma condição para a segurança individual e de ligação entre o grupo, portanto a recuperação, o reconhecimento, a demarcação e o registro das terras representam direitos essenciais à sobrevivência cultural e para manter íntegra a comunidade.

A Corte Interamericana aponta também que para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma relação de posse e produção, mas sim uma relação material e espiritual que eles realmente desfrutam, mesmo para preservar o seu legado cultural e transmiti-los para futuras gerações e acrescentam que a cultura dos membros da comunidade indígena relatam uma maneira especial e específica de ser, ver e agir no mundo, desenvolvidos nas bases da sua relação com seus territórios tradicionais, não só porque eles são o único meio de sobrevivência, mas também, porque é parte da forma como eles veem o mundo, a sua religiosidade, e, portanto, a sua identidade cultural.

Para garantir os direitos dos indígenas sobre as propriedades comunais, é necessário levar em conta que a terra está intimamente ligada à sua expressão oral e tradição, seus costumes e linguagens, suas artes e rituais, seus conhecimentos e práticas em conexão com a natureza, arte culinária, com as leis de costume, as vestimentas, filosofias e valores.

Em conexão com o seu meio, sua integração com a natureza e a sua história, os membros da comunidade indígena transmitem esse patrimônio cultural imaterial de uma geração para a outra, e isso é constantemente recriado pelos membros dos grupos e comunidades indígenas.

A Corte IDH já se pronunciou em diversos casos, no sentido de que o Estado deve dispor de recursos idôneos, assegurando a devida aplicação destes recursos por parte de suas autoridades jurídicas.²⁰⁸

Importante frisar que as relações com comunidades indígenas devem ser analisadas em condição de igualdade e sem nenhuma discriminação,

208 Corte IDH. *Caso de los “Niños de laCalle” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*. Fundo.Sentença de 19 de novembro de 1999. Serie C No. 63, §237.

aplicando-se os direitos contidos na CADH²⁰⁹. Ademais, sempre que houver lides envolvendo supostas terras indígenas, asseverou a Corte IDH que o Estado deve garantir o pleno exercício e gozo dos direitos do povo indígena, preocupando-se sempre em amparar a comunidade e a fornecer meios para que seus membros não sejam prejudicados, disponibilizando o seu aparato judicial e pautando suas decisões nas únicas possibilidades diante da complexidade do caso em questão.

4.1. Determinação da Corte Interamericana obrigando o Estado à realização de consultas nas comunidades

Posicionou-se a Corte IDH no sentido de que sempre deve ser realizada consulta prévia com as comunidades indígenas, a fim de se obter pareceres de seus representantes, bem como informações sobre as necessidades da comunidade.

Assim, as consultas devem ser realizadas de boa-fé e através de procedimentos adequados às circunstâncias²¹⁰. Este processo de consulta visa possibilitar um tempo hábil para a discussão interna. O objetivo é incorporar a participação dos indígenas na vida econômica e social da nação, estimulando o desenvolvimento e progresso da comunidade.²¹¹

A participação da comunidades dá-se mediante participação de toda a comunidade, ou por meio de seus representantes. Ocorre desta forma posto que *todo povo tem um direito imprescritível e inalienável à autodeterminação*, ele determina livremente o seu estatuto político e assegura o seu desenvolvimento econômico e social segundo a via que livremente escolheu.²¹²

Importante ressaltar que o Estado ao proceder uma consulta em qualquer comunidade indígena deverá atender aos costumes e tradições destes²¹³, levando-se em consideração a livre determinação dos indígenas como povo, com o direito de eleger suas autoridades e administrar seus assuntos locais²¹⁴. Além disso, quando se diz em “atender aos seus costumes e tradições”, significa que a consulta, inclusive, deverá ser tramitada em língua na qual a comunidade possa se comunicar.

Após ouvida a comunidade, tendo a concordância da maioria dos representantes da respectiva comunidade indígena, consentindo, consequentemente de maneira voluntária com a proposta posta em negociação e tendo conhecimento sobre a complexidade de uma questão posta em pauta,

209 Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai**. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214, §272.

210 OIT. **Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes**. OIT. 76ª Conferência, 1989, art. 6.1.a, e 6.2.

211 **Carta da Organização dos Estados Americanos**. IX Conferência Internacional Americana. Bogotá, 30 de abril de 1948, art. 45.f.

212 **Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos**. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA) em Banjul, Gâmbia, janeiro de 1981, art. 20.1.

213 Corte IDH. **Caso del Pueblo Saramaka Vs. Suriname**. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Serie C No. 172, §134.

214 **Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas**. Assembléia Geral das Nações Unidas, 61º período de sessões. Nova York, 13 de setembro de 2007, art. 4.

como uma desapropriação ou demarcação, observado estará o princípio do contraditório.²¹⁵

4.2. Da obrigatoriedade de realização de estudo de impacto ambiental em caso de desapropriação para algum fim

Não há surpresa alguma quando se diz que em caso de alguma atividade que possa ser lesiva ao meio ambiente, obrigatoriamente deverá haver um estudo acerca do potencial lesivo da obra.

Somando tal raciocínio ao tópico anterior de que trata das consultas a serem realizadas dentro das comunidades, conclui-se que, quando há uma obra e esta estar programada para ocorrer em uma área tipicamente indígena, além de se estudar o grau do impacto ambiental, também deverá ocorrer a consulta junto à comunidade, a fim de se obter informações acerca das necessidades da comunidade.

Assim, realizando um estudo sobre o impacto ambiental que a construção poderá causar além de se tomar um informe acerca das conseqüências no aspecto social das comunidades, cumpre-se com um os requisitos estabelecidos pela Corte²¹⁶ para que se possa outorgar a concessão de uma obra.

5. CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

Recentemente, muito tem se falado em observância do direito internacional pelo direito interno. Com esse viés, todas as regras a serem elaboradas pelo Estado devem estar em consonância com aquelas pactuadas no âmbito internacional. Ou seja, o fato da Alemanha, República Checa, ou Espanha ser membro do Tribunal Europeu de Direitos Humanos faz com que os mesmos tenham que adequar o seu direito interno aos preceitos previstos no pacto de constituição do Tribunal.

Trazendo o mesmo raciocínio ao âmbito das Américas, o Estado brasileiro, por ser signatário da Convenção Americana de Direitos Humanos, tem como obrigação *erga omnes* respeitar, manter e fazer cumprir as regras de proteção social e garantir a realização dos direitos nela consagrados, ao longo das circunstâncias e para cada pessoa²¹⁷.

Além disso, dispõe o art.1.1 da CADH:

Artigo 1º - Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados-partes nesta Convenção **comprometem-se** a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja

215 Corte IDH. **Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname.** Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Serie C No. 172, §133.

216 Corte IDH. **Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname.** Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Serie C No. 172, §28.

217 Corte IDH. **Opinião Consultiva OC-18/03** de 17 de setembro de 2003. Serie A No. 18, §140.

sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. **(Grifei)**

Ora, desta forma, quando um Estado compromete-se a respeitar determinada ordem de âmbito internacional, este deve adequar o seu direito interno a tais preceitos. Havendo controvérsia entre direito internacional e direito interno, deverá prevalecer aquela mais benéfica ao ser humano, tratando a questão em consonância com o princípio da razoabilidade, caso haja conflito de interesses.

Complementando o que fora supracitado, dispõe o artigo 2º da Convenção Americana de Direitos Humanos:

Artigo 2º - Dever de adotar disposições de direito interno
Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados-partes **comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.**
(Grifei)

A adequação do direito interno ao direito internacional é o que alguns autores chamam de controle de convencionalidade. A sua natureza consiste em algo parecido com o controle de constitucionalidade que ocorre no Brasil, todavia em âmbito internacional.

No que diz respeito ao Estado brasileiro, há grande destaque internacional em virtude de sua cooperação com os órgãos internacionais na proteção e promoção dos direitos humanos, observado pela sua pré-disposição em ratificar os tratados do sistema interamericano e global de direitos humanos, além de ter se comprometido com os Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas²¹⁸, o qual inclui a “Garantia da Sustentabilidade Ambiental”.

Nunca na história do Brasil se reconheceu e protegeu tantos e tão variados aspectos da vida dos cidadãos em geral e das comunidades indígenas em particular,²¹⁹ comprovando tal status ao defrontar codinome dado à

218 **ONU BRASIL.** O site, quanto aos Objetivos de Desenvolvimento do Milênio das Nações Unidas, elenca os 08 (oito) objetivos a serem seguidos pelos Estados até o ano de 2015. Dentre esses objetivos há a: 1. Redução da pobreza; 2. Ensino Básico Universal. 3. Igualdade entre os sexos e a autonomia das mulheres. 4. Redução da mortalidade infantil. 5. Melhoria da saúde materna. 6. Combate do HIV/Aids, Malária e outras doenças. 7. **Garantia da sustentabilidade ambiental.** 8. Estabelecimento de uma parceria mundial para o desenvolvimento. <http://www.pnud.org.br/ODM.aspx>. Acesso em 05/08/2013.

219 Corte IDH. **Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai.** Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Serie C No. 146, §76.

Constituição Federal de 1988 – Constituição Cidadã. Com o Estado fortalecendo o papel das populações indígenas²²⁰, tais populações indígenas e suas comunidades, conseqüentemente, desfrutarão da plenitude dos direitos humanos e das liberdades fundamentais,

Todavia, como já dito, não basta só ser signatário. Os compromissos assumidos devem ter efeitos práticos. Neste caso, tratando-se de direitos indígenas, o Estado brasileiro realiza o controle de convencionalidade, quando este vela para que o efeito útil da Convenção não seja diminuído ou anulado pela aplicação de leis contrárias às suas disposições, objeto e fim²²¹, outorgando às comunidades indígenas uma proteção efetiva, levando em consideração suas particularidades, suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes.²²²

Assim, grosso modo, tomando como exemplo o caso da construção da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, a qual deverá ser “levantada” sobre o rio Xingu, em caso de eventual desapropriação de uma comunidade indígena que sobreviva no local, o Estado brasileiro, além dos preceitos que regem o direito interno, deverá observar o disposto em âmbito internacional, sob pena de responder perante a jurisdição internacional da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Seguindo o princípio do *effet utile*, o governo brasileiro deve adaptar sua atuação à normativa de proteção da Convenção²²³, garantindo direitos aos povos indígenas em sua legislação interna e internacional, respeitando-os e oferecendo plena capacidade para que sejam usufruídos.

Ou seja, o Estado brasileiro possui o dever internacional de respeitar os direitos dos membros das comunidades indígenas que habitam o território nacional no que diz respeito à obrigação de adotar disposições do direito interno e internacional para garantir os direitos desses povos, preocupando-se sempre em preservar a integridade do sistema ecológico no qual desenrola sua cultura.²²⁴

220 RIO DE JANEIRO. *Agenda 21. Eco-92*. Rio De Janeiro, 1992, art. 26.1.

221 Corte IDH. *Caso Trabajadores Cesados Del Congreso(Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru*. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C No. 158, §128; *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154, §124.

222 *Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes*. Organização Internacional do Trabalho. 76ª Conferência, 1989, art. 8.1. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Fundo, Reparações e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Serie C No. 125, §51; *Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname*. Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Serie C No. 15, §58.

223 Corte IDH. *Caso Bulacio Vs. Argentina*. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 18 de setembro de 2003. Serie C No. 100, §142; *Caso Lori Berenson Mejía Vs. Peru*. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2004. Serie C No. 119, §220; *Caso Cesti Hurtado Vs Peru*. Fundo. Sentença de 29 de setembro de 1999. Serie C No. 56, §167.

224 CIDH. *Povo indígena Kuna de Madungandi e Emberá de Bayano e seus membros Vs Panamá*. Informe nº 58/09. Petição 12.354. Admissibilidade. Publicado no Informe anual de 2009, § 21.

CONCLUSÃO

Quando as embarcações européias (portuguesas) aportaram no Brasil, outros povos já se encontravam nessas terras. Tratavam-se dos povos indígenas, sendo que a sua vivência, o seu dia-dia, era diverso dos colonizadores que aqui chegaram. Enquanto o primeiro vivia e usufruía da natureza, sendo esta parte de seu corpo estrutural, agregado à cultura, alimentação e tradição religiosa o outro se encontrava em constante desenvolvimento expansionista territorial e econômico, com a conseqüente exploração de terras desconhecidas.

Conquista importante adquirida pelos índios, além de previsões constitucionais específicas, foi a assinatura do Pacto de San José da Costa Rica pelo Estado brasileiro, impondo a este o dever de cumprimento de tais normas, sob pena de inobservância do controle de convencionalidade.

Além de conferir uma obrigação a mais ao Estado, a Convenção Americana de Direitos Humanos amplia o rol de proteção aos povos indígenas, eis que, além da proteção interna, poderão buscar o amparo internacional, recorrendo à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Por fim, tendo em vista a inexistência de previsão específica na Convenção Americana acerca da proteção dos povos indígenas sobre suas terras ancestrais, faz-se uma interpretação evolutiva da norma, na medida em que os dispositivos são adequados à realidade dos índios como, acesso à justiça mediante tratativa na língua da comunidade, estudos de impacto ambiental e requisitos complementares em caso de desapropriação.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Ernesto Garzón Valdés, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ANNONI, Danielle. *Direitos Humanos e Acesso à Justiça no Direito Internacional: Responsabilidade Internacional do Estado*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BOTELHO, Marcos César. *Os Povos Indígenas e o Direito à Terra: o Supremo Tribunal Federal e o Julgamento da Demarcação da Terra Raposa Serra do Sol*.
- CLASTRES, Pierre. *A Sociedade Contra o Estado*. São Paulo: Editora Cosac Fairy
- JUNIOR, Edilson Pereira Nobre. *Meio ambiente, propriedade e cobertura florestal*. Revista Centro de Estudos Judiciários, Brasília, Ano XIV, n° 49. Abril/junho 2010.
- MARTIN, Francisco Forrest. *Et al. International Human Rights & Humanitarian Law: Treaties, cases, & analysis*. Cambridge University Press, 2008.
- SALGADO, Juan Manuel. *Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas*.
- SARMENTO, Daniel; GALDINO, Flávio (Orgs.). *Direitos Fundamentais: Estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- VILLARES, Luis Fernando. *Direito e povos indígenas*.

Documentos Diversos

Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. Aprovada pela Conferência Ministerial da Organização da Unidade Africana (OUA). Banjul, Gâmbia,

janeiro de 1981.

Carta da Organização dos Estados Americanos. IX Conferência Internacional Americana. Bogotá, 30 de abril de 1948.

Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes.

Organização Internacional do Trabalho. 76ª Conferência, 1989.

Convenção Americana de Direitos Humanos. São José da Costa Rica. 22 de novembro de 1969

Convenção Européia de Direitos Humanos. Conselho da Europa. 4 de novembro de 1950, art. 6.1; Corte EDH. Edward Vs. the United Kingdom.

Sentença de 16 de dezembro de 1992. Series A No. 247-B.

Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial. Resolução n. 2.106-A 000 da Assembléia Geral das Nações Unidas, em 21 de dezembro de 1965.

Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas.

Assembléia Geral das Nações Unidas, 61º período de sessões. Nova York, 13 de setembro de 2007.

RIO DE JANEIRO. Agenda 21. Eco-92. Rio De Janeiro, 1992.

Jurisprudências

Todas as jurisprudências citadas podem ser encontradas nos sites das respectivas instituições.

Corte Interamericana de Direitos Humanos

Encontradas em:<http://www.corteidh.or.cr/index.php/en/jurisprudencia>

Corte IDH. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 26 de setembro de 2006. Serie C No. 154.

Corte IDH. Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Reparações e Custas. Sentença de 10 de setembro de 1993. Serie C No. 15.

Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Fundo. Sentença de 25 de novembro de 2000. Serie C No. 70.

Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 18 de setembro de 2003. Serie C No. 100.

Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez e Lapoñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 21 de novembro de 2007. Serie C No. 170.

Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Fundo. Sentença de 18 de agosto de 2000. Serie C No. 69.

Corte IDH. Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.

Corte IDH. Caso Cesti Hurtado Vs Peru. Fundo. Sentença de 29 de setembro de 1999. Serie C No. 56.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Serie C No. 146.

Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai. Fundo, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Serie C No. 214. Voto

concorrente e dissidente do Juiz Augusto Fogel Pedrozo, II.
Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Serie C No. 125.
Corte IDH. Caso de La Comunidad Mayagna (Sumo) Awastingni Vs. Nicaragua. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
Corte IDH. Caso de los “Niños de La Calle” (Villagrán Morales e outros)Vs. Guatemala. Fundo. Sentença de 19 de novembro de 1999. Serie C No. 63.
Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de novembro de 2007. Serie C No. 172.
Corte IDH. Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 23 de setembro de 2009. Serie C No. 203.
Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Peru. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 25 de novembro de 2004. Serie C No. 119.
Corte IDH. Caso Mario Roberto Chang Bravo Vs. Guatemala. Informe N° 57/08. Petição 283/06. 24 de julho de 2008.
Corte IDH. Caso Maritza Urrutia Vs. Guatemala. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 27 de novembro de 2003. Serie C No. 103.
Corte IDH. Caso Palamara Iribarne Vs Chile. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Serie C No. 135.
Corte IDH. Caso Las Palmeras Vs. Colombia. Fundo. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Serie C No. 90.
Corte IDH. Caso Suárez Rosero. Sentença de 12 de novembro de 1997. Serie C No. 35.
Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados Del Congreso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Serie C No. 158.
Corte IDH. Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 4 de julho de 2006. Serie C No. 149.
Corte IDH. Caso Yvon Neptune Vs. Haiti. Fundo, Reparaciones e Custas. Sentença de 6 de maio de 2008. Serie C No. 180.

Corte Européia de Direitos Humanos

Encontradas em:<http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=caselaw&c=>

Corte EDH. Caso Bykov Vs. Russia. Sentença de 10 de março de 2009.

Corte EDH. Edward Vs. the United Kingdom. Sentença de 16 de dezembro de 1992. Series A No. 247-B

Corte EDH. Caso García Ruiz Vs. Espanha. nº30544/96. 1999-I.

Corte EDH. Caso H. Vs. Bélgica. Julgamento de 30 de novembro de 1987. Serie A nº 7-B.

Corte EDH. Caso Motta Vs. Itália. Sentença de 19 de fevereiro de 1991, Serienº 95-A.

Corte EDH. Caso Rantsev Vs. Chipre e Russia. Sentença de 7 de janeiro de 2010.

Corte EDH. Caso Ruiz-Mateos Vs. Espanha. Sentença de 23 de junho de 1993,

Serie A n° 262.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos

Encontradas em:<http://www.oas.org/pt/cidh/>

CIDH. Alonso Eugenio da Silva Vs. Brasil. Caso 11.598, Informe n° 9/00. 24 de fevereiro de 2000.

CIDH. Povo indígena Kuna de Madungandi e Emberá de Bayano e seus membros Vs Panamá. Informe n° 58/09. Petição 12.354. Admissibilidade. Publicado no Informe anual de 2009.

Opiniões Consultivas

Corte IDH. Opinião Consultiva OC-8/87 de 30 de janeiro de 1987. Serie A. n° 8.

Corte IDH. Opinião Consultiva OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Serie A n° 9.

Corte IDH. Opinião Consultiva OC 16/99 de 1 de Outubro de 1999. Série n° 16.

Corte IDH. Opinião Consultiva OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Serie A n° 18.