



ANAIS DO IV SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

Ética e Corrupção: O direito moderno
brasileiro e a crise política

Organizadores

Paulo Roberto de Oliveira
Leniederson R. Pinto
André Luis Vieira Elói

Comissão Científica:

André Luis Vieira Elói
Kênia G. R. Magalhães
Paulo Enderson O. Teixeira
Paulo Roberto de Oliveira
Silvana Regina Paslauskí
Simone Murta C. do Nascimento



Artigos aprovados do IV Simpósio de História do Direito

IV Simpósio de História do Direito – Ética e
Corrupção: O direito moderno brasileiro e a crise política .

ISSN 2359-6260

Diamantina: Universidade do Estado de Minas
Gerais – Unidade Diamantina, 2017.

1. Ciências Humanas, 2. Título: IV Simpósio de História do Direito: Ética e Corrupção: O direito moderno brasileiro e a crise política



UNIVERSIDADE DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Reitor

Prof. Dr. Dijon Moraes Júnior

Vice-Reitor

Prof. Dr. José Eustáquio Brito

Chefe de Gabinete

Prof. Dr. Eduardo Santa Cecília

Pró-Reitora de Ensino

Profa. Ms. Cristiane Silva França

Pró-Reitora de Pesquisa

Profa. Dra. Terezinha Abreu Contijo

Pró-Reitora de Extensão

Profa. Dra. Giselle Hissa Safar

Pró-Reitor de Gestão e Finanças

Prof. Adailton Vieira Pereira

Diretor Geral de Campus

Prof. Roberto Werneck

UNIDADE UEMG DIAMANTINA

Diretor

Prof. Ms. André Luiz Vieira Eloi

Vice-Diretora

Prof. Ms. Silvana Regina Paslausk

IV SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO

Comissão Organizadora

Paulo Roberto de Oliveira

Leniederson R. Pinto

André Luis Vieira Elói

Comissão Científica

André Luis Vieira Elói

Kênia G. R. Magalhães

Paulo Enderson O. Teixeira

Paulo Roberto de Oliveira

Silvana Regina Paslauski

Simone Murta C. do Nascimento



SUMÁRIO

A CORRUPÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DO TRANSGÊNERO.....	6
A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DESCRENÇA NA POLÍTICA BRASILEIRA	28
A FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA: SOLUÇÃO À ATUAL CRISE DO DESEMPREGO?.....	43
EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL	56
A PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL DO SÉCULO XXI.....	78
FRAUDE EM LICITAÇÃO NO REGIME MILITAR DE 1964.....	96
CRÉDITOS BANCÁRIOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR	108
A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A REPRESENTATIVIDADE NO BRASIL	120
ÉTICA E CORRUPÇÃO NA POLÍTICA BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CENÁRIO ATUAL	131
A ÉTICA, A MORAL E O DIREITO: REFLEXÕES ACERCA DOS CONCEITOS.	143
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PELAS VEREDAS DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE.....	152
CONTRADITÓRIO E AMPLA DE DEFESA NA FASE PRÉ-PROCESSUAL: LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO.....	180
O NEPOTISMO E SUA INTERPRETAÇÃO PARA AGENTES POLÍTICOS	197
PORQUE NÃO ME UFANO DOS PENSADORES BRASILEIROS: UMA CONTRA HISTÓRIA DA FILOSOFIA NOS CURSOS DE DIREITO	212
A FUNÇÃO SOCIOEDUCATIVA DAS ARTES NO ESTUDO DO DIREITO	231
A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS PÚBLICOS.....	240



A EUTANÁSIA E O DIREITO DE ESCOLHA	255
A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR IDOSO NO CDC	265
DESESTATIZAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO NO BRASIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO	277
O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A CORRUPÇÃO NO BRASIL	19
O PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988.....	30
O ABUSO DE PODER NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DESCENDENTE DO PODER-DEVER DO ESTADO: ESTUDO DO DESVIO DE FINALIDADE POR PARTE DOS AGENTES PÚBLICOS	42
GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL: HERANÇA DA DEFESA IRRESTRITA DE DIREITOS PRIVADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA	59
O DIVÓRCIO À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 13 DE JULHO DE 2010.....	80
AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO E A LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS	98
POLÍTICA E VIOLÊNCIA: A CRISE NAS REPÚBLICAS CONTEMPORÂNEAS	117
BIOPIRATARIA NO CERRADO BRASILEIRO: O COMÉRCIO ILEGAL DA BIODIVERSIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS	132
DIAMANTES – ALÉM DO QUE SE VÊ.....	150
UMA ANÁLISE DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE NO DIREITO BRASILEIRO.....	173



A CORRUPÇÃO DO CONCEITO DE DIGNIDADE HUMANA NA FUNDAMENTAÇÃO DOS DIREITOS DO TRANSGÊNERO

THE CORRUPTION OF THE CONCEPT OF HUMAN DIGNITY IN THE FOUNDATION OF TRANSGENDER RIGHTS

Geraldo Lucas Lopes Ferreira¹
Kênia Guimarães Rodrigues Magalhães²

Resumo

O presente estudo buscou refletir acerca da corrupção de sentido atribuída ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana no reconhecimento da identidade dos transgêneros. Para tanto foi construído com enfoque qualitativo dos diversos conceitos desse princípio e a aplicabilidade, do mesmo. A identidade de gênero, aqui tratada, tem caráter construtivo social, acolhido ao desenvolvimento da personalidade do transgênero, estando esse desenvolvimento nas premissas básicas da dignidade da pessoa humana. Entretanto, ao longo do estudo, comprovou-se que tal princípio fundamental não possui uma aplicação efetiva nos casos

¹ Estudante do Curso de Direito da Unidade UEMG de Diamantina; Bolsista do Projeto de Pesquisa CNPq: “Gênero e Efetivação dos Direitos da Pessoa”. Projeto de Pesquisa (PAPq - UEMG): “Gênero e Direitos da Pessoa: Reflexões acerca da Despatologização do Transexual”.

² Mestre em Direito: Hermenêutica e Direitos Fundamentais; Professora do Curso de Direito da Unidade UEMG de Diamantina; Líder do Grupo de Pesquisa CNPq: “Gênero e Efetivação dos Direitos da Pessoa” certificado junto ao CNPQ pela UEMG. Orientadora do Projeto de Pesquisa: “Gênero e Direitos da Pessoa: Reflexões acerca da Despatologização do Transexual” com fomento de bolsa de iniciação científica pelo PAPq/UEMG.



concretos, vindo a ser um fundamento corriqueiro, reforço argumentativo ou ornamento retórico para os magistrados que julgam ações pertinentes ao tema.

Palavras-Chave: *Dignidade da Pessoa Humana. Transgênero. Reconhecimento. Identidade.*

Summary

The present study sought to reflect on the corruption of meaning attributed to the constitutional principle of the dignity of the human person in the recognition of transgender identity. For that, it was constructed with a qualitative focus of the various concepts of this principle and the applicability of it. The gender identity, here treated, has a social constructive character, welcomed the development of the personality of the transgender, being this development in the basic premises of the dignity of the human person. However, throughout the study, it has been proven that such a fundamental principle does not have an effective application in concrete cases, becoming a common ground, argumentative reinforcement or rhetorical ornament for magistrates who judge actions pertinent to the subject.

Key words: *Dignity of the Human Person. Transgender. Recognition. Identity*

Introdução

Procuraremos entender neste artigo, alguns conceitos que são atribuídos à dignidade da pessoa humana, além dos seus reais objetivos para o bem estar e o cumprimento de direitos na comunidade transexual, a fim, de desvincular este conceito de dignidade, há um princípio rotineiro provido de diversos argumentos na seara jurídica e que por consequência, pode não cumprir o verdadeiro papel na sociedade, deixando de convergir com seus múltiplos conceitos, na efetivação dos direitos da pessoa transgênera.

Mostraremos ainda, que a luta árdua pelo reconhecimento da identidade dos (as) transexuais, pode ter uma ligação forte com o



princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, podendo este reconhecimento se um fator de importância ímpar para todas as minorias, incluído a de transgêneros, que vivem em uma sociedade plural, e que buscam a inclusão no Estado democrático de Direito.

1. Transgênero e sua Identidade

Desde sempre foi convencionalizado determinar o sexo do indivíduo a partir do momento de seu nascimento. Dessa forma, bastava à observação externa da genitália, declarada pelo profissional que realizou o parto, e essa identificação acompanharia o indivíduo até o dia de sua morte. No entanto, a determinação de gênero, antes diretamente ligada à constituição morfológica, com o avanço da medicina e consequentes descobertas, já não mais poderia se limitar a ordem biológica.

Verdadeiramente, o conceito de gênero ultrapassa as concepções ligadas aos órgãos reprodutores do indivíduo, pois se caracteriza como construção social, “as identidades são sempre construídas, elas não são dadas ou acabadas num determinado momento”³. Por isso, o gênero está muito mais arrolado aos papéis sociais desenvolvidos pelas pessoas em suas relações cotidianas e ao modo como elas se veem e se compreendem enquanto sujeitos de direitos, do que à sua estrutura e aparência física.

Guacira Lopes Louro, afirma:

Papéis seriam, basicamente, padrões ou regras arbitrárias que uma sociedade estabelece para seus membros e que definem seus comportamentos, suas roupas, seus modos de se relacionar ou de se portar... Através do aprendizado de papéis, cada um/a deveria conhecer o que é considerado adequado (e inadequado) para um homem ou para uma mulher numa determinada sociedade, e responder a essas

³ LOPES LOURO, Guacira. *Gênero, Sexualidade E Educação: Uma perspectiva pós-estruturalista*. 6ª ed. Petrópolis. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda. 1997. p. 27.



expectativas. Ainda que utilizada por muitos/as, essa concepção pode se mostrar redutora ou simplista. Discutir a aprendizagem de papéis masculinos e femininos parece remeter a análise para os indivíduos e para as relações interpessoais⁴.

Assim, identidades sexuais e identidades de gênero embora relacionadas não seja necessariamente a mesma coisa. Haja vista que sujeitos masculinos ou femininos podem ser heterossexuais, homossexuais, bissexuais e, ao mesmo tempo, eles também podem ser negros, brancos, ou índios, ricos ou pobres etc. Considera-se aqui tanto na dinâmica do gênero como na dinâmica da sexualidade que as identidades são sempre construídas. Desse modo, não seria possível fixar um momento seja esse o nascimento, a adolescência, ou a maturidade que possa ser tomado como identidade sexual e/ou uma identidade de gênero, em outras palavras, as identidades estão sempre se constituindo, são instáveis e passíveis de transformação.

Importante ressaltar que desde a infância há um condicionamento dos membros da sociedade para pertencerem a uma dualidade de gênero: homem ou mulher. Meninos e meninas são estimulados a diferentes brincadeiras, ideologias e comportamentos. O masculino e o feminino, o azul e o rosa, são muito bem separados socialmente. Em virtude disso, qualquer desvio dessa normatividade, seja na área da medicina, no âmbito social ou no âmbito do Direito, é alvo de estranhamento e incerteza.

As noções de "homem" e "mulher" não são essências, elas se dissolvem sob as ficções mais ou menos compartilhadas que as colocam em cena no liame social. Essas expectativas coletivas próprias aos papéis de gênero são anteriores ao sexo e o condicionam⁵.

⁴ LOPES LOURO, Guacira. *Gênero, Sexualidade E Educação: Uma perspectiva pós-estruturalista*. 6ª ed. Petrópolis. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda. 1997. p. 24.

⁵ BUTLER, Judith. *Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade*. Rio De Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.13.



O transgênero enfrenta justamente essa dualidade. De fato, sua anatomia se encontra em situação de contradição com seu sentimento de identidade. Seu corpo masculino ou feminino se opõe ao homem ou a mulher que ele está convencido de ser. O corpo não é a manifestação de seu gênero, mas a sua prisão. Hoje, o transexualismo é considerado doença pelo Conselho Federal de medicina, como um desvio psicológico.⁶

Quanto à diagnosticção do transtorno, aponta Josilene Nascimento de Souza os seguintes critérios:

i) o indivíduo deve sentir desconforto com a anatomia do seu sexo; (ii) vontade expressa de eliminar os genitais e alterar suas características para o sexo oposto; (iii) o distúrbio deve ser contínuo, por no mínimo 04 anos, não podendo apresentar outro transtorno mental e (iv) o paciente que deverá ser maior de 18 anos. A avaliação multidisciplinar consistirá em acompanhamento mínimo de dois anos, que confirmará o diagnóstico de transgenitalismo e a inexistência de características físicas inapropriadas para a cirurgia, sendo também irrelevante a sua orientação sexual. O diagnóstico do transtorno é impossível em indivíduo que possua sexo ambíguo, pois nesse caso o diagnóstico é o intersexo, ou hermafroditismo⁷

Embora à primeira vista, enquadrar o transexual como portador de um transtorno psíquico possa levar a certo sentimento de injustiça ou de exclusão, é por encontrar respaldo médico que os transexuais, paradoxalmente, dispõem de medidas garantidoras de sua inclusão. Nesse ínterim, a Resolução CFM N° 1.652/02, regula a cirurgia de mudança de sexo, e autorizou que hospitais públicos e privados,

⁶ RESOLUÇÃO CFM n° 1.955/2010. Disponível em: http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2010/1955_2010.htm. Acesso em: 10/11/2017

⁷ Redesignação de Gênero: Adequação do Registro Civil ao Sexo Reconstruído e a (In)segurança Jurídica, p. 15



independentemente da atividade de pesquisa, procedam à cirurgia de transgenitalização e/ou procedimentos complementares sobre gônadas e caracteres sexuais secundários, como tratamento dos casos de transexualismo.

Ainda por se tratar de doença, os procedimentos de adequação ao gênero, tanto dos transexuais masculinos quanto dos femininos são oferecidos gratuitamente pelo Sistema Único de Saúde (SUS), desde 2008. Além disso, antes das cirurgias, são realizadas avaliações psicológicas e acompanhamento ambulatorial com equipe multiprofissional, que conta com assistência integral no processo transexualizador.⁸

Cabe ainda destacar que o processo transexualizador não se limita a preparação para a adequação do sexo biológico ao gênero, mas conta também com modificação de outros aspectos físicos do indivíduo, a saber, tratamento com fonodílogo para adaptar a voz, tratamento hormonal, redução cirúrgica da cartilagem tireoide (pomo de adão), dentre outras.

Não basta o respaldo médico para efetivação da cidadania, disponibilidade dos preceitos democráticos e inserção social do transexual. Deve também o Direito apresentar-se como órgão inclusivo e capaz de acompanhar as constantes revoluções da sociedade, ou seja, fazer valer seu papel social ao abarcar e legislar também sobre os direitos das minorias, como os transexuais.

Nesse aspecto, a alteração do registro civil representa uma das principais demandas jurídicas dos transexuais, e vem corroborar a dimensão social da passagem de um gênero a outro ou de um sexo a outro. Outrossim, é inquestionável que o nome civil se trata de um dos principais elementos individualizadores da pessoa natural, sendo um símbolo da personalidade do indivíduo, capaz de particularizá-lo no contexto da vida social e produzir reflexos na ordem jurídica. O

⁸ PORTARIA Nº 2.803, DE 19 DE NOVEMBRO DE 2013 - Disponível em: http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2013/prt2803_19_11_2013.html. Acesso em: 01/06/2017



Código Civil vigente incluiu o nome civil, nele incluídos o prenome e o sobrenome, como direito da personalidade.⁹

Em detrimento disso, caberia ao Direito legislar sobre a pretensão de mudança do prenome do transexual. Contudo, essa alteração não encontra respaldo na legislação ordinária vigente, tendo em vista a adoção do princípio da imutabilidade do nome da pessoa, cuja modificação se restringe aos seguintes termos:

- 1) prenome que exponha seu portador ao ridículo, ao vexame, que cause constrangimento ou que seja exótico.
- 2) prenome que contenha erro gráfico
- 3) alteração de prenome para incluir apelido público notório ou nome
- 4) alteração do prenome pelo uso prolongado e constante
- 5) alteração do prenome por conta da pronúncia
- 6) alteração do prenome por conta da homonímia
- 7) alteração do prenome por conta da maioridade
- 8) alteração do prenome do estrangeiro
- 9) alteração do prenome para proteção da vítima ou testemunha
- 10) alteração de prenome por conta da adoção¹⁰

Cabe aqui a compreensão de José Afonso Da Silva quanto à definição de Pessoa:

Todo ser humano, sem distinção, é pessoa, ou seja, um ser espiritual, que é, ao mesmo tempo, fonte e imputação de todos os valores. Consciência e vivência de si próprio, todo ser humano se reproduz no outro

⁹ “Art. 16. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acesso em: 01/06/2017

¹⁰ Quando é possível a alteração do nome? - Flávia Teixeira Ortega. Disponível em: <https://draflaviaortega.jusbrasil.com.br/artigos/372428898/quando-e-possivel-a-alteracao-do-nome>. Acesso em: 01/06/2017



como seu correspondente e reflexo de sua espiritualidade, razão por que desconsiderar uma pessoa significa em última análise desconsiderar a si próprio. Por isso é que a pessoa é um centro de imputação¹¹.

Uma vez que tanto o direito de dispor sobre o próprio corpo, o direito ao equilíbrio psicofísico -que constitui um direito à saúde- quanto o direito ao nome integram os direitos da personalidade, exclusivos da Pessoa, o transexual tem o direito de buscar o livre desenvolvimento de sua personalidade. Contudo, como a legislação brasileira não engloba o transexual em lei específica para a alteração do nome, a jurisprudência brasileira tem pautado sua decisão, quando a favor dos indivíduos, na legislação dos pontos 4 e 3 aqui expostos, e valendo-se de um principal princípio constitucional: o da dignidade da pessoa humana.

2. Origem da Dignidade da Pessoa Humana

Após as atrocidades ocorridas durante a Segunda Guerra Mundial, criou-se um documento internacional que reconhecia os direitos do homem, com princípio na dignidade da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, que já em seu preâmbulo, reconheceu a dignidade como sendo “inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis” e, em seu art. I, afirmou que: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.

Como movimentos de constitucionalização dos direitos¹², o princípio da dignidade da pessoa humana passou a preencher o seu

¹¹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1990. p.37.

¹² Fruto do Neoconstitucionalismo, esse movimento inspira-se, sobretudo, na Supremacia da Constituição e na conseqüente necessidade de amoldamento do restante do ordenamento jurídico à ordem jurídica estabelecida por ela



lugar como norma da liberdade racional e expressão legítima de sua igualdade frente aos outros. A Lei Federal da Alemanha de 1949 (Lei de Bonn) serve como exemplo, mais precisamente em seu art. 1º, n.1, onde estabeleceu: “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todos os Poderes estatais”.

Antonio-Enrique Perez Luño, jurista e filósofo do direito espanhol, ensinam que “a dignidade da pessoa humana constitui não apenas a garantia negativa de que a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações, mas implica também, num sentido positivo, o pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo”¹³. A partir desse conceito atribuído por Lunõ é possível traçar uma categoria imprescindível sobre o universo do transgênero, o Direito a identidade de gênero, que vem da premissa da construção social. Desse modo, a dignidade humana tem o papel de auxiliar tanto no desenvolvimento personalíssimo, quando no amparo ao sujeito que está construído a sua identidade de gênero.

No mesmo sentido, posiciona-se o constitucionalista latino-americano, Humberto Alcalá:

Dignidade humana é o valor básico que fundamenta os direitos humanos, já que sua afirmação não somente constitui uma garantia de tipo negativo que proteja às pessoas contra vexames e ofensas de todo tipo, mas que deve também se afirmar positivamente através dos direitos com pleno desenvolvimento de cada ser humano e de todos os seres humanos¹⁴.

(SARMENTO, 2009), superando assim a pretérita visão de que a Constituição seria um mero documento político procedimental que estabeleceria apenas metas para o Estado de Direito, como acreditava, por exemplo, Carl Schmitt (2007) e Ferdinand Lassalle (2001).

¹³ PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. 5ªed. Madrid: Tecnos, 1995.

¹⁴ ALCALÁ. Humberto Nogueira. A dignidade da pessoa humana e os direitos econômicos, sociais e culturais: uma aproximação latino-americana. Revista de direito privado. Ano 5, n. 20, São Paulo, 2004. p.42



Fica perceptível, que a aplicação da dignidade da pessoa humana, como assinalado, sofre conturbações no conceito, sentido e alcance, muitas vezes influenciados por questões históricas, religiosas e políticas, sendo suscetível de múltiplas alternâncias, como foi nestas diferentes jurisdições apresentadas e em outras que estão em tramitação no sistema judiciário.

3. Conceitos Nacionais da Dignidade da Pessoa Humana

A Constituição Federal da República do Brasil de 1988 adotou em seu artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Esta é entendida nacionalmente como qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano fazendo deste, um merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade.

A inobservância, da dignidade humana prejudica os direitos fundamentais da soberania, cidadania, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa da República Federativa do Brasil e conseqüentemente as leis ordinárias do ordenamento jurídico brasileiro. Desse modo, a dignidade humana deve ser tratada como princípios basilares para o regimento de um Estado além de ser o principal fundamento para o reconhecimento dos direitos do Transgênero.

Os direitos e garantias fundamentais aliados ao respeito à dignidade da pessoa humana tornaram-se um espelho para a formatação de um novo critério de interpretação das normas do ordenamento Jurídico Brasileiro, levando, José Afonso da Silva a afirmar:

Dignidade da pessoa humana é um valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais. Concebida como referencia constitucional unificadora de todos os direitos fundamentais, observam Gomes Canotilho e Vital Moreira, o conceito de dignidade da pessoa humana obriga a uma densificação valorativa



que tenha em conta o seu amplo sentido normativo-constitucional e não qualquer ideia apriorística do homem, não podendo reduzir-se o sentido da dignidade humana a defesa dos direitos pessoais tradicionais, esquecendo-a nos casos de direitos sociais, ou invocá-la para construir uma, teoria do núcleo da personalidade individual, ignorando-a quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.¹⁵

José Afonso da Silva argumenta que a dignidade da pessoa humana, é um conceito a priori, “um dado preexistente a toda experiência especulativa, tal como a própria pessoa humana”¹⁶ não sendo ela uma criação constitucional, mas pressuposto para o reconhecimento Constitucional, seja pela sua existência e sua iminência, tornado à dignidade humana valor supremo da seara jurídica. De acordo com o jurista Celso Bastos, o termo dignidade da pessoa humana visa penalizar práticas como a tortura, sob todas as suas modalidades, racismo, homofobias e outras humilhações tão comuns no cotidiano das pessoas que vivem no Brasil. “Coloca a pessoa humana como fim último de nossa sociedade e não como simples meio para alcançar certos objetivos”¹⁷, em outras palavras, a dignidade humana ampara apenas quando a integridade de alguém é ferida, a título de exemplo, quando um Transexual sofre constrangimento, violência física ou psicológica, na rua e/ou em algum outro espaço social ao assumir a sua identidade de gênero. Não existe uma aplicação da dignidade humana, anteriormente aos

¹⁵ Cf. SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1990. Nessa obra o autor indicou que “princípio é mandamento nuclear de um sistema”. p. 82.

¹⁶ Id.; *Pode Constituinte Poder Popular – Estudos sobre a Constituição*, São Paulo, Malheiros Editores. 13ª Edição. 1997. p. 146.

¹⁷ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. Malheiros Editores Ltda, São Paulo. 22ª Edição. 2010. p 227.



fatos acontecidos, como se o princípio existisse para punir algo que já aconteceu ao invés de evitar a ocorrência de tal ato.

Alexandre de Moraes ensina que o propósito da dignidade humana, que é nos fornecer uma unidade de direitos e garantias fundamentais, sendo estas distintas da personalidade humana e deixam a soberania das concepções transpessoalistas do Estado e da Nação em detrimento da liberdade individual. “A dignidade é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas.”¹⁸ Tem-se então, que a dignidade da pessoa humana, se manifesta na autodeterminação da própria vida, ou seja, cada ser, seja ele homossexual, negro, transexual, tem autonomia de se autodeterminar como quiser em uma sociedade que ele faz parte, e este tem o direito de atrair consigo a pretensão ao respeito do remanente corpo social.

Seguindo este traçado do detrimento do Estado, Ingo Wolfgang Sarlet, afirma o seu conceito de dignidade da pessoa humana:

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que asseguram 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

¹⁸ MORAIS, Alexandre de. Direito Constitucional. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2004. p. 52.



destinos da própria existência e da vida em
comunhão com os demais seres humanos¹⁹.

Ademais do conceito de dignidade da pessoa humana defendido por Sarlet, que preza pelo respeito entre os membros das sociedades plurais, é possível que esse princípio fundamental “representa o epicentro axiológico da ordem constitucional, irradiando efeitos sobre todo o ordenamento jurídico e balizando não apenas os atos estatais, mas também toda a miríade de reações privadas que se desenvolvem no seio da sociedade civil e no mercado”²⁰, isto é, a dignidade da pessoa humana atua como um conceito aberto, sendo inadmissível a tentativa de criar-lhe uma conceituação rígida.

Para o estudioso Miguel Reale, o poder e dever de cada indivíduo se realiza á medida que ele age com conformidade com o seu ser pessoal, não o excluindo, mas reconhecendo antes a capacidade dele ser participante da tarefa comum a toda espécie humana, “seus atos transcendem o circulo de seus interesses, ou dos grupos em que mais imediatamente se inserem, por serem, pura e simplesmente, atos humanos, suscetíveis de uma qualificação deontológica de alcance universal”²¹. Resultando desse modo, a uma diversidade de ideologias, na qual cada um situa e legitima os seus interesses e esperanças.

4. A Dignidade Da Pessoa Humana Aplicada Sobre Transgênero

Atualmente a Transexualidade figura na lista de patologias da Organização Mundial da Saúde (OMS), caracterizando-se, de acordo

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 62.

²⁰ SARMENTO, Daniel. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2008. p. 85-86.

²¹ REALE, Miguel. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo. Ed. Saraiva, 5ªed. 1994. p. 101.



com a Classificação Internacional das Doenças (CID 10 F.64) como uma discordância entre sexo biológico e gênero que se identificam psicologicamente, que é nomeado como transtorno na identidade de gênero:

Inconformismo do indivíduo com seu sexo biológico e um desejo imenso de viver e ser aceito como membro do sexo oposto, usualmente acompanhado por uma sensação de desconforto ou impropriedade de seu próprio sexo anatômico e o desejo de se submeter a tratamento hormonal e cirurgia, para seu corpo ficar tão congruente quanto possível com o sexo preferido.

Assim, os (as) transexuais que querem adequar, o seu corpo optam por cirurgias, como: neocolpovulvoplastia (mudança do sexo masculino para o feminino), faloplastia (mudança inversa), mastectomia, histerectomia, e hormonioterapia.

Em nível internacional, alguns países, como Argentina, Portugal e Espanha, já aprovaram leis que permitem ao Transexual o reconhecimento e efetivação de seus direitos na sociedade na qual fazem parte. Na Argentina foi aprovado a “Lei de Identidade de Gênero”, que assegura direitos fundamentais aos transexuais e aos travestis do país. Segundo Berenice Bento²², está nova legislação de 2012, estabelece aos transexuais o direito de qualquer pessoa solicitar a retificação do sexo no registro civil, incluindo o nome de batismo e a foto de identidade; sem a necessidade do reconhecimento judicial. Por fim, o sistema de saúde ainda deverá incluir operações e tratamentos para a adequação ao gênero escolhido.

Em Portugal segundo, o reconhecimento da adequação e retificação do sexo reside no art. 26 da Constituição, que consagra o

²² BENTO, Berenice. Identidade de gênero: entre a gambiarra e o direito pleno. Carta Potiguar, 2012. Disponível em: <
<http://www.cartapotiguar.com.br/2012/05/29/identidade-de-genero-entre-a-gambiarra-e-o-direito-pleno/>>. Acesso em 05 de agosto de 2017.



direito à identidade pessoal, o desenvolvimento da personalidade, à capacidade civil, à cidadania, ao bom nome e reputação, à imagem, à reserva da intimidade da vida privada e familiar e à proteção legal contra quaisquer formas de discriminação, entendendo que o tratamento e a intervenção cirúrgica que visam modificar o sexo são terapêuticos, resguardando o direito à saúde física e psíquica. Por fim, na Espanha, em 2007, foi aprovada a Lei de Identidade de Gênero, fornecendo aos transexuais o direito de alterar sua identidade, sem a necessidade de travar uma batalha judicial.

A legislação brasileira não possui uma lei específica para os Transexuais alterarem o nome, tendo a jurisprudência brasileira, pautado sua decisão na maioria das vezes na alteração de prenome para incluir apelido público notório, alteração do prenome pelo uso prolongado e o uso do princípio da dignidade da pessoa humana. No entanto, o Ministério da Saúde, em novembro de 2013 editou a Portaria nº 2.803, a qual instituiu na rede do Sistema Único de Saúde (SUS) o chamado “Processo Transexualizador”, que abrange as seguintes diretrizes de assistência:

- I - integralidade da atenção a transexuais e travestis, não restringindo ou centralizando a meta terapêutica às cirurgias de transgenitalização e demais intervenções somáticas;
- II - trabalho em equipe interdisciplinar e multiprofissional;
- III - integração com as ações e serviços em atendimento ao Processo Transexualizador, tendo como porta de entrada a Atenção Básica em saúde, incluindo-se acolhimento e humanização do atendimento livre de discriminação, por meio da sensibilização dos trabalhadores e demais usuários e usuárias da unidade de saúde para o respeito às diferenças e à dignidade humana, em todos os níveis de atenção.



Nota-se até aqui, que a comunidade de transexuais ainda vivem uma luta árdua pelo reconhecimento dos direitos, sendo este reconhecimento fator de muita importância para todas as minorias em sociedades multiculturais, que buscam uma inclusão dentro do Estado democrático de Direito, que segundo Habermas “não fecha os olhos nem para as condições de vida sociais desiguais, nem muito menos para as diferenças culturais”²³. Esta inclusão está intimamente ligada ao sentimento de pertença, isto é, não se reduz a um referencial teórico ou a uma abstração, mas constitui uma realidade concreta, que se pode verdadeiramente experimentar e viver.

Em uma ação registrada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, o requerente transgênero alega um imenso desconforto decorrente da incompatibilidade da sua aparência física masculina (acentuada pelo tratamento hormonal e procedimentos cirúrgicos) e seu prenome feminino, e solicitou a retificação de seu nome, fundamentado que tal “unificação é necessária para que sejam sanados erros e omissões, bem como para que seja restituída, ao autor, a dignidade a que tem direito, protegendo-o contra humilhações, constrangimentos”²⁴. Além, da “necessidade de se evitar meios a garantir, ao autor, os seus direitos fundamentais, com a utilização dos procedimentos jurídicos que permitam a concretização dos preceitos materiais assecuratórios de exercício pleno da cidadania, e para essa finalidade, deve ser possibilitada a troca de seu prenome e gênero”²⁵.

Nota-se que o argumento acerca da dignidade da pessoa humana, nessa jurisprudência permeia-se para o conceito de dignidade defendida por Sarlet, ao afirmar que o conceito de dignidade da pessoa humana “é uma qualidade intrínseca e distintiva de cada ser

²³ HABERMAS, Jürgen. *A inclusão do Outro*. Editora Loyola, 1997. p. 235.

²⁴ TJ-RJ. Retificação ou Suprimento ou Restauração de Registro Civil. Processo: 0006604-13.2016.8.19.0001. 2016. Disponível em: <http://direitohomoafetivo.com.br/anexos/juris/1478_1302964da5fc1cf31c08a6086e08cd97.pdf> Acesso em: 29 de julho de 2017. p. 110.

²⁵ *Ibid.*; p. 110.



humano que faz dele merecedor de respeito por parte do Estado e da comunidade”²⁶. Entretanto Antonio-Enrique Perez Luño, visto anteriormente acredita que a dignidade humana constitui não apenas a garantia negativa (a pessoa não será objeto de ofensas ou humilhações), mas mexe com o sentido positivo, (pleno desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo). Sendo assim, a dignidade humana neste caso deveria está no ato de reconhecimento e respeito não somente da comunidade e do Estado, mas também da família com relação à pessoa Transgênera, admitindo que a mesma, é um sujeito de direito e tem a legitimidade para buscar a retificação do seu nome e o desenvolvimento personalismo.

Em um segundo caso de retificação de registro civil de nascimento, promovido pelo Superior Tribunal de Justiça (STF), de um Transexual (submetido à cirurgia de redesignação sexual), fundamenta sua decisão novamente na dignidade da pessoa humana. Neste processo o uso de tal princípio fundamental é argumentado com base na tolerância, “para que a mitigação do sofrimento humano possa ser o sustentáculo de decisões judiciais, no sentido de salvaguardar o bem supremo e foco principal do Direito: o ser humano em sua integridade física, psicológica, socioambiental e ético-espiritual”²⁷. A Dignidade Humana, “significa para cada um manifestar sua verdadeira identidade, o que inclui o reconhecimento da real identidade sexual, em respeito à pessoa humana como valor absoluto”²⁸.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998*. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007. p. 62.

²⁷STF. Recurso Especial Nº 1.008.398 – SP (2007/0273360-5). 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5>> Acesso em: 31 de julho de 2017. p.1.

²⁸STJ - Recurso Especial: REsp 1008398 SP 2007/0273360-5. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398->



A Ministra e relatora Nancy Andrighi, mais adiante argumenta que a Dignidade Humana:

Assegurar ao transexual o exercício pleno de sua verdadeira identidade sexual consolidada, sobretudo, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, cuja tutela consiste em promover o desenvolvimento do ser humano sob todos os aspectos, garantindo que ele não seja desrespeitado tampouco violentado em sua integridade psicofísica. Poderá, dessa forma, o redesignado exercer, em amplitude, seus direitos civis, sem restrições de cunho discriminatório ou de intolerância, alçando sua autonomia privada em patamar de igualdade para com os demais integrantes da vida civil. A liberdade se refletirá na seara doméstica, profissional e social do recorrente, que terá, após longos anos de sofrimentos, constrangimentos, frustrações e dissabores, enfim, uma vida plena e digna²⁹.

Está argumentação, da dignidade humana acima colocada, converge com o conceito imposto por Alexandre de Moraes, ao dizer que tal princípio nos fornece uma unidade de direitos e garantias fundamentais e é um valor espiritual e moral inerente à pessoa, em outras palavras, uma característica essencial de alguém que se manifesta singularmente na autodeterminação e no desenvolvimento do consciente trazendo em sua companhia a pretensão ao respeito por parte das demais pessoas.

Dispõe Maria Celina Moraes:

[sp-2007-0273360-5/inteiro-teor-11878380?ref=juris-tabs](https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5/inteiro-teor-11878380?ref=juris-tabs) > Acesso em: 31 de julho de 2017. p. 1.

²⁹ STJ - Recurso Especial: REsp 1008398 SP 2007/0273360-5. Disponível em: < <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5/inteiro-teor-11878380?ref=juris-tabs> > Acesso em: 31 de julho de 2017.; p. 2.



Se a humanidade das pessoas reside no fato de serem elas racionais, dotadas de livre arbítrio e de capacidade para interagir com os outros e com a natureza, sujeitos por isso, do discurso e da ação, será “desumano”, isto é, contrário à dignidade humana, tudo aquilo que puder reduzir a pessoa (o sujeito de direitos) à condição de objeto³⁰.

Nesse sentido, entende-se que a dignidade da pessoa humana, deve desmistificar a ocorrência das exclusões, que a comunidade transexual vem sofrendo cotidianamente no Brasil, desestabiliza desse modo à sociedade, pois, é necessário à participação de todos, principalmente, na forma em que esta sociedade irá se regulamentar, sendo essa regulamentação, reconhecida pelo Estado democrático Direito, com o processo legítimo e legal, aplicados a todos sem qualquer distinção.

Considerações Finais

Diante do exposto, fica evidente que os conceitos nacionais e internacionais da dignidade da pessoa humana, são diversos, e sua aplicação possui conturbações no conceito, sentido e alcance, muitas vezes influenciados por questões históricas, religiosas, políticas e sociais. Notou-se ainda, que a desobediência da dignidade humana prejudica os direitos fundamentais da República Federativa do Brasil, o restante do ordenamento jurídico e os direitos de reconhecimento e Identidade de Gênero das pessoas transgêneras.

Além disso, foi possível identificar que o direito a identidade de gênero, que vem de uma construção social, concelha com o

³⁰MORAES, Maria Celina de. *O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo*. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 120.



desenvolvimento da personalidade dos indivíduos, ora defendido pelo jurista Antonio-Enrique Perez Luño, como medida amparada pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No entanto, se comprovou que este princípio fundamental ainda não possui uma aplicação efetiva, e se tornou um conceito corriqueiro na fundamentação de decisões em diferentes tribunais superiores, nos casos dos transgêneros, a dignidade humana, funciona como reforço argumentativo de outro fundamento, ou como ornamento retórico que são como já vistas, contradições não advertidas e/ou ineficazes no ato de julgar.

Destarte, a falta de uma legislação específica para a comunidade transexual impede que a mesma, tenha uma fundamentação judiciária mais convincente, justa e correta, além de contribuir ainda mais na luta pelos seus direitos e reconhecimento no Estado democrático de Direito, onde deve haver chances iguais de vida no meio social, seja do direito ao nome, imagem e etc.

Referências Bibliográficas

ALCALÁ. Humberto Nogueira. **A dignidade da pessoa humana e os direitos econômicos, sociais e culturais: uma aproximação latino-americana.** Revista de direito privado. Ano 5, n. 20, São Paulo, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **Aqui, lá e em Todo lugar”:** A dignidade humana no direito contemporâneo e no discurso transnacional. Revista dos Tribunais. Vol. 919. maio de 2012 . Disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/aqui_em_todo_lugar_dignidade_humana_direito_contemporaneo_discurso_transnacional.pdf

_____. **A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação.** Versão provisória para debate público. Mimeografado, dezembro de 2010.



- BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. Malheiros Editores Ltda. São Paulo. 22ª Edição. 2010.
- BENTO, Berenice. **Identidade de gênero: entre a gambiarra e o direito pleno**. Carta Potiguar, 2012. Disponível em: < <http://www.cartapotiguar.com.br/2012/05/29/identidade-de-genero-entre-a-gambiarra-e-o-direito-pleno/> >. Acesso em 05 de agosto de 2017.
- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Rio De Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- HABERMAS, Jürgen. **A inclusão do Outro**. Editora Loyola, 1997. p. 235.
- LIMA, José Expedito Passos. **A estética entre saberes antigos e modernos na Nuova Scienza, de Giambattista Vico**. EDUC. São Paulo. 2012.
- LOPES LOURO, Guacira. **Gênero, Sexualidade E Educação: Uma perspectiva pós-estruturalista**. 6ª ed. Petrópolis. Rio de Janeiro: Editora Vozes Ltda. 1997.
- MORAES, Maria Celina de. **O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo**. In: Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado. SARLET, Ingo Wolfgang. (Org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 120.
- MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 16. ed. São Paulo: Atlas. 2004.
- PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución**. 5ªed. Madrid: Tecnos, 1995.
- REALE, Miguel. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo. Ed. Saraiva. 5ªed. 1994.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1998**. 5ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2008.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 1990.



_____. **Pode Constituinte Poder Popular – Estudos sobre a Constituição.** São Paulo. Malheiros Editores. 13^a Edição. 1997.

STF. Recurso Especial: Nº 1008398 – SP (2007/0273360-5). 2009. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5>> Acesso em: 31 de julho de 2017.

STJ - Recurso Especial: REsp 1008398 SP 2007/0273360-5. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5718884/recurso-especial-resp-1008398-sp-2007-0273360-5/inteiro-teor-11878380?ref=juris-tabs>> Acesso em: 31 de julho de 2017.



A CORRUPÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E A DESCRENÇA NA POLÍTICA BRASILEIRA

Fernanda Alvim Magesty³¹

Resumo: O trabalho em análise tem como objetivo apresentar uma perspectiva a respeito da administração pública vigente no país, delucidando sua importância e necessidade da tal competência para o regimento correto do discernimento público. Em que, a grande parte de seu trabalho é destinada a execução efetiva das políticas públicas. Atividades as quais lidam diretamente com o campo social e representam um histórico de grandes progressos em que o país sofreu e atualmente se encontra. Além disso, será feita uma correlação entre a realidade da administração pública que nos deparamos em todo território nacional com questões que abordam a corrupção e a descrença na política brasileira por parte dos cidadãos.

Palavras-chave: *Administração pública, corrupção, política, Brasil*

Resumen: El trabajo en cuestión tiene como objetivo presentar una perspectiva con relación a la administración pública vigente en el país, resaltando su importancia y la necesidad de tal competencia para el funcionamiento correcto del discernimiento público. En donde la gran parte de su trabajo es destinada a la ejecución efectiva de las políticas públicas. Actividades que lidian directamente con el campo social y representan un histórico de grandes progresos en el cual el país actualmente se encuentra. Además de eso, será realizado una correlación entre la realidad de la administración pública en la que nos encontramos en todo el territorio nacional con aspectos que

³¹ Graduanda em Direito na Universidade do Estado de Minas Gerais, Unidade Diamantina



abordan la corrupción y la credibilidad en la política brasileña por parte de los ciudadanos.

Palabras claves: *Administración pública, corrupción, política, Brasil*

1.Introdução

Nesse artigo pretende-se discorrer sobre a presença da corrupção na administração pública que, devassada ao público, gera a curto e longo prazo, um certo receio e descrença na política do país. Além disso, de primeira instância será apresentado alguns conceitos que esclarecem e norteiam todo o trabalho que dizem a respeito da administração pública e exibem sua importância para a gerência da sociedade.

O termo “administração” deriva do latim e significa a união de *ad* - que faz jus à direção - com *minister*, que expressa a ideia de subordinação, subalternidade, obediência. Do dicionário, o verbo administrar exprime a condição de gerir, ministrar, aplicar, dirigir superiormente.

No caso da administração pública, seria o gerenciamento, o zelo ligado ao Poder Público, mas principalmente, ao coletivo, à sociedade. É importante salientar, nas palavras de Maria Sylvania Zanella Pietro³², que:

Administração é a atividade do que não é senhor absoluto. Tanto na administração privada como na pública há uma atividade dependente de uma vontade externa, individual ou coletiva, vinculada ao princípio da finalidade; vale dizer que toda atividade de administração deve ser útil ao interesse que o administrador deve satisfazer. No caso da Administração Pública, a vontade decorre da lei que fixa a finalidade a ser perseguida pelo administrador.

³² DI PIETRO, Maria Sylvania. Manual de Direito Administrativo. 1. Ed. Editora: Saraiva, São Paulo, 2017



A administração pública representa todo um aparelhamento oriundo do Estado que deve ser previamente estabelecido para que as atividades sejam realizadas e assim, as necessidades de um todo, do coletivo, possam ser atendidas e supridas. Em que, a mesma é uma criação – abstrata – da Constituição e das leis presentes, que darão por intermédio de suas entidades (pessoas jurídicas públicas ou privadas), órgãos (o que realiza atividade da entidade em que respectivamente representa) e de seus agentes (pessoas físicas investidas em cargos e funções).

A administração pública – como fenômeno – é, definitivamente, organizada, e os funcionários públicos fazem parte dessa organização. Ela não representa a comunidade, mas sim, o serviço que lhe é prestado. Dessa forma, seus atos não são próprios da comunidade, pois essa característica remete o que entendemos por leis. Administração pública possui atos procedentes e justificados que referem-se a cada ação, a cada caso que é desenvolvido em prol da comunidade.

Ela possui um caráter serviçal, ou seja, de prestação de serviços. O que enfatiza sua característica de subordinada, submetida.

Maurice Hauriou, jurista e sociólogo francês, dizia que a administração pública era uma espécie de empresa de gestão de negócios que era conduzida de acordo com o interesse do governo, do Estado e também, do interesse da sociedade. Em linhas diretas, do interesse público.

2. processo histórico da administração pública brasileira

O patrimonialismo foi o primeiro modelo administrativo a ser adotado pelo Brasil. Ele é caracterizado pela não distinção entre os bens de origem pública e os de origem privada. A administração colonial estava organizada em quatro instâncias e cada uma delas exercia uma função. São elas: instituições metropolitanas, administração central, administração regional e administração local.



Estabelecidas desde o início da colonização, as capitânias hereditárias foram um fracasso para a administração privada. A Coroa portuguesa assumiu seu controle diretamente e interinígio em virtude da preocupação com o rumo em que elas tomariam. A mesma, estava interessada em instituir uma administração central com o intuito de proteger o território contra ataques dos invasores e também, de índios. Dessa forma, nasce o Governo Geral em 1549, na Bahia. O vice-rei tinha maior poder sobre os demais governadores, entretanto, seu poder era limitado, nada mandava da Bahia para o norte e também, na região ao sul de São Paulo.

Caio Prado Júnior faz uma síntese histórica e, retomada por Arno e Maria José Wehing (1999)³³, afirma que as principais características da administração colonial, são:

a centralização, a ausência de diferenciação (de funções), o mimetismo, a profusão e minúcia das normas, o formalismo e a morosidade. Essas disfunções decorrem, em grande medida, da transplantação para a colônia das instituições existentes na metrópole e do vazio de autoridade (e de obediência) no imenso território, constituindo um organismo autoritário, complexo, frágil e ineficaz.

Já a era burocrática, trás consigo uma grande importância na constituição da administração pública brasileira, em que focalizava na preocupação do controle, visando combater sintomas da era patrimonialista. Uma vez que, este tipo de administração anteriormente mencionada, voltava suas atenções somente para o Estado, dessa forma, ela perde o grande sentido da administração pública, ou seja, o caráter público, não preocupava com a sociedade e a geração do seu bem estar.

³³ Arno e Wehing, Maria José. Formação do Brasil colonial. 1. Ed. Editora: Nova Fronteira. São Paulo, 1999



A virada do século trouxe grandes reviravoltas e a partir da segunda metade do mesmo, o mundo clamava por mudanças no âmbito da gestão. Foi então que surgiu a gestão pública gerencial.

A estrutura brasileira administrativa é influenciada parcialmente pelo Direito Administrativo ibérico e francês, em que trazem consigo característica de certo maior grau de rigidez. Todavia, houve influência americana advinda do modelo presidencialista, o qual consiste na maior flexibilidade e politização do sistema administrativo. A Constituição Cidadã de 1988, trouxe maior rigidez em relação à burocracia. Pois, foi somente com a implantação do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), no ano de 1995, que houve uma reestruturação nas bases dos projetos governamentais brasileiros, os quais almejavam uma inovação no modelo de administração pública.

É de grande ganho ressaltar que tal reforma não desprezou ou exingiu as características patrimonialistas ainda existentes, mas progrediu no que diz respeito a uma administração mais autônoma e preocupada com a sociedade. É de fácil conclusão que, cada modelo de gestão, teve sua participação e influência para o atual modelo brasileiro.

O PDRAE também teve importante papel nesse novo advento. Além disso, é mister ressaltar que nenhum modelo foi totalmente desprezado e sim aperfeiçoado ao passar do tempo. Isso acontece com a Nova Gestão Pública que visa, assim como a gestão gerencial, a busca por resultados. Porém, na vertente de transparência, do fazer mais com menos e na adoção dos indicadores de desempenho das atividades.

Com o advento da nova gestão pública inserida no contexto da reforma do Estado e também, dirigida por Luis Carlos Bresser Pereira – economista – à frente da criação do Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado (MARE), a “reforma gerencial” teve como base instrumental o aqui antes mencionado, Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), que tem como objetivo visar a reestruturação da



administração pública brasileira, afim de combater a burocracia, antes fortemente existente. As principais características da nova gestão administrativa pública brasileira consiste em orientar o seu foco ao cliente, além da reengenharia empresarial, governo, administração de qualidade e empreendedorismo.

3. Corrupção

O substantivo feminino ‘‘corrupção’’, deriva do latim *corrumpitio*, que traz sentido de deterioração, processo ou efeito de corromper. De acordo com o Dicionário Houaiss da Língua Portuguesa e Dicionário da Língua Portuguesa Contemporânea, da Academia das Ciências de Lisboa, o substantivo tem diversos significados em que, dois deles condizem perfeitamente com o tema em análise. São eles: o sentido figurado que pode significar a degradação, o rompimento com a moral, dos valores morais, éticos, hábitos e costumes. E também em relação ao sentido de emprego, o que corresponde a uma parte de pessoas que são prestadores do serviço público e particular e praticam atos ilícitos, os quais visam o benefício próprio, ou seja, apropriar-se de informações privilegiadas.

3.1 Crime de corrupção

A corrupção, antes mencionada sua origem, tem como significado a ação, ato e efeito de corromper, oferecer a outrém algo que exprima vantagem sobre alguma coisa ou pessoa, que favoreça um indivíduo e prejudique outro.

Calil Simão – atual presidente do Instituto Brasileiro de Combate à Corrupção – define a corrupção política como o: ‘‘uso do poder público para proveito, promoção ou prestígio particular, em benefício de um grupo ou classe, de forma que constitua violação da lei ou de padrões de elevada conduta moral’’.

O crime de corrupção tem sua pena assegurada no Código Penal Brasileiro. O ato ilícito de corromper possui duas vertetes, o crime de corrupção ativa e o crime de corrupção passiva.



A corrupção ativa está prevista no artigo 333 do Código Penal. Ele diz que a corrupção se dá pelo oferecimento de alguma forma de ganho ou compensação – patrimonial ou não - para que o agente público faça algo que, dentro do que ele executa, é proibido e/ou ele não deveria fazer. Há também a possibilidade de omissão, ou seja, o agente público deixa de fazer aquilo que é de sua incumbência. Pena de reclusão, 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Já a corrupção passiva está prevista o artigo 317 do Código Penal. Ele afirma que é aquele praticado por funcionário público ou a este esteja equiparado, por meio do qual o agente concede, aceita receber, solicita, obtém, futuramente vantagem indevida ou ilícita – patrimonial ou não – no exercício ou fora da sua função profissional, ou até mesmo antes de assumi-la, mas sempre, em razão dela. Pena de reclusão, 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

3.2 Portal da transparência e a lei de acesso à informação

Segundo a plataforma digital do Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União (<http://www.portaldatransparencia.gov.br/sobre/>), o Portal da Transparência do Governo Federal:

é uma iniciativa da Controladoria-Geral da União (CGU), lançada em novembro de 2004, para assegurar a boa e correta aplicação dos recursos públicos. O objetivo é aumentar a transparência da gestão pública, permitindo que o cidadão acompanhe como o dinheiro público está sendo utilizado e ajude a fiscalizar. O Governo brasileiro acredita que a transparência é o melhor antídoto contra corrupção, dado que ela é mais um mecanismo indutor de que os gestores públicos ajam com responsabilidade e permite que a sociedade, com informações, colabore com o controle das ações de seus governantes, no intuito de checar se os recursos públicos estão sendo usados como deveriam.

A Lei nº12.527/2011 que corresponde a Lei de Acesso à Informação, regulamentada pelo Decreto nº7.724/2012, foi criada



com o objetivo de dar ao cidadão maior conhecimento à realidade que a administração pública vive em relação a questão orçamentária e financeira do município, estado, país.

A Lei, além de valer para os três poderes – União, Estados e Municípios – vale também para os Tribunais de Conta e Ministério Público. Ademais, as entidades privadas sem fins lucrativos também são obrigadas a fazerem prestação de contas e darem publicidade as informações que referem-se aos recursos públicos que transitam na instituição e o qual será o fim tomado.

O Portal da Transparência e a Lei de acesso à Informação se fazem necessários num país como o Brasil quando o assunto abordado é corrupção. O Brasil carrega em sua história e agora, em tempos modernos, com maior visibilidade, casos de corrupção na administração pública.

Ter acesso à arrecadação e aplicação do dinheiro público é essencial para uma população que deseja ver o fim de práticas ilícitas numa gestão que trabalha diretamente para bem estar e benefício da sociedade. O cidadão pode acompanhar todo o repasse de verba pública e ficar sob alerta em relação a informações, o controle de gastos e o uso correto dos recursos.

Na plataforma digital do Portal da Transparência há um espaço em que o cidadão além de consultar a relação da verba pública do seu município, por exemplo, pode denunciá-lo por conta de alguma irregularidade, por fatos dispostos ali que contradizem a real situação do mesmo, entre outros problemas. Tal realidade é importantíssima para o combate à corrupção. Uma vez que, dará poder e autonomia ao indivíduo, ou seja, a principal peça, somada as demais, quando pautamos sobre administração pública, aplicação de políticas públicas, obras, verbas. Pois é para a sociedade que a administração pública trabalha. Dessa forma, não haveria sentido, a mesma, não poder estar ciente de tudo que ocorre em seu meio.

4. A descrença na política brasileira



4.1 O homem cordial

O termo “homem cordial” surge no livro de autoria do historiador brasileiro, Sérgio Buarque de Holanda, intitulado “Raízes do Brasil”³⁴. Marcando a Semana de Arte Moderna de 1922 e o Movimento Regionalista de Pernambuco, o livro trás consigo uma interpretação do o que vem a ser o Brasil, o que é o brasileiro, o que somos e o que nos faz ser como somos.

Cordial vem do radical latim *cordis*, que remota ao coração. O homem, mais especificamente, o brasileiro, seria mais coração do que razão e dessa forma, usaria suas emoções como prioridade, ao invés da razão, para praticar, solucionar, elucidar certos atos e questões.

Na obra, o autor indaga o que diferencia o Brasil dos outros povos, qual seria a nossa raiz, a raiz do nosso caráter, raiz das nossas atitudes de querer sempre tirar vantagem de alguém ou de alguma situação, o famoso “jeitinho brasileiro”. Sérgio Buarque de Holanda justifica que tais aspectos antes mencionados condizem com a questão da força da família em nossa história. Porque a família tem uma força tão grande em nossa história, que em todas as relações nós buscamos criar familiaridade, intimidade, criar certas proximidades. Há certa repulsa por parte do brasileiro quando não há proximidade e existe ali certa burocracia. Dessa forma, estamos sempre buscando criar essa aproximação com o outro.

É de grande ganho destacar que, os “principais” políticos de nossa história, buscaram criar proximidade com a população. Getúlio Vargas por exemplo, era chamado do “pai dos pobres”, titularidade que agregava valor a sua popularidade e assim, condizia com uma certa ilusória facilidade do contato da sociedade com o Presidente do país.

Ao tratar sobre política, é interessante correlacionar com a questão do patrimonialismo. O patrimonialismo consiste na visão de

³⁴ DE HOLANDA, Sérgio Buarque. Raízes do Brasil. 1. Ed. Editora: José Olympio, 1936



entender aquilo que é público como se fosse privado. Apropriar-se do público e torná-lo privado. A coisa pública, o que é feito e destinado exclusivamente para o todo, para a comunidade, é apropriada e adquirida por um ou mais indivíduos para o seu privado, para suas vontades e desejos pessoais.

E dessa forma, fica claro a questão da corrupção na administração pública e no serviço que ela presta. Um político por exemplo, usa do seu cargo para apropriar-se do que é público, para direcionar familiares a cargos privilegiados, para desviar verbas que seriam destinadas a saúde, educação, cultura, ou seja, atividades essenciais para o regimento de uma sociedade. Além disso, usa do seu conhecimento sobre determinadas informações privilegiadas como peça para moeda de troca e assim adquiri pra si, vantagens que, cada vez mais, servem somente para amaciar e cuidar do próprio ego.

Por fim, Sérgio Buarque de Holanda conclui que, nós devemos aprender a usar mais a racionalidade do que a emoção em nossos atos, e que dessa forma, o Brasil desenvolveria e cresceria, aperfeiçoando o que ele já é. A ação social deve ser mais racional e menos afetiva, distanciando daquilo que seria cordial.

4.2 Sociedade e estado corruptos andam lado a lado

Ao passo que o assunto sobre a corrupção no Estado brasileiro é levantado, é de valoroso ganho também ressaltar, a corrupção na sociedade, criando um linha tênue entre as duas.

Não há um Estado corrupto, sem uma sociedade corrupta. Cargos públicos são compostos por pessoas, as quais, antes de estarem ali e mesmo depois de entrarem em seus respectivos cargos, são cidadãos como qualquer outro. Dessa forma, o desejo, o ato de cometer certas ilicitudes, praticar corrupção, surgem da pessoa em si e não, do poder que lhe é depositado após atingir algum cargo público.

O poder seduz, mas não obriga o indivíduo a ser corrupto. A corrupção é possível, mas não é imposta. Dessa forma, a ética básica



do cidadão atinge um tom mais grave, pois é ela que chega até a raiz da corrupção. A nossa liberdade, o poder de ir e vir nos permite praticar ou não certas condutas, sendo elas corretas ou errôneas.

A partir do momento em que um indivíduo, eleito por outros indivíduos, os quais apostaram nas promessas feitas em campanha, deixa de atender o interesse da maioria e começa a atender seus interesses, atendimento ao desejo próprio, esse indivíduo não deveria estar ocupando o cargo que lhe é respectivo.

O político é o espelho da sociedade. A sociedade brasileira é corrupta. O jeitinho brasileiro acaba com a tentativa de honestidade do povo. O poder, o desejo de saber que conseguiu passar por cima do outro porque agiu de uma mra ilícita e não foi descoberto chega a ser mais prazeroso muitas vezes, do que atingir o que quer com o próprio esforço.

A atual situação da política brasileira desanima a sociedade em acreditar que um dia tudo isso irá mudar. Mas, de fato, deve ser lembrado que a corrupção na administração pública chegou ao território nacional através dos portugueses, crer que ela surgiu a partir da democratização, por exemplo, é acreditar em uma intensa falácia.

O histórico da corrupção brasileira tomou rumos diferentes, a partir do momento em que as denúncias começaram a ser investigadas e as operações foram sendo realizadas. A Operação Lava Jato é um forte exemplo do que antes foi mencionado. Teve início no ano de 2013 e consiste numa série de investigações pela Polícia Federal. Desde o seu início, ela vem cumprindo mandados, investigando políticos, empresários, pessoas de alto escalão, crimes de colarinho branco que estão lincados com os de corrupção, lavagem de dinheiro, gestão fraudulenta, recebimento de vantagem indevida, obstrução da justiça, dentre outros crimes.

A descrença surge da impunidade que muitos casos de colarinho branco que envolvem servidores públicos sofrem. O processo demorado, os privilégios, as jogadas, a arte da política em si acaba acobertado os atos ilícitos e dessa forma, a sociedade vê o



crime escancarado, o áudio vazado, o dinheiro na cueca, a mala com milhões de reais e nada feito a respeito.

Além de errado, chega a ser desumano um sujeito desviar verbas da educação, da alimentação de crianças em creches e escolas que, muitas vezes, fazem somente aquela refeição por conta da família não ter condições e sustento para poder comprar comida para o lar. Enquanto quem rouba e desvia dinheiro, é conceituado na alta sociedade brasileira, pode consumir um alimento a qualquer hora, da melhor qualidade.

É infeliz ver a que nível a política brasileira chegou. Fatos escancarados e trocas de favores pessoais fazem com que ela fique estagnada. Seguimos... Seguimos acreditando numa justiça certa ao que diz respeito a corrupção na administração pública. Para que um dia essa realidade seja revertida e a descrença na política deixe de ser algo tão presente e marcante em nosso cotidiano.

Considerações finais

Desarte, diante do que foi exposto, é de fácil conclusão a teia existente quando o assunto pautado é corrupção na administração pública brasileira. Não é de hoje que somos abordados todos os dias por algum caso de corrupção que envolve servidores públicos. Está presente em nosso cotidiano, esteve presente em nosso processo histórico e, em vista da situação a qual nos encontramos, perpetuará – infelizmente – pelo nosso futuro.

Vimos que o Estado disponibiliza para a sociedade algumas opções para que ela se atualize em relação a administração pública, tanto âmbito municipal, quanto estadual e federal. E além disso, na mesma plataforma, dispõe um portal, o qual é possível denunciar orçamentos que não condizem com a realidade. Como por exemplo, a prestação de contas do município X diz que a ponte foi reformada e está em plenas condições de uso, porém a realidade mostra uma outra situação diferente. Dessa forma, o cidadão do município X pode acessar o Portal da Transparência e fazer a denúncia, para que o



caso seja avaliado, investigado e a população da cidade receba uma solução para o problema apresentado.

O processo histórico da administração pública brasileira é, em linhas diretas, pautado na superação do modelo anterior que vigorava. Para chegar até o modelo atual, o gerencial, o Brasil passou pelo patrimonialismo e o burocrático. O modelo gerencial, principalmente o brasileiro, após a reforma do Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado (PDRAE), a administração pública brasileira foi reestruturada, buscando acabar com a burocracia, focando na orientação ao cliente, da reengenharia empresarial, governamental, produzindo uma administração de qualidade, eficácia e empreendedorismo.

Por fim, em vista do que foi apresentado no artigo em questão, podemos concluir que o Estado corrupto existe porque a sociedade também é corrupta. Não adianta fraudar, subornar, fazer uso de acesso preferencial quando não se necessita e depois inflar o peito indagando que político brasileiro é tudo igual, todos corruptos. Tal fato não passa de uma hipocrisia que vem sendo alimentada há anos. Uma vez que, sempre tivemos a ideia que o político cometer um ato ilícito é mais prejudicial do que um cidadão comum cometer a mesma coisa. Ambos estão errados, ambos compartilham do mesmo ato, ambos são corruptos e devem arcar com as consequências pautadas na lei brasileira.

A justiça deve ser efetiva, afinal, ela vale para todos. Esperamos dias melhores para a administração e, principalmente para a política brasileira. Que é nova, um tanto quanto indefesa e fácil de moldar a situações. Não podemos deixar que a corrupção, o interesse privado seja superior ao desejo público, vivemos em uma república e logo, devemos respirar ares que respeitam os princípios republicanos, caso contrário, estaremos fadados à hipocrisia e a mesmice que a corrupção causa à sociedade.



Referências

Arno e Wehing, Maria José. **Formação do Brasil colonial**. 1. Ed. Editora: Nova Fronteira. São Paulo, 1999

AURÉLIO, Dicionário. Disponível em: <https://dicionariodoaurelio.com/administrar> Acesso em 25 setembro de 2017

BLUME, Bruno André. **Corrupção ativa e corrupção passiva: Qual a diferença?** Disponível em: <http://www.politize.com.br/corruptao-ativa-e-corrupcao-passiva/> Acesso em 5 de outubro de 2017

BRASIL. **Ministério da Administração e Reforma do Estado. Plano Diretor da Reforma Administrativa no Aparelho do Estado**. Brasília: MARE, 1995.

DA COSTA, FREDERICO LUSTOSA. **Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas.** Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rap/v42n5/a03v42n5.pdf> Acesso em 1 de outubro de 2017.

DE HOLANDA, Sérgio Buarque. **Raízes do Brasil**. 1. Ed. Editora: José Olympio, 1936

DI PIETRO, Maria Sylvia. **Manual de Direito Administrativo**. 1. Ed. Editora: Saraiva, São Paulo, 2017

EBRADI. **Aspectos gerais dos crimes de corrupção passiva e corrupção ativa.** Disponível em: <https://ebradi.jusbrasil.com.br/artigos/387381467/aspectos-gerais-dos-crimes-de-corrupcao-passiva-e-corrupcao-ativa> Acesso em 5 de outubro de 2017

FEDERAL, Governo. **Acesso à informação.** Disponível em: <http://www.acessoainformacao.gov.br/assuntos/conheca-seu-direito/a-lei-de-acesso-a-informacao> Acesso em 11 de outubro de 2017

FERNANDES, Cláudio. **O homem cordial na formação do Brasil.** Disponível em:



- <http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiadobrasil/o-homem-cordial-na-formacao-brasil.htm> Acesso em 28 de outubro de 2017
- JÚNIOR, Dirceu de Melo. **O ‘homem cordial’ e a corrupção.** Disponível em:
http://www.diariodepernambuco.com.br/app/noticia/opiniaio/46,97,43,74/2017/03/07/interna_opiniaio,164451/o-homem-cordial-e-a-corrupcao.shtml Acesso em 30 de outubro de 2017
- PLANALTO FEDERAL. **Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011.** Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2011/lei/112527.htm Acesso em 7 de outubro de 2017
- PORTAL TRANSPARÊNCIA.** Disponível em:
<http://www.portaldatransparencia.gov.br/sobre/> Acesso em 8 de outubro de 2017
- QUADROS, Fernanda. **A Administração pública: uma análise de sua história , conceitos e importância.** Disponível em:
<http://www.webartigos.com/artigos/a-administracao-publica-uma-analise-de-sua-historia-conceitos-e-importancia/37923/> Acesso em 3 de outubro de 2017
- SILVA, Adival do Carmo. **Evolução da administração pública no Brasil e tendências de novos modelos organizacionais.** Disponível em:
<http://www.ice.edu.br/TNX/storage/webdisco/2013/12/13/outros/27b4d512efbac7d37520bc37aa78cac1.pdf> Acesso em 3 de outubro de 2017



A FLEXIBILIZAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA BRASILEIRA: SOLUÇÃO À ATUAL CRISE DO DESEMPREGO?

Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho (UEMG/FAC)
Kelle dos Santos Pereira(FAC)

Resumo:

O presente artigo tem como objetivo abordar o tema da flexibilização das leis trabalhistas no Brasil, haja vista que o desemprego e a precarização das relações de trabalho são problemas enfrentados na atualidade. O instituto da flexibilização surge como uma possível solução para essas questões ora mencionadas. Porém, antes de analisar essa questão, faz-se necessário abordar o conceito, o histórico e as características desse instituto. A doutrina se divide em relação à aplicabilidade da flexibilização nas leis trabalhistas ao passo que pode ser uma solução aos problemas enfrentados na atualidade ou um retrocesso legal, resultando numa perda de direitos alcançados através da evolução histórica do Direito do Trabalho. Nesse artigo serão analisados, além da parte inicial (conceito, histórico, características), posicionamentos doutrinários acerca da flexibilização e possíveis soluções para o tema.

Palavras-chave: *Flexibilização, Direito do Trabalho, Desemprego, Precarização, Empregado.*



1. Introdução

O Brasil, atualmente, sofre uma séria crise em função da situação econômica mundial. O desemprego em massa e a precarização das relações de trabalho são considerados algumas conseqüências dessa crise. Pode-se afirmar que esses problemas decorrem, dentre outros fatores, do desenvolvimento tecnológico e da globalização, uma vez que estes, embora propiciem um maior desenvolvimento industrial, têm como conseqüências, a substituição do homem pela máquina e/ou a redução de direitos trabalhistas outrora alcançados, prejudicando a classe trabalhadora.

Tais problemas necessitam de soluções urgentes, visando propiciar uma adaptação dos vários setores sociais a essa realidade.

Em face disso, o Direito do Trabalho visa regulamentar as novas demandas de relações trabalhistas que surgem em razão da globalização. A flexibilização das leis do trabalho surge a fim de suprir tais questões, principalmente no que se refere à questão do desemprego, tão presente na sociedade contemporânea brasileira.

Ao se referir em flexibilização trabalhista, imagina-se algo que seja moldável, flexível, de maneira que as garantias e os direitos sejam resguardados, nos moldes legais.

Porém, o que ocorre na sociedade contemporânea brasileira é exatamente o oposto dessa proposição, ao passo que a flexibilização de algumas leis trabalhistas é considerada, por alguns doutrinadores, como uma regressão das garantias dadas pela Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT).

Quando se fala em flexibilizar direitos dos trabalhadores, não se relaciona imediatamente a certo prejuízo para os mesmos, mas, na realidade, é quase certo que isso ocorra para alguma parte.

Outra questão de extrema relevância quanto ao tema da flexibilização é referente à globalização, uma vez que ela alterou e vem alterando cada vez mais a relação entre empregador e empregado. O pensamento neoliberal ou neocapitalista vem se



infiltrando na cultura, refletindo cada vez mais nas relações trabalhistas.

Diante do problema da crise de desemprego e da necessidade do Direito do Trabalho em regulamentar essas relações, a flexibilização das leis do trabalho se apresenta como uma das propostas com o fim de solucionar tais problemas.

Neste caso, torna-se necessário instigar qual a efetividade da aplicação do tema da flexibilização das leis trabalhistas na sociedade contemporânea brasileira? Há a regressão tão mencionada por alguns doutrinadores ou isso apenas faz parte da ideológica neoliberalista? Seria então a flexibilização uma solução para a crise do desemprego no Brasil?

Ainda que tenha havido incontáveis mudanças no sistema brasileiro que regula as relações trabalhistas, ele ainda é considerado mundialmente rígido e marcado pela intervenção do Estado.

Enfim, importante se faz delimitar os critérios de eficácia desse tema na sociedade, haja vista o caráter modernizante, progressista e político do Direito do Trabalho.

2. Histórico e conceito da Flexibilização

Na antiguidade, o trabalho estava associado à humilhação, sendo muitas vezes utilizada como forma de punição ou escravidão. Na Idade Média, da escravidão passa-se para servidão, onde o servo era obrigado a trabalhar nas terras dos senhores feudais e acabava por ficar preso pelas dívidas que adquiria aos proprietários.

Assim, o Direito do Trabalho surgiu, com maior relevância, em meados do século XVIII, com a Revolução Industrial, como conquista das transformações sociais, econômicas, políticas e jurídicas da época. Com a substituição do trabalho escravo pelo trabalho assalariado, nascem as primeiras ideias de direitos trabalhistas. Esse foi um marco para o Direito do Trabalho, pois foi nesse momento que os trabalhadores passaram a organizar-se através de sindicatos para fazer frente a melhores condições trabalhistas.



Outro fator importante para o Direito do Trabalho foi criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), após a Primeira Guerra Mundial, com o propósito de estabelecer normas de proteção ao trabalho em âmbito internacional. (MARTINS, 2015)

O acelerado crescimento tecnológico exige adaptação da sociedade e assim, o Direito torna-se reflexo do comportamento da sociedade, com base a regulamentar as relações trabalhistas que vem sofrendo esses reflexos.

Devido à grande competitividade do mercado, Uriarte (2002, p.9), classifica a flexibilização das leis trabalhistas como “uma modificação da situação do trabalhador, alterando e diminuindo seus direitos, devido a grande competitividade do mercado, na busca de melhorar as condições de concorrência da empresa”.

Consoante, leciona São Pedro:

A flexibilização do Direito do Trabalho trata-se de expressão voltada para intitular um contexto de mudanças da legislação trabalhista, arraigado, sobretudo, na discricionariedade dos atores sociais sob a aplicação dos dispositivos legais, autorizando que conteúdo normativo possa sofrer uma diminuição de significado, reduzindo o seu teor de proteção da massa proletária (SÃO PEDRO, 2015).

Nascimento (2003, p. 67), nesse diapasão, escreve que a flexibilização do Direito Laboral “é o afastamento da rigidez de algumas leis para permitir, diante de situações que o exijam, maior dispositividade das partes para alterar ou reduzir os seus comandos”.

Ainda segundo Paula:

A flexibilização que pode ser conceituada como sendo a ampliação da liberdade na aplicação da norma jurídica, adaptação dessas normas a uma nova realidade, ou, como vários autores defendem, a perda de direitos já adquiridos pelos trabalhadores, ocasionando a diminuição da proteção que o direito do



trabalho impõe nas relações de trabalho (PAULA, 2010).

Ao final de sua definição acerca da flexibilização trabalhista, a autora traz a opinião de parte da doutrina, que condena o instituto aqui analisado. Opinião compartilhada por São Pedro (2015) e Antônio Fabrício de Matos Gonçalves (2007), que alegam ser a flexibilização do Direito Trabalhista um retrocesso, pois é contrário aos preceitos conquistados historicamente no Direito do Trabalho.

Desde que surgiu, o Direito do Trabalho tenta moldar-se para acompanhar as transformações e se adaptar ao contexto social, político e econômico, assim, vê-se que a flexibilização pode diminuir os benefícios trabalhistas já conquistados.

Trata-se de uma adaptação das normas trabalhistas perante as mudanças e as dificuldades econômicas, sob a alegação que a flexibilidade traria a redução do desemprego, visto que a possível flexibilização, ajuste de horários e salários, poderia acumular mão-de-obra excedente, atingindo assim, os desempregados e melhorando a economia no Brasil.

A flexibilidade é percebida no Direito do Trabalho do Brasil, na própria Constituição Federal, no artigo 7º, incisos VI, XIII, XIV, permitindo a redução de salário, de jornada de trabalho e a eventual ampliação da jornada de trabalho em turnos ininterruptos de revezamento através de acordo ou convenção coletiva.

Percebe-se que a flexibilização pode reduzir ou extinguir os direitos já adquiridos pelos trabalhadores, o que é previsto na própria lei. A justificativa se dá pelo alto índice de desemprego, o que obrigaria o trabalhador a aceitar o trabalho mediante a necessidade de se sustentar.

Entretanto, o que se discute sobre tal aspecto, concerne ao fato de que, flexibilizando as condições de trabalho, os empregos existentes seriam também diminuídos, tendo em vista que os empregadores procurariam mão de obra mais barata de forma a se adaptar a lei flexibilizada e dessa forma acabaria por precarizar as



condições de trabalho em busca sempre do trabalhador “mais barato”.

A flexibilização foi adotada por países ricos, já no Brasil apresenta-se como alternativa para aumentar a produção empresarial e diminuir o desemprego. Contudo, deve-se lembrar que muitos países estão obtendo resultados negativos em resposta a essa alternativa, acabando por aumentar o índice de desemprego e precarização das relações de trabalho.

Sérgio Pinto Martins cita alguns países que adotaram a flexibilização, e afirma que em alguns deles há diferenciação quanto aos tipos de empregados:

A flexibilização também poderia compreender o tipo de trabalhador. Na Itália, há, por exemplo, uma distinção entre as espécies de trabalhadores, como o operário (operário), o impiegato (empregado) e o dirigente (dirigente, diretor). Na França, é feita distinção entre trabalhadores que recebem salário, que os operários, que fazem esforço físico, e os que recebem ordenado, em que prepondera o esforço intelectual. Assim, também poderia haver flexibilização quanto a empregados que exercem cargo de confiança, dirigentes, chefes, etc. (MARTINS, p. 34, 2015).

Analisa-se que a flexibilização deve existir de forma gradual, em direitos necessários à economia do país, sem modificar plenamente os direitos adquiridos. Adota-se como exemplo alguns países citados por Martins, em sua análise sobre a flexibilização em outras culturas. Na Argentina, segundo o autor, flexibilizando algumas normas trabalhistas verificou-se que houve muitos abusos, por exemplo, no contrato por prazo determinado, razão pela qual foram abolidas tais reformas. Lado outro, na Bélgica, ele aponta que a flexibilidade existe em pontos mais específicos como a jornada de trabalho, de forma que não é tão prejudicial aos trabalhadores. (MARTINS, 2015, p.19/20)



Martins cita outro exemplo claro de que a flexibilização pode até ocorrer, mas, para tanto, é preciso que haja um investimento no mercado de trabalho e na capacitação da população. É o caso da Dinamarca, país rico e pequeno, com baixo índice de pobreza, onde os desempregados são obrigados a entrar na ativação (voltar ao trabalho) depois de seis meses ou um ano de desemprego. Mas, isso devido ao fato de possuírem programas de ativação e suspensão de direito no caso de a pessoa se recuse ao trabalho. (MARTINS, 2015, p.19/20).

De forma que, antes de se falar em flexibilização é preciso analisar a estrutura econômica do país em que se vive.

3. Correntes da Flexibilização

Além de existirem posicionamentos contrários e a favor da flexibilização, observa-se ainda a existência de correntes as quais os doutrinadores se aproximam e se pactuam com o entendimento.

Como toda disposição no estudo do direito, sobre a flexibilização existem dois posicionamentos: a favor, os quais defendem que a flexibilização diminuirá as ações trabalhistas e permitirá maior segurança jurídica nas relações de trabalho, de forma ainda, a ensejar que o número de empregos no Brasil também cresça, extinguindo assim as relações informais existentes; de outro lado há aqueles que são contra a flexibilização, porquanto está ligada diretamente a precarização das condições de trabalho, servindo como pretexto para retirar direitos já adquiridos.

De forma favorável à flexibilização assim posiciona-se Nascimento:

Defende que, atualmente, o Direito do Trabalho passa por uma fase de adaptação à realidade, depois de ter passado pelas outras fases de conquista e promocional. Assim, deveria ser possível, para que se modernizassem as relações de trabalho no país, que as convenções coletivas de trabalho pudessem ter cláusulas *in melius* e *in pejus* para o trabalhador,



possibilitando uma maior adequação à realidade da época, do setor, do tamanho, da empresa, etc. Assim, se o país passa por uma época de crise econômica, não há lugar para a exacerbação dos direitos trabalhistas, o que existirá somente em épocas de abundância, ou seja, os direitos trabalhistas existiriam como reflexos da economia e não seriam inerentes à condição de empregados, de força de trabalho. (NASCIMENTO, 2005, p.21)

Segundo Gonçalves (2007), vários são os posicionamentos a favor e contra a flexibilização no Brasil. Dentre os principais argumentos a favor está baseado na ideia de que, com a adaptação de novas leis as vagas de emprego vão aumentar, bem como dessa forma se reduziriam os encargos trabalhistas: principal motivo de os empregadores não contratarem mais. Quanto aos argumentos contrários Gonçalves afirma que o mais relevante deles é a perda dos direitos já adquiridos, o que levaria a uma precarização das condições de trabalho.

Para Martins: “existe a necessidade de adaptar ou flexibilizar as condições do trabalho para que seja possível a aplicação do direito à realidade, e não o contrário”. (MARTINS, 2015, p. 14). A flexibilização não pode ser pautada na exclusão de direitos, sendo que as mudanças devem ser pautadas na busca de melhores condições aos trabalhadores.

Volviendo a análise às correntes doutrinárias, observa-se a existência de três tipos, sendo elas: a flexibilista, a semiflexibilista e antiflexibilista.

A primeira defende a ideia de que eventuais mudanças e flexibilizações das condições de trabalho devem ser pautadas no acordo entre as partes, de maneira que o acordado prevalece sobre o disposto em lei, independentemente das cláusulas pactuadas serem prejudiciais ao trabalhador. Verifica-se, neste caso, a desvalorização do princípio da proteção. Tal corrente é seguida no Brasil por Luis



Carlos Amorim Robortella, que defende a necessidade de tais mudanças frente à crise.

A segunda corrente é a corrente semiflexibilista, que defende a ideia de que pode haver a flexibilização desde que haja autonomia e negociação coletiva de modo que seja possível evitar riscos. Amauri Mascaro do Nascimento compactua com tal corrente no Brasil.

Por fim, a corrente antiflexibilista traz a ideia e questionamento de que se seria ou não a flexibilização uma maneira de reduzir ou suprimir os direitos já conquistados pelos trabalhadores, fazendo com que, dessa forma os problemas dos trabalhadores somente aumentassem.

Percebe-se, de tal forma, que a flexibilização está ligada a perpetuação do poder sobre a hegemonia do capital, visando sempre lucro no setor econômico, sem se preocupar com a saúde do trabalhador e sua valorização. De maneira que, os empregos dos trabalhadores não são o objeto da flexibilização, mas sim o aumento do trabalho de forma desenfreada e sem as menores condições de dignidade.

4. Tendências

A questão principal e primordial na flexibilização das leis trabalhistas é adaptar as regras laborais às necessidades da empresa, afetando a proteção ao trabalhador.

Nesse sentido, Sussekind afirma:

A flexibilização é o instrumento ideológico neoliberal e programático de que vêm se servindo os países de economia de mercado para que as empresas possam contar com mecanismos capazes de compatibilizar os seus interesses e os dos seus trabalhadores, tendo em vista a conjuntura mundial, caracterizada pelas rápidas flutuações do sistema econômico, pelo aparecimento de novas tecnologias e outros fatores que exigem ajustes infundáveis. (SUSSEKIND, 1997, p.58).



A aplicabilidade de algumas medidas flexibilizadoras não poderá ser realizada sem a observância dos direitos trabalhistas conquistados ao longo da evolução histórica do Direito do Trabalho, não podendo resultar num retrocesso trabalhista.

A flexibilização deve ser utilizada com cautela e apenas em caso de real e comprovada necessidade, desde que garantidos o princípio da dignidade do ser humano, além de proteger a manutenção do seu salário, entre outros direitos fundamentais. A redução de direitos somente poderá ser realizada em casos de necessidade devidamente comprovada e em curta duração de tempo, buscando-se evitar a demissão em massa.

A crise do desemprego poderá ser minimizada com incentivo empresarial por parte do Poder Público, de modo que com maiores investimentos nesse setor, a pouca oferta de emprego e a má qualificação profissional seriam revistos e minimizados. A partir de incentivos fiscais, como redução de impostos, inclusão de benefícios, os empregadores serão mais resguardados, havendo maior segurança jurídica no ato da contratação.

Por fim, estima-se que a flexibilização não poderá extinguir direitos arduamente conquistados. O que se espera é uma repactuação das leis, de forma transitória, para uma adaptação ao momento delicado pelo qual o país se encontra.

Além disso, tais alterações devem resguardar a dignidade e justiça social do trabalhador, conforme dita a Constituição da República de 1988, em suas disposições de cunho social e democrático.

Conclusão

O Direito do Trabalho necessita adaptar-se às mudanças decorrentes da globalização, porém a flexibilização, na prática, pode desestruturar toda a relação de trabalho.

Em meio a essa crise social e trabalhista, a flexibilização se apresenta como uma solução, pois visa modernizar as relações de trabalho, como forma de aumentar a produção empresarial e



diminuir o desemprego estrutural, mediante a utilização de instrumentos jurídicos que buscam adequar o Direito do Trabalho às necessidades empresariais.

Porém, o que se verifica atualmente é que a flexibilização das leis trabalhistas está muito mais ligada à uma questão política e econômica do Brasil, do que realmente preocupada em garantir melhores condições de emprego à sociedade, ao passo que ao invés de ser um instituto que visa a adaptação, ocorre, atualmente, a desregulamentação dos direitos trabalhistas.

Ao invés de se tentar reduzir o papel do Estado na tutela jurídica dos trabalhadores, este deveria permanecer atuante nas obrigações que lhe foram impostas desde outrora.

A flexibilização é um tema controvertido, e que divide a doutrina, sendo que alguns autores o defendem e outros o criticam.

Pode-se afirmar que a melhor solução para a questão do desemprego se resume em incentivo público e condições de proporcionar justiça social e desenvolvimento econômico.

A flexibilização das leis trabalhistas deve ser utilizada após uma análise minuciosa e apenas em caso de real e comprovada necessidade, desde que garantidos o respeito à dignidade do ser humano, a manutenção do salário do trabalhador e a redução de direitos apenas em casos de comprovada necessidade econômica transitória.

Referências Bibliográficas

AGUIAR, Maria Herika Ivo. A flexibilização das leis trabalhistas. Uma alternativa para a crise de desemprego no Brasil? Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31250/a-flexibilizacao-das-leis-trabalhistas/3>. Acesso em: 20 out 2017.

ANAMATRA. Enunciado nº 9. Disponível em: http://www.anamatra.org.br/jornada/enunciados_aprovados.cfm. Acesso em 20.04.2016.

ALMEIDA, Lúcio Rodrigues de. Guia do Processo Trabalhista - 4 ed. São Paulo: LTr, 2005.



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

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de direito do trabalho. 9 ed. São Paulo, LTr, 2013.

_____. (coord.). Compêndio de direito processual do trabalho: obra em memória de Celso Agrícola Barbi . 3 ed. São Paulo: LTr, 2002.

CARRION, Valentin. Comentários à consolidação das leis do trabalho. 40. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

DELGADO, Maurício Godinho. Curso de direito do trabalho. 14 ed. São Paulo: LTr, 2015.

DELGADO, Gabriela Neves. Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo. São Paulo: LTr, 2003.

GIGLIO, Wagner. Direito Processual do trabalho. 16 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

GONÇALVES, Antônio Fabrício de Matos. Flexibilização trabalhista. 2 ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2007.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. Curso de direito do trabalho. 18.ed. São Paulo: Forense, 2006

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 5 ed. São Paulo: LTr, 2007.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. Direito do trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000.

MACIEL, José Alberto Couto. Flexibilização da CLT, um tiro nos direitos dos trabalhadores. Revista Jurídica Consulex. Brasília, n. 115, 31 out. 2001.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito processual do trabalho. 31 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

_____. Flexibilização das Condições de Trabalho. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao direito do trabalho. 31. ed. São Paulo: LTr, 2006.

_____. Curso de direito do trabalho. 22 ed. São Paulo: Saraiva, 2007.



PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de direito do trabalho. 3.ed. São Paulo: LTr, 2004.

PIMENTA, José Roberto et. al. Direito do Trabalho: evolução, crise e perspectivas. São Paulo: LTr, 2004.

ROCHA, Paulo Santos. Flexibilização e Desemprego. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

SÜSSEKIND, Arnaldo; TEIXEIRA, Lima, et al. Instituições de direito do trabalho. 22.ed. vols. I e II. São Paulo: LTr, 2005.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Iniciação ao Direito do Trabalho. 29. ed. São Paulo: LTr, 2003.

PAULA, Sabrina Nogueira de. Flexibilização Trabalhista. 2010. Disponível em:

http://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=4170 >. Acessado em: 20 abr de 2016.

SÃO PEDRO, Bruno Lessa Pedreira. Flexibilização do Direito do Trabalho: avanço ou retrocesso? Disponível em: <

http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=12742&revista_caderno=25 >. Acessado em: 20 out de 2017.



EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE NO BRASIL

Danyelle Crystina Fernandes (UEM Diamantina)

Kelliny Gomes da Silva (UEM Diamantina)

Resumo

O presente artigo visa realizar breves estudos sobre a evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil, analisando as Constituições Brasileiras, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o Código de Menores, doutrinas e demais textos relacionados ao assunto. Para tal, necessário se faz perfazer o comparativo com o direito nacional e o internacional.

Palavras-chaves: *Direito, Criança e Adolescente, Brasil, Evolução dos Direitos.*

1. Introdução

O presente trabalho visa realizar breve análise da evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no Brasil; E, para tal, necessário se faz percorrer por legislações, doutrinas, artigos e demais documentos nacionais e internacionais acerca do assunto, com escopo de propiciar o entendimento desta evolução.

Analisar-se-á a evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente no cenário nacional, perpassando pelas Constituições Brasileiras, quais sejam a de 1824, de 1891, de 1934, de 1937, de 1946, de 1967 e a de 1988. Os Códigos de Menores de 1927 e de 1979 são primordiais para entendimento da evolução dos direitos da criança e do adolescente no Brasil. Além do Estatuto da Criança e do Adolescente, promulgado através da Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. De suma importância, ainda, é a análise dos direitos dispensados aos menores de idade, no Código Civil, através da Lei



nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, dentre outras legislações e bibliografias relacionadas aos direitos da criança e do adolescente.

2. Criança e Adolescente

Segundo a Convenção Internacional dos Direitos das Crianças e Adolescentes de 1989, ratificada pelo Brasil, através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990, o qual promulga a Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 1º, “considera-se como criança todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”.

A diferença existente entre a criança e o adolescente se dá unicamente pela idade, conforme preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 2º.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990, determina, em seu artigo 2º, a criança como a pessoa com até 12 anos e os adolescentes como as que possuem de 12 a 18 anos. O Estatuto faz referência ainda às pessoas com idade entre 18 e 21 anos, consideradas como jovens-adultos, donde se aplica as referidas determinações em casos excepcionais.

Antônio Carlos Gomes da Costa (1993. p. 11) *apud* Thalissa Corrêa de Oliveira (2013) define criança e adolescente como “indivíduos com condições de receber cuidados pessoais”.

3. Direitos da Criança e do Adolescente

No estudo realizado pela Thalissa Corrêa de Oliveira (2013), intitulado “Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro” encontra-se registros do descaso para com as crianças e os adolescentes desde a antiguidade.



No início as relações se davam por vínculos religiosos, através dos estudos ofertados baseados na existência de deuses; educação essa ministrada pela mãe até os sete anos de idade, posteriormente, passando a responsabilidade para o pai, o qual era “considerado o verdadeiro educador”, à figura do pai era atribuída a ideia de autoridade, da família e da religião.

Maria Regina de Azambuja (2006)*apud* Thalissa Corrêa de Oliveira ensina que naquela época era permitido aos pais matarem os filhos, ou até mesmo vendê-los; “a mulher e os filhos não possuíam qualquer direito”. Cabendo unicamente ao pai o poder de fazer o que bem entendesse.

Na Grécia as “crianças eram tidas como objeto”, ou como “servos da autoridade paterna”, como descreve José de Farias Taves (2001) complementado por Maria Silveira Alberton (2005)*apud* Thalissa Corrêa de Oliveira, em que “a criança era integrada ao mundo adulto no momento em que tivesse condições de sobreviver sozinha”.

Além do descaso com as crianças e os adolescentes outro tratamento diferenciado era dado entre as próprias crianças e adolescentes quanto ao seu gênero. Às meninas eram atribuídos serviços de casa e os meninos “preparados para exercerem a cidadania”.

Um avanço considerável ocorre na passagem do século XVI para o século XVII quando era atribuída a responsabilidade de adulto à criança que atingisse sete anos. Sendo possível ainda a punição física, pois estas crianças já eram tratadas como adultas, já agiam como se adultas fossem e as punições serviam para afastá-las das más influências.

Surge então, por volta dos anos 1770, na Europa, um tratamento especial para as crianças através das “ordens religiosas que pregavam a educação separada, preparando a criança para a vida adulta”, conforme ensina Antônio Carlos Gomes da Costa (1993. p. 11) *apud* Thalissa Corrêa de Oliveira (2013).



A criança passa a ser considerada como indivíduo no século XIX, recebendo afeto e educação. Mas só em 1919 efetivou-se o direito em relação às crianças, com a criação do Comitê de Proteção da Infância.

Importante ressaltar a consideração feita no preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança, Decreto nº 99.710 de 1990, sobre a “proteção especial” endereçada à criança; proteção essa que evoluiu dentre vários documentos de excepcional importância, na proteção da garantia de direitos.

Conforme estudou Catarina Almeida Tomás (2009. pp. 23-24) mencionada por Thalissa Corrêa de Oliveira (2013), o período, entre os anos de 1946 e 1969, foi marcante em relação aos direitos das crianças e adolescentes. Corroborando para a desfeita da obrigação de a criança ser ao Estado. Em 1946 houve a “criação do Fundo Internacional de emergência das Nações Unidas para a Infância – UNICEF”; em 1948 há a proclamação da Declaração Universal dos Direitos Humanos; a partir de 1959 adota-se a Declaração dos Direitos da Criança; em 1969 a partir da Conferência de *San José da Costa Rica*, há o advento dos direitos para todas as crianças.

Com base no exposto por Catarina Almeida Tomás (2009) visualiza-se a responsabilidade tripartida, a partir do Pacto de San José da Costa Rica, tendo como coobrigados nas garantias dos direitos das crianças e dos adolescentes os seus familiares, a sociedade e o Estado.

Victor Hugo Albernaz Junior e Paulo Roberto Vaz Ferreira (2011. p. 87), coautores do livro “Convenção sobre os direitos da Criança”, analisado por Thalissa Corrêa de Oliveira (2013) entendem que a Convenção serviu para “estimular os países membros a investirem no desenvolvimento sadio da criança dentro do ambiente familiar, para que, desse modo, pudessem viver em uma sociedade digna de igualdade”.

4. Direitos das Crianças e dos Adolescentes no Brasil



No Brasil Colônia não existia proteção alguma para as crianças e os adolescentes. Havia relação da Coroa Portuguesa com as crianças através do catecismo, conforme seus costumes. Expõe Thalissa Corrêa de Oliveira que meninas portuguesas, órfãs, eram trazidas nos navios, sendo submetidas à violência sexual e abandono, nos casos de naufrágio. E se chegassem ao destino, se casariam “com os súditos da Coroa residentes no Brasil”.

Nívea Valença Barros (2005. pp. 70-71) citado por Thalissa Corrêa de Oliveira (2013) relata que “as crianças eram consideradas um pouco mais do que animais, e que acreditavam ser necessário usar logo toda sua força de trabalho”.

A Constituição Política do Império do Brasil, promulgada em 1824, sequer fez menção “à proteção ou garantia às crianças e aos adolescentes”. Tendo em 1830, no Código Criminal e em 1890, no Código Penal, uma “doutrina penal do menor”.

Tal insuficiência na menção perdurou, ainda, na Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891.

Nos anos 1900 houve movimentos marcantes para a garantia dos direitos da criança e dos adolescentes. A Santa Casa de Misericórdia, criada no início do século XX, tinha como preceito a garantir dos direitos para a população carente, principalmente com as Rodas de Adoção que amparavam crianças abandonadas, evitando que fossem deixadas ao relento.

A Lei nº 3.071 de 01 de janeiro de 1916, que instituiu o “Código Civil dos Estados Unidos do Brasil” aborda assuntos inerentes à infância de forma generalizada. Tratando, em seu Título II “dos efeitos jurídicos do casamento”, dispendo de forma geral os direitos dos filhos, nos assuntos pertinentes ao casamento.

Em 1927, com o Código de Menores, surgem termos de direitos e deveres para os menores de idade. Josiane Rosy Petry Veronese (1997. p. 10) *apud* Thalissa Corrêa de Oliveira (2013) explica que esse Código de Menores “(...) alterou e substituiu concepções obsoletas como as de discernimento, culpabilidade,



responsabilidade, disciplinando, ainda, que a assistência à infância deveria passar da esfera punitiva para a educacional”.

Corroborando, ainda, nesse contexto Thalissa Corrêa de Oliveira (2013) citando Josiane Rosy Petry Veronese (1997. p. 10) que “foi nesse código que o termo “menor” “(...) foi utilizado para designar àqueles que se encontravam em situação de carência material e moral, além das infratoras”.

O referido Código proibia o serviço de Rodas, fazendo com que as mães que fossem abandonar seus filhos os entregassem pessoalmente a alguém da instituição, pois esse contato permitiria um registro da criança, mesmo que a mãe quisesse o anonimato.

Em 1940 o Código de Menores sofre alterações com o nascimento do Código Penal, donde determina que a responsabilidade penal seja a partir dos 18 anos de idade.

Nesse aspecto ensina João Batista Costa Saraiva(2003. p. 38) mencionado por Thalissa Corrêa de Oliveira(2013) que “(...) essa responsabilização teve como fundamento a condição de imaturidade do menor até então sujeito apenas à pedagogia corretiva sem distinção entre delinqüente e abandonado”.

Tal registro foi um avanço, pois teriam certeza pelo menos da data de nascimento da criança; o que no futuro faria muita diferença, principalmente em relação à educação.

O Código Penal, instituído pelo Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de 1940, trouxe ainda outras proteções à criança ao adolescente, como a determinação do aumento da pena a quem cometesse qualquer crime contra esses, conforme expressa seu artigo 61, inciso II, alínea “h”.

Há, ainda, no presente Código, outras proteções aos menores de idade, como punições maiores, prazos prescricionais diferenciados, como expressa o artigo 111, inciso V.

Em 1854 foi regulamentada a educação como ensino obrigatório, porém tal decisão não abrangia os escravos, bem aos portadores de alguma moléstia, nem aos não vacinados. Percebendo-se, portanto, que tais “categorias” eram excluídas de pelo menos dois direitos, à saúde e à educação. Quanto á situação trabalhista foi



regulamentada em 1891, com um decreto que “estipulava em 12 a idade mínima para se trabalhar” (FUNDAÇÃO TELEFÔNICA – BRASIL, 2016).

As lutas sociais tiveram como marco o início do século XX, sendo liderada por trabalhadores, “durante a greve geral de 1917”; um dos objetivos dessa luta foi a tentativa de proibirem que menores de 14 anos trabalhassem, bem como a “abolição do trabalho noturno” tanto para menores de 18 anos quanto para mulheres (FUNDAÇÃO TELEFÔNICA – BRASIL, 2016).

O juizado de menores surgiu em 1923, e quatro anos depois o Código de Menores, através do Decreto nº 17.943-A, em 12 de outubro de 1927, sendo o primeiro documento legal para a população menor de 18 anos “foi publicado, por intermédio do Juiz Mello Mattos. Esse código foi escrito pensando unicamente nas crianças que estavam em “situação irregular”, não abrangendo direitos e deveres para todos, preconizando diretrizes para as crianças e adolescentes considerados excluídos pela sociedade. Regulamentava situações de “trabalho infantil, tutela e pátrio poder, delinqüência e liberdade vigiada” (FUNDAÇÃO TELEFÔNICA – BRASIL, 2016).

Com a revolução de 30 surgia um estado novo, e com ele novas tentativas de aperfeiçoar a garantir dos direitos dos menores. Sendo promulgada a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, em 16 de julho de 1934, que em seu artigo 138 relacionava, mesmo que timidamente, direitos das crianças e dos adolescentes, como a adoção de medidas necessárias à restrição da “moralidade e morbidade infantis”, a proteção à juventude, o socorro às famílias numerosas, bem como a garantia ao amparo à maternidade e à infância.

Importante ressaltar a ligação existente nas promulgações dos direitos da criança e do adolescente com o dispensado às gestantes, garantindo direitos desde a concepção.

Programas assistenciais nasciam para destacar assuntos diversos relacionados ao menor, de qualquer sexo, considerados delinquentes ou abandonados. Assuntos como obrigatoriedade da



educação, legislação do trabalho, e inserção no ambiente de trabalho com cobertura previdenciária foram destinados aos portadores de carteira de trabalho assinada, ou sejam, atendiam à demanda em efetivo exercício profissional.

Promulgada em 1937, por Getúlio Vargas, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil, dentre outras garantias, determinou a “proteção social à infância e à juventude”. Cabendo à União garantir a proteção à saúde, e aos Estados e Municípios competia a “garantia ao ensino público e gratuito” (OLIVEIRA, 2013).

Com o advento da referida Constituição, o Estado assume a responsabilidade dos “cuidados e garantias especiais” em relação à infância e à juventude, conforme expressa seu artigo 127, no qual determina que à criança e ao adolescentes devem ser dispensadas garantias especiais e cuidados, “assegurando-lhes condições físicas e morais de vida sã”.

Em 07 de dezembro de 1940 foi instituído o Decreto-Lei nº 2.848, o qual criava o Código Penal, determinando punições, agravando-as, para os maiores de idade que se atentarem, também, contra as crianças.

Para atender às demandas oriundas dos menores abandonados, carentes ou autores de atos infracionais foi criado, em 1942, o Serviço de Assistência ao Menor, que tinha como objetivo “amparar, socialmente, os menores carentes abandonados e infratores centralizando a execução de uma política de atendimento, de caráter corretivo-repressivo-assistencial em todo território nacional”, conforme explica Wilson Donizeti Liberati (2002. p. 60) citado por Thalissa Corrêa de Oliveira (2013). Ou seja, funcionava como um sistema penitenciário, com ênfase no menor abandonado, infrator. Eram internatos, reformatórios ou casas de correção. Posteriormente foi considerado como desumano, repressivo, como “universidade do crime”.

A internação, segundo Thalissa Corrêa de Oliveira, do Serviço de Assistência ao Menor, era o mais eficiente tratamento de recuperação, pois os menores tinham de se adequar ao tratamento.



O Serviço de Assistência ao Menor trabalhava dessa maneira por ter autonomia para criar e executar Políticas de Bem-estar, denominada Política Nacional do Bem-estar do Menor, conhecida pela “estrutura autoritária resguardada pela Escola Superior de Guerra”, como ensinam Josiane Rose Petry Veronese (1997) e Wilson Donizeti Liberati (2002).

Além desse, outros programas foram criados visando ingressar o menor no ambiente de trabalho. Na sua maioria, os programas foram gerenciados, pela então primeira dama, esposa do Presidente do país. Alguns dos programas da época eram: a Casa do Pequeno Trabalhador - capacitava e direcionava os menores da área urbana de baixa renda; a Casa das Meninas - dava apoio socioeducativo às que detinham problemas de conduta; a Casa do Pequeno Lavrador - capacitava e assistia filhos de camponeses; a Casa do Pequeno Jornaleiro - dava assistência baseada no trabalho informal para jovens de baixa renda; e a Legião Brasileira de Assistência – atendimento a crianças órfãs, principalmente da guerra.

A Consolidação das Leis Trabalhistas, aprovada pelo Decreto-Lei 5.452 de 1º de maio de 1943, trata em seu Capítulo IV sobre a “Proteção do trabalho do menor”, artigo 403, de determinações acerca dos direitos das crianças, bem como dos deveres de quem contrata o menor, com idade entre 14 e 18 anos, na condição de aprendiz. Sendo proibida a contratação dos menores de 14 anos.

A segunda metade da década de 40 também foi marcada por diversos programas de suma importância para evolução dos direitos, não só das crianças e adolescentes, com o surgimento da quarta Constituição, promulgada em 1946.

A Constituição dos Estados Unidos do Brasil, promulgada em 18 de setembro de 1946 preconiza, em seu artigo 164, sobre a assistência aos menores de idade. E mais uma vez percebe-se a preocupação com o período pré-natal, ao qual mantém proteção.

A mesma Carta traz, em seu artigo 157, das questões trabalhistas referente às crianças e os adolescentes, como trabalhos dos menores de 14 anos de idade, trabalho noturno e insalubre,



seguindo o estatuído na Consolidação das Leis Trabalhistas. Aos menores, com idade entre 14 e 18 anos, era permitido o trabalho, respeitando o estipulado no artigo acima citado, devendo a empresa que os contratava respeitar o preceituado no artigo 168, inciso IV, relacionado à educação e cultura.

Em 1950 fundava-se, no Brasil, o escritório do Fundo das Nações Unidas para a Infância - UNICEF, em João Pessoa, na Paraíba (FUNDAÇÃO TELEFÔNICA – BRASIL. 2016), visando à proteção à saúde das gestantes e das crianças, inicialmente do nordeste brasileiro, “apoando as mais importantes transformações na área da infância e da adolescência no País” (UNICEF.).

O Fundo das Nações Unidas para a Infância é de fundamental importância da garantia dos direitos às crianças e aos adolescentes brasileiros, principalmente os “em situação de maior vulnerabilidade estão espalhados por todo o Brasil, mas se concentram mais na Amazônia, no Semiárido e nos grandes centros urbanos” (UNICEF).

Após o golpe militar de 1964, surge a necessidade de uma nova Constituição, sendo promulgada em 1967, a Constituição da República Federativa do Brasil, estatuinto novas diretrizes para a sociedade. Cabe lembrar que foi um período marcado por censuras e autoritarismo. (MORAIS, 2014).

Assim como nas duas Constituições anteriores, o artigo 167, § 4º da Constituição de 1967 garante direito de assistência aos menores de idade e também à gestante.

Neste mesmo período surge a Fundação Nacional do Bem-estar do Menor, herdando a “cultura” do Serviço de Assistência ao Menor, vez que ficaram com o prédio e servidores, sancionada pela Lei nº 4.513, de 1º de dezembro de 1964, a qual foi considerada uma instituição com ideias de “assistência à infância”, com a internação de infratores, carentes ou abandonados. Porém, mesmo herdando algumas situações do Serviço de Assistência ao Menor, a Fundação Nacional do Bem-estar do Menor tinha ideias contrárias, principalmente em relação aos métodos usados pelo Serviço de Assistência ao Menor.



Em 1979 surgia através da Lei nº 6.697 de 10 de outubro, o Código de Menores, como revisão ao Código de Menores de 1927, conferindo, assim como na Lei da Fundação Nacional do Bem-estar do Menor, poderes à autoridade judiciária, no que dissesse respeito ao “menor em situação irregular”, termo que abrangia meninos e meninas.

A referida Lei determinava que a prevenção fosse aplicada “a todo menor de dezoito anos, independentemente de sua situação”, sendo possível, também, sua aplicação aos jovens com idade entre 18 e 21 anos, no que coubesse.

João Batista Costa Saraiva (2003) citado por Thalissa Corrêa de Oliveira explica que por conta do termo “situação irregular” ser muito abrangente não havia distinção no tratamento dispensado aos menores, fossem eles abandonados, vitimados ou infratores. Todos eram mantidos juntos, num mesmo ambiente. Por conta disso a Política Nacional de Bem-estar do Menor foi declarada falida pela sociedade. O Código de Menores foi, ainda, muito criticado por não abranger todas as crianças.

Garantia direito à educação e à integração sócio-familiar. Tratava também, de medidas a serem aplicadas aos pais, como forma de garantir os direitos aos menores de idade, conforme determinações do artigo 42 do Código de Menores de 1979. Permanece, em seu artigo 14, relacionando assuntos inerentes à infância como adoção, trabalho. Bem como as medidas aplicadas ao menor infrator ou em situação de risco, ou seja, à criança vítima ou autora de atos infracionais.

Na década de 80 há a “abertura democrática” com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 05 de outubro de 1988, momento marcante “para os movimentos sociais pela infância”, trazendo conquistas decisivas de suma importância, introduzindo a participação da comunidade “através dos conselhos deliberativos e consultivos”. (FUNDAÇÃO TELEFÔNICA – BRASIL. 2016)



A nova Constituição consolidou os direitos da criança e do adolescente, em seu artigo 227, donde contém inúmeros avanços, a começar pela troca do termo “menor” por criança e adolescente. Garantindo, portanto, “direitos fundamentais de sobrevivência, desenvolvimento pessoal, social, integridade física, psicológica e moral, além de protegê-los de forma especial”, trazendo ainda diretrizes contra a opressão, a violência, a crueldade, a exploração, os maus tratos e contra negligência. Além da participação da comunidade, há a competência atribuída ao Estado e à Família de garantir a proteção das crianças e dos adolescentes.

Na Constituição de 1988 as crianças, os adolescentes e os jovens passaram a ser prioridade, diferentemente do que se viu no presente estudo realizado dentre as Constituições Brasileiras e demais legislações que vigoram ou vigem no País.

O artigo 227 da atual Carta Magna dispõe sobre “absoluta prioridade” dispensada aos menores de idade brasileiros. Observa-se a obrigação do Estado em executar, através de repasses de recursos financeiros, programas de assistência à infância, à adolescência e aos jovens, assim como aos portadores de deficiência física, bem como aos dependentes químicos.

Quanto à proteção integral dispensada às crianças e aos adolescentes, o presente artigo relaciona a situação trabalhista, a judiciária, as penalidades cabíveis aos seres considerados “pessoa em desenvolvimento”. Preconiza ainda, sobre o direito ao acolhimento dos menores em situação de abandono ou órfãos; sobre a punição aos casos de violência, abusos ou exploração sexual. Trata, ainda, da relação de filhos e pais, sobre adoção e relações extraconjugais. Determina também sobre a criação de lei específica para cuidado dos jovens.

Após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em 13 de julho de 1990, através da Lei nº 8.069, nascia o Estatuto da Criança e do Adolescente, documento mais avançado em relação à legislação sobre os direitos da criança e do adolescente.



O artigo 3º da referida Lei, idealiza a proteção integral à infância, estabelecendo responsabilidades à Sociedade, ao Estado e à Família, referentes à garantia dos direitos da infância, “assegurando-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”.

O Estatuto “altera significativamente as possibilidades de uma intervenção arbitrária (...) na vida de crianças e jovens” (FUNDAÇÃO TELEFÔNICA – BRASIL. 2016); no que se refere ao direito à educação o artigo 53 do Estatuto garante, principalmente “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

A Lei nº 8.069 de 1990 determina, ainda, em seu artigo 4º, a quem compete a garantia, prioritária, dos direitos da infância, chamando de “responsabilidade tripartite”, ou seja, dando competências à Sociedade, à Família e ao Estado, para garantirem os direitos da criança e do adolescente. Cabe ressaltar a garantia prevista no parágrafo único do citado artigo, no tocante à “primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias”, garantia essa superior em qualquer situação.

Um dos tópicos existentes, se não o mais forte do Estatuto é o Capítulo III, o qual retrata o “direito à convivência familiar e comunitária”, determina ações a serem tomadas no tocante ao menor que, por algum motivo, necessite se afastar de sua família natural.

Deve-se garantir, prioritariamente, o direito da criança e do adolescente de viverem em sua família natural; após tentativa frustrada, será garantido a eles o direito de se manterem em uma família ampliada, ou externa, a qual são parentes próximos da criança, com quem tenha vínculo e convivência. Posteriormente, não sendo possível nenhuma das duas situações citadas, analisa-se a necessidade do acolhimento familiar, executado através de famílias que se cadastram, para tal. O acolhimento institucional são casas que os recebem, por até 2 anos, podendo prorrogar se comprovada a necessidade.



Chegando em “última instância” ao direito à família substituta, momento em que a família natural perde o poder familiar, permitindo o acolhimento do menor de idade, por pessoas “estranhas” a ele. Tal direito é garantido através da Tutela, da Guarda ou da Adoção.

Tais institutos são tratados em diversos dispositivos brasileiros, como a família natural no artigo 25, *caput* do Estatuto da Criança e do Adolescente; a família extensa no parágrafo único do artigo 25 do mesmo Estatuto; as determinações do acolhimento familiar no artigo 34 do citado Estatuto; continuando ainda, o acolhimento institucional no seu artigo 19, § 2º; quanto “a colocação em família substituta” estas determinações estão previstas no artigo 28 do mesmo Estatuto, devendo esse ser cominado com artigos 36 e 38 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como com os artigos 1728 e 1766 do Código Civil de 2002 e artigos 33 e 35, 39 e 52 do Estatuto da Criança e do Adolescente, tais artigos detalham a situação da tutela, da guarda e da adoção de crianças e adolescentes.

Cabe ressaltar, nesse momento, que o instituto da Adoção extingue todos os vínculos de parentesco natural sendo, portanto, extremo, irrevogável, irretroatável e definitivo.

Permanece o Estatuto da Criança e do Adolescente tratando de medidas de proteção à infância, quanto “à educação, à cultura, ao esporte e ao lazer” entre outros assuntos relacionados aos direitos dos menores de 18 anos.

Necessário se faz ressaltar que o referido Estatuto se aplica, excepcionalmente, a quem possui idade entre 18 e 21 anos, conforme prescreve seu artigo 2º, parágrafo único.

Antônio Carlos Gomes da Costa citado por Fundação Telefônica – Brasil, no texto “Uma breve história dos direitos da criança e do adolescente”, descreve “três pulos necessários” para a “implementação integral do ECA” (FUNDAÇÃO TELEFÔNICA – BRASIL. 2016), quais sejam a mudança no Panorama legal – adaptação estatal para a realidade atual e legal; o ordenamento e reordenamento institucional – praticar os institutos estabelecidos no



Estatuto, como os conselhos, casos para medidas socioeducativas; e a melhoria nas formas de atenção direita – trabalhar junto com os profissionais a mudança das práticas de repressão, correção e assistência.

No mesmo ano da promulgação do Estatuto da Criança e do Adolescente, foi acordada a Convenção sobre os Direitos da Criança, através do Decreto nº 99.710, de 21 de novembro.

Documento que estabelece os direitos da criança, baseando-se nos princípios determinados na “Carta das Nações Unidas”, “recordando que na Declaração Universal dos Direitos Humanos as Nações Unidas proclamaram que a infância tem direito a cuidados e assistência especiais”.

O referido Decreto reconhece à criança o direito de “crescer no seio da família, em um ambiente de felicidade, amor e compreensão”, visando que seu crescimento pessoal seja harmonioso e íntegro.

Ao analisar a Convenção sobre os Direitos da Criança, através do Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990, percebe-se como é de fundamental importância, tendo em vista determinar “que a criança deve estar plenamente preparada para uma vida independente (...) e deve ser educada (...) especialmente com espírito de paz, dignidade, tolerância, liberdade, igualdade e solidariedade”.

Necessário se faz observar, com base no exposto que, tal Convenção torna-se, ao lado do Estatuto da Criança e do Adolescente, de suma importância para a infância, vez que determina diretrizes para sua conduta, momento em que se determina a garantia de um futuro digno à “pessoa em desenvolvimento”.

Baseado no referido Estatuto, em 1994 o Ministério da Educação e do Desporto “formulou diretrizes para a Política Nacional de Educação Infantil (...) acerca do compromisso das creches e pré-escolas com a defesa da cidadania das crianças de 0 a 6 anos”. (ANDRADE, 2010. p. 94)

Necessário se faz notar que, com o advento do Estatuto, inúmeros avanços foram alcançados, no âmbito da educação para as



crianças. Cabendo ao Estado a garantia da educação pública e gratuita.

Neste aspecto, um dos documentos mais importantes, e ainda vigente, no Brasil, a Lei nº 9.394 de 20 de dezembro de 1996, “estabelece as diretrizes e bases da educação nacional”, a qual estipula diretrizes para a educação básica.

Em 1999 surgem as “Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Infantil”, reconhecendo as escolas infantis como “espaço de construção da cidadania infantil”. (ANDRADE, 2010. p. 102.).

No tocante ao trabalho infantil, foi decretado em 12 de setembro de 2000, o Decreto nº 3597, promulgando a “Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, sobre a proibição das piores formas de trabalho infantil e a ação imediata para sua eliminação, concluídas em Genebra, em 17 de junho de 1999”.

Considera, o presente Decreto, como “as piores formas de trabalho infantil”, a escravidão, a prostituição, a “realização de atividades ilícitas”, ou outro que comprometa a saúde, a segurança ou a moral da criança, conforme explicitano artigo 3.

Detalha ainda, a Convenção sobre procedimentos a serem seguidos caso aconteça alguma violação à proibição ao trabalho infantil.

Segue, no mesmo passo, a Recomendação 190, averbada ao Decreto nº 3.597, em 12 de setembro de 2000, adotando “diversas proposta relativas ao trabalho infantil”, complementando os ditames da Convenção 182, devendo os dois documentos ser aplicados em conjunto. Discorre também, sobre as medidas a serem tomadas quando se identificar alguma violação ao direito garantido na Recomendação 190.

Relacionada ao trabalho infantil, foi sancionada a Lei nº 10.097, em 19 de dezembro de 2000, alterando os “dispositivos da Consolidação das Leis Trabalhistas, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452 de 01 de maio de 1943”, estabelecendo que é permitido o trabalho do menor de dezoito anos, desde que na condição de



aprendiz, conquanto se tenha idade acima de 14 anos; tendo em vista serem “pessoas em desenvolvimento”, têm garantido os direitos que preservem “seu desenvolvimento”.

A Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002, que “institui o Código Civil” trata de diversos assuntos; no tocante à criança e ao adolescente percebe-se o tratamento generalizado, conquanto não se trate de modo específico daqueles. Fazendo menção, em seu Livro IV “do direito de família”, de forma geral aos direitos dos filhos, dentro das situações inerentes ao casamento.

Em 2004 o Brasil ratificou o Protocolo Facultativo “sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados, através do Decreto nº 5006, de 08 de março de 2004”, garantindo, no artigo 2º que “os Estados Partes devem assegurar que as pessoas que não atingiram a idade de 18 anos não sejam alvo de um recrutamento obrigatório nas suas forças armadas”. (UNICEF. Internet.)

Visando o Protocolo ao “empenho generalizado na promoção e proteção dos direitos da criança”, tendo em vista a inquietação com o choque que o conflito armado pode causar na infância.

Conclusão

Cabe ressaltar que a evolução aqui analisada, não foi suprida, tendo em vista saber-se que à criança e ao adolescente deficiente ou morador da área rural, dentre outros, também são garantidos direitos específicos, não sendo possível retratá-los, no momento.

Conclui-se, portanto, que houve significativos avanços nos direitos da criança e do adolescente no Brasil, principalmente após a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Porém, isso não quer dizer que a luta para por aqui, ela deve ser permanente, tendo em vista a constante complexidade e contingência da sociedade mundial.

Sabendo-se que são as expectativas que permitem ao homem tocar sua vida, necessário se faz manter acesa a luz da esperança de que sempre será mantida, pelo Estado, pela Sociedade e,



principalmente, pela Família, a garantia da proteção integral às crianças e adolescentes do Brasil, ou seja, que esses “pequenos” serão sempre objeto de efetivo exercício do direito, no âmbito familiar, educacional, da saúde, do esporte ou do lazer.

Referências Bibliográficas

ALBERNAZ JUNIOR, Victor Hugo; FERREIRA Paulo Roberto Vaz. **Convenção sobre os direitos da Criança**. São Paulo: Malheiros, 2011.
ANDRADE, LucimaryBernabé Pedrosa de. **Educação infantil: discurso, legislação e práticas institucionais**. São Paulo: Cultura Acadêmica, 2010.

BARROS, Nívea Valença. Violência intrafamiliar contra a criança e adolescente. Trajetória histórica, políticas, sociais, práticas e proteção social. 2005. 248 f. **Tese de Doutorado em Psicologia Forense**. Departamento de Psicologia, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 2005.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934. **Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891. **Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1967. **Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1937. **Internet**. Disponível em:



http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm.
Acessado em: outubro de 2017.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. **Internet**.
Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.
Acessado em: outubro de 2017.

_____. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. **Internet**.
Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.
Acessado em: outubro de 2017.

_____. Decreto nº 17.943-A, em 12 de outubro de 1927. Consolida as
leis de assistência e protecção a menores. Código de Menores. **Internet**.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d17943a.htm. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Decreto nº 3.597, em 12 de setembro de 2000. Promulga
Convenção 182 e a Recomendação 190 da Organização Internacional
do Trabalho (OIT) sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho
Infantil e a Ação Imediata para sua Eliminação, concluídas em Genebra,
em 17 de junho de 1999. **Internet**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3597.htm. Acessado em:
outubro de 2017.

_____. Decreto nº 99.710 de 21 de novembro de 1990. Promulga a
Convenção sobre os Direitos da Criança. **Internet**. Disponível em:
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm.
Acessado em: outubro de 2017.

_____. Decreto-Lei nº 2.848 de 07 de dezembro de 1940. Código
Penal. **Internet**. Disponível em:
[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-
lei/Del2848compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm). Acessado em: outubro de 2017.

_____. Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a
Consolidação das Leis do Trabalho. **Internet**. Disponível em:
[http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-
lei/Del5452compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm). Acessado em: outubro de 2017.

_____. Lei nº 10.097 de 19 de dezembro de 2000. Altera dispositivos
da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-



Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. **Internet**. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2000/lei-10097-19-dezembro-2000-365495-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm. Acessado em: setembro de 2017.

_____. Lei nº 3.071 de 1º de janeiro de 1916. Código Civil dos Estados Unidos do Brasil. **Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L3071impresao.htm. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Lei nº 4.513 de 1º de dezembro de 1964. Autoriza o Poder Executivo a criar a Fundação Nacional do Bem-Estar do Menor, a ela incorporando o patrimônio e as atribuições do Serviço de Assistência a Menores, e dá outras providências. **Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L4513impresao.htm. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Lei nº 6.697 de 10 de outubro de 1979. Institui o Código de Menores. **Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1970-1979/L6697impresao.htm. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Internet**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8069.htm. Acessado em: outubro de 2017.

COSTA, Antônio Carlos Gomes da. **De menor a cidadão**: nota para uma história do novo direito da infância e juventude no Brasil. Brasília-DF: Editora do Senado, 1993.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Legislação Educacional brasileira**. Rio de Janeiro: DP&A, 2002.

FUNDAÇÃO TELEFÔNICA – BRASIL. Uma breve História dos Direitos da Criança e do Adolescente no Brasil. Publicado em 30-11-2016. **Internet**. Disponível em: <http://fundacaotelefonica.org.br/promeninotrabalho infantil/noticia/uma>



-breve-historia-dos-direitos-da-crianca-e-do-adolescente-no-brasil/.

Acessado em: setembro de 2017.

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Adolescente e ato infracional**: Medida socioeducativa e pena? São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

MORAIS, Vanessa. Conheça as 7 Constituições brasileiras. 2014.

Internet. Disponível em: <https://www.megajuridico.com/conheca-7-constituicoes-brasileiras/>. Acessado em: outubro de 2017.

OLIVEIRA, Thalissa Corrêa. Evolução histórica dos direitos da criança e do adolescente com ênfase no ordenamento jurídico brasileiro. Faculdade de Direito de Valença. **Revista Interdisciplinar de Direito**. vol. 10. n. 02. 2013. pp. 339-358. **Internet**. Disponível em: http://faa.edu.br/revistas/docs/RID/2013/RID_2013_24.pdf. Acessado em: setembro de 2017.

PINHEIRO, Raphael Fernando. A evolução do direito da criança e do adolescente no brasil. **Internet**. Disponível em: <http://www.conteudojuridico.com.br/artigo,a-evolucao-do-direito-da-crianca-e-adolescente-no-brasil,39697.html>. Acessado em: setembro de 2017.

SARAIVA, João Batista Costa. **Adolescente em conflito com lei**. Da indiferença à proteção integral: uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA JÚNIOR, José Custódio da Silva. Evolução dos Direitos das Crianças e dos Adolescentes. Revista Científica Multidisciplinar Núcleo do Conhecimento. Ano 02. Vol. 13. pp. 61-74. **Internet**. Disponível em: <https://www.nucleodoconhecimento.com.br/lei/evolucao-dos-direitos-das-criancas-e-dos-adolescentes>. Acessado em: setembro de 2017.

SILVA, Vanderler Ferreira da. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Internet**. Disponível em: <http://www.infoescola.com/direito/estatuto-da-crianca-e-do-adolescente/>. Acessado em: setembro de 2017.

TOMÁS, Catarina Almeida. **Dia Mundial da Criança**: um percurso difícil. São Paulo: Atlas, 2009.



UNICEF. Convenção sobre os Direitos da Criança. **Internet**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.htm. Acessado em: outubro de 2017.

_____. O UNICEF e a garantia dos direitos da infância e da adolescência no Brasil. **Internet**. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/pt/overview.html>. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre o envolvimento de crianças em conflitos armados. **Internet**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10124.htm. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Protocolo Facultativo para a Convenção sobre os Direitos da Criança sobre a venda de crianças, prostituição e pornografia infantis. **Internet**. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10123.htm. Acessado em: outubro de 2017.

VERONESE, Josiane Rose Petry. **Temas de Direito da Criança e do Adolescente**. São Paulo: LTr, 1997.

WIKIPÉDIA. Direito. **Internet**. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Direito>. Acessado em: outubro de 2017.

_____. Estatuto da Criança e do Adolescente. **Internet**. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/wiki/Estatuto_da_Crian%C3%A7a_e_do_Adolescente. Acessado em: setembro de 2017.



A PROPORCIONALIDADE E O DIREITO PENAL DO SÉCULO XXI

Américo Braga Júnior³⁵ – Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG e Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/FAC.

RESUMO:

Qual a função a ser exercida pelo Direito Penal no século XXI? A resposta a esta indagação constitui-se em um dos temas mais controversos das ciências penais na atualidade. Prevalece o entendimento de que o papel a ser exercido pelo Direito Penal seria o de tutelar os bens jurídicos mais relevantes no momento histórico. Por outro lado, a teoria minoritária defende que a função precípua do Direito Penal seria a de estabilizar expectativas normativas e, por conseguinte, reduzir a complexidade das sociedades atuais. A teoria do bem jurídico, não obstante ser majoritária, tem sido objeto de ácidas críticas doutrinárias, em especial no sentido da impossibilidade de se estabelecer, com precisão, quais os bens jurídicos mercedores da intervenção jurídico-penal. A teoria da estabilização de expectativas normativas é alvo de duras críticas, principalmente no sentido de que tal teoria seria a premissa do tão criticado direito penal do inimigo,

³⁵ Aprovado no Concurso de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/UCAM-RJ. Pós-graduado em Ciências Penais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/MG-FESMP. Pós-graduado em Criminologia/PUC-MG. Professor do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG-Diamantina e Professor da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/FAC. Professor licenciado da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas/FADILESTE. Professor de pós-graduação e graduação das disciplinas Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal. americobragajunior@gmail.com



descrito por Gunther Jakobs.

Palavras-chave: *Direito Penal. Função. Legitimidade.*

1. Introdução

Qual a legitimação da intervenção jurídico-penal em nossas vidas? Buscando ser um instrumento limitador da atuação do Direito Penal, a teoria da proteção do bem jurídico pretende responder tal indagação no sentido de que, inexistindo bem jurídico relevante a ser protegido pela norma penal, ilegítima será a respectiva intervenção. Observa-se, assim, o caráter limitado do direito penal³⁶ sob duplo aspecto: “[...] o primeiro, o da subsidiariedade de sua proteção a bens jurídicos; segundo, o dever estar condicionada sua intervenção à importância ou gravidade da lesão, real ou potencial.”³⁷. Claus Roxin, Hassemer e tantos outros³⁸ são adeptos de tal concepção. Hassemer, há mais de 30 anos, é protagonista de um conceito de bem jurídico denominado por ele “crítico ao sistema”, tendo afirmado recentemente: A proibição de um comportamento sob ameaça punitiva que não pode apoiar-se num bem jurídico seria terror estatal.

Não obstante a repercussão e a aceitação mundial da teoria do bem jurídico, Gunther Jakobs, Hirsch, Stratenwerth e outros não compactuam com a mesma. Tais doutrinadores entendem ser um equívoco a redução da atuação do Direito Criminal à mera proteção de bens jurídicos, bem como argumentam no sentido da ausência de parâmetros democráticos e racionais a definir bem jurídico, assim como a escolha de quais bens serão merecedores da atuação do Direito Penal. Hirsch afirma que não existe um conceito de bem

³⁶ Importante frisar que nem todo bem é um bem jurídico. Nem todo bem jurídico como tal se coloca sob a tutela do direito criminal.

³⁷ TOLEDO, 1994, p. 14.

³⁸ A teoria do bem jurídico como instrumento legitimador da intervenção jurídico-penal é o paradigma atual nas legislações penais em todo mundo.



jurídico predeterminado para o legislador. “O conceito de bem jurídico não é um princípio idôneo para limitar o Direito Penal”. Stratenwerth remete às múltiplas e variadas definições do bem jurídico na literatura para logo afirmar que “uma definição material universal de bem jurídico” equivaleria a “deixar o círculo quadrado”, o que seria inadmissível. Ademais, ele sustenta que o motivo para a elaboração de um tipo penal não é a proteção de bens jurídicos, mas a inconveniência de um comportamento. Jakobs observa, desde o princípio, que a função do Direito Criminal é a confirmação da vigência da norma, e não a proteção de bens jurídicos, não obstante ocorrer tal proteção em decorrência do resgate da credibilidade da norma, sendo tal efeito mero reflexo gerado pelo fim precípua do Direito Criminal. Destaca-se que quando Jakobs se refere ao fim primeiro do Direito Criminal, fator legitimador do mesmo, o jurista alemão está apontando para o bem jurídico denominado “norma”³⁹, isto é, o Direito Criminal visa a tutelar o citado bem jurídico (norma), atuando a pena como instrumento para o alcance da negação da negação comunicada pelo agente, estabilizando as expectativas normativas e, assim, cumprindo o seu desiderato.⁴⁰ O

³⁹ *La contribución que el Derecho penal presta al mantenimiento de la configuración social y estatal reside en garantizar las normas. La garantía consiste en que las expectativas imprescindibles para el funcionamiento de la vida social, en la forma dada y exigida legalmente, no se den por perdidas en caso de que resulten defraudadas. Por eso – aun contradiciendo el lenguaje usual – se debe definir como el bien a proteger la firmeza de las expectativas normativas esenciales frente a la decepción, firmeza frente a las decepciones que tiene el mismo ámbito que la vigencia de la norma puesta en práctica; este bien se denominará a partir de ahora bien jurídico-penal.* (JAKOBS, 1997, p. 45).

⁴⁰ *Correlativamente a la ubicación de la infracción de la norma y de la pena en la esfera del significado, y no en la de las consecuencias externas de la conducta, no puede considerarse misión de la pena evitar lesiones de bienes jurídicos. Su misión es reafirmar la vigencia de la norma, debiendo equipararse, a tal efecto, vigencia e reconocimiento. El reconocimiento también puede tener lugar en la conciencia de que la norma es infringida, la expectativa (también la del autor futuro) se dirige a que resulte confirmado como motivo del conflicto la infracción*



fato punível é a negação da norma pelo autor, e a pena tem como significado que “a afirmação do autor não é determinante e que a norma segue vigendo inalteradamente”.

Claus Roxin, expressando seu entendimento acerca da concepção de Gunther Jakobs, no sentido de que a função do Direito Penal não seria a proteção de bens jurídicos, mas a de evitar uma diminuição da vigência da norma (legitimação da intervenção jurídico-penal), assim se manifesta:

Isto é uma construção teórico-social cuja semelhança com a teoria da pena de Hegel (a pena como negação da negação do Direito), salta aos olhos. Sem embargo, não compartilho com este pensamento. Um sistema social, segundo meu entendimento, não deve ser mantido por ser um valor em si mesmo⁴¹, mas atendendo aos homens que vivem na sociedade do momento. Mesmo que isso fosse de outra forma, este sistema social não se manteria através de atribuições sem sentido, mas somente pela efetividade real de suas medidas de controle, as quais pertencem a ameaça e a execução das penas. Além destas objeções, a norma não pode pretender somente a obediência dos cidadãos. Esta sempre se deve dirigir a uma ação ou omissão, isto é, ao estabelecimento de um estado determinado. Mas, em um Estado Democrático de Direito, do qual parto como ideia diretriz, este estado só pode consistir em um viver em comunidade de forma pacífica e livre, onde se respeitem os direitos humanos dos membros da sociedade. Jakobs evita conscientemente, ao contrário, toda declaração sobre a legitimidade ou ilegitimidade de conteúdos da norma, assinalando tais declarações como não-

de la norma por el autor, y no la confianza de la víctima en la norma. Em todo caso, la pena da lugar a que la norma siga siendo un modelo de orientación idóneo. Resumiendo: Nissión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos sociales. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor, frente al cuestionamiento de la norma. (JAKOBS, 1997, p. 13 e 14).

⁴¹ Similar a crítica de Mir Puig, como na nota 28, pág. 886: “De um instrumento que deve ser legitimado através de seu fim, a norma se converte em um fim legitimando em si mesmo”. (MIR PUIG, *Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit, Goltdammer’s Archiv fur Strafrecht*, 2003).



científicas. Tratando-se da proteção da norma, pode-se optar politicamente por normas para a regulação da vida livre de pessoas opina Jakobs, tendo então o mesmo ponto de partida crítico do qual se vangloria a teoria da proteção de bens jurídicos, mas se trata de um ponto de partida político, não científico. Não há nada mais que dizer a respeito. Aqui me dá a impressão de quem um conceito estreito de ciência conduz à entrega do jurista à discricionariedade e à arbitrariedade legislativa. A política criminal como tal não é certamente uma ciência; sem embargo, o desenvolvimento das fronteiras do processo legislativo, quanto ao conteúdo, desde as diretrizes político-criminais de um ordenamento constitucional liberal e de Estado de Direito, pertence perfeitamente às tarefas científicas da jurisprudência, independentemente da questão de se este desenvolvimento se dá no marco da doutrina ou da judicatura constitucional. Jakobs pensa que o conceito de bem jurídico não tem um conteúdo genuinamente liberal. Assim, por exemplo, a punibilidade da homossexualidade em uma sociedade configurada pela hierarquia de homens, como o exército prussiano, buscava proteger bens jurídicos, já que as relações sexuais que em princípio tem caráter de quebrar as hierarquias haviam surtido efeitos sociais danosos. Igualmente, o incesto lesionou, em épocas passadas, o bem da clara estruturação da família. É indiferente se, partindo destas teses audazes, pode-se fundamentar que no passado distante as regulações mencionadas protegeram sequer um bem jurídico. Os bens jurídicos não tem uma validade natural infinita; preferencialmente, estão submetidos às mudanças dos fundamentos jurídico-constitucionais e das relações sociais. Em todo caso, hoje em dia, não se trata mais de bens jurídicos como Jakobs admite quando diz que estes bens se enfraqueceram ou perderam o vigor. O fundo da minha concepção de bem jurídico é unicamente o Direito Penal atual em uma democracia parlamentar de Estado de Direito. Então, ao final, Jakobs aproxima-se perfeitamente da concepção aqui defendida quando recomenda a renúncia a normas sem vigor. (ROXIN, 2006, p. 36).



O professor espanhol Luis Gracia Martín, manifesta-se em sentido contrário à perspectiva político-jurídica da teoria do bem jurídico, nos seguintes termos:

Ademais, desde que BIRNBAUM, entre 1834 e 1836, contrapôs a FEUERBACH a ideia de que o Direito Penal tinha que proteger “bens”, e não direitos subjetivos como sustentava este último de modo coerente com as concepções políticas da Ilustração⁴², a Ciência do Direito penal vem formulando sem cessar múltiplos enunciados discursivos sobre o objeto de proteção jurídico-penal, os quais, não obstante sua aparente diversidade, constituem especificações e desenvolvimentos do axioma, geralmente reconhecido, e até hoje quase nunca questionado seriamente, do caráter fragmentário e subsidiário da intervenção penal, conforme o qual esta seria legítima exclusivamente para a proteção de bens jurídicos. (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 92/93).

Há, portanto, uma divergência sobre a função a ser exercida pelo Direito Criminal e não o papel a ser exercido pela pena, não obstante tais finalidades estarem indiscutivelmente interligadas, em outras palavras, não há como analisar os fins do Direito Criminal de modo independente e descolado da reflexão acerca das finalidades a serem exercidas pela pena no Estado Democrático e Social de Direito.

⁴² Sobretudo na literatura espanhola converteu-se já em lugar comum a discutível afirmação – a meu ver errônea – de que o princípio de proteção de bens jurídicos, devido a Birnbaum, teve o valor de uma limitação do poder punitivo do Estado conforme os postulados e exigências liberais, mas o certo é que aquele, inspirado sem dúvida por seu mestre Mittermaier, formulou a ideia de proteção de bens como ideólogo da restauração da Monarquia absoluta, e, portanto, como uma tese reacionária contra o Estado Liberal e o Direito penal ilustrado. Ainda que seja conveniente levar em conta este comprometedor início da ideia de bem jurídico, isso não deve impedir reconhecer sua plena validade política; ao contrário, na atual conjuntura histórica parece-me uma ideia completamente irrenunciável. (GRACIA MARTÍN, 2005, p. 93).



2. Finalidade da pena

Gunther Jakons é um dos penalistas mais prestigiados na atualidade. Partindo do conceito de sistema elaborado por Niklas Luhmann, Jakobs entende que as normas jurídicas visam a estabilizar e a institucionalizar as experiências sociais, servindo, assim, como orientação de comportamento que os cidadãos devem observar nas suas relações sociais. Quando ocorre a violação de uma norma penal, é importante deixar claro que a mesma permanece em vigor, que a obrigatoriedade da observância da mesma continua existindo, apesar da existência da infração penal, vale dizer, a pena serve para resgatar o valor da norma, para negar o tipo de mundo comunicado pelo infrator. Assim, como o delito é negativo, na medida em que infringe a norma, fraudando expectativas, a pena, por sua vez, é positiva na medida em que afirma a vigência da norma ao negar sua infração.

Em oposição à *prevenção geral fundamentadora*, parcela relevante da doutrina sustenta uma *prevenção geral positiva limitadora*⁴³. Tal base teórica parte da premissa de que a *prevenção geral positiva* deve expressar-se com sentido limitador do poder punitivo estatal. O Estado é detentor da legitimidade para sancionar o infrator, porém encontra limites no próprio ordenamento jurídico como também em princípios morais, resgatando o mundo prático. Hassemer afirma que “através da pena estatal não só se realiza a luta contra o delito, como também se garante a juridicidade, a formalização do modo social de sancionar o delito⁴⁴”.

⁴³ Santiago Mir Puig, *Función fundamentadora...*, ADPCP, 1986, p. 54. Os seguintes doutrinadores alemães podem ser tidos como seguidores da teoria da prevenção geral positiva limitadora: W. Hassemer. *Los fines de la pena*, in *Derecho Penal y ciencias sociales*, p. 132. Do mesmo autor, *Fundamentos de derecho penal*, p. 300; Claus Roxin, *La determinación de la pena*, in *Culpabilidad y prevención em Derecho Penal*, p. 93 e s apud BITENCOURT, 2004, p. 150.

⁴⁴ W. Hassemer, *Los fines de la pena*, in *Derecho Penal y ciencias sociales apud BITENCOURT*, 2004, p. 150.



Gunther Jakobs, professor e doutrinador alemão, desenvolve a estrutura de seu sistema jurídico-penal partindo da premissa na qual a função a ser exercida pela intervenção do Direito Penal na vida dos cidadãos não seria, precipuamente, a proteção ou tutela dos bens jurídico-penais⁴⁵ em determinado momento histórico. O entendimento de Jakobs, não obstante ser minoritário entre os estudiosos do tema, a cada dia vem conquistando adeptos por todo o mundo. Tal entendimento vem sendo denominado como *prevenção geral positiva*. A teoria da *prevenção geral positiva* parte do paradigma de que vivemos em uma sociedade globalizada e bastante complexa. Em uma sociedade complexa, a norma jurídica exerce papel fundamental no sentido de reduzir tal complexidade, propiciando a regularidade do desenvolvimento pessoal e da própria sociedade. Segundo Jakobs, cada papel social exercido por uma pessoa é gerador de inúmeras expectativas legítimas por parte dos demais integrantes da sociedade. A defraudação de tais expectativas propicia uma desorganização social, intensificando a complexidade da sociedade globalizada, podendo redundar num caos social. Nesse sentido, o bem jurídico-penal merecedor e legitimador da intervenção do Direito Penal seria a *norma penal*, e não os bens jurídicos clássicos, individuais, surgidos no Estado Liberal de Direito, como a vida, o patrimônio etc. Importante destacar que Jakobs não desconsidera que, com a intervenção jurídico-penal,

⁴⁵ Os bens jurídico-penais clássicos, objeto de tutela pelo Direito Penal, de que Gunther Jakobs discorda que seja papel precípua do Direito Penal tutelar, são os bens jurídicos surgidos no Estado Liberal de Direito, tais como a vida, o patrimônio, a honra, a integridade corpórea e tantos outros. Conforme desenvolvido no item n. 1.3, a Teoria do bem jurídico teve por escopo principal limitar, restringir a intervenção jurídico-penal estatal nas esferas de conveniência das classes sociais privilegiadas, e como lado outro de tal teoria, deixar de criminalizar comportamentos corriqueiramente praticados por tais classes. A teoria do bem jurídico constitui-se sim em verdadeira e efetiva garantia fundamental individual em face do arbítrio estatal, tutelando, de modo irrefutável, os interesses das classes detentoras de poder, e vulnerando, ainda mais, as classes sociais marginalizadas pelo Estado.



reflexamente, haveria sim a tutela ou proteção de tais bens jurídicos, porém esta não seria a função precípua do Direito Penal. Para a teoria da *prevenção geral positiva*, violada a norma penal, é defraudada a expectativa normativa no sentido de que a norma seria observada, produzindo comunicação social no sentido de que a norma não deva ser observada, o que enseja uma importante desorganização social. Violada a norma penal, a função principal do Direito Penal seria intervir, objetivando negar a negação da norma gerada pela prática da infração penal. Com a intervenção do Direito Penal, tal intervenção, bem como a pena aplicada, atuam contrafaticamente, resgatando a credibilidade e a validade da norma jurídica violada pelo comportamento delituoso. Para que a intervenção jurídico-penal cumpra o desiderato de resgatar a crença da necessidade de observância da norma violada, o sujeito ativo do ato em tese criminoso deve possuir uma mínima segurança cognitiva capaz de permitir que a comunicação pretendida pela intervenção e pela penal criminal seja efetiva. Ausente tal mínima segurança cognitiva, a vigência da norma se esboroa e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente susceptível de ser vivida. Esta estrutura construída por Gunther Jakobs é a base de todo o seu sistema jurídico-penal.

3. Mínima segurança cognitiva

Na esteira do raciocínio e coerência de Gunther Jakobs no tocante à teoria da pena, precisamente desde a teoria da *prevenção geral positiva*, afloram as perspectivas da pena como contradição ou como segurança. Quando alguém viola o bem jurídico norma penal, transcende à lesão de um mero bem jurídico clássico, como a vida, a honra, a dignidade sexual etc., produzindo uma comunicação perante os membros sociais no sentido de que a norma violada não necessita ser observada, ou seja, expressa um esboço de mundo no qual a norma não vige, gerando, em última instância, uma frustração das expectativas normativas, desestabilizando-as. A sanção criminal também produz uma comunicação social, no sentido de ser portadora



de um significado, portadora da resposta ao fato; o fato como ato de uma pessoa racional significa algo, significa uma desautorização da norma, um ataque a sua vigência, e a pena também significa algo, significa que a afirmação contida no ato violador da norma é irrelevante e que a norma permanece vigente inalteradamente. Deste modo são reforçadas as expectativas normativas bem como a configuração social, na medida em que o fato delituoso, assim como a coação penal são meios de interação simbólica. Importante destacar que, com fulcro na dialética infração penal e pena, o autor é considerado pessoa, pois se fosse incapaz, não seria necessário negar seu ato.

Ocorre que, em virtude de não possuírem uma segurança cognitiva mínima, alguns indivíduos não possibilitam a irradiação da comunicação da pena, o que, para eles a perspectiva da sanção em uma dialeticidade contrafática é ineficaz, necessitando da intervenção penal em outra perspectiva para que o Estado consiga produzir segurança em um nível minimamente aceitável. Nesta medida, a coação não pretende significar nada, mas quer ser efetiva, isto é, que não se dirige contra a pessoa em Direito, mas contra o indivíduo perigoso. Surge, assim, a noção do inimigo para o Direito Penal. A ausência de uma segurança cognitiva mínima constitui a premissa imprescindível e o fator irradiador das características do denominado direito penal do inimigo.

4. Direito penal do inimigo e velocidades do direito penal

O ato jurídico de furtar uma bicicleta não tem a potencialidade de sucumbir o Estado. O ato não se dirige contra a permanência do Estado, e nem sequer contra a de suas instituições. Por isso, o Estado moderno vislumbra no autor de uma infração penal o cometimento de um ato normal, diferentemente do que ocorre nos teóricos do contratualismo de Rosseau e de Fichte, não um inimigo que há de ser destruído, mas um cidadão, uma pessoa que, através da externalização de sua personalidade, tem danificado a vigência da norma e que, em virtude do respectivo comportamento, é chamado –



de modo coativo, mas como cidadão – a equilibrar o dano, na vigência da norma.

Pretendendo-se que a norma determine a configuração de uma sociedade, o comportamento em conformidade com a norma, realmente, deve ser esperado em sua totalidade. Isso significa que as pessoas, em suas interações sociais, confiam que os demais irão atuar com observância ao ordenamento jurídico, possibilitando, assim, a vida em uma sociedade complexa. Sem uma suficiente segurança cognitiva, a vigência da norma se desborda e se converte numa promessa vazia, na medida em que já não oferece uma configuração social realmente suscetível de ser vivida.⁴⁶ Como desdobramento da ausência de segurança cognitiva mínima necessária ao convívio social na qual a expectativa de um comportamento pessoal é defraudada de maneira duradoura, as legislações penais dos países, principalmente dos países ocidentais, diminuí a disposição de dialogar com o delinqüente como pessoa.

O Estado, portanto, pode proceder de dois modos com os delinqüentes: pode vê-los como pessoas que cometem um equívoco, não colocando o Estado e suas instituições numa posição de vulnerabilidade, isto é, que tais condutas não se dirigem contra a estrutura estatal; ou indivíduos que devem ser impedidos de destruir o ordenamento jurídico, para as quais o Estado atuaria mediante mera coação. Segundo Jakobs,

Quem não presta uma segurança cognitiva suficiente de um comportamento pessoal, não só não pode esperar ser tratado ainda como pessoa, mas o Estado não deve tratá-lo, como pessoa, já que do contrário vulneraria o direito à segurança das demais pessoas. (JAKOBS, 2008, p. 42)

Importante destacar que, em princípio, nem todos que infringem a norma penal são considerados um adversário do ordenamento jurídico e, portanto, são titulares do direito

⁴⁶ JAKOBS, 2008, p. 33 e 34. (Direito Penal do Inimigo: noções e críticas).



fundamental de responderem a um processo penal com ausência de fragmentos do Direito Penal do Inimigo. Fechar os olhos para a realidade do Direito Penal do Inimigo é o maior dos equívocos que podemos cometer. Delinear quando será legítima a intervenção do Direito Penal do inimigo é fundamental para afastarmos a sua incidência, ainda que discreta e inconsciente, na *persecutio criminis* em face daqueles que não pretendem destruir o ordenamento jurídico, ou seja, protagonistas de condutas que não vulneram o Estado e suas instituições. Chegada a hora de aprofundarmos nas características do denominado Direito Penal do Inimigo.

Segundo Jakobs⁴⁷, o Direito Penal do inimigo se caracteriza por três elementos: a) constata-se um amplo adiantamento da punibilidade, isto é, a intervenção jurídico-penal é prospectiva (ponto de referência: o fato futuro), no lugar de – como é o habitual – retrospectiva (ponto de referência: o fato cometido); b) as sanções penais cominadas desbordam de uma proporcionalidade clássica: especialmente a antecipação da barreira de punição não é considerada para reduzir, correspondentemente, a pena em abstrato cominada ao tipo penal incriminador e c) determinadas garantias

⁴⁷ Quem, como se tem assinalado, introduziu – em duas fases em 1985 e 1999-2000 – o conceito na discussão mais recente (Jakobs, *Estudios de Derecho judicial* 20 (nota 1), p. 137 e ss.; idem, em ESER-HASSEMER-BURKHARDT (ed), *Strafrechtswissenschaft* (nota 1), p. 47 e ss., 51 e ss.; idem, *ZStW*, 97 (1985), p. 753 e ss.; idem, AT2, 2-25.c). Certamente se poderia identificar – como sublinha SILVA SÁNCHEZ, *La Expansión* (nota 2), p. 165 com nota 388 – muitos antecedentes materiais da noção de Direito penal do inimigo, em particular, em determinadas orientações da prevenção especial anteriores á segunda guerra mundial; cfr. MUNOZ CONDE, *DOXA* 15-16 (1994), p. 1031 e ss. Desde uma perspectiva temporal mais ampla, e com orientação filosófica, *vid.*, a análise correspondente de PÉREZ DEL VALLE (CPC 75 – 2001, p. 597 e ss.), relativamente às teorias do Direito penal contidas nas obras de ROSSEAU e HOBBS. Em todo caso, é possível pensar que este aspecto – os antecedentes históricos – pode ser deixado de lado desde o ponto de vista da política-criminal atual – não no plano global-conceitual, claro – considerando as diferenças estruturais entre os sistemas políticos daqueles momentos históricos e o atual.



processuais são relativizadas ou inclusive suprimidas. Não obstante as características do Direito Penal do Inimigo desbordarem de uma proporcionalidade denominada clássica ou tradicional, talvez liberal, as balizas desse modo de atuação do Direito Penal podem ser fundamentadas e legitimadas no postulado da proporcionalidade, cujo conteúdo e vetor hermenêutico devem ser cotejados com as peculiaridades da sociedade e da criminalidade do século XXI. O professor espanhol, Jesus Maria Silva Sánchez, estrutura os modos de atuação do Direito Penal valendo-se das denominadas velocidades do Direito Penal. De modo materialmente equivalente ao Direito penal do inimigo, Silva Sánchez tem fundamentado as concepções político-criminais em velocidades. De acordo com sua posição, no momento atual estão se diferenciando duas velocidades no marco do ordenamento jurídico-penal: a primeira velocidade seria aquele setor do ordenamento em que se impõem penas privativas de liberdade, e no qual, segundo Silva Sánchez, devem manter-se de modo estrito os princípios político-criminais, as regras de imputação e os princípios processuais clássicos. A segunda velocidade seria constituída por aquelas infrações penais em que, ao impor-se somente penas restritivas de direitos ou pecuniárias, seria legítima a flexibilização de modo proporcional desses princípios e regras clássicos. No tocante ao Direito penal do inimigo, em que coexistem pena privativa de liberdade e relativização das garantias do Direito penal liberal, o professor espanhol denomina tal tendência político-criminal de terceira velocidade do Direito penal. Importante destacar que Silva Sánchez vislumbra a possibilidade e legitimidade do Direito Penal de segunda velocidade. No Brasil podemos destacar o procedimento sumaríssimo aplicável às infrações penais de menor potencial ofensivo como exemplo de Direito Penal de segunda velocidade, isto é, os institutos descarcerizadores da suspensão condicional do processo e da transação penal (artigos 89 e 76 respectivamente da Lei n. 9099/95)⁴⁸ afastam a possibilidade da

⁴⁸ O instituto jurídico da suspensão condicional do processo, previsto no art. 89 da



fixação em concreto de pena privativa de liberdade em contrapartida a flexibilização de princípios clássicos como os do contraditório, ampla defesa e estado de inocência (artigo 5º, incisos LV e LVII, da Constituição da República). Além da relativização ou flexibilização de direitos e garantias fundamentais de conteúdo liberal, o Direito Penal de segunda velocidade se caracterizaria pela permanência da judicialização – e consequente imparcialidade – assim como com a manutenção do significado “penal” dos ilícitos e sanções, sem que

Lei n. 9099/95, significa, nos crimes e que a pena mínima cominada for igual ou inferior a 1 ano, abrangidas ou não pela citada Lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão condicional do processo, por 2 a 4 anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizem a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal). Aceita a proposta pelo acusado e seu defensor, na presença do juiz, este, recebendo a denúncia, poderá suspender o processo, submetendo-se o acusado a período de prova, sob as seguintes condições: a)reparação do dano, salvo impossibilidade fazê-lo; b)proibição de frequentar determinados lugares; c)proibição de ausentar-se da comarca onde reside, sem autorização do juiz; d)comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades; e) o juiz poderá especificar outras condições a que fica subordinada a suspensão, desde que adequadas ao fato e à situação pessoal do acusado. O instituto da transação penal, regulamento no art. 76 da Lei n. 9099/95, normatiza que, havendo representação ou tratando-se de crime de ação penal pública incondicionada, não sendo caso de arquivamento, o Ministério Público poderá propor a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multas, a ser especificada na proposta. Nas hipóteses de ser a pena de multa a única aplicável, o juiz poderá reduzi-la até a metade. Não se admitirá a proposta se ficar comprovado: a)ter sido o autor da infração condenado pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva; b)ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de 5 anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos do art 76; c)não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida. Acolhendo a proposta do Ministério Público aceita pelo autor da infração, o juiz aplicará a pena restritiva de direitos ou multa, que não importará reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 05 anos.



estas, contudo, tivessem a repercussão pessoal da pena privativa de liberdade. Não é possível aderir ao entendimento de que a construção da fundamentação do Direito Penal de segunda velocidade de Silva Sánchez seja a mais adequada, não obstante ser forçosa a identificação da presença dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade na essência da respectiva fundamentação. Não é porque o Direito Penal vale-se de sanções diversas da pena privativa de liberdade que seria legítima a relativização ou flexibilização de direitos e garantias fundamentais. Pedindo a máxima licença ao professor Silva Sánchez e aos que aderem ao seu entendimento, entendemos que o paradigma legitimador da relativização ou flexibilização dos direitos e garantias do Direito Penal liberal seja o ganho na efetivação de outros direitos e garantias fundamentais, precipuamente os de conteúdo social. Não discordamos que os postulados da proporcionalidade e da razoabilidade constituem-se condição de possibilidade para a realização legítima de tal análise, muito pelo contrário.

A terceira velocidade do Direito Penal possui como principal característica a presença da pena de prisão concomitantemente com uma ampla relativização de garantias político-criminais, regras de imputação e critérios processuais. Não há dúvida que o Direito Penal de terceira velocidade tem permeado as legislações penais de todos os países. Muitos estudiosos do Direito Penal, na linha desenvolvida pelo professor Silva Sánchez, defendem a urgente necessidade do Direito Penal de terceira velocidade se adequar, ou ao Direito Penal de primeira ou ao Direito Penal de segunda velocidades. Mas a indagação a ser respondida é: O Direito Penal de terceira velocidade possui um espaço legítimo de atuação? Não obstante a intensidade das críticas ao Direito Penal de terceira velocidade, defendemos que há sim um espaço legítimo de atuação. A existência de um espaço de Direito Penal de privação de liberdade com regras de imputação e processuais menos estritas que as do Direito Penal de primeira velocidade é, em alguns momentos, legítima e necessária, porém deve ser uma resposta estatal excepcional e absolutamente



imprescindível na efetivação de determinados direitos e garantias fundamentais. O Direito Penal do inimigo, identificado e estruturado por Gunther Jakobs, guarda relação próxima com o Direito Penal de terceira velocidade desenvolvido por Silva Sánchez. Segundo Silva Sánchez:

Se nos restringirmos à definição desse autor (Jakobs), o inimigo é um indivíduo que, mediante seu comportamento, sua ocupação profissional ou, principalmente, mediante sua vinculação a uma organização, abandonou o Direito de modo supostamente duradouro e não somente de maneira incidental. Em todo caso, é alguém que não garante mínima segurança cognitiva de seu comportamento pessoal e manifesta-se esse déficit por meio de sua conduta. As características do Direito Penal do inimigo seriam então, sempre segundo Jakobs, a ampla antecipação da proteção penal, isto é, a mudança de perspectiva do fato passado a vim porvir; a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; e o solapamento de garantias processuais. (SILVA SÁNCHEZ, 2011, p. 194)

O professor Gunther Jakobs jamais foi partidário de arbitrariedades por parte do Estado, como a tortura ou qualquer outra espécie de violência no combate à criminalidade. A antecipação da proteção penal, a ausência de uma redução de pena correspondente a tal antecipação e a flexibilização de alguns princípios e garantias fundamentais individuais seriam providências excepcionais, porém necessárias, para que outros direitos e outras garantias fundamentais fossem efetivados. Todo esse arcabouço normativo do denominado Direito Penal do Inimigo estaria orientado pelos postulados normativos da proporcionalidade e da razoabilidade. Os fundamentos da República Federativa do Brasil – artigo 1^a da CR/88 -, bem como os objetivos a serem atingidos pelo Brasil – artigo 3^a da CR/88 -, atuarão de modo cogente na definição dos limites da mitigação de direitos e garantias fundamentais individuais e,



consequentemente, no grau de efetivação dos direitos fundamentais à segurança pública e à paz. Assim sendo, não é possível, em abstrato, concluir pela ausência de espaço legítimo de atuação do denominado Direito Penal do Inimigo ou, na estrutura desenvolvida por Silva Sánchez, do Direito Penal de terceira velocidade, pedindo licença aos que pensam em contrário.

5. Conclusão

O Direito Penal da sociedade globalizada e complexa deve combater as novas espécies de delito valendo-se de novos instrumentos jurídico-penais. O Direito Penal do inimigo caracteriza-se como algo excepcional, porém muitas vezes imprescindível para a efetivação dos direitos fundamentais à segurança pública, à paz e à regularidade das instituições democráticas. É preciso afastar o preconceito com a expressão Direito Penal do inimigo e buscar compreender a sua essência, bem como todo o sistema penal elaborado pelo professor JAKOBS.

As características do Direito Penal do inimigo traçadas por JAKOBS permeiam todas as legislações mundiais pelo simples fato de que o Estado possui o dever constitucional de propiciar segurança pública. A grande discussão, pedindo licença aos que pensam de modo diverso, não seria sobre a legitimação do Direito Penal do inimigo, mas sim quando e em qual intensidade o mesmo deveria ser aplicado. Em quais circunstâncias pode-se concluir pela inexistência da mínima segurança cognitiva a legitimar a intervenção jurídico-penal nos termos do Direito Penal do inimigo? Como conciliar o Direito Penal do Inimigo com a teoria dos direitos fundamentais? Trata-se de um dos temas mais tormentosos na atual Política Criminal mundial.

Referências bibliográficas

- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Falência da pena de prisão: causas e alternativas*. São Paulo: Saraiva, 2014.
- GRACIA MARTIN, Luis. *Prolegômenos para a luta pela modernização e*



expansão do direito penal e para a crítica do discurso de resistência. Apresentação do prof. Dr. Bernd Schunemann. Tradução de Érica Mendes de Carvalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

JAKOBS, Gunther; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo: noções e críticas.* Org. e Trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 3 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal: parte general: fundamentos y teoria de la imputacion.* 2 ed. Corr. Traducción: Joaquim Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Ediciones Juridicas, 1997.

MIR PUIG, Santiago. *Wertungen, Normen und Strafrechtswidrigkeit. Goldammer's Archiv fur Strafrecht,* 2003.

MIR PUIG, Santiago. *Derecho penal: parte general.* 4 ed. Barcelona: PPU, 1996.

ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal.* Org. e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.* Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

TOLEDO. Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.



FRAUDE EM LICITAÇÃO NO REGIME MILITAR DE 1964

Yuri Pereira Gomes⁴⁹

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo abordar e fazer uma análise sobre um dos maiores problemas envolvendo a Administração Pública Brasileira, a fraude em licitações. Problema que vem com maior enfoque na atualidade e torna-se um ato costumeiro, pois percebe-se com o presente estudo onde consta breves considerações sobre o assunto durante o Regime Militar Brasileiro, período em que houve grande criação de estatais brasileiras e um grande período de obras e crescimento econômico no país. Busca-se fazer uma análise legal pós Constituição de 1988.

Palavras- Chave: Ditadura, Licitações; Fraude

Abstract:

The purpose of this article is to analyze and analyze one of the biggest problems involving the Brazilian Public Administration, the fraud in bidding. A problem that comes with greater focus nowadays and becomes a customary act, because it is perceived with the present study that contains brief considerations on the subject during the Brazilian Military Regime, period in which there was great creation of Brazilian state-owned enterprises and a great period of works and economic growth in the country. A legal analysis is sought after the 1988 Constitution.

Keywords: Dictatorship, Bidding; Fraud

⁴⁹ Graduando do Curso de Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais- Unidade Diamantina.



Introdução

A Administração Pública busca sempre atender o interesse da coletividade, sendo assim, busca o interesse público e possui privilégios e prerrogativas para servir às necessidades da população brasileira. É regida por normas e princípios e, de acordo com DALLARI (2006), goza, dentre outros privilégios, de uma presunção de veracidade e legitimidade dos atos. Assim, exerce atividades complexas e necessita, por consequência, de serviços e bens fornecidos por terceiros. Nessa situação, vê-se obrigada a celebrar contratos para realizar essas atividades e, com isso, adquirir esses serviços, bens, obras, dentre outros. Esses contratos são feitos mediante licitação, tema de discussão do presente artigo. A licitação é um procedimento anterior aos contratos e permite que a administração escolha a melhor proposta, mais vantajosa, de acordo com as oferecidas pelos interessados.

A Constituição Federal, em seu artigo 37, XXI, coloca em evidência o princípio da obrigatoriedade da licitação, ou seja, toda contratação pública, da administração direta e indireta, deve ser feita mediante licitação, exceto casos específicos tratados pela Lei nº 8.666/93, que regula os processos licitatórios e os casos de má administração dos recursos. Diante de tal importância da licitação, faz-se necessário trazer e discutir sobre as fraudes envolvendo o procedimento licitatório, uma vez que, desde os anos de 1964 até os dias atuais, as fraudes licitatórias prejudicam o interesse público e burlam os recursos da administração pública. Logo, requer maior atenção do Estado nesses procedimentos.

Abordaremos e faremos uma análise sobre um dos maiores problemas envolvendo a Administração Pública Brasileira, a fraude em licitações. Problema que vem com maior enfoque na atualidade e vem se tornando ato costumeiro, pois percebe-se com o presente estudo onde consta breves considerações sobre o assunto durante o



Regime Militar Brasileiro. Faz-se ponderações sobre a época da Ditadura Militar no período de 1964 a 1985. Em seguida, faz necessário um estudo sobre licitações depois da Constituição de 1988, seus aspectos gerais, princípios e moralidades para que seja possível entender o aspecto democrático da Administração Pública. Dessa forma, antes de adentrarmos na análise das fraudes licitatórias se faz necessário, inicialmente, verificarmos o cenário em que elas são vinculadas e o próprio objeto que é fraudado.

Contexto Histórico: Ditadura Militar de 1964 a 1985 **Histórico das Estatais Brasileiras até o Regime Militar**

As primeiras empresas estatais brasileiras foram criadas no século XIX, o Banco do Brasil criado em 12 de outubro de 1808, pelo então Príncipe-regente Dom João de Bragança (Rei Dom João VI de Portugal), e a Caixa Econômica Federal criada em 12 de janeiro de 1861 pelo Imperador Dom Pedro II. Juntas fizeram uma grande expansão da participação estatal na economia durante todo o período histórico brasileiro.

Com a necessidade de fomentar as indústrias no Brasil do início da década de 1940, durante o primeiro período da Era Vargas, acabaram sendo criadas a Companhia Siderúrgica Nacional no ano de 1941, a Companhia Vale do Rio Doce em 1942 e a Companhia Hidro Elétrica do São Francisco no ano de 1945. (Brasil, 2015). Getúlio Vargas, ao voltar ao poder para o seu segundo governo, cria um programa de desenvolvimento brasileiro, que consolidou a criação do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e o Banco do Nordeste do Brasil no ano de 1952 e no ano seguinte a Petrobrás.

Com o Presidente Juscelino Kubitschek durante os anos de 1956 a 1961, o País experimentou um período de rápido crescimento econômico, que teve como principal obra a construção da Capital Federal Brasília. Durante o governo JK foram criadas também as empresas Furnas e a Rede Ferroviária Federal Sociedade Anônima



no ano de 1957 e a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe em 1959 (Odloak, Eduardo; 2013).

A fundação de empresas estatais não teve papel muito relevante durante os governos Jânio Quadros e João Goulart, pois foram governos marcados por grande instabilidade política, mas as estatais voltaram com grande intensidade durante o Regime Militar, época de enfoque do presente estudo.

Foi nessa época que a criação de empresas ganhou um ritmo acelerado, com destaque para as “seguintes empresas: Embraer e Correios no ano de 1969, SERPRO em 1970, Telebrás, Embrapa e Infraero em 1972, Codevasf e Dataprev durante 1974, Radiobrás, Imbel, Nuclep e Eletronuclear em 1975, entre outras.” (BRASIL, 2015).

O golpe de 1964 e a Instauração do Regime Militar

No dia 31 de março de 1964, um golpe militar foi instaurado contra o governo do Presidente João Goulart. João Goulart, procurando um forças para tentar se manter no poder, viajou no dia 1 de Abril para Porto Alegre/RS, onde Leonel Brizola tentava organizar uma resistência política com apoio de pessoas que apoiavam o até então Presidente, mas apesar da insistência de Brizola, Goulart desistiu de um confronto militar com os militares e seguiu para viagem para o seu exílio no Uruguai. Lá em Brasília, no mesmo dia o presidente do Senado já havia declarado vago o cargo de presidência da República.

Logo em seguida, o poder executivo já estava sob controle dos militares. “No dia 2 de abril, foi organizado o autodenominado “Comando Supremo da Revolução”, composto pelos três membros das Forças Armadas Brasileira: Aeronáutica, Marinha e Exército, criada pelas direções dessas instituições para que ficasse no poder durante duas semanas.” (Celso, 2008)

Os militares responsáveis pelo golpe de 1964 tiveram como objetivo restaurar a disciplina e a hierarquia nas Forças Armadas e



ideologias políticas revolucionárias de esquerda que haviam naquela época e também considerando uma possível ameaça de implementação do socialismo no Brasil. Também, o golpe militar teve apoio de importantes classes da sociedade brasileira que queriam um rápido controle da crise econômica existente na época, como empresários, a imprensa, a Igreja católica e a classe média brasileira.

Relação entre Iniciativa Privada e Políticos na Ditadura:

Percebe-se que durante o período do golpe militar houve parceria entre grandes empresários brasileiros da construção civil e o políticos durante o regime militar a partir de 1964. “As principais famílias dos empresários do setor da construção civil se fortaleceram por meio de contatos com grupos políticos e agências da sociedade política de cada estado da federação, utilizando dessas relações e inserção para que pudessem atuar em agências federais contratadoras de obras”. (CAMPOS, 2012, p. 509)\

Na primeira metade do regime, o modelo de desenvolvimento do período Kubitschek foi reafirmado, com grande soma de serviços demandados aos empreiteiros, na forma de estradas de rodagens e usinas hidrelétricas. Já na segunda metade do regime, houve uma estagnação e redução do volume de recursos para as obras e concentração das atividades em empreendimentos de grande porte, o que levou a uma centralização de capitais no setor. (CAMPOS, 2012, p. 509)

Durante esse período houve uma imensa articulação política entre os empreiteiros e a classe política brasileira, atuando em debates públicos, financiamentos de campanhas e influência entre grupos de interesses empresários frente ao interesse público, tendo como exemplo, fraudes em obras públicas, licitações e pagamentos de propina. Será abordado fraude em licitação, pois como os empresários detentores das empresas que prestam serviços ao Governo Federal apoiando o Regime seria possível obter maiores privilégios.



Licitação

A licitação, sendo um processo preliminar ao contrato, é conceituada como um procedimento administrativo vinculado à lei e aberto a todos interessados que se submetem aos critérios estabelecidos no instrumento convocatório, interessados estes que formulam propostas, dentre as quais, o ente público, seleciona e contrata a mais vantajosa. A licitação tem o fim seletivo e busca a melhor proposta, lembrando que a melhor proposta nem sempre é sinônimo de menor preço, dando a possibilidade de todos os interessados concorrerem de forma igual. É necessário uma sequência de atos da Administração Pública e dos interessados, devidamente formalizados.

Assim, aquele que divulga o que se pretende contratar e os interessados oferecem suas propostas, sendo obedecido um processo formal de escolha. O artigo 22, XXVII da Constituição Federal de 1988 diz que é competência privativa da União Federal legislar sobre licitação e o princípio da obrigatoriedade da licitação, mais especificamente o artigo 37, XXI, da Constituição Federal de 1988 determina que os contratos sejam feitos somente por meio de licitação, ressalvando as exceções previstas em lei. Diante disso, traz Marçal Justen Filho:

A licitação é um procedimento administrativo disciplinado por lei e por um ato administrativo prévio, que determina critérios objetivos de seleção da proposta de contratação mais vantajosa, com observância do princípio da isonomia, conduzido por um órgão dotado de competência específica. (FILHO, 2016, p. 335)

Assim, o resultado final não vem de critérios subjetivos, ou seja, da liberdade de escolha do administrador, e sim de critérios



objetivos, sobressaindo a melhor proposta e com resultados satisfatórios, respeitando a lei 8.666/1993 que trata de Licitações e Contratos. Importante ressaltar que diversos são os fins da licitação mas deve-se prevalecer o princípio da isonomia e a promoção do desenvolvimento nacional, selecionando a proposta que melhor atenda a administração pública. E para que isso aconteça, normalmente é exigido um órgão específico uma comissão de licitação, a qual é outorgada competência para realizar o procedimento.

Toda administração pública, direta e indireta, estão obrigadas a seguir esse o rito da licitação. A Constituição Federal, como citado anteriormente, exige licitação para os contratos de alienações, obras, serviços e compras. Já as entidades da administração indireta, segundo o artigo 119 da lei nº 8.666/93 terão regulamentos próprios, desde que aprovados por autoridades superiores, ficando mesmo assim, sujeitos a lei. O artigo 37, XXI, da C.F., dá a possibilidade de hipóteses em que a licitação seja dispensada. Assim, quatro são as categorias da dispensa:

- A) Em razão de pequeno valor;
- B) Em razão de objeto;
- C) Em razão de situações excepcionais;
- D) Em razão da pessoa.

Modalidades de Licitação

São modalidades de licitação: a concorrência, a tomada de preços, o convite, o concurso, o leilão e por fim o pregão.

A **concorrência**, caracterizada por seu formalismo acentuado, é própria para contratações de grande vulto, deve ser realizada com ampla publicidade e é obrigatória em obras e serviços de engenharia de valor superior a um milhão e quinhentos mil reais. E para demais objetos, valor superior a seiscentos e cinquenta mil reais.

A **tomada de preços** é usada em contratos de vulto médio, até um milhão e quinhentos mil reais para obras e serviços de



engenharia e até seiscentos mil reais para demais objetos. Deve ser realizada entre candidatos cadastrados até o terceiro dia anterior ao dia do recebimento das propostas. A vantagem é que os candidatos já apresentam os documentos de habilitação, uma vez que os interessados devem ser previamente cadastrados nos devidos órgãos públicos.

O **convite**, modalidade de menor formalismo e menor vulto, uma vez que não há edital e sim carta de convite como instrumento convocatório, a qual deve ser enviada para no mínimo três candidatos, já selecionados pela entidade administrativa. Não sendo apresentadas as três propostas, é válida duas delas, se for o caso, ou no caso de somente uma, faz-se contratação direta.

O **concurso** é usado para contratação de trabalho técnico, científico ou artístico, podendo ser qualquer interessado. Nessa modalidade, é selecionado o melhor projeto de caráter intelectual, cabendo ao autor ceder os direitos sobre o mesmo à administração.

O **leilão**, modalidade de licitação para qualquer interessado, é usada para venda de imóveis sem serventia para a Administração, móveis que foram apreendidos ou penhorados ou então alienados. Tratando-se de bens imóveis, é obrigatório o uso da concorrência.

O **pregão**, modalidade que surgiu a partir da Lei nº 10.520/02, é usado para bens e serviços comuns e de qualquer valor. É feito através de lances e propostas.

Independente da modalidade, as licitações públicas são regidas por diversos princípios da Administração Pública, uma vez que as contratações devem seguir um rito para serem válidas. Assim diz Pietro:

A licitação será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhe são correlatados; a esse artigo 3º da Lei nº 8.663/93 acrescenta os da legalidade, impessoalidade, e moralidade, já previstos no artigo 37, *caput*, da Constituição. (DI PIETRO, 2016, p. 416)



Considerando assim, tais princípios, faz-se necessário uma melhor análise de um problema comum e sério que envolve as licitações: a fraude.

Problema este que causa transtornos e prejuízos ao Estado e, apesar da Lei 8.666/93 ser rica em detalhes que regulamentam os processos de licitações, comuns são os que ocorrem uma má administração dos recursos oriundos dos mesmos e que muitas vezes são burlados para benefícios de alguns.

Fraudes em Licitações

Os princípios da moralidade, prioridade, impessoalidade e legalidade, exigem da Administração e do procedimento em questão, conduta licita e que seja de acordo com a moral e honestidade. Além de estarem presentes na Constituição Federal, a Lei nº 8.663/93 traz novamente a moralidade e a probidade. Importante ressaltar que a improbidade administrativa é ato sancionado pela Constituição que pune os agentes que nela incidem. A improbidade administrativa é definida pela Lei nº 8.429/92 e engloba as fraudes em licitação, assim como a Lei nº 8.666/93 em seus artigos 89 a 93, pune esse tipo de infração. Neste sentido, diz o artigo 90 dessa mesma lei.

Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação: Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.

Por isso, faz necessário um procedimento total e vinculado a lei, seguindo todas as fases, não levando em conta a Administração, critérios pessoais ou vantagens. Para evitar fraudes, o procedimento deve ser público, assim, muitas das vezes os editais das licitações não são publicadas como e onde deviam, fazendo com que não haja muita concorrência e por consequência, nem sempre é escolhida a melhor oferta, beneficiando alguns. Outro tipo comum de fraudes, superfaturamento de contratos, ocorre quando a Administração paga



um preço superior ao do mercado pelo produto licitado. Também é bastante comum a contratação de serviços inexistentes, por exemplo, se contrata uma obra que já existe ou que nunca será feita.

Na modalidade de convite, nas compras de menor valor, onde os interessados são convidados, é comum ocorrer a escolha das mesmas empresas ou de serem enviadas cartas-convites para outras duas que não tenham condições de concorrer com a que vai ser beneficiada. Desse modo, podemos dizer que a licitação é um meio fácil e mais seguro de manipular a Administração e seus contratados. Essas manipulações não ocorrem somente por meio de fraude, vários são os outros modos como, por exemplo, a dispensa de licitação em casos que não previstos em lei com pena de detenção de ter a cinco anos e multa. A lei nº 8.663/93 traz, ao decorrer de seus artigos, os crimes licitatórios e suas respectivas penas.

É de grande importância saber quem ou qual órgão deve ser procurado em casos de denúncias. Logo, o Ministério Público exerce papel de grande importância e eficácia no controle dos procedimentos. Uma vez que deve defender a ordem jurídica garantindo a efetivação da lei. As denúncias poder ser feitas através da Ouvidoria ou aos Promotores e Procuradores de Justiça e podem ser feitas por qualquer pessoa. Desta forma, no cidadão deve invocar a jurisdição e assim, o Estado deve exercer a função de punir, depois de todo um processo de julgamento. A Controladoria Geral da União também está disponível para que sejam feitas as denúncias. Ao se referir a serviços regulamentados, as denúncias podem ser realizadas nas respectivas Agências Reguladoras.

Conclusão

Sabendo-se da obrigatoriedade da licitação nos contratos administrativos, de acordo com a Constituição Federal de 1988, somente é permitido dispensa e inexigibilidade nos casos que a lei permite. Deste modo, a Lei nº 8.666/93 regula esse processo licitatório. Porém, mesmo com a rigidez da lei, que também pune, é



comum em toda história casos de fraudes nesses procedimentos. Casos que vem um enfoque maior da mídia na atualidade.

Assim os contratos e os procedimentos de licitação são burlados para o favorecimento de uns, causando danos e prejuízos a Administração Pública.

Sabendo que esta deve atender os anseios da coletividade, agindo sempre em busca do interesse público, obtém prerrogativas e privilégios para este fim.

Consequentemente, essa fraude causa danos à sociedade, que muitas das vezes recebe do Estado serviços e bens de qualidade duvidosa, ou, muitas das vezes deixam de receber. Assim, tem-se a necessidade de um maior controle e fiscalização por parte do contratante, neste caso a Administração Pública direta e indireta, para que não ocorram as fraudes.

Faz-se necessário afirmar que apesar de afirmarem que o combate à corrupção, o combate à crise econômica foi um dos motivos para o golpe militar de 1964, os generais que comandavam a ditadura implantaram os governos mais corruptos da história do Brasil. Porém, devido à censura e à perseguição, os escândalos de corrupção ficavam encobertos.

Necessário, também, lembrar que hoje em pleno Estado Democrático de Direito, o Ministério Público tem papel importante na resolução desse problema, pois recebe denúncias e investiga. Essas denúncias podem ser feitas por qualquer cidadão, por escrito ou verbalmente.

Referências Bibliográficas

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acessado dia 03 de Setembro de 2017

BRASIL. DEST 30 ANOS. Disponível em:

<<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/empresas->



estatais/coordenacao/historico>. Acesso em: 08 de Setembro de 2017.

BRASIL. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 04 de Setembro de 2017.

CANCIAN, Renato. Governo João Goulart (1961-1964): Polarização conduz ao golpe. Disponível em: <<http://educacao.uol.com.br/disciplinas/historia-brasil/governo-joao-goulart-1961-1964-polarizacao-conduz-ao-golpe.htm>>. Acesso em: 03 de Setembro de 2017.

DALLARI, Adilson Abreu. Aspectos jurídicos da licitação. 7. Ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 29. Ed. Rio de Janeiro. Forense, 2016.

Informe do Serviço Federal de Informação e Contra-informação (SFICI). Documentação de João Goulart. Essa documentação, que estava em poder do Autor, foi doada ao CPDOC-FGV.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 12. Ed. Revistas dos Tribunais, 2016.

ODLACK, Eduardo. A questão das estatais. Disponível em: <<http://www.eduardoodloak.com.br/a-questao-das-estatais>>. Acesso em: 01 de Setembro de 2017

PETRIN. Natália, Golpe de 1964. Disponível em: <<http://www.estudopratico.com.br/golpe-de-1964/>>. Acesso em: 03 de Setembro de 2017.

RICARDO. Jomar, O Golpe Militar de 1964. Disponível em: <<http://www.vermelho.org.br/noticia/239727-1>>. Acesso em: 03 de Setembro de 2017.



CRÉDITOS BANCÁRIOS E O CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Carolina Silva Cruz (UEMG)

Jéferson Apolinário Dias Rocha (UEMG)

Silvana Regina Paslauski (UEMG)

Resumo:

O presente trabalho tem como finalidade fazer uma análise inicial do conceito de crédito e sua relação com os contratos bancários. Após, discutir de que forma os créditos bancários estão sujeitos ao Código de Defesa do Consumidor, entendimento consolidado pela Súmula 297 do STJ.

Palavras-chave: crédito, crédito bancário, código de defesa do consumidor.

1. Introdução

O Código de Defesa do Consumidor é uma lei federal, promulgada em 11 de setembro de 1990, de número 8.078, inserindo no ordenamento jurídico brasileiro uma política nacional para relações de consumo. Surgiu com o objetivo de regulamentar as relações de consumo em todo o Brasil, estabelecendo direitos e deveres para os consumidores e fornecedores.

Foi uma grande conquista para a defesa do consumidor brasileiro e agregou em um mesmo texto legal as regras de proteção às pessoas que compram um produto ou contratam um serviço.

O Direito do Consumidor tem por objetivo atender às necessidades dos consumidores. Sendo assim, o CDC veio para



garantir o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia nas relações de consumo. Entre outras coisas, estabelece valores para que a relação entre consumidores e fornecedores seja respaldada no princípio da boa-fé e transparência.

Os contratos bancários são a forma de se realizar as atividades bancárias, tão comuns e presentes no cotidiano das pessoas. A finalidade do contrato bancário normalmente é o crédito, que terá alguma finalidade para o contratante.

A presente discussão será sobre a aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações de crédito bancária, que já foi alvo de discussão intensa e posterior edição de Súmula pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ) de forma a pacificar a jurisprudência e uniformizar as decisões. Para isso, utilizamos a metodologia referencial, tendo como referencial teórico Bulgarelli (2001) e Rizzardo (2000).

2. Desenvolvimento

2.1 O que é crédito e os contratos de crédito bancário

A definição da palavra “crédito” perante os dicionários seria de que o crédito é “confiança, crença fundada nas qualidades de uma pessoa ou coisa; segurança de que alguém ou algo é capaz ou veraz.” Assim, aquele que tem crédito é aquele que inspira confiança naquilo que faz.

Waldirio Bulgarelli, em sua obra “Títulos de Crédito” aduz que

Não se deve, contudo, chegar ao extremo de crer, como já ocorreu no passado, que o crédito cria capitais, pois sua função é de fomentar a criação de riquezas, injetando recursos antecipadamente nas atividades econômicas. O crédito, economicamente, consiste em trocar bens presentes por futuros, e obviamente não leva à criação de capitais.



(BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de Crédito*. 17ª Ed. São Paulo, Editora Atlas, 2001. 612p.)

Portanto, a função do crédito é de transferir, e não criar capitais, sendo ele um modo especial de produção. Se o crédito constituísse verdadeiramente uma riqueza, bastaria que cada um fizesse sua riqueza circular e assim em pouco tempo a fortuna do Brasil estaria elevada.

Não sendo o crédito um criador de riquezas, mas um fomentador das diversas atividades que dependem do crédito, Bulgarelli elenca os elementos básicos do crédito: a confiança, que é acreditar que o devedor irá pagar ou devolver o bem no prazo acertado. Atualmente, com a aplicação de crédito em massa, o credor tem ao seu lado diversas garantias, como aval, fiança, hipoteca e penhor, que de fato irão garantir a ele o pagamento daquilo que foi emprestado. O outro elemento é o tempo, pois a entrega do bem e sua devolução ou pagamento não acontecem no mesmo momento. Por isso, o crédito pressupõe prazo.

O Crédito Bancário é um direito que o Banco adquire, fazendo um repasse inicial em dinheiro (real ou potencial) a um cliente, de receber desse cliente, o valor em dívida, em datas futuras, uma ou várias prestações em dinheiro cujo valor total é igual ao da entrega inicial, acrescida do preço fixado para esse serviço.

Grande parte das atividades depende de crédito, pois ele possibilita a própria existência da indústria e do comércio. E quem media esse crédito são os bancos, de maneira que ao realizar uma operação ativa, eles se obrigam numa prestação que devem ofertar crédito ao cliente, ou, caso seja uma operação passiva o cliente é que dá o crédito.

Para Arnaldo Rizzardo,

O contrato bancário visa o crédito, que constitui o seu objeto e a razão de sua existência. Os bancos são os mediadores do crédito. A característica básica dos contratos de crédito é dar. O crédito é definido como



toda prestação monetária pela qual se realiza uma prestação presente contra a promessa de uma prestação futura. Marca o crédito, por conseguinte, a existência de um intervalo de tempo entre uma prestação e uma contraprestação correspondente. É indispensável a confiança de parte do que fornece o crédito na solvência do devedor. (RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 5ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000. 392p.)

O crédito como conteúdo típico dos contratos bancários pode se apresentar sob distintas modalidades, como na modalidade de empréstimo, de abertura de crédito, antecipação bancária e desconto bancário.

A Associação Portuguesa de Bancos explica que quando se fala em crédito bancário deve-se ter em conta os seguintes seis elementos: **finalidade**, que é aquilo que será comprado com o montante disponibilizado pelo banco e a sua respectiva utilização; **prazo**; que está relacionado com a vida útil do bem adquirido e com os fundos disponibilizados e que o prazo de pagamento de um crédito não deve ser superior ao tempo de vida útil do bem adquirido; **preço**, pois como qualquer atividade, também o crédito bancário tem como objetivo o lucro. O preço no Crédito assume o nome de juro e comissões; **montante**, que está diretamente ligado à finalidade do crédito e determina-se em função do valor do bem a adquirir e das necessidades do cliente; **riscos** que é o prejuízo potencial que decorre da operação de Crédito e as **garantias**, que estão relacionadas com a finalidade, o montante e o prazo e devem garantir a capacidade do cliente em cumprir as suas obrigações creditícias, ou seja, constituem uma via alternativa para ressarcir o credor (no caso, o Banco)

A concessão de crédito, então, envolve múltiplas formas, lembrando que as regras colocadas se aplicam a todos os tipos de concessão.



2.2 *Natureza jurídica*

O contrato de crédito bancário é um contrato de adesão, que segundo o artigo 54 da Lei n.º 8.078 “é aquele cujas cláusulas tenham sido aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor de produtos ou serviços, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente seu conteúdo”, isso porque como os bancos passaram a atender a uma grande sequência de operações, tornou-se inviável a elaboração de contratos individuais para cada relação contratual. Assim sendo, “os instrumentos são previamente impressos e uniformes para todos os clientes, deixando apenas alguns claros para preenchimento, destinados ao nome, à fixação do prazo, do valor mutuado, dos juros, das comissões e penalidades.”

O crédito bancário se tratando de um contrato de adesão cabe ao cliente aceitar ou não, não podendo esse questionar as cláusulas deste, sendo o cliente sempre o mais fraco desta relação. Sobre isso o professor Carlos Alberto da Mota Pinto fala,

O utente do serviço ou o consumidor do bem fornecido mediante o contrato de adesão encontra-se, ainda, por outra razão, na situação de parte mais fraca, relativamente ao seu contratante. É que, normalmente, não se apercebe das cláusulas que lhe são desfavoráveis, por estas estarem disseminadas no extenso e compacto contraído do contrato, por estarem impressas em caracteres minúsculos, por não ter tempo para ler, ou por confiar, pura e simplesmente, no conteúdo equitativo do texto escrito. A inferioridade do aderente resulta, ainda, igualmente da predeterminação das cláusulas pertencer à outra parte, o que lhe permite circunscrever os limites das suas vinculações e prever todas as eventualidades e vicissitudes na execução do contrato

Por todo exposto, fica claro como o cliente que



necessita contratar um serviço crédito é vulnerável e fica a mercê do contratado, precisando ser protegido pelo Código de Defesa do consumidor.

2.3 Aplicação do cdc às instituições financeiras

Para o bom entendimento de qual seja a relação entre o crédito bancário e o Código de Defesa do Consumidor (CDC), cabe conceituar alguns dispositivos, como fornecedor e serviço. De acordo com o art. 3º do CDC,

Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” (Lei nº 8.078/1990)

A partir da interpretação do dispositivo, pode-se afirmar que não se enquadram ao conceito de fornecedor aqueles que eventualmente praticam qualquer tipo de transação entre pessoas físicas particulares, pois não há a habitualidade que é um requisito para a relação entre consumidor e fornecedor, nem o intuito de obter lucro.

Serviço, por sua vez, encontra previsão no §2º do mesmo dispositivo e é conceituado como “(...) qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.” Assim, a prestação de um serviço é caracterizada como um trabalho contratado por um terceiro, que no caso é o consumidor, incluindo as assessorias, consultorias, bem como os serviços bancários.

O CDC, como visto, já caracteriza as instituições financeiras como fornecedores. Contudo, a discussão que afligia os estudiosos da área era como se dava a aplicação desses dispositivos nas relações



de crédito. As instituições bancárias, bem como a parcela da doutrina que defendia a não aplicação da CDC, afirmava que não havia qualquer relação de consumo nas operações de crédito entre o banco e o cliente, sendo ele pessoa física ou jurídica. Assim como defendia o Professor Arnoldo Wald, "sob o argumento que não é possível que o crédito seja usado por um destinatário final, já que, por sua própria natureza, destina-se à circulação como meio de pagamento. Por outro lado, seria aplicável o CDC aos serviços bancários, como, por exemplo, guarda de documentos e locação de cofres."

O argumento do professor, e de todos que defendiam esse entendimento, não prosperou e começou a cair com a análise de outros dispositivos legais, como a interpretação do artigo 86 do Código Civil, que trata sobre os bens consumíveis, sendo o dinheiro um bem consumível de direito, ou seja, que é destinado à alienação.

No entendimento do professor Nery Junior (1995), para que as operações de crédito se apliquem ao Código de Defesa do Consumidor (CDC), havendo a outorga de dinheiro ou do crédito para o devedor, necessário se faz que ele disponha deste produto como destinatário final. Assim, se o devedor repassar o crédito adquirido para um terceiro, não sendo o destinatário final, não há o que se falar em relação de consumo. No entanto, como é comum que a concessão de crédito pelo banco seja para a utilização da própria pessoa física que toma o crédito emprestado, é presumível que se trata de consumo. Afirmando o contrário e havendo quaisquer dúvidas sobre a finalidade da transação, cabe ao banco provar o fato, como uma das proteções do código ao consumidor, fazendo valer a inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII, CDC).

Com a intenção de cristalizar o entendimento que tanto tem sido debatido entre a doutrina e a jurisprudência, o STJ publicou no Diário da Justiça a Súmula 297. Sua ementa dispõe do seguinte tópico:

Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no artigo 3º, parágrafo segundo, estão submetidos às disposições do Código



de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco.

Nessa discussão sumular, a intenção toda é de sanar as dúvidas em relação à aplicabilidade das normas do CDC às instituições financeiras. Sanado este ponto, vem dúvidas como: O Código de Defesa do consumidor aplica-se a todas as operações de crédito? Uma análise leviana da Súmula 297 pode nos levar a um entendimento equivocado, aplicando as normas do CDC de forma genérica perante as operações bancárias. As operações aplicáveis, de acordo com a súmula, são: os contratos de caderneta, onde a pessoa, ou poupador, deixa à disposição da instituição bancária uma quantia em dinheiro para, no decorrer do tempo, obter lucros; os contratos de abertura de crédito, relação esta que o Banco empresta uma determinada quantia em dinheiro, por um tempo determinado, tendo, o tomador, o encargo de devolver o dinheiro acrescido de juros; e outras relações do mesmo gênero, onde fica clara a relação entre consumidor e fornecedor.

No entanto, faz-se necessário a análise de cada caso de forma individual, pois, a título de exemplo, a concessão de crédito por uma instituição financeira a uma indústria de roupas, com o objetivo de obter capital de giro, não o caracteriza como destinatário final, não sendo, portanto, consumidor. A relação entre as instituições financeiras e o CDC não pode ser algo genérico, pois nem todas as operações bancárias diz respeito à relação de consumo. Assim, vê-se que a Súmula 297 do STJ não põe fim a discussão em pauta, por variar de acordo com o caso concreto.

2.4 Contratos Bancários

Nas relações já caracterizadas como consumo, em que o objeto será a concessão de crédito, é direito do consumidor obter informações prévias essenciais como: o montante de juros de mora e



da taxa efetiva anual de juros; os acréscimos legalmente previstos; a soma a pagar com e sem financiamento, como disposto no art. 52, I a V, CDC. O objetivo deste dispositivo é justamente de deixar o consumidor ciente de todos os encargos que assumirá.

O inadimplemento dos contratos bancários, contudo, tem gerado vários problemas jurídicos entre bancos e consumidores. Assim, os tribunais superiores têm se manifestado e firmado seu posicionamento. Citarei, de forma breve, alguns desses entendimentos:

a- O STJ se manifestou no sentido de “ser lícita a cobrança de juros após o vencimento da dívida, devendo ser observada a taxa média dos juros de mercado, apurada pelo Banco Central do Brasil, não sendo admissível que seja cumulada com a correção monetária, com os juros remuneratórios, nem com multa ou juros moratórios.” SÚMULAS, 30, 294 e 296 STJ. A partir disso, conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), o teto para cobrança de juros é a taxa média divulgada pelo Banco Central à época da assinatura do contrato.

b- O pagamento indevido deve ser restituído, ou compensado. O artigo 42, parágrafo único, CDC, dispõe que “O consumidor cobrado em quantia indevida tem direito à repetição do indébito, por valor igual ao dobro do que pagou em excesso, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo hipótese de engano justificável.” A interpretação do Superior Tribunal de Justiça dada a esse dispositivo se deu no sentido de que somente em caso de má fé pela instituição financeira a restituição se dará em dobro. Caso contrário, a restituição será do fiel valor pago, obedecendo ao princípio que veda o enriquecimento ilícito.

c- Com escopo de lucros, a instituição bancária tem sido a atividade produtiva que mais tem lucrado. E analisando



a relação contratual, os contratos bancários podem ser equiparados ao contrato de adesão, pois suas cláusulas com padrões prévios não confere margem para convenção com o consumidor, e essas cláusulas, geralmente, são pouco compreensíveis.

Devido a grande manifestação no judiciário com a mesma demanda, o STJ manifestou sobre o 'reconhecimento de ofício da abusividade de cláusulas'. Firmado o entendimento de que, nas ações que envolvem contratos bancários, não poderá os juízes e tribunais conhecer a abusividade das cláusulas de ofício. Trata da súmula 381 do STJ. A partir dessa Súmula, pode-se extrair que os bancos podem inserir cláusulas abusivas nos contratos, mas o Juiz em hipótese alguma poderá conhecê-las de ofício. É uma Súmula muito crítica por juristas e não juristas, principalmente pelo fato do CDC trazer expresso em seu artigo 1º que o CDC é de natureza de "ordem pública", onde o artigo 51, VI, anula as obrigações consideradas abusivas, colocando o consumidor em desvantagem. Por se tratar de um dispositivo relativamente velho, o mesmo tribunal vem aplicando através de sua própria jurisprudência justamente o contrário.

Conclusão

Por diversas medidas a Associação dos Bancos lutaram pela não subordinação a esse código que versa sobre o consumo, requerendo a inconstitucionalidade do mesmo, alegando que o CDC não teria competência para versar sobre normas bancárias, em face do artigo 192 que designa a regulamentação dessas normas à lei complementar. Contudo, o resultado dessa ADIn foi de que o CDC não viola o dispositivo constitucional.

Nesse íterim, os Tribunais Superiores vem se adequando para a melhor aplicação desses direitos, pois com escopo de lucros, a instituição bancária tem sido a atividade produtiva que mais tem lucrado. E sim! O Código de Defesa do Consumidor se aplica a essas



relações, mas vale lembrar da necessidade de analisar o caso concreto e a finalidade do crédito obtido.

Por todo exposto, nota-se a vulnerabilidade do consumidor perante essas instituições e a necessidade de aplicação de normas que regulem e deem proteção a essas pessoas. O Código de Defesa do Consumidor, portanto, assume o papel de guardião e protetor dos direitos dos consumidores para que assim não seja tão discrepante a posição de consumidor perante o fornecedor.

Referências Bibliográficas

BULGARELLI, Waldirio. *Títulos de Crédito*. 17ª Ed. São Paulo, Editora Atlas, 2001. 612p.

Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm.

Consolidado o entendimento de que o Consumidor só tem direito à devolução em dobro do valor cobrado indevidamente se comprovada má-fé do Credor. Disponível em: <https://grazieleferraz.jusbrasil.com.br/noticias/308606157/consolidado-o-entendimento-de-que-o-consumidor-so-tem-direito-a-devolucao-em-dobro-do-valor-cobrado-indevidamente-se-comprovada-ma-fe-do-credor>. Acesso em: 30 out. 2017

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2011_23_capSumula297.pdf. Acesso em: 03 nov. 2017.

NEIVA, Gerivaldo Alves. A súmula 381 do STJ: um ato falho? Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI84230,61044-A+sumula+381+do+STJ+um+ato+falho>. Acesso em 03 nov. 2017.

GAGGIOLI, Sthefane Moraes. *O Contrato de Adesão*. Disponível em: <https://sthegaggi.jusbrasil.com.br/artigos/147672070/o-contrato-de-adesao>. Acesso em: 30 out. 2017



GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin . O Código de Defesa do Consumidor e os contratos bancários. Jus Navegandi, Teresina, 01 nov. 2000

REsp 1388972. Disponível em: http://www.stj.jus.br/sites/STJ/default/pt_BR/Comunica%C3%A7%C3%A3o/noticias/Not%C3%ADcias/Previs%C3%A3o-contratual-%C3%A9-exigida-para-capitaliza%C3%A7%C3%A3o-de-juros-em-qualquer-periodicidade. Acesso em: 28 out. 2017

RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 5ed revista, atualizada e ampliada. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2000. 392p.

STJ vai definir se juiz ou tribunal pode reconhecer cláusula abusiva de ofício. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-set-23/stj-julgar-reconhecimento-clausula-abusiva-oficio>. Acesso em: 29 out. 2017

STF – Contratos Bancários: Aplica-se o Código de Defesa do Consumidor? Disponível em: <http://gilbertomelo.com.br/stf-contratos-bancarios-aplica-se-o-codigo-de-defesa-do-consumidor/>. Acesso em: 30 out. 2017



A RELAÇÃO ENTRE O PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO E A REPRESENTATIVIDADE NO BRASIL

Nathalia Veloso Braga⁵⁰

Resumo:

Este artigo tem por objetivo discorrer acerca da relação entre o Princípio da supremacia do interesse público e a representatividade no Brasil. De forma a verificar se há uma crise tanto da representatividade quanto do princípio da supremacia do interesse público. Para isso, analisaremos através de uma pesquisa bibliográfica, o princípio em si e a representatividade dos políticos brasileiros.

Palavras-chave: *Princípio, Interesse Público, Representatividade, Crise.*

Abstract:

This article aims to discuss the relationship between the Principle of the Supremacy of the Public Interest and the Representativeness in Brazil. In order to check if there is a crisis of both the representativeness and the Principle of the Supremacy of the Public Interest. For this, we will analyze through a bibliographical research, the Principle in itself and the representativeness of the Brazilian politicians.

Keywords: *Principle, Public Interest, Representativeness, Crisis.*

⁵⁰ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, Unidade de Diamantina.



Introdução

Antigamente, quando ainda não se havia decretado o Estado de Direito, os atos praticados pelo governante, geralmente um monarca, não eram passíveis de qualquer espécie de controle externo, nem mesmo pelo Poder Judiciário, visto que não existia a divisão entre os três poderes. O próprio governante era quem julgava a legalidade dos seus atos de acordo com as suas convicções pessoais.

Hoje a realidade é diferente, há a divisão entre os três poderes: o Poder Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Dessa forma, todos os atos praticados pelos governantes, ou pelos administradores em geral, estão sujeitos à algum tipo de controle, tanto pela própria Administração Pública quanto pelo Poder Judiciário. A Constituição Federal de 1988 estabelece vários instrumentos para a realização desse controle e também para a limitação dos atos administrativos, de forma a garantir a efetividade do Estado Democrático de Direito.

Um dos mais significativos limites da atuação administrativa é o estabelecimento da obrigação de respeitar os princípios jurídicos fundamentais norteadores do Direito Administrativo. Um deles é o princípio da supremacia do interesse público que determina que todos os atos administrativos devem perseguir uma finalidade única, qual seja, o interesse público. Portanto, os governantes e administradores devem atender ao interesse do povo, visto que eles foram eleitos pelo povo. Eles são seus representantes e nessa qualidade devem exprimir o interesse destes que falam em seu nome.

À vista disso, se torna preciso um maior detalhamento do princípio da supremacia do interesse público e da representatividade que serão abordados nos tópicos seguintes.

1. O Princípio da Supremacia do Interesse Público.

O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado, trata de um princípio constitucional implícito. Ele elenca que o Estado deve desenvolver suas atividades administrativas em benefício da coletividade. O fim último da



atuação estatal deve ser voltado para o interesse público, mesmo quando buscar um interesse estatal imediato.

Se a finalidade pública não estiver presente, a atuação estatal estará contaminada pelo desvio de finalidade.⁵¹ Pois a existência do Estado justifica-se pela busca do interesse geral. Por isso, o princípio da supremacia do interesse público deve ser observado sempre, até mesmo quando as atividades ou serviços públicos forem delegados aos particulares.⁵² Outro ponto importante é que não é o indivíduo em si o destinatário final da atividade administrativa, mas sim a coletividade como um todo.

Dessa forma, as relações do estado são exorbitantes do direito comum, pois visam ao interesse geral. E pelo Princípio da Supremacia do Interesse Público são permitidos sacrifícios e restrições a interesses particulares.

Todavia segundo Marçal Justen Filho, deve-se tomar cuidado para que o administrador do poder político não se refugie no princípio da supremacia do interesse público com o escopo de evitar o controle de atos que violem garantias constitucionais dos cidadãos.⁵³

O próprio Direito Administrativo se desenvolveu para equilibrar as prerrogativas de interesse geral e as garantias dos administrados. Visto que o regime jurídico administrativo se caracteriza por objetivar o equilíbrio entre a satisfação dos interesses coletivos e a proteção das liberdades individuais.

O Estado está legitimado a ser sujeito de interesse público, caso contrário ele, Estado, defendesse o interesse privado infringiria

⁵¹ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de Direito Administrativo. 14.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005, p. 23.

⁵² Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 26.ed. São Paulo:

Malheiros, 2001, p. 95.

⁵³ Cf. JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 36.



o princípio da República, assim, só é Estado Democrático de Direito se obedece a essa regra.⁵⁴

Do Princípio da Supremacia do Interesse Público decorre o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público, segundo o qual a Administração Pública não pode dispor do interesse geral nem renunciar a poderes que a lei lhe conferiu para tal tutela. Isso se justifica pelo fato da Administração Pública não ser titular do interesse público, pois seu titular é o Estado. O que significa que somente ele poderá autorizar a disponibilidade ou a renúncia do interesse público, sempre mediante lei.⁵⁵

Cabe aos administradores e agentes públicos, apenas gerir os bens públicos, conservá-los, e por eles velar em prol da coletividade.

Esse princípio surge da necessidade de que não haja confusão patrimonial dentro da Administração Pública, nem que agentes públicos pratiquem atos ímprobos por ação ou omissão. Sendo assim, nenhum agente público ou político tem a propriedade do bem público e não pode dispor sobre ele.

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello,

"a Administração não titulariza interesses públicos. O titular deles é o Estado, que, em certa esfera, os protege e exercita através da função administrativa. (...) Os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos".⁵⁶

⁵⁴ Cf. BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 58.

⁵⁵ Cf. MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

⁵⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 85.



Um dos exemplos mais claros da aplicação do princípio da supremacia do interesse público é no instituto da desapropriação, em que o interesse público supera o interesse privado do proprietário. O poder de polícia do Estado, ao estabelecer restrições às atividades individuais dos particulares, também está se embasando no princípio da supremacia do interesse público.⁵⁷

Assim, ante a prática de ilícito administrativo, a Administração não pode deixar de penalizar o ato, e tem a obrigação de exercer o seu poder de polícia, impedindo o exercício dos direitos individuais conflitantes com o bem-estar da coletividade. Cada omissão que a Administração Pública faz no exercício de seus poderes prejudica o interesse público. Em síntese, o poder administrativo é delegado ao agente para excluir os interesses particulares que são antagônicos ao interesse público.

Dessa forma, tendo como ideia central de que todo o poder emana do povo, os cidadãos são detentores do poder, e alguns deles são escolhidos pelo povo para serem seus governantes, ou seja, seus representantes. Esses representantes devem agir sempre em favor do interesse dos seus representados, pois além do Princípio da Supremacia do Interesse Público há também o Princípio da Legalidade que reforça esse dever. Pois, este princípio elenca que a Administração só pode fazer aquilo que a lei determina, e a lei determina que os administradores devem seguir o Princípio da Supremacia do Interesse Público.

Todavia, no dia-a-dia surgem algumas dificuldades, como por exemplo, diversos interesses públicos entram em conflito entre si. Nestes casos, a decisão não pode ser fundada no simples interesse público, pois os interesses públicos, são todos supremos e indisponíveis.⁵⁸

⁵⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 65.

⁵⁸ . JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 42.



Quando ocorre esse tipo de conflito, o critério da supremacia do interesse público demonstra pouca utilidade, pois não há como resolver de modo satisfatório os conflitos somente com base nesse critério.⁵⁹

Em decorrência da insuficiência do critério em questão, a prática tem demonstrado que o governante acaba escolhendo a decisão que melhor lhe convém e justificando-a por meio da expressão "supremacia do interesse público", desrespeitando a função do Direito Administrativo.⁶⁰

Pode se perceber que é isto que está ocorrendo no cenário brasileiro. Os representantes brasileiros não estão seguindo o interesse público, pelo contrário, estão aproveitando dos seus poderes para atingir interesses pessoais e partidários. A cada nova fase da operação Lava Jato, por exemplo, mais se fica visível a corrupção e a supremacia dos interesses partidários. O pior é que os exemplos não param na Lava Jato, ainda há o caso do Mensalão, da SUDAM e vários outros.

Por esses e outros fatores que podemos concluir que o princípio da supremacia do interesse público está em crise. Parece que a finalidade do Estado não está sendo mais cumprida.

2. A Representatividade

Como já dito, a representatividade é a qualidade reconhecida a um homem, a um organismo, mandatado oficialmente por um grupo de pessoas para defender os seus interesses. Assim sendo, liga-se à ideia daquele que representa politicamente os interesses de um grupo, de uma classe ou de uma nação. Ela se concretiza através da participação dos representados.

Todavia, no tópico anterior concluímos que os políticos não perseguem mais os interesses dos seus eleitores, logo, não estão os

⁵⁹ Ibid. p. 44.

⁶⁰ Ibid.



representando verdadeiramente, o que gera a chamada crise da representatividade.

Inicialmente, podemos analisar o cenário das últimas eleições presidenciais do Brasil. O elevado número de votos brancos, nulos e de abstenções torna evidente a falta de identificação entre o povo e seus possíveis representantes. É importante, também, ressaltar as manifestações populares ocorridas tanto nas ruas, quanto na internet, em que o povo revelou um evidente descontentamento com a situação em que se encontra o cenário político brasileiro.

Há, também, o grupo de pessoas alienadas politicamente. Essas pessoas não demonstram interesse em participar da vida pública, alegando não acreditar em mudanças e, principalmente, alegam a sensação de não se sentirem representadas por nenhum partido.

Aqui está o grande perigo da “liberdade dos modernos” preconizada por Benjamin Constant: a falta de interesse em participar da vida pública, sem a vigilância necessária, ativa e constante para evitar abusos e desvios.⁶¹

Podemos atribuir como uma das causas desse contexto de insatisfação o comportamento dos nossos representantes e, principalmente, o sistema de corrupção que assola o país. Sendo assim, o cidadão eleitor não consegue enxergar nas ações de seu representante, o reflexo da sua vontade, enquanto parte de uma coletividade.

As escolhas dos políticos, a maioria das vezes, não são em benefício da sociedade como um todo, mas sim daquilo que será benéfico para um ou outro partido, ou para um ou outro político. Eles se mantêm no poder por meio da “compra de votos”, o que faz com que a sociedade descredite ainda mais em seus representantes políticos de uma forma geral. Realmente, não se constata mais uma representação.

A representação se torna um problema de origem:

⁶¹ CONSTANT, Benjamin. Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos. (1819). Revista Filosofia Política nº 2, 1985.



“Os partidos foram criados como instrumentos de obtenção de poder. No Brasil, com uma ou duas exceções, não há uma ideologia clara para os partidos. A frase de Jânio Quadros, de que os partidos políticos são como garrafas vazias, cada qual com seu rótulo, estava certa na década de 60 e continua correta 50 anos depois”.⁶²

Desde 1994, as eleições presidenciais se concentram em dois grupos ideológicos, um de centro-esquerda, outro de centro-direita, liderados por PT e PSDB.

Pesquisas recentes do Datafolha apontam para um declínio significativo da identificação partidária, mostram os partidos políticos como as organizações menos confiáveis na opinião dos brasileiros, além da queda drástica do número de jovens filiados. No que se refere à preferência partidária, em fevereiro deste ano, 71% dos brasileiros disseram não ter simpatia por partido algum. Na sondagem do mês de maio, o número de simpatizantes do PT, ainda o maior partido na preferência do eleitorado, caiu para 11%.⁶³

Em seus estudos, Jairo Nicolau, cientista político da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), atribui a crise da representatividade a dois fatores: os descaminhos do voto – situações nas quais “a intenção original do eleitor, diante da urna, nada tem a ver com o resultado concreto de sua escolha” – e a pouca ou

⁶² GAZETA DO POVO. Crise de representação partidária é um problema histórico. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/crise-de-representacao-partidaria-e-um-problema-historico-c52qr5g4p5pif3xc63jksanv2>>. Acesso em: 20 out. 2017.

⁶³ ESTADÃO. Sobre a crise da representação política. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/legis-ativo/sobre-a-crise-da-representacao-politica/>>. Acesso em: 21 out. 2017.



nenhuma atração que a política exerce hoje sobre as elites, desestimuladas pela sucessão de escândalos envolvendo políticos.⁶⁴

Como mostra José Álvaro Moisés a democracia no Brasil enfrenta um paradoxo: as instituições democráticas são objeto de ampla e continuada desconfiança dos cidadãos brasileiros. E ainda diz que algumas pesquisas de opinião mostram que, apesar de se ter um enorme apoio ao regime democrático, cerca de 2/3 dos brasileiros não confiam nos políticos, no parlamentos, nos partidos, nos executivos e em serviços de saúde, educação, segurança e justiça.⁶⁵

O cidadão comum é protagonista de todo o processo político, uma vez que é o responsável pela escolha dos gestores públicos que, dentro de suas competências, quando eleitos, firmam o pacto de defesa dos interesses da coletividade.

De acordo, por exemplo, com o Princípio da Finalidade, o agente público, ao manejar competências postas a seu encargo, deve atuar com rigorosa obediência à finalidade do Estado, que é o interesse público. Dessa maneira, a supremacia do interesse público deveria ser assegurada em cada política implementada pelo Estado.

Ocorre que, no Brasil, há um completo desvio dessa lógica, o que consequentemente leva a crise da representatividade já que os interesses dos representados não são levados em consideração.

Conclusão

Portanto, podemos concluir que o interesse público não é aquele da Administração Pública ou do agente público, mas sim o interesse do povo, da sociedade. Na verdade, ele serve também como forma de evitar abusos por parte da própria Administração Pública, pois este princípio não aceita que os administradores ajam visando seus interesses pessoais.

⁶⁴ Ibid.

⁶⁵ Cf. Moisés, José Álvaro. Os Brasileiros e a democracia. São Paulo, Ática, 1995.



Infelizmente, a existência desse princípio é insuficiente para que não haja abusos e corrupção por parte dos administradores. Pois, a onda de corrupção que assola o Brasil demonstra exatamente que os políticos brasileiros estão cada vez mais agindo em busca de seus interesses pessoais e partidários, deixando os cidadãos desapontados.

Quem exerce a representação deveria estar sempre a serviço da coletividade. No entanto, o desejo de ocupar cargos para apenas se apropriar do poder e também do dinheiro fala mais alto do que o objetivo para o qual foram eleitos.

À vista disso, progressivamente a crise da representatividade cresce no Brasil. A expressão “eles não me representam”, referindo-se aos políticos, vem sendo constantemente utilizada nos protestos populares.

Assim sendo, é preciso que haja uma retomada do Princípio da Supremacia do Interesse Público para que os eleitores voltem a se sentir representados pelos seus governantes. Pois é a serviço deste que o Estado existe e não ao contrário.

Referências Bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 18.ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

BEZERRA FILHO, Aluizio. **Lei de Improbidade Administrativa Aplicada e Comentada**. Curitiba: Juruá, 2011.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 14.ed. Lumen Juris: Rio de Janeiro, 2005.

CONSTANT, Benjamin. **Da liberdade dos antigos comparada à dos modernos**. (1819). Revista Filosofia Política nº 2, 1985.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 24. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 65.

DIREITO NA REDE. **Supremacia do interesse público e a crise da representatividade**. Disponível em:



<<http://direitonarede.com/supremacia-do-interesse-publico-e-crise-de-representatividade/>>. Acesso em: 20 out. 2017.

ESTADÃO. **Sobre a crise da representação política.** Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/legis-ativo/sobre-a-crise-da-representacao-politica/>>. Acesso em: 21 out. 2017.

GAZETA DO POVO. **Crise de representação partidária é um problema histórico.** Disponível em:

<<http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/crise-de-representacao-partidaria-e-um-problema-historico-c52qr5g4p5pif3xc63jksanv2>>. Acesso em: 20 out. 2017.

HOFFMANN, Diovana. **Servidores públicos: o uso da esfera pública em benefício próprio.** Revista Páginas de Direito, Porto Alegre, ano 14, nº 1142, 05 de junho de 2014. Disponível em: <<http://www.tex.pro.br/home/artigos/264-artigos-jun-2014/6583-servidores-publicos-o-uso-da-esfera-publica-em-beneficio-proprio>>. Acesso em: 20 out. 2017.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo.** São Paulo: Saraiva, 2005.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 26.ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo.** 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 85.

MOISÉS, José Álvaro. **Os Brasileiros e a democracia.** São Paulo, Ática, 1995.



ÉTICA E CORRUPÇÃO NA POLÍTICA BRASILEIRA: BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DO CENÁRIO ATUAL

Autor: Cássio Malta Scuccato (UEMG)

Autor: Paulo Roberto Oliveira (UEMG)

Co-Autor: Gabriel de Castro Corrêa (UEMG)

Co-Autor: Flávio Venício da Costa

Resumo:

No decorrer dos últimos meses, a população brasileira tem tomado conhecimento de uma série de atos de corrupção na esfera pública, atos estes cometidos por praticamente toda a classe de políticos. A sociedade se vê diante do angustiante desafio da depuração, no âmbito das instituições governamentais, de políticos incapazes de honrar o mandato popular. Neste sentido, este artigo trata sobre a relação entre a ética e a corrupção, analisando o cenário atual da política brasileira.

Palavras-chave: *Corrupção, Ética, Política, Moralidade.*

1. Introdução

O poeta e político Dante definiu a corrupção, de modo simples e eficaz, como a “situação em que o não se torna sim por dinheiro”. Ou seja, é por dinheiro que se ultrapassa os limites éticos e morais de uma sociedade. Crê-se que tal prática acontece por meio de duas ações principais: a falta de ética e o suborno. Stukart (2003) faz menção a um economista inglês chamado Peter Bauer e cita uma de suas falas com a ideia de que os países subdesenvolvidos são regidos



pela “cleptocracia”, traduzindo, o ato de governar através do roubo efetuado pela classe política do que é do povo, do que é público.

É praticamente impossível determinar quando a corrupção se originou, mas talvez o caso de corrupção mais famoso da história se encontra na religião. Já diz a Bíblia Sagrada que Judas Iscariotes recebeu trinta moedas de prata para entregar Jesus. Na linguagem jurídica contemporânea, Judas Iscariotes teria cometido o crime de corrupção passiva, uma vez que usou do conhecimento que detinha sobre o local onde Jesus se encontrava, e sua condição de apóstolo era garantia de que podia se aproximar de Jesus sem levantar suspeita, recebendo então uma quantia previamente combinada, para entregá-lo aos soldados.

Rita BIASON (2013) relata que os primeiros traços das atividades de corrupção no Brasil aconteceram no século XVI, durante a colonização portuguesa. Foram casos dentro do funcionalismo público. Isto porque

Portugal por sua vez se furtava em resolver os assuntos ligados ao contrabando e a propina, pois estava mais interessado em manter os rendimentos significativos da camada aristocrática do que alimentar um sistema de empreendimentos produtivos através do controle dessas práticas. (BIASON, 2013)

Atualmente, são praticamente que diárias as revelações de escândalos de corrupção no cenário político brasileiro, situações essas que fazem com que a população fique cada dia mais descrente com a classe política.

Paralelamente a este cenário, a falta de credibilidade da população atinge também o Poder Judiciário, uma vez que a impunidade para aqueles que cometem crimes de corrupção é latente.

Neste sentido, busca-se com o presente artigo entender a atual crise política brasileira, discutindo os conceitos de ética e corrupção.



2. Ética e Moral na Política

Na atualidade muito se fala em ética na política. Ou melhor, em falta dela. Impossível se falar de ética, sem tecer comentários acerca da moral. Do ponto de vista etimológico não há distinção de sentido entre estes dois conceitos: ética vem da palavra grega *ethos* e moral vem do latim *mors*, sendo esta a tradução latina do *ethos* grego. Esses conceitos, geralmente, andam atrelados um ao outro. Vásquez (1995) faz referência a questionamentos do cotidiano, tais como: dizer sempre a verdade é o melhor? O que, realmente, é o certo e o errado? Mentir a um amigo para o seu próprio bem é o correto? Diz ainda, que

[...] os indivíduos se defrontam com a necessidade de pautar o seu comportamento por normas que se julgam mais apropriadas ou mais dignas de ser cumpridas. Estas normas são aceitas intimamente e reconhecidas como obrigatórias: de acordo com elas, os indivíduos compreendem que têm o dever de agir desta ou daquela maneira. Nestes casos, dizemos que o homem age moralmente e que neste seu comportamento se evidenciam vários traços característicos que o diferenciam de outras formas de conduta humana. (VÁSQUEZ, 1995)

Partindo de tal pressuposto, pode-se entender que existem linhas que dirigem a vida humana. Há sempre uma linha tênue entre o certo e o errado, entre o bem e o mal, entre a verdade e a mentira. A ética e a moral permeiam nesses pontos de modo profundo, pois é a elas que recorre quando se têm questões que se mostram conflituosas quanto a sua conduta, sem se olvidar do livre arbítrio do ser humano, de escolher suas ações.

Stukart (2003) afirma que a ética é a ciência da moral. Para ele, “a moral é um conjunto de costumes, normas e regras de uma



sociedade.” (STUKART, 2003). Diz ainda que

A moral, então, é a regra para um comportamento adequado, conforme os costumes que a ética deve definir em relação ao que é bom. A distinção entre o bem o mal é uma das características definidoras da humanidade, que nos separa dos outros seres vivos. (STUKART, 2003)

Gomes (2002) afirma que a ética é a “ciência” que tem a moral como objeto de conhecimento: a ética discute os problemas suscitados pela moral, ao passo que esta se ocupa da ação em si mesma, com a concretização das normas existentes em cada sociedade.

A moral deve então regulamentar as relações entre os indivíduos, e entre estes e a sociedade, contribuindo para a estabilidade da ordem social. Nalini (2004) afirma que “o objeto da ética é a moral. A moral é um dos aspectos do comportamento humano. A expressão “moral” deriva da palavra romana *mores*, com o sentido de costumes, conjunto de normas adquiridas pelo hábito reiterado de sua prática”.

Partindo da premissa que o Estado deve servir ao bem comum e não a fins privados, exatamente como preceituado no art. 3º da Constituição Federal (BRASIL, 2001), e que a administração pública se dá no interesse público e não particular, então deve-se exigir a moralização da coisa pública, pois a política deve existir para servir ao bem comum (SUNG; SILVA, 2003). Entretanto, sabemos que este bem comum sempre se deu muito mais no nível teórico do que no nível prático.

Tanto a moralidade quanto a legalidade, regulam as ações dos agentes públicos no trato com a coisa pública, impondo normas e regras de comportamento social, tornando obrigatória a atuação dos agentes públicos em conformidade com o princípio da legalidade e da moralidade. A violação de tais princípios implica na violação do



próprio ordenamento jurídico constitucional. O agente público ao atuar deve decidir entre o legal e ilegal, o justo e o injusto, o honesto e o desonesto, o bem e o mal, a probidade e a improbidade, e sempre em vista do interesse maior: o bem comum. Por fim, toda conduta que leve em consideração os deveres da boa-fé, do interesse público e da probidade administrativa deve ser marcada pela integridade moral de seus agentes para com a sociedade.

3. Corrupção na Política

É sabido que a corrupção sempre esteve presente nas mais diferentes sociedades, embora um estudo mais sistemático sobre o tema seja recente e remonta a segunda metade do século XX (FILGUEIRAS, 2009). O filósofo do renascimento italiano, Nicolau Maquiavel (2004), já atentava para o fato de como o poder corrompe o ser humano.

Filgueiras (2009) afirma que a má utilização de recursos públicos, o uso indevido da máquina administrativa, redes de clientelas e tantas outras mazelas configuram uma sensação de mal-estar coletivo, em que sempre olhamos de modo muito cético os rumos que a política brasileira tem tomado. Criam-se, dessa forma, um clamor moral e um clima de caça às bruxas que geram instabilidade e um muro de lamentações e barreiras a projetos de políticas públicas. Contudo, apesar dessa sucessão de escândalos no Brasil, existe uma sensação de impotência por parte da sociedade; a corrupção é tolerada e os cidadãos ficam apenas aguardando qual será o próximo escândalo que circulará nos jornais.

Filgueiras (2009) diz ainda que

Essa sensação de mal-estar coletivo com a corrupção cria concepções de senso comum acerca de uma natural desonestidade do brasileiro. Um dos traços característicos do senso comum no Brasil é que o brasileiro típico tem um caráter duvidoso e que, a princípio, não se nega a levar algum tipo de vantagem no âmbito das relações sociais ordinárias. Por isso,



vários indicadores de confiança apontam o Brasil como um país onde a desconfiança impera. Para além do senso comum, esse tipo de leitura da realidade social brasileira converge para termos centrais das interpretações do país e a produção de conceitos no mundo acadêmico também incorpora esse tipo de visão, sendo o brasileiro típico um cidadão voltado para seus desejos agonísticos, que se expressam em formas sociais tais como o jeitinho e a malandragem. (FILGUEIRAS, 2009)

A corrupção no Brasil, como já dito, possui um marco histórico que monta o seu descobrimento e à sua colonização pelos portugueses. Culpa-se, sobremaneira, essa herança histórica deixada pelo mundo ibérico, que teria feito com que o Brasil não conhecesse o processo de racionalização típico do Ocidente e incorporasse, os valores e princípios do mundo protestante, ascético e voltado para uma ética dos deveres e do trabalho. O projeto de interpretação do Brasil fornecido pela vertente do patrimonialismo tende a tomar esse pressuposto como característica antropológica, alicerçado em uma visão muitas vezes derivada de outras experiências sociais. Afinal, a herança do patrimonialismo ibérico deixou algumas mazelas na constituição da sociedade brasileira, o que acarretaria, sempre, projetos de ruptura com o passado (FILGUEIRAS, 2009).

Mas os escândalos no setor político revelados na atualidade demonstram uma triste e nefasta realidade. A deflagração do chamado Mensalão⁶⁶, pode ser considerada como um emaranhado de escândalos, de casos paralelos que se coligam uma hora ou outra. Com o início, em agosto de 2007, do julgamento dos envolvidos no referido esquema pelo Supremo Tribunal Federal (STF), a

⁶⁶ O Supremo Tribunal Federal concluiu que o mensalão foi um esquema ilegal de financiamento político organizado pelo Partido dos Trabalhadores – PT, para corromper parlamentares e garantir apoio ao governo do então Presidente Luis Inácio Lula da Silva no Congresso, nos anos de 2003 e 2004, logo após a chegada do partido ao poder.



credibilidade no conjunto político ficou estremecida, uma vez que o anseio da população era a condenação imediata de todos os envolvidos, e mais, o início do cumprimento da pena. Como sabemos, existe no ordenamento jurídico brasileiro uma série de recursos que, aliados à morosidade da justiça, passam um cenário de impunidade.

Com o passar dos anos, novos casos foram sendo revelados. O cenário atual, de uma forte crise financeira, pode ser ligada diretamente a novos escândalos, que desencadearam a “Operação Lava Jato”.

A Folha de São Paulo define que

A Operação Lava Jato é a maior investigação sobre corrupção conduzida até hoje no Brasil. Ela teve início no Paraná, em 17 de março de 2014, unificando quatro ações que apuravam redes operadas por doleiros que praticavam crimes financeiros com recursos públicos. O nome Lava Jato era uma dessas frentes iniciais e fazia referência a uma rede de postos de combustíveis e lava a jato de veículos, em Brasília, usada para movimentação de dinheiro ilícito de uma das organizações investigadas inicialmente. Desde então, a operação descobriu a existência de um vasto esquema de corrupção na Petrobras, envolvendo políticos de vários partidos e algumas das maiores empresas públicas e privadas do país, principalmente empreiteiras.⁶⁷

Com o desenrolar das investigações, o número de políticos envolvidos no esquema só aumenta. O montante que foi desviado dos cofres públicos possui valores altíssimos, sem contar os inúmeros políticos brasileiros envolvidos na operação.

O fenômeno da corrupção está diretamente ligado ao poder

⁶⁷ FOLHA DE SÃO PAULO. Operação Lava-jato. In: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>



econômico. Michels (1972) afirma que um partido que não tem influência econômica no cenário político, em outras palavras, um bom fundo partidário, provavelmente será excluído do jogo democrático e, por isso, a busca incessante por um “bom caixa” se torna um fato imperioso no cenário político, fazendo com que todos, ou quase todos os partidos, recorram a práticas de corrupção e desvio de verba pública.

Para Moser (2013), essa corrupção é apenas “um rosto horrível que se apresenta no momento, mas não o único. Ela se esconde em inúmeras situações nas quais a palavra “ética” ou se tornou vazia ou mudou de sentido, consagrando-se uma inversão de valores.

Muito se diz acerca do cenário atual, que seria o momento oportuno para a reforma política brasileira. Moser (2013) afirma que

as esperanças de uma “virada histórica” apontam tanto para a punição dos que se autodefendem nos cargos que ocupam, em compadrio incestuoso, quanto na mudança urgente do sistema eleitoral. Tal mudança pressupõe, antes de mais nada, tomada de consciência do Art. I, par. 1 da Constituição Federal: “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de ‘representantes eleitos ou diretamente’, nos termos desta Constituição”. Concretamente isto significa a necessidade urgente de que o povo retome a consciência de que ele mesmo é o detentor do poder e que apenas o delega provisoriamente enquanto isto for para o bem de todos. O recobrar desta consciência, certamente facilitada pelo voto distrital e uma vigilância constante sobre a maneira de proceder dos simples delegados, haveria tanto de exterminar dinastias quanto conhecidos “fixas sujas”. (MOSER, 2013)

Há ainda quem afirme, de modo contundente, que é necessário uma reforma geral, iniciando na base educativa brasileira, a fim de desenvolver nos jovens uma preocupação com o bem público e a



sociedade.

Apenas a reforma política não seria suficiente para extinção de atos de corrupção. É necessário que se aflore na mentalidade dos eleitores a responsabilidade do voto, e a necessidade da constante vigilância nos atos dos políticos.

Filgueiras (2009) afirma que

no que diz respeito à corrupção, constata-se que não basta uma mudança do aparato formal ou da máquina administrativa do Estado propriamente dita, mas reforçar os elementos de uma cultura política democrática que tenha no cidadão comum, feito de interesses, sentimentos e razão, o centro de especulação teórica e prática para uma democratização informal da democracia brasileira. (FILGUEIRAS, 2009)

Torna-se imprescindível uma discussão abrangente do ponto de vista da ética e da moralidade sobre a corrupção. Tanto quanto interesses mercantis e privados, em detrimento do interesse público, há um desvirtuamento da moralidade pública quando se fala em corrupção e por isso a discussão em torno da corrupção perpassa elementos valorativos e axiológicos e, neste caso, a corrupção deve ser compreendida a partir de uma crítica moral da política e suas instituições (FILGUEIRAS, 2008).

Não se tem a pretensão neste artigo de englobar todos os aspectos que possam estar envolvidos no fenômeno da corrupção, nem tampouco de identificar todos os fatores que levam um agente público a se corromper, mas sim, a partir de um recorte epistemológico, visar a percepção da política como prática do bem comum ou do interesse público do ponto de vista da moralidade enquanto princípio constitucional e fundamento filosófico e de como a corrupção é um desvirtuamento desta prática, obviamente, sem olvidar que é “fundamental pensar a corrupção em uma dimensão sistêmica que alie a moralidade política - pressuposta e que



estabelece os significados da corrupção - com a prática social propriamente dita, na dimensão do cotidiano” (FILGUEIRAS, 2009).

Não se pretende também, com o estudo feito, extirpar a corrupção do mundo político, uma vez que tal intento, a curto prazo, parece impossível e improvável.

Para Filgueiras (2009) a corrupção pode e deve ser entendida levando-se em consideração aspectos morais e normativos que são oriundos da prática social ordinária, além de que a construção do significado da corrupção enquanto fenômeno social depende dos valores que são provenientes da sociedade. A legitimidade de uma ação política, nesse sentido, é determinada com base nesses valores que terminam por determinar o que é e o que não é corrupção.

Neste sentido, a educação e conscientização da sociedade é de suma importância, uma vez que, diante de um cenário político tão enlameado, não é raro os cidadãos admitirem “pequenos” desvios de conduta dos políticos, obtendo o perdão da opinião pública, quando seu ato de corrupção é considerado insignificante perante outros atos de corrupção de outros políticos.

Conclusão

Após o estudo feito, e sobretudo diante do cenário político atual, conclui-se que o caminho para se atingir a moralidade na política brasileira é longo. O fortalecimento dos valores éticos, embora não seja o único fator, é uma ferramenta fundamental para combater a corrupção. Uma moral social ou uma ética pública que pensem no coletivo, cujas escolhas ou efeitos atinjam a sociedade como um todo, e que inclua todos os valores e princípios basilares da administração pública.

Como já estudado, a corrupção tem um duplo aspecto: juízos morais de valor que se entrelaçam na prática social. Há nas sociedades contemporâneas um nexos entre ética e moral no espaço público, sem o que uma pessoa perderia a capacidade de se inserir



dignamente na vida coletiva. Do ponto de vista da moral, os agentes públicos, devem caracterizam-se da forma de uma intencionalidade coletiva, e que deve ser ao interesse coletivo e ao bem comum.

É inadmissível aceitar que o cenário político brasileiro continue como está. Aos olhos da sociedade, todos os políticos são corruptos. O que difere uns dos outros é exatamente o tamanho da corrupção. O crescimento de um país é proporcionalmente ligado à diminuição da corrupção. Quanto menos corrupção, quanto menos desvios, quanto menos prejuízo ao erário público, maiores são as possibilidades de um país crescer socialmente e economicamente, com menos impostos, com serviços públicos de qualidade, valorização profissional com pagamento de melhores salários, maiores investimentos em infraestrutura, saúde, educação, etc.

Referências Bibliográficas

BIASON, Rita. Breve História da Corrupção no Brasil. Disponível em: <http://www.contracorrupcao.org/2013/10/breve-historia-da-corrupcao-no-brasil.html>. Acesso em 14/11/2017

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 17. ed. Brasília: Câmara dos Deputados, 2001.

FILGUEIRAS, Fernando. A tolerância à corrupção no Brasil: uma antinomia entre normas morais e prática social. Opinião Pública, vol. 15, n. 2, p. 386-421, nov. 2009. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762009000200005>>. Acesso em 14/11/2017.

_____. Corrupção, democracia e legitimidade. Belo Horizonte: UFMG, 2008.

FOLHA DE SÃO PAULO. Operação Lava-jato. Disponível em: <http://arte.folha.uol.com.br/poder/operacao-lava-jato/>. Acesso em 14/11/2017.

GOMES, José Jairo. Improbidade Administrativa: 10 anos da Lei 8.429/92. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

MAQUIAVEL, Nicolau. O Príncipe. Tradução de Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004.



MICHELS, R. Los Partidos Políticos: un Estudio Sociológico de las Tendencias Oligárquicas de la Democracia Moderna. Buenos Aires: Amorrortu, 1972. v. 1.

MOSER, Frei Antonio. É possível vencer a corrupção? Como? Disponível: <http://www.contracorrupcao.org/2013/03/e-possivel-vencer-corrupcao-como.html>. Acesso em 14/11/2017.

NALINI, José Renato. Ética Geral e Profissional. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STUKART, Hebert Lowe. Ética e corrupção. São Paulo: Nobel, 2003.

SUNG, Jung M.; S ILVA, Josué Cândido da. Conversando Sobre Ética e Sociedade. Petrópolis: Vozes, 2003.

VÁSQUEZ, A. S., Ética, Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 1995.



A ÉTICA, A MORAL E O DIREITO: REFLEXÕES ACERCA DOS CONCEITOS.

Aurísia Chaves Souza (UEMG)⁶⁸

Resumo:

O presente artigo busca fazer uma distinção entre ética direito e moral contribuindo para esclarecer a confusão teórico-filosófico dos conceitos, comumente empregados para explicar a mesma realidade. Ética Moral e Direito baseiam-se em regras e visam estabelecer comportamentos, no entanto ambas, tem as suas especificidades. Para tal, começaremos pela distinção das respectivas terminologias, examinaremos os diversos conceitos, bem como a sua relação de complementaridade.

Palavras-chave: Ética, Moral, Direito.

1. Introdução

Quando nos referirmos a Ética, Moral e Direito a primeira coisa que devemos ter em mente é que os seus conceitos são diferentes, embora extremamente vinculados e utilizados de modo corrente, ambos dizem respeito ao comportamento humano em sociedade.

A Ética vem do grego *ethos* que significa modo de ser ou caráter já a moral é uma palavra de origem latina, vem do latim *mores* que significa costumes. A ética é interna reflete o caráter das pessoas a forma de ser, procurando estabelecer regras e princípios

⁶⁸ Acadêmica do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG- Unidade Diamantina



básicos que sirvam para todos. Ético será o que originariamente vai se referir ao que o homem constrói ou realiza em si próprio como uma morada de costumes de princípios e valores relativos ao essencialmente humano, humanizado. Ao passo que a Moral é externa sendo um conjunto de regras e normas de conduta consideradas como padrão de comportamento de determinados grupos ou sociedade em um determinado momento histórico. O termo Direito provém da palavra latina *directum*, que significa reto, certo o correto, o mais adequado, é “qualidade daquilo que é regra”. Para Émile Durkheim (1960, p.17) “a sociedade sem o direito não resistiria, seria anárquica, teria o seu fim. O direito é a grande coluna que sustenta a sociedade. Criado pelo homem, para corrigir a sua imperfeição, o direito representa um grande esforço para adaptar o mundo exterior às suas necessidades de vida”. O Direito é aquilo que a sociedade ou grupo social convencionou como ideal do que é correto para a sua comunidade a sua observância é obrigatória, somente para aquele território.

Por diversas vezes nos deparamos, com o uso ambíguo destes conceitos como sinônimos de "moralidade e ética", "moral e direito", e ainda, "filosofia moral e ética" que se empregam em várias situações do cotidiano como se sinônimos fossem, resultando, não raras vezes numa enorme confusão dificultando ainda mais a compreensão dos termos, prejudicando a comunicação e a elaboração do pensamento fidedigno.

2. Diferenciação entre Ética Moral E Direito

Tanto Ética Moral e Direito baseiam-se em regras que visam estabelecer um padrão para o comportamento humano, no entanto ambas, tem as suas peculiaridades como a seguir desenvolveremos.

Ética conjunto de princípios norteadores da conduta humana na sociedade, servindo para que haja equilíbrio e bom funcionamento social, não permitindo que ninguém saia prejudicado. Neste cenário, a ética, embora não pode ser confundida com as leis, está relacionada com a busca da justiça social. A ética é construída por uma



sociedade com base nos valores históricos e culturais, sendo esta reflexão papel da Filosofia. Segundo Adolfo Sanchez Vázquez (1915) “a ética é a teoria ou ciência do comportamento moral dos homens em sociedade, ou melhor, é ciência de uma maneira específica de comportamento humano”. Do ponto de vista da Filosofia, a Ética é uma ciência que estuda e busca fundamentar as ações morais exclusivamente pela razão. A ética tem uma relação muito próxima com as profissões, ditando padrões de comportamento a ser seguido, um dever que o profissional tem com aquele que contrata o seu serviço, em todas as profissões deve seguir um padrão ético. A ética faz o estudo do bom e do mau, tem como objetivo justificar as regras de comportamento propostas pelo Direito e pela Moral, embora não se confunde com os mesmos, uma vez que não estabelece regras de comportamento ela tão somente faz uma análise da conduta humana. O professor Eduardo Luiz Santos Cobette, pontua que: “a Ética informa ao Direito (e à Moral), o conteúdo em seu nascimento, e posteriormente segue influenciando-o em sua interpretação e aplicação”, para o professor a Ética influencia a interpretação e a aplicação da Moral e do Direito. Aristóteles acreditava que: “a ética caracteriza-se pela finalidade e pelo objetivo a ser atingido, isto é, para que se possa viver bem, ter uma vida boa, com os outros, com instituições justas”.

Moral é o conjunto de comportamentos que a sociedade considera como adequados, atua de forma externa não possui uma base racional. A moral prescreve condutas, valores que a comunidade deve seguir, e para tanto se baseia na religião na cultura, na história e o que fora absolvido como certo dentro de uma cultura vivenciada numa determinada sociedade, são princípios que os indivíduos internalizam e seguem livremente. Pois assim pondera Vasquez (1998) ao referir a Moral como um “sistema de normas, princípios e valores, segundo o qual são regulamentadas as relações mútuas entre os indivíduos ou entre estes e a comunidade, de tal maneira que estas normas, dotadas de um caráter histórico e social, sejam acatadas livres e conscientemente, por uma convicção íntima”.



Durkheim colocava a Moral como a “ciência dos costumes”, ou seja a Moral é anterior a própria sociedade.

O Direito é aquilo que o indivíduo pode exigir perante a coletividade, desde que em conformidade com a legislação, o direito ao contrário da moral é um pacto positivado com regras de comportamento estabelecido pela comunidade através de seus representantes, normas jurídicas se diferenciam da moral por ter um caráter obrigatório-coercitivo. A moral e o direito estão sempre em conflito porque muitas leis não são moralmente aceitas. O Direito esta em constante mutação se ajustando e se adequando a realidade do ser humano que esta em constante evolução. Por sua vez, Paulo Nader (2007, p. 76), em sua brilhante definição, assim considera: "direito é um conjunto de normas de conduta social, imposto coercitivamente pelo Estado, para a realização da segurança, segundo os critérios de justiça". Grandes pensadores, como Rousseau, Platão, Montesquieu, Sócrates, Karl Marx, Max Weber e outros tantos “filósofos e estudiosos” cada um a seu tempo, expressavam uma preocupação de que o homem, carrega um instinto egoísta, o que obrigaria a comunidade a criar regras de convivência, que inibissem a atuação individual em detrimento dos direitos coletivos.

3. Ética Moral e Direito: Relação Necessária de Complementaridade.

Apesar dos conceitos serem distintos, existe uma vinculação entre eles, a Ética tem como fundamento o estudo da moral, visando em ultima instancia compreender o homem suas conquistas dilemas, devemos compreender a Ética fundamentalmente como ciência moral. Ética e moral, não se confundem, são independentes entre si. Neste Diapasão, a ética implica a moral, enquanto objeto de reflexão filosófica, como a moral implica a ética para fazer uma contextualização, o dando abertura ao dialogo ético-moral, implicando-se assim numa relação de complementariedade.



Toda comunidade possui os seus próprios meios de convivência social, impondo limites ao comportamento dos cidadãos, O Direito positivo se baseia na ética e na moral para sua construção legal.

4. Ética, Como Código de Conduta Profissional.

Códigos de comportamento profissional têm sido elaborados baseados na ética enquanto padrão moral a ser seguido. O intuito é tentar desencorajar atitudes profissionais abusivas, o maior entrave tem sido o corporativismo, uma vez que algumas punições são aplicadas por seus pares e não pelo poder judiciário, estas sanções também são graves, chegando até mesmo à perda do registro profissional. As condutas profissionais devem estar amparadas pelos princípios éticos e morais e na norma jurídica.

Aristóteles (384 a.C.* 322 a.C.†), filósofo grego, ao se referir à Ética afirma “o estudo da ética deve enfatizar o preparo do indivíduo para que o mesmo possa viver em sociedade”. Todas as profissões devem ter o seu Código de Ética, trazendo benefícios a quem os pratica. Conforme destaca Ana Paula Pedro, Professora do Departamento de Educação da Universidade de Aveiro, Portugal, “o comportamento ético se direciona para a atividade especulativa, enquanto que a natureza da moral é a atividade prática”.

Aristóteles enfatiza que a ação virtuosa é indissociável do caráter do agente, o que o levou a propor três condições para caracterizá-la como tal: fazê-la de modo consciente, deliberado e a partir da firmeza do caráter (1992, p.39). Nesta esteira o Filósofo Sartre ressaltando o seu pessimismo diante da vida nos diz que: “o discurso ético tem como referencia profunda o homem em si mesmo que se faz presente conforme cada contexto e necessita realizar o projeto de construção com fim em sim mesmo”. Do conceito de Ética também deriva etiqueta que são regras de educação e comportamento nos espaços coletivos.

5. Ética, Moral e Direito: Instrumentos de Controle Social.



São vários os instrumentos que visam regular o comportamento dos homens em comunidade visando à pacificação social tais como: a religião, a moral, as regras sociais e o Direito. Paulo Nader (2007, p.31) afirma que “o mundo primitivo não distinguiu as diversas espécies de ordenamentos sociais. O Direito absorvia questões afetas ao plano da consciência, própria da moral e da religião, e assuntos não pertinentes à disciplina e equilíbrio da sociedade, identificados hoje por usos sociais” com o passar dos anos o estado absorveu para si o controle social. Betioli ressalta que:

“O direito não visa ao aperfeiçoamento interior do homem; essa meta pertence à moral. Não pretende preparar o ser humano para uma vida supra terrena, ligada a Deus, finalidade buscada pela religião. Nem se preocupa em incentivar a cortesia, o cavalheirismo ou as normas de etiqueta, campo específico das regras de trato social, que procuram aprimorar o nível das relações sociais.” (2008, p.8-9).

Segundo Hans Kelsen: “a lei não obriga o indivíduo, é faculdade dele cumpri-la ou não, mas, se optar por violá-la, deve se preparar para as sanções previstas na norma”. Situação válida também para o campo normativo da moral, que embora não prevê sanções coercitivas às sua violação, tem consequências sociais de acordo com a conduta.

É mister ressaltar que o Direito não esta sozinho como instrumento de pacificação social, a Moral, a Ética, a Religião e as Regras Sociais são também responsáveis pela harmonia que condicionam a convivência do indivíduo em comunidade. No entanto, dentre estes instrumentos somente o Direito possui maior efetividade, pois não somente, prescreve e limita comportamentos sociais, mas se utiliza da coação, coerção e da sanção como forma de impor condutas a coletividade. Para Kant, “agir moralmente é agir em função de um dever, esse em consonância com a lei moral,



verdadeiro imperativo categórico que visa tratar as pessoas como fins em si mesma”.

Importante destacar que o conceito de Moral não se confunde com valores, cada pessoa elege aquilo que ela entende por valor. Desta forma, “é pela relação que o sujeito mantém com as coisas que adquire a natureza de valor” (Silva, 2010; Pontarolo, 2005). São as pessoas que elegem o valor financeiro dos objetos “Por que é que umas (coisas) valem mais do que as outras... possuem um valor elevado? Como se estabelece o valor de uma coisa e por que é que se pode afirmar que ela vale tanto ou tanto?” (Foucault, 1998, p. 237). Todavia quando nos referimos a valores abstratos estamos nos referindo a "entes valiosos", uma ideia de "bem", do que, necessariamente, a valores físicos. Quando nos referimos a virtude como sendo um valor trata-se de uma característica. Comumente usamos o conceito de valor para definirmos uma característica do bem.

Conclusão

Embora os conceitos sobre Ética e Moral sejam usados para demonstrar o mesmo sentido, são definições originadas em ambientes culturais diferentes, ou seja, é de se considerar que a cultura grega é diferente da latina, o ethos grego foi desenvolvido conforme a inteligência própria da cultura grega, enquanto que o seu equivalente mores tem mais haver com a vida prática o cotidiano, os costumes. Uma diferenciação mais simplista entre ética e Moral, conforme a seguinte, do lado da Ética tem princípios e costumes que a sociedade consagra como essenciais como exemplo a valorização da vida e da dignidade humana, sobre a moral falamos destes princípios conforme sejam unidos no plano individual da consciência de grupos sociais historicamente situados.

Conforme a Ética é essencial pensarmos o que diz a filosofia, visando compreender o homem suas conquistas seus dilemas, devemos compreender a ética como uma ciência da moral. A Ética faz o estudo do que é certo e errado, justo e injusto fazendo uma



reflexão frente à conduta humana sem estabelecer normas, buscando uma reflexão das regras da moral e do Direito.

A função do Direito é impor condutas, uma vez positivada se torna obrigatória sob pena de multa ou até mesmo a perda da liberdade, o Direito sempre esteve ligado a Ética hoje se fala em Direito e Ética, o Direito esta associado ao que é Ético e nem sempre ao que é moral, a norma jurídica deve sempre buscar a dignidade da pessoa humana.

Portanto, com o desenvolvimento dos conceitos de Ética, Moral e Direito, podemos afirmar que Moral e Direito prescrevem o comportamento humano construídos com base cultural, religiosa e histórica em uma sociedade, ambos se diferenciam principalmente pelo uso da força coercitiva do Direito, poder Soberano legítimo do estado, enquanto a Ética faz estudo e reflexões das normas jurídicas e morais.

Referências bibliográficas

NADER, Paulo. Introdução ao estudo do direito, 28^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2007.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. Ética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

ARISTOTELES. Ética a Nicômacos. 2^a ed. Brasília: Edunb, 1992.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico, São Paulo: Cia. Editora Nacional, 19 05. KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 5^a ed, São Paulo, Martins Fontes, 1996.60.

KANT, E. Doutrina do Direito. Tradução de Edson Bini. 2^a. Ed. São Paulo: Ícone, 1993.

CABETTE, Eduardo Luiz. Âmbito Jurídico. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/aj/dp0025.htm> (21/07/05).

PEDRO, Ana Paula. Ética, moral, axiologia e valores: confusões e ambiguidades em torno de um conceito comum. *Kriterion* [online]. 2014, vol.55, n.130 [cited 2016-05-17], pp.483-498.



BETIOLI, Antônio Bento. Introdução ao direito: lições de propedêutica jurídica tridimensional, 10^a ed., São Paulo: Saraiva 2008.

Sartre, J. P. (1987). Questão de método. Em: Os Pensadores. (pp. 109-191). (B. Prado Jr., Trad.). (3^a ed.). São Paulo: Nova Cultural. (Original publicado em 1960).

FOUCAULT, M. "As palavras e as coisas". Lisboa: Edições 70, 1998.

PONTAROLO, R. "Atividade axiológica na educação". Ponta Grossa: Universidade Estadual de Ponta Grossa, 2005.

SILVA, José Cândido da; SUNG, Jung Mo. Conversando sobre ética e sociedade. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2000.

VÁSQUEZ, Adolfo Sánchez. Ética. 18. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1998.



IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: PELAS VEREDAS DO PRINCÍPIO DA MORALIDADE

Bárbara Isabely Lima Oliveira⁶⁹

Resumo

A Administração Pública é conduzida por diversos princípios que condicionam o atuar do agente público. Dentre tais princípios, o princípio da moralidade foi escolhido para tal estudo, que surge para cominar uma atuação ética e responsável ao administrador. O presente artigo tenciona elucidar acerca da improbidade administrativa, por intermédio de um parecer metucioso e compreensível, ponderando a respeito do princípio constitucional da moralidade administrativa e da inserção de tal na Lei de Improbidade. Isto posto, abordar-se-á a natureza jurídica desse diploma legal, a conceituação do vício de improbidade, como também os requisitos para a configuração da improbidade administrativa por violação a princípio da Administração Pública. Para tanto, a Lei de Improbidade Administrativa, uma inovação advinda na Constituição de 1988, vem como um amparo legal para a necessidade da ética ao combate à corrupção na Administração Pública.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Administração Pública. Moralidade. Constituição Federal.

⁶⁹ Discente do curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG, Unidade Diamantina.



Abstract

The Public Administration is guided by several principles which condition act public agent. One of these principles, the principle of morality was chosen for the study, which appears to an ethical and responsible administrator. This article intends to elucidate about administrative misconduct, through a thorough and understandable opinion, pondering about the constitutional principle of administrative morality and inserting about Misconduct law. This post will address the legal nature of this law, the concept of addiction of misconduct, as well as the requirements for the setting of administrative misconduct by violating the principle of Public Administration. To this end, the law of Administrative Misconduct, an innovation from the Constitution of 1988, comes as a legal support for the need of ethics to combat corruption in Public Administration.

Keywords: Administrative Misconduct. Public Administration. Morality. The Federal Constitution.

Introdução

O vigente cenário vivido pela sociedade brasileira exterioriza a propagação de condutas irregulares e antagônicas a um gerenciamento probo e eficaz, realizadas através dos agentes públicos. Com a chegada da Constituição de 1988, o princípio da moralidade administrativa se alçou à esfera de princípio constitucional e permaneceu explícito no caput do artigo 37, em companhia da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência, para conferir um direcionamento as atuações da Administração Pública. Além disso, o parágrafo quarto do artigo 37, evidencia que os atos de improbidade administrativa implicarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, previstos em lei.



Para mais, a Lei nº 8.429/92, denominada Lei de Improbidade Administrativa (LIA), segmentou os atos de improbidade em três classes: atos que implicam em enriquecimento ilícito (artigo 9º), atos que ocasionam prejuízo ao Erário (artigo 10) e atos que violam os princípios da Administração Pública (artigo 11). A Lei nº 8.429/92 também instituiu sanções para o agente infrator no que tange à violação de princípio norteador da Administração Pública, sanções estas que serão abordadas no decorrer do artigo, e que procuram reprimir os agentes que aspiram por intermédio do cargo, emprego ou função uma forma de atender aos interesses privados, causando danos ao patrimônio público.

Destarte, o estudo emprega em seu delineamento a coleta de dados em fontes bibliográficas, buscando o conteúdo jurídico do princípio da moralidade administrativa nas demarcações no direito administrativo positivado e nas idealizações doutrinárias concretizadas por diversos autores, em que o tema da improbidade administrativa aufere o mesmo juízo.

1. O princípio da moralidade administrativa

1.1 A moralidade administrativa no Brasil

De acordo com o autor José Guilherme Giacomuzzi,⁷⁰ o fulgente posto da moralidade administrativa é de consentir o controle jurisdicional sobre o desígnio do ato, em que o remate do ato discricionário deveria se vincular a uma finalidade pública de utilidade ou interesse geral.

“Ao longo da história do Direito Administrativo, percebeu-se que o princípio da legalidade apesar da sua enorme importância, não era suficiente para garantir que o administrador público agiria sempre em prol do bem comum. Nós sabemos, que muitas vezes,

⁷⁰ GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 129.



em um ato sobre a aparência de legalidade, se esconde uma intenção, que nada tem a ver com a realização do interesse público. Em razão disso, a doutrina administrativista acabou por recorrer a ideia de moralidade como um “plus”, isto é, como algo a mais, que complementa o princípio da legalidade, de maneira a garantir que a atuação da administração, não se desvie do seu objetivo maior: a satisfação do interesse público. Os doutrinadores tem relacionado, que a moralidade equivale a atuação ética, honestidade, boa-fé, lealdade e probidade.”⁷¹

A ideia de moralidade administrativa no Brasil está adentrada à Constituição de 1988, em seu artigo 37. Não obstante, Giacomuzzi esteia que embora não esteja escrito o eloquente significado de moralidade administrativa, a Lei da Ação Popular engranzou a acepção “desvio de poder”, que já se encontrava propagada na época, resguardando de maneira implícita a proteção do juízo da moralidade administrativa.

Em conformidade com o autor Wallace Paiva Martins Júnior,⁷² o afligimento do legislador com ações inficionadas de desonestidade abrolha já no ano de 1941, com a edição do Decreto-Lei nº 3.240, que conjecturava normas específicas para o sequestro e a perda de bens de indivíduos que efetuassem crimes, ocasionando detrimentos para a Fazenda Pública ou enriquecimento ilícito para o acusado em questão, para mais, a medida abrangia terceiros que dele haviam contraído posses, dolosamente ou com culpa grave.

Em 1965, nasce a Lei nº 4.717, denominada Lei da Ação Popular⁷³ (LAP), que em seu artigo 2º deliberou que são ilegítimos os atos perniciosos ao patrimônio público nos casos de: a)

⁷¹ Cf. CRUZ, Rosângela. Princípios do Direito Administrativo. 2017.

⁷² MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 181.

⁷³ A ação popular aparece na Constituição de 1934, é suprimida em 1937, retornando na Constituição de 1946.



incompetência; b) vício de forma; c) ilegalidade do objeto; d) inexistência dos motivos; e) desvio de finalidade.

No ano de 1992, em consequência do prescrito no artigo 37, §4º da Constituição Federal, foi desenvolvida a Lei nº 8.429, famigerada Lei de Improbidade Administrativa - LIA, que segmentava os atos de improbidade em três esferas: os que acarretam enriquecimento ilícito (artigo 9º), os que ocasionam prejuízo ao erário (artigo 10) e os que ultrajam desfavoravelmente aos princípios da Administração Pública (artigo 11). A grande inovação da Lei nº 8.429/92 foi a determinação de atos que contravenham aos princípios da Administração Pública como improbidade, ademais, é válido ressaltar que, embora não esteja no cabeçalho do artigo 11 o termo moralidade administrativa, o mesmo obtém refúgio acolá.

Para os sujeitos que infringirem uma cláusula da Administração Pública, augura a LIA, em seu artigo 12, inciso III, penalidades sólidas em reparação absoluta do detrimento, se possuir, exaurimento da função pública, embargo dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor do bônus alcançado pelo agente, e impedimento de acordar com o Poder Público ou auferir benfeitorias ou estímulos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, pelo prazo de três anos.

É notório que apesar de apenas vir estimada na Constituição de 1988, a precaução e responsabilidade dos operadores legais com a moralidade administrativa, bem como com o incongruente uso do cargo, emprego ou função através do agente público, já patenteia-se desde os anos quarenta, findando com a edição da Lei nº 8.429/92, que, apresentando as penalidades já referidas, tenciona granjear os agentes que causem algum prejuízo ao patrimônio público material, e também os agentes que não agem em conformidade com os princípios que devem nortear a Administração Pública, resguardando também o patrimônio moral.

1.2 Moral comum e moral jurídica



A moral jurídica não irá se emaranhar com a moral comum, uma vez que a moral não é somente uma, a mesma se modifica no tempo e também no espaço, gozando da característica de uma aguda subjetividade. O Direito abriga uma parcela da moral vigorante e a adentraria ao mundo jurídico por intermédio de regras e princípios, de acordo com o manifesto desenho de dois círculos que são entrelaçados, um simulando o Direito e o outro, a Moral, em que ambos não se enleiam em sua íntegra.

O autor Hely Lopes Meirelles⁷⁴, aludindo Hauriou, assegura que o teor da moralidade administrativa não é confundido com a moral comum, pois se encontra vinculado aos preceitos extraídos da doutrina interna da Administração. Para Giacomuzzi, todavia, essa arguição seria pouco, a julgar que *invocar tais máximas é esvaziar, em conteúdo, o discurso jurídico racional, lembrando-se de que em um tal discurso se apoia a ideia de legitimidade do Direito*⁷⁵.

O autor José Guilherme Giacomuzzi revela ainda que, a despeito de a doutrina perseverar em estresir que a moralidade administrativa não se emaranha com a moral social, é periódica a instância da moral comum em precedentes judiciais e na doutrina no momento em que se almeja arrazoar sobre a moralidade administrativa. A valer, no que concerne ao princípio da moralidade administrativa, a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro reforça que⁷⁶ *a moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos.*

⁷⁴ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito Administrativo Brasileiro. 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p.90.

⁷⁵ GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 173.

⁷⁶ DI PIETRO. Maria Zanella. Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988, p. 111.



Para mais, Juarez Freitas⁷⁷ ressalta o jaez independente do princípio da moralidade administrativa, acoplando o seu âmago ao composto de regras retiradas do cerne da Administração Pública, bem como aos arquétipos probos de um corpo social, em que tal princípio estabelece que:

[...] Se trate a outrem do mesmo modo que se apreciaria ser tratado, isto é, de modo virtuoso e honesto. O “outro”, aqui é a sociedade inteira, motivo pelo qual o princípio da moralidade exige que, fundamentada e intersubjetivamente, os atos, contratos e procedimentos administrativos venham a ser contemplados e controlados à base de orientação decisiva e substancial que prescreve o dever de a Administração Pública observar, com pronunciado rigor e a maior objetividade possível, os referenciais valorativos da Constituição, cumprindo vivificar, exemplarmente, o combate contra toda e qualquer lesão moral ou imaterial provocada por ações públicas não-universalizáveis, destituídas de probidade e de honradez.

Quando se pretende pormenorizar a essência do princípio da moralidade administrativa, é visível que o Direito não se encontra inteiramente separado da realidade que apetece presidir e sistematizar, refugiando do senso comum, do senso vigente, princípios morais e incorporando os mesmos na ordem jurídica, de modo que são concernentes ao senso comum e também ao mundo jurídico.

1.3 A moralidade administrativa como superprincípio

⁷⁷ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais. 3ªed. São Paulo: Malheiros: 2004, p. 53-56.



O autor Wallace Paiva Martins Júnior⁷⁸, destaca que o princípio da moralidade é um verdadeiro superprincípio, pressuposto informativo dos demais, não podendo amortizá-lo a um simples componente do princípio da legalidade. Ademais, ressalta que a moralidade administrativa goza de um relevo singular, aparecendo como precedente coeso das condutas administrativas, relacionada ou discricionária provindo do mesmo modo às atividades legislativas e jurisdicionais, arraigado no registro de que *o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins, tendo como elementos a honestidade, a boa-fé, e a lealdade e visando a uma boa administração.*

Diante desse preceito, o autor deixa claro que o administrador deve atuar sempre de acordo com a lei, além, de respeitar o ordenamento jurídico abarcados pelos princípios e jurisprudências. A Constituição Federal reza que ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa, senão em virtude da lei. Assim, a conduta dos agentes públicos restringe também o campo de atuação de acordo com o que a lei autoriza. No que tange à moralidade administrativa está interligada ao princípio da impessoalidade que proíbe qualquer tratamento diferenciado para os íntimos, tendo em vista que deve ser levado em consideração o princípio da igualdade.

Com relação ao princípio da publicidade, a moralidade administrativa prevê que deve ser disponibilizado informações acerca da administração pública, bem como, deixar a população conhecedora dos atos do poder público, oferecendo elementos para exercer o poder da fiscalização. Cabe ressaltar que os casos de sigilo devem ser avaliados de forma diferenciado. A moralidade administrativa está integrada ao princípio da eficiência, que tem como objetivo atribuir a Administração Pública e seus agentes a busca do bem comum, por meio do exercício de suas competências

⁷⁸ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 31-32.



de forma imparcial, neutra, transparente, participativa, eficaz, sem burocracia primando pela prestação de serviços de qualidade.

A moralidade, em conformidade com Wallace Paiva Martins Júnior, teria por vetor, a boa-fé, compreendida como honestidade e lealdade bem como o dever de boa administração, o qual diz com a proteção de interesses públicos, como já foi abordado anteriormente. Para mais, um outro vetor do princípio da moralidade administrativa seria a razoabilidade, entendida como adequação entre meios e fins, asseverando o autor que *a decisão ilógica, irracional, desproporcional ofende o padrão ético de conduta e via, de consequência, o princípio da moralidade*⁷⁹.

1.4 A moralidade administrativa como boa-fé objetiva e como dever de probidade

Giacomuzzi diverge da postura que apetece preencher o âmago do princípio da moralidade com outros princípios, o supracitado autor alvitra preencher o conteúdo da moralidade administrativa com um componente objetivo, a boa-fé objetiva e um subjetivo, o dever de probidade. A respeito da boa-fé objetiva, Giacomuzzi garante a probabilidade de valer-se no direito administrativo, da evolução teórica efetiva no direito privado em relação a esse instituto. No tocante ao tema em questão, a autora Judith Martins-Costa⁸⁰ enfatiza que boa-fé objetiva significa [...] *modelo de conduta social, arquétipo ou standard jurídico segundo o qual cada pessoa deve ajustar a própria conduta a esse arquétipo, obrando como obraria um homem reto: com honestidade, lealdade, probidade*.

Para Giacomuzzi, *o ato administrativo que fere a boa-fé objetiva é ato da Administração, pouco importando de quem partiu e*

⁷⁹ MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 68.

⁸⁰ MARTINS-COSTA. Judith. A boa-fé no Direito Privado. 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 411-412.



*quais suas intenções*⁸¹. Para mais, o princípio da boa-fé objetiva vincula-se com a integridade, com a honradez, e com o respeito e estima no que tange as predileções de outrem, de um corpo social. Outrossim, a boa-fé objetiva também se coteja com a veracidade e confiança, que de acordo com Giacomuzzi, representa um dos admiráveis encargos da boa-fé na qualidade de condutor do princípio da moralidade:

Uma das funções que me parece mais relevante atribuir-se à boa-fé como princípio veiculado pela moralidade do art. 37 da Constituição Federal de 1988 é justamente o mandamento de proteção à confiança enquanto elemento componente do Estado de Direito Social. A confiança, que adquirira no âmbito privado especial relevância, tem-na, na órbita pública, redobrada. A proteção da confiança – ou confiança legítima (Vertrauensschutz) – liga-se também à segurança jurídica, princípio só aparentemente conflitante com a justiça e revelador, num patamar de análise mais abstrato, de uma das aspirações mais insatisfeitas do gênero humano, havendo quem também a indique como postulado básico do Estado de Direito [...]⁸²

Constata-se na Lei nº 9.784/99 o artigo patente que classifica o princípio da boa-fé objetiva como um parâmetro que deve regular os comportamentos da Administração. Além disso, o autor Giacomuzzi, no que toca ao artigo 2º da Lei nº 9.784/99, menciona que o inciso primeiro está vinculado ao princípio da legalidade; o inciso segundo aos princípios da finalidade e do interesse público; o

⁸¹ GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.241.

⁸² GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 266-267.



inciso terceiro com o princípio da motivação e o inciso quarto com o da moralidade administrativa, ou seja, a atuação de acordo com os padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé.

2. O princípio da moralidade administrativa na lei de improbidade administrativa

2.1 A natureza jurídica da lei de improbidade administrativa

O artigo 37, §4º da Constituição de 1988 delinea que *os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.*

Ao analisar a natureza do último diploma legal, José Armando da Costa, alega que:

Agora, sim, a improbidade administrativa adquiriu realmente o feitiço legal de infração jurídica-disciplinar capaz de ensejar a demissão do servidor público que exterioriza desvio de conduta enquadrada no domínio de incidência dos tipos de improbidade previstos nos arts. 90, 10 e 11 da mencionada lei.⁸³

O artigo 12 da Lei de Improbidade Administrativa afirma que aos agentes públicos, no exercício de mandato que cometerem ato de improbidade, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato sujeito a várias cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato. No que tange ao capítulo III do referido artigo, as sanções previstas são enumeradas:

⁸³ COSTA, José Armando da. Contorno jurídico da improbidade administrativa. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 18.



I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;

II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos;

III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

IV - na hipótese prevista no art. 10-A, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 (cinco) a 8 (oito) anos e multa civil de até 3 (três) vezes o valor do benefício financeiro ou tributário concedido. (Incluído pela Lei Complementar nº 157, de 2016)⁸⁴

⁸⁴ Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa (LIA). Art. 12, capítulo III.



Segundo o autor Fabio Medina Osório⁸⁵, o ato de improbidade administrativa é um ato ilícito de natureza não-criminal, conforme refere no seu livro Teoria da Improbidade Administrativa é válido proferir que a Lei Geral de Improbidade Administrativa *é um instrumento peculiar, distinto, destinado a cuidar da probidade administrativa, ou seja, a improbidade tipificada como ilícito pelo direito administrativo, não pelo direito penal. Não exclui nem elimina outros instrumentos [...] desempenha um papel normativo especializado e contundente.*

Todavia, assegurar que o ato de improbidade administrativa é uma ação ilícita não criminal não denota dizer que não tenha analogia, pois, perante o feito da incidência múltipla, é perfeitamente admissível um determinado ato tipificado como ato de improbidade e também como crime. Giacomuzzi⁸⁶ garante que um ilícito penal contra a Administração irá configurar ato de improbidade administrativa, mas que ao avesso não seria válido.

O argumento acerca da natureza jurídica administrativa dos atos de improbidade é substancial, tendo em vista que, como dito anteriormente, conjecturará na ação de improbidade, a qual não adotará o código processo penal. Apontadas todas as considerações essenciais com relação a natureza jurídica, compete observar o dever de probidade administrativa, o qual, sendo desobedecido, ocasionará o recaimento da Lei de Improbidade administrativa.

2.2 O dever de probidade administrativa como decorrência do princípio da moralidade

Através dos estudos realizados, é possível constatar que a Constituição Federal de 1988 traz princípios que devem ser

⁸⁵ OSÓRIO. Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, p.119-120.

⁸⁶ GIACOMUZZI, José Guilherme. A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa. 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.296.



observados pelo administrador público em sua atuação administrativa, no qual, o Estado de Direito não se pode admitir a prática de atos atentatórios à moralidade administrativa e causadores de prejuízo ao erário público ou que ensejam enriquecimento ilícito. Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

Mais decisivo que tudo para a constitucionalização do direito administrativo, foi a incidência no seu domínio dos princípios constitucionais — não apenas os específicos, mas sobretudo os de caráter geral, que se irradiam por todo o sistema jurídico. Também, aqui, a partir da centralidade da dignidade humana e da preservação dos direitos fundamentais, alterou-se a qualidade das relações entre Administração e administrado, com a superação ou reformulação de paradigmas tradicionais.⁸⁷

De acordo com Juarez Freitas⁸⁸, o princípio da probidade administrativa é a proibição de atos ilícitos ou insidiosos para com o Poder Público, sendo que *vedaria a violação de qualquer um dos princípios, independentemente da caracterização de dano material*, contanto que esta violação proporciona prejuízos à moralidade administrativa.

O autor Wallace Paiva Martins Júnior afirma que *a probidade administrativa estabelece-se internamente como dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente público à Administração [...] e externamente, determina que nas relações jurídicas com terceiros a Administração observe o dever de probidade*⁸⁹. O agente público deve atuar sempre com honestidade, sendo leal e respeitando a instituição que representa, administrando

⁸⁷ BARROSO, Luis Roberto. Curso de direito constitucional contemporâneo. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 375.

⁸⁸ FREITAS, Juarez. O controle dos atos administrativos e os princípios jurídicos fundamentais. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p.187-188.

⁸⁹ MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 102 - 103



em prol do interesse público, e não utilizar do cargo e/ou função para levar vantagens.

José Afonso da Silva⁹⁰ doutrina que *a improbidade administrativa é uma imoralidade qualificada pelo dano ao erário e correspondente vantagem ao ímprobo ou a outrem*. Na hipótese de transgressão ao princípio da moralidade administrativa, deve ser abrangida de forma grave a caracterizar uma lesão moral. Wallace Paiva Martins Junior⁹¹ afirma que o vício da imoralidade administrativa ocorre pela transgressão ao dever de probidade administrativa, consequência do dever de administração apropriada, gerando a nulidade do ato praticado pelo agente.

“[...] implica saber distinguir não só o bem e o mal, o legal e o ilegal, o justo e o injusto, o conveniente e o inconveniente, mas também entre o honesto e o desonesto; há uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Legislativo, e há a moral administrativa, que ‘é imposta de dentro e vigora no próprio ambiente institucional e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.’”⁹²

A lei de Improbidade Administrativa integrou-se ao ordenamento jurídico com a finalidade de combater atos que afetem a moralidade e dilapidem a coisa pública, regulamentando o disposto no artigo 39, § 4º, da Constituição Federal.

2.3 Elementos constitutivos do ato de improbidade administrativa

⁹⁰ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional positivo. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p.653.

⁹¹ MARTINS JUNIOR. Wallace Paiva. Probidade Administrativa. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 116-117.

⁹² DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito Administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 78.



Será configurado como ato de improbidade administrativa qualquer ação ou omissão que venha a violar os deveres mencionados na lei. Assim, será necessária a ocorrência de conduta do agente público para que se concretize o ilícito. Cabe esclarecer que a tentativa, no que diz respeito à hipótese de ofensa a princípio, pode configurar ato de improbidade. Portanto, para que possa ser configurada afronta à princípio jurídico administrativo, é necessário a existência de conduta, ação ou omissão, produzida pelo agente público no exercício de função administrativa.

No que se refere ao início e término da configuração do ato de improbidade, há que se dizer que não há resposta pronta e peremptória para tal questionamento. Para que se enquadre o agente público na lei de Improbidade é necessário que haja dolo, má-fé, pois a finalidade da lei de Improbidade Administrativa é punir o administrador desonesto, e não aquele administrador inábil, despreparado, incompetente e desastrado.

A caracterização do elemento subjetivo na tipificação do ato de improbidade administrativa é elemento de suma importância para a punição daqueles que cometem o ilícito, sendo o dolo exigido para os casos dos artigos 9º e 11 e o dolo e a culpa para as hipóteses do art. 10. No que tange ao assunto, Maria Sylvia Zanella Di Pietro assinala que:

O enquadramento na Lei de Improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da Lei de Improbidade exige bom-senso, pesquisa da intenção



do agente, sob pena de encarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem consequências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o aspecto de proporcionalidade entre meios e fins.⁹³

Para que se configure o ato de improbidade administrativa atentatório aos princípios da Administração Pública é necessário a presença dos seguintes elementos cumulativamente: 1) ação ou omissão de princípio constitucional explícito ou implícito norteador da Administração Pública, considerando que os previstos no art. 11 da Lei 8.429/92 são meramente exemplificativos não esgotando a incidência de outros princípios; 2) a existência de comportamento funcional ilícito denotativo de desonestidade, má-fé ou falta de probidade do agente público; 3) ação ou omissão funcional dolosa, e 4) que o ato não seja pura e simplesmente de enriquecimento ilícito do agente público ímprobo ou de lesão ao erário⁹⁴, pois se assim for, ainda que configurado o atentado aos princípios da Administração Pública a tipificação específica dos respectiva, vale dizer, dos artigos 9 e 10 da lei de improbidade absorveriam a aplicabilidade no caso concreto. O autor Marcelo Figueiredo expõem que:

⁹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.

⁹⁴ OSÓRIO. Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007, p. 279-300.



Entendemos que se pretendeu afirmar que a lei pune não somente o dano material à administração, como também qualquer sorte de lesão ou violação à moralidade administrativa, havendo ou não prejuízo no sentido econômico. De fato, pretende a lei, em seu conjunto, punir os agentes ímprobos, vedar comportamentos e práticas usuais de 'corrupção' (sentido leigo). Muitas dessas práticas revertem em benefício do agente e nem sempre causam prejuízo 'econômico-financeiro' à Administração. O dispositivo, ainda, ao não exigir 'a efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público', pode levar o intérprete a imaginar que o juiz será obrigado a aplicar as sanções da lei independentemente de dano. Não parece a melhor exegese, como vimos. Já desenvolvemos alhures a ideia de que ao Judiciário é cometida a ampla análise da conduta do agente. Assim, poderá, ao aplicar a pena, dosá-la em função do prejuízo causado ao erário. Nota-se que, ausente qualquer tipo de prejuízo, mesmo moral, seria um verdadeiro 'nonsense' punir-se o agente.⁹⁵

Cabe observar que o mesmo ato pode enquadrar-se em uma, duas ou nas três hipóteses de improbidade prevista na lei. Por exemplo, a omissão ou retardamento na prática de ato que deveria ser praticado de ofício, prevista no inciso II do artigo 11, pode causar prejuízo para o erário, incidindo no artigo 10, e o enriquecimento ilícito no exercício do cargo, incidindo também na regra do artigo 9º. Não é demais iterar que os atos de improbidade descritos na lei compõem também ilícitos administrativos, passíveis de punição na esfera administrativa, e podem corresponder a crimes passíveis de punição na esfera criminal. Nessas hipóteses, ocorrerá a já assinalada concomitância de instâncias.

2.3.1 Sujeito passivo

⁹⁵ FIGUEIREDO, Marcelo. Probidade Administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar. São Paulo: Malheiros, 1997.



O art. 1º da LIA⁹⁶ cataloga os agentes que podem ser atingidos por atos ímprobos:

O artigo 1º da Lei de Improbidade Administrativa elenca os sujeitos que podem ser atingidos por atos ímprobos: Os atos de improbidade praticados por qualquer agente público, servidor ou não, contra a administração direta, indireta ou fundacional de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios, de Território, de empresa incorporada ao patrimônio público ou de entidade para cuja criação ou custeio o erário haja concorrido ou concorra com mais de cinquenta [sic] por cento do patrimônio ou da receita anual, serão punidos na forma desta lei.

Dado isso, o sujeito passivo compreende todas as pessoas jurídicas públicas políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios); os órgãos dos três Poderes do Estado; a administração direta e a indireta; as empresas que, mesmo não integrando a administração indireta e não tendo a qualidade de sociedade de economia mista ou empresa pública, pertencem ao Poder Público e as empresas para cuja criação tenha o Estado concorrido com mais de cinquenta por cento⁹⁷.

2.3.2 Sujeito ativo

O sujeito ativo é aquele que perpetra ou converge para o exercício do ato de improbidade. De acordo com a Lei de Improbidade Administrativa, podem ser autores de atos ímprobos; o agente público (art. 2º); ou terceiros (art. 3º). Observemos o art. 2º:

⁹⁶ BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de Junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Brasília, DF: 1992.

⁹⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.



Reputa-se agente público, para os efeitos desta lei, todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades mencionadas no artigo anterior.⁹⁸

Logo, o art. 3º considera que:

As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.⁹⁹

A LIA augura também em seu art. 3º, a viabilidade de terceiro particular sofrer as sanções por condutas ímprobas. Ademais, a lei estabeleceu duas circunstâncias dissemelhantes: a participação, que pode ocorrer por induzimento ou por coautoria; e o recebimento de benefício advindo da realização de ato ímprobo.

2.4 Do procedimento administrativo

A representação pode se realizar por qualquer indivíduo e a mesma possui o caráter de se direcionar à autoridade administrativa competente para que desse modo se instaure a investigação que tem como escopo apurar a prática de ato de improbidade. Ademais, precisa ser escrita ou reduzida a termo, bem como assinada e gozar da qualificação do representante, das informações sobre o fato, sua autoria e a indicação das provas de que tenha conhecimento.

Caso a representação não possua as formalidades já mencionadas, a autoridade administrativa irá preterir-la, em despacho fundamentado. Não obstante, esta preterição não impedirá a representação ao

⁹⁸ BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de Junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Brasília, DF: 1992.

⁹⁹ BRASIL. Lei nº 8.429 de 2 de Junho de 1992. Lei de Improbidade Administrativa. Brasília, DF: 1992.



Ministério Público. Consentidos os requisitos da representação, a autoridade estabelecerá o adjacente cômputo dos episódios, para uma porvindoura ação judicial em caso de fundamentação da representação¹⁰⁰.

O artigo 17 prevê o rito ordinário, e assume, na verdade, um rito especial diverso daquele que está augurado no Código de Processo Civil (CPC). O § 7.º deste artigo institui a notificação do requerido para manifestação em 15 dias, com o posterior juízo de admissibilidade do magistrado. É um caso de defesa preliminar no processo civil, análogo ao procedimento para apuração de crimes dos funcionários públicos prognosticados no Código de Processo Penal. É posterior a essa fase inicial que o processamento irá assumir o rito ordinário. Um outro atributo do procedimento previsto na LIA é a possibilidade de revisão, a qualquer momento, da inadequação da ação, com extinção sem julgamento do mérito. Por fim, a sentença de procedência condenará o agente improbo e, no que couber, o particular às sanções previstas no artigo 12 da LIA, sem prejuízo de outras sanções penais, civis e administrativas.

2.5 Ação judicial pela prática de ato de improbidade admnisrativa

A ação judicial aplicada à prática do ato de improbidade desfruta de natureza de Ação Civil Pública. Perpassa pelo rito ordinário, e precisa ser proposta pelo Ministério Público ou pessoa jurídica interessada, incumbindo ao juízo de primeiro grau da Justiça Estadual ou Federal. O prazo prescricional é de 05 (cinco) anos posteriormente à consumação do exercício do mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança e nas ocorrências de exercício de cargo efetivo ou emprego, dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. É obstruído qualquer transação, acordo ou

¹⁰⁰ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.



conciliação. Para tal, a autora Maria Sylvia Zanella Di Pietro versa que:

Algumas medidas de natureza cautelar estão previstas na Lei de Improbidade: a indisponibilidade dos bens, cabível quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito (art. 7º), devendo recair sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito; o sequestro, quando houver fundados indícios de responsabilidade; devendo processar-se de acordo com o disposto nos artigos 822 e 825 do CPC; investigação, exame e bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indicado no exterior; afastamento do agente público do exercício do cargo, emprego ou função, sem prejuízo da remuneração, quando a medida se fizer necessária à instrução processual.¹⁰¹

É profícuo salientar que o artigo 20 da Lei n. 8.429/92 assegura que a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos só se concretizam com o trânsito em julgado da sentença condenatória, ou seja, as demais penalidades podem ser objeto de execução provisória, na forma da legislação processual, a não ser que se impetre efeito suspensivo aos recursos, com fundamento no artigo 14 da Lei n. 7.347/85.

Assim sendo, o processo que apura a improbidade administrativa senhoreia duas etapas, uma administrativa e uma judicial, das quais tanto a esfera administrativa, com as esferas judiciais (cível e penal) são independentes entre si, e não se entrelaçam designadamente uma as outras, à exceção de que se fique comprovado que o episódio não aconteceu, que o sujeito ativo do ato de improbidade não perpetrou o ilícito. Nesta seara, valiosa é a lição de Francisco Octávio de Almeida Prado:

¹⁰¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.



Seu objetivo imediato é a declaração da existência de um ato de improbidade administrativa tipificado em lei. O ressarcimento do dano, o perdimento de bens, o pagamento de multa civil, a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos ou; ainda; a proibição de contratar e de receber benefícios ou incentivos. Por outra banda, a ação civil pública regida pela Lei n. 7.347/85, é de procedimento especial, e que tem como objeto imediato o direito à proteção de valores específicos prefigurados pelo legislador, que são, respectivamente, o meio ambiente, os direitos do consumidor, a integridade do patrimônio cultural e natural, outros interesses difusos ou coletivos, bem como a ordem econômica. Seu objetivo mediato será a reparação pecuniária, em favor de um fundo especial, ou imposição de obrigação de fazer ou não fazer.¹⁰²

A legitimidade ativa cabe tanto ao Ministério Público, quanto à pessoa jurídica interessada, dentro de trinta dias da efetivação da medida cautelar. Alvitrada a ação, é oclusa pelo artigo 17, § 1º, a transação, acordo ou conciliação. A norma se explica pelo relevo do patrimônio público, econômico ou moral, protegido pela ação de improbidade. Refere-se sobre a aplicação do princípio da indisponibilidade do interesse público. Equitativamente à ação popular, a pessoa jurídica interessada tem as opções de prescindir-se de contrapor o pedido, bem como de operar ao lado do autor, como litisconsorte, *desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente*¹⁰³. Nos episódios em que a ação é alvitrada pela pessoa jurídica interessada, o Ministério Público irá atuar de forma obrigatória, como fiscal da lei, sob pena de nulidade.

¹⁰² PRADO, Francisco Octavio de Almeida. Improbidade Administrativa. São Paulo: Malheiros, 2001.

¹⁰³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.



Ainda que em tese, não existe óbice para admitir a pessoa jurídica como sujeito ativo de improbidade administrativa - muito embora, pareça que, pela teoria do órgão, sempre caiba a responsabilidade direta a um agente público, pessoa física, tal como tradicionalmente acontece na seara penal, porque só a pessoa física seria capaz de emprestar subjetividade à conduta reputada ímproba (subjetividade esta exigida para toda a tipologia da Lei n. 8.429/92). Mais comum, entretanto, que a pessoa jurídica figure como beneficiária do ato, o que também lhe garante legitimidade passiva ad causam.¹⁰⁴

A prescrição da ação de improbidade se pauta no artigo 23, que abaliza duas conjecturas: pelo inciso I, a prescrição advém cinco anos posteriormente ao término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; para os que exercem cargo efetivo ou emprego, o inciso II institui que a prescrição sobrevém no mesmo prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público. Nada obstante, são imprescritíveis as ações de ressarcimento por danos causados por agente público, seja ele servidor público ou não, conforme o que é estabelecido pelo artigo 37, § 5º, da Constituição Federal. De tal modo, ainda que para outros arremates a ação de improbidade esteja prescrita, o mesmo não ocorrerá quanto ao ressarcimento dos danos.

2.6 A proteção da moralidade administrativa por meio da lei de improbidade

No tocante à improbidade, verifica-se que esta prática é gerida por intermédio da Lei de Improbidade Administrativa, que, de

¹⁰⁴ Cf. RESP 886.655/DF, Rel. Min. Mauro Campbell, Segunda Turma, DJE 08.10.10.



acordo com o autor Alexandre Mazza¹⁰⁵, é um *importante progresso na proteção da moralidade administrativa*, e pode ser tida como uma das precípuas ferramentas no exaurimento da corrupção administrativa. É perceptível o avanço da moralidade administrativa, de faculdade interna à administração pública, à efetivação da moralidade administrativa pelo prognóstico lícito do que não é ético-administrativo.

A magnitude da moralidade administrativa na contemporaneidade encontra-se entrelaçada a uma das basilares inovações na esfera do direito administrativo. Cuida-se de uma dilatação do princípio da legalidade. Há, por conseguinte, uma limitação mais elevada à discricionariedade administrativa, porquanto, como doutrina Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

[...] A sua atuação tem que ter fundamento na lei, mas também tem que observar os limites impostos pelos princípios e valores adotados explícita ou implicitamente pela Constituição. Hoje, a discricionariedade é limitada por princípios como os da razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, interesse público, impessoalidade, segurança jurídica, sem mencionar os valores inseridos nos artigos 1º a 4º da Constituição. A tal ponto vai a importância dos princípios que a sua inobservância caracteriza ato de improbidade definido no artigo 11 da Lei no 8.429, de 25-2-92. São princípios e valores que devem ser observados pelo legislador e pela autoridade administrativa e que, em consequência, podem ser apreciados pelo Poder Judiciário, seja para decretar a inconstitucionalidade de leis, seja para declarar a nulidade de atos administrativos.¹⁰⁶

¹⁰⁵ MAZZA, Alexandre. Manual de Direito Administrativo. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

¹⁰⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 20. Ed. São Paulo: Atlas, 2007.



A LIA tenciona assegurar a moralidade e probidade nas condutas desempenhadas pelos agentes públicos, zelando pelos interesses da coletividade, na medida em que contribui para a existência de uma administração proba. Por intermédio da função integrativa da Lei de Improbidade administrativa ao dispositivo constitucional, a mesma irá transferir ao agente público, a incumbência de tutelar e garantir a eficácia dos princípios constitucionais.

Os autores Arnaldo Rizzardo¹⁰⁷ e Fábio Medina Osório¹⁰⁸ asseguram, respectivamente, que a Lei de Improbidade Administrativa brasileira retrata uma compreensão de deveres éticos, combatendo às más condutas, e solidificando uma ética republicana no setor público, em que é possível asseverar que o sistema jurídico de probidade administrativa também coopera para a precaução de comportamentos ímprobos.

Considerações finais

Diante do exposto, é perceptível que a Lei de Improbidade Administrativa (LIA) foi editada com o sentido de repulsa à corrupção, com o intuito de zelar pela honestidade, integridade e eficácia nos atos dos agentes públicos. Desse modo, o elemento de tutela do mencionado Diploma Legal é precisamente a probidade administrativa, atendendo ao princípio da moralidade, bem como todos aqueles que estão previstos no caput do art. 37 da Constituição de 1988.

Acompanhando tal alegação, vê-se que a lei nº 8.429/92 trouxe penalidades, e também contornos congruentes à matéria. O art. 17 conjectura o processo judicial por meio do qual serão averiguadas as

¹⁰⁷

RIZZARDO, Arnaldo. Ação civil pública e ação de improbidade administrativa. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

¹⁰⁸ OSÓRIO. Fábio Medina. Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência. São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.



responsabilidades no tocante aos atos de improbidade e, por conseguinte, empregadas as sanções oportunas.

A corrupção é inadmissível e repudiada, sobretudo quando se fala na esfera da Administração Pública, haja vista que toda a estrutura desta é fruto dos esforços do povo e para estes devem ser revertidas suas condutas.

Referências bibliográficas

Constituição Federal de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil.**

COSTA, José Armando da. **Contorno jurídico da improbidade administrativa.** Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 3ª de. São Paulo: Atlas, 1993.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade Administrativa. Comentários à Lei 8.429/92 e Legislação Complementar.** São Paulo: Malheiros, 1997.

FREITAS. Juarez. **O controle dos atos administrativos e os direitos fundamentais.** 3ªed. São Paulo: Malheiros: 2004.

GIACOMUZZI, José Guilherme. **A moralidade administrativa e a boa-fé da Administração Pública: o conteúdo dogmático da moralidade administrativa.** 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade Administrativa.** 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MARTINS-COSTA. Judith. **A boa-fé no Direito Privado.** 1ª ed., 2ª tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MAZZA, Alexandre. **Manual de Direito Administrativo.** 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro.** 34ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

OSÓRIO. Fábio Medina. **Teoria da Improbidade Administrativa: má gestão pública, corrupção, ineficiência.** São Paulo: Revista dos tribunais, 2007.



PRADO, Francisco Octavio de Almeida. **Improbidade Administrativa**. São Paulo: Malheiros, 2001.

RIZZARDO, Arnaldo. **Ação civil pública e ação de improbidade administrativa**. Rio de Janeiro: GZ, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional positivo**. 19ª. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

WAICK, Fernanda Aime Lamp. **O princípio da moralidade administrativa e a lei de improbidade administrativa**. Rio Grande do Sul, 2009.



CONTRADITÓRIO E AMPLA DE DEFESA NA FASE PRÉ- PROCESSUAL: LEVANDO OS DIREITOS A SÉRIO

Américo Braga Júnior¹⁰⁹ – Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG e
Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/FAC.

Resumo:

Um dos temas mais sensíveis do Direito Processual Penal é a necessidade da presença dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório na fase pré-processual. Prevalece o entendimento de que tais garantias só seriam exigíveis a partir da formalização de uma acusação e, por conseguinte, não seriam de observância necessária na fase de investigação, por ausência de acusação formal. Decisão penal condenatória poderia ser lastreada em elemento informativo, ainda que não de modo exclusivo? A persecução criminal é indiscutivelmente estruturada em duas fases: a fase de investigação e a fase de acusação. A fase de investigação busca-se a elucidação de fatos. A fase de acusação ter por escopo decisão de mérito. A conclusão deve ser extraída do texto constitucional.

Palavras-chave: Investigação criminal, garantias constitucionais.

¹⁰⁹ Aprovado no Concurso de Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Piauí. Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos/UNISINOS. Mestre em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes/UCAM-RJ. Pós-graduado em Ciências Penais pela Fundação Escola Superior do Ministério Público/MG-FESMP. Pós-graduado em Criminologia/PUC-MG. Professor do Curso de Direito da Universidade do Estado de Minas Gerais/UEMG-Diamantina e Professor da Faculdade Arquidiocesana de Curvelo/FAC. Professor licenciado da Faculdade de Direito e Ciências Sociais do Leste de Minas/FADILESTE. Professor de pós-graduação e graduação das disciplinas Direito Constitucional, Direito Penal e Direito Processual Penal. americobragajunior@gmail.com



1. Introdução:

A persecução penal compreende dois momentos marcadamente distintos. A fase pré-processual e a fase processual. A fase pré-processual, conhecida como fase de investigação criminal, tem por escopo elucidar fato aparentemente delituoso, podendo ser conceituada como conjunto de diligências que vise a identificar fontes de prova, colher elementos informativos¹¹⁰, em especial atinentes à materialidade e aos indícios de autoria ou de participação, cujo destinatário principal é o titular da iniciativa da ação penal e, de modo secundário, o Poder Judiciário quando provocado a manifestar-se sobre a decretação ou não de medidas cautelares. A fase processual, cujo marco inicial é a deflagração da ação penal, possui por finalidade inarredável produzir prova sob a égide do contraditório judicial, cujo destinatário é o Poder Judiciário, no sentido de moldar o convencimento do magistrado, materializado na decisão judicial.

¹¹⁰ Importante destacar que elemento informativo é diferente de prova. Elemento informativo é o material colhido sem a observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Prova significa o material colhido com a observância do contraditório e da ampla defesa. O professor Renato Brasileiro de Lima ensina que prova só pode ser usada para se referir aos elementos de convicção produzidos, em regra, no curso do processo judicial, e, por conseguinte, com a necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa. Essa estrutura dialética da produção da prova, que se caracteriza pela possibilidade de indagar e de verificar os contrários, funciona como eficiente mecanismo para a busca da verdade. De fato, as opiniões contrapostas das partes adversas ampliam os limites da cognição do magistrado sobre os fatos relevantes para a decisão da demanda e diminuem a possibilidade de erros. [...] Foi bastante incisiva a Lei nº 11690/08, dando nova redação ao artigo 155, caput, do CPP: “O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. (LIMA, 2016, p. 50).



Qual o papel da fase de investigação? Colher elementos informativos e produzir provas (cautelares, não repetíveis ou antecipadas) para que o titular da iniciativa da ação penal forme seu convencimento no sentido do oferecimento da inicial acusatória, requeira o arquivamento dos autos do inquérito policial (ação penal pública) ou requisite novas diligências ao Delegado de Polícia. É também com base no material colhido na fase pré-processual que o titular da iniciativa da ação ou a própria autoridade policial requererá ou representará ao juiz para a decretação de medidas cautelares. E a fase processual, para que serve? O objetivo da fase processual é produzir prova para a formação da convicção do órgão julgador, com observância do arcabouço garantista insculpido na Constituição da República. Portanto, a persecução criminal estrutura-se de modo muito bem delineado, sendo composta por duas fases ou momentos. Não obstante o artigo 155 do Código de Processo Penal/CPP permitir que elementos informativos, desde que corroborados por prova, possam servir de fundamento a uma decisão penal condenatória, pedindo *vênia* aos que pensam em sentido diverso, entendemos que este permissivo infraconstitucional viola a estrutura da persecução criminal, qual seja, o sistema processual penal acusatório e direitos fundamentais individuais. Elementos informativos visam à formação do convencimento do titular da iniciativa da ação penal e não a influenciar a convicção do magistrado acerca do mérito do caso penal. Oferecida a inicial acusatória, os elementos informativos não poderiam integrar os autos do processo, pois já teriam exaurido a sua finalidade. A decisão judicial condenatória somente poderia fundamentar-se em prova, isto é, só poderia estar lastreada em material colhido em contraditório judicial. E as provas cautelares¹¹¹, não repetíveis¹¹² e antecipadas¹¹³

¹¹¹ Provas cautelares são aquelas em que há um risco de desaparecimento do objeto da prova em razão do decurso do tempo, em relação as quais o contraditório será diferido. Em regra dependem de autorização judicial. Exemplos de prova cautelar: interceptação das ligações telefônicas, busca domiciliar etc.



produzidas na fase de investigação? São aptas constitucionalmente a lastrear decisão penal condenatória, pois tais materiais são colhidos com observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

E a fase de investigação, fase que antecede ao processo, os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa devem ser observados? O Direito Processual Penal Brasileiro experimenta momento peculiar, no qual a acusação entende ser titular de inúmeros direitos processuais, tendo por fundamento legitimador o combate eficiente de uma criminalidade cada vez intensa e violenta; assim como a defesa se intitula gozar de inúmeras garantias, em sentido diametralmente oposto ao defendido pelo órgão acusatório. Raramente acusação e defesa possuem entendimentos coincidentes.

Um dos temas mais divergentes na fase pré-processual é o que versa sobre a presença dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa em tal fase da persecução criminal. O que diz a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 sobre o tema? Importante destacar que o direito não é aquilo que nós gostaríamos que ele fosse. É preciso compreender a relevância e a sensibilidade do ato de se interpretar um texto. Texto é diverso de norma. A norma é o produto, a consequência da interpretação do texto. Como muito bem ensina o professor Lenio Luiz Streck, o intérprete não está autorizado a conferir qualquer sentido ao texto, não pode dizer qualquer coisa sobre qualquer coisa. Não há marco

¹¹² Provas não repetíveis são aquelas que não tem como ser novamente coletadas ou produzidas, em virtude do desaparecimento da fonte probatória, em relação às quais o contraditório será diferido. Em regra não dependem de autorização judicial. Podemos citar os exames periciais nas infrações cujos vestígios podem perecer.

¹¹³ Provas antecipadas são aquelas produzidas com a observância do contraditório real, perante a autoridade judiciária, em momento processual distinto daquele legalmente previsto, ou até mesmo antes do início do processo, em virtude de situação de urgência e relevância. Exemplo de prova antecipada são as hipóteses previstas nos artigos 225 e 366 do CPP.



zero. O intérprete deve ter a capacidade de suspender suas pré-concepções, seus pré-conceitos, e buscar conferir sentido ao texto de modo autêntico e legítimo, produzindo norma jurídica com fundamento constitucional e não de acordo com a sua consciência. A característica solipsista, decisionista da interpretação, desde sempre vem sendo correta e duramente denunciada por Streck¹¹⁴, em suas já

¹¹⁴ Como já se viu, deslocar o problema da atribuição de sentido para a consciência é apostar, em plena era do predomínio da linguagem, no individualismo do sujeito que “constrói” o seu próprio objeto de conhecimento. Pensar assim é acreditar que o conhecimento deve estar fundado em estados de experiência interiores e pessoais, não se conseguindo estabelecer uma relação direta entre esses estados e o conhecimento objetivo de algo para além deles (Blackburn). Isso, aliás, tornou-se lugar comum no âmbito do imaginário dos juristas. Com efeito, essa problemática aparece explícita ou implicitamente. Por vezes, em artigos, livros, entrevistas ou julgamentos, os juízes (singularmente ou por intermédio de acórdãos nos Tribunais) deixam “claro” que estão julgando “de acordo com a sua consciência” ou “seu entendimento pessoal sobre o sentido da lei”. Em outras circunstâncias, essa questão aparece devidamente teorizada sob o mato do poder discricionário dos juízes. Não se pode olvidar a “tendência” contemporânea (brasileira) de apostar no protagonismo judicial como uma das formas de concretizar direitos. Esse “incentivo” doutrinário decorre de uma equivocada recepção daquilo que ocorreu na Alemanha pós-segunda guerra a partir do que se convencionou a chamar de Jurisprudência dos valores [...]. [...] Pode-se dizer que, tanto na operacionalidade *stricto sensu* como na doutrina, são perceptíveis, no mínimo, dois tipos de manifestação do paradigma da subjetividade (filosofia da consciência), que envolve exatamente as questões relativas ao ativismo, decisionismo e a admissão do poder discricionário. O primeiro trata do problema de forma mais explícita, “assumindo” que o ato de julgar é um ato de vontade (para não esquecer o oitavo capítulo da Teoria Pura do Direito de Kelsen); ainda nesse primeiro grupo devem ser incluídas as decisões que, no seu resultado, implicitamente trata(ra)m da interpretação de modo solipsista. São decisões que se baseiam em um conjunto de métodos por vezes incompatíveis ou incoerentes entre si ou, ainda, baseadas em leituras equivocadas de autores como Ronald Dworkin ou até mesmo Gadamer, confundindo a “superação” dos métodos com relativismos e/ou irracionalismos. No segundo grupo, encontramos as decisões que buscam justificações no plano de uma racionalidade argumentativa, em especial, os juristas adeptos das teorias da argumentação jurídica, mormente a matriz alexyana. Também nestas estará



clássicas obras “Hermenêutica Jurídica em Crise”; “Verdade e Consenso”, “O que é isto, decido conforme minha consciência”, dentre outras.

A doutrina majoritária e os Tribunais entendem que na fase pré-processual não há a presença dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, pois em tal fase não haveria acusação, mas sim mera investigação. O entendimento esposado fundamenta-se no artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República de 1988, que exigiria a observância da ampla defesa e do contraditório apenas quando houvesse acusação, o que não ocorreria na fase de investigação. Por outro lado, doutrinadores como o professor Aury Lopes Jr.¹¹⁵ defendem a possibilidade de observância de tais princípios constitucionais na investigação criminal. Como a Constituição do Brasil disciplina o tema?

Não resta dúvida de que a fase pré-processual é uma fase de investigação e não de acusação. A Constituição da República de 1988 instituiu um extenso rol de direitos e de garantias

presente o problema paradigmático, uma vez que as teorias da argumentação são dependentes da discricionariedade. (STRECK, 2013, pp. 20, 23 e 24).

¹¹⁵ Segundo o professor Aury Lopes Jr., no inquérito policial, a defesa técnica está limitada, pois limitada está a defesa como um todo. Ainda que o direito de defesa tenha expressa previsão constitucional, como explicamos anteriormente, na prática, a forma como é conduzido o inquérito policial quase não deixa espaço para a defesa técnica atuar no seu interior. Por isso, diz-se que a defesa técnica na fase pré-processual tem uma atuação essencialmente exógena, através do exercício do habeas corpus e do mandado de segurança, que, em última análise, corporificam o exercício do direito de defesa fora do inquérito policial. Dentro do inquérito policial basicamente só existe a possibilidade de solicitar diligências, nos estreitos limites do art. 14 do CPP. Contudo, é errado dizer-se que não existe direito de defesa no inquérito (LOPES JR., 2014 p. 226). Concordamos com o conteúdo externado pelo professor Aury, apenas divergimos acerca de tal conteúdo caracterizar ou não o exercício da ampla defesa. Pedindo licença, entendemos que o fato de ser cabível a impetração das ações constitucionais de Habeas Corpus e Mandado de Segurança não significa ampla defesa. Portanto, permanecemos alinhados ao entendimento no sentido da ausência dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório na fase pré-processual.



fundamentais. Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório devem ser observados sempre que houver uma acusação formal. Não havendo acusação, não haverá exigência constitucional para que tais garantias fundamentais sejam observadas. A não observância de tais princípios constitucionais na fase de investigação não significa autorização para que direitos e garantias fundamentais do investigado possam ser violados. Qualquer investigado, pessoa física ou jurídica, é sujeito de direitos, gozando de um potente arcabouço principiológico (direitos fundamentais) que inexoravelmente irradia efeitos cogentes na fase pré-processual. A doutrina que defende a observância do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação criminal afirma que a não observância de tais princípios violaria, em última análise, o exercício da ampla defesa, tornando a eventual e futura decisão condenatória ilegítima e inconstitucional. Com todas as vênias, discordamos deste respeitável entendimento e mais, entendemos que a não presença de contraditório e da ampla defesa na investigação criminal é uma garantia fundamental da própria defesa.

2. Sistema processual penal acusatório:

O sistema processual penal brasileiro é o acusatório, não obstante alguns doutrinadores defenderem ser o misto. O sistema processual penal acusatório possui como característica marcante uma clara divisão de funções no processo. Um determinado órgão é incumbido da função acusatória (Ministério Público); outro órgão exerce o papel da defesa (advocacia) e um terceiro órgão, independente e autônomo dos outros dois, incumbido do julgamento (Poder Judiciário). Essa estrutura processual, na qual ocorre uma importante e clara divisão de papéis a serem exercidos no processo penal está claramente posta na Constituição de 1988.

Renato brasileiro de Lima (LIMA, 2016, pp. 39 e 40), assim ensina:



[...] o sistema acusatório caracteriza-se pela presença de partes distintas, contrapondo-se acusação e defesa em igualdade de condições, e a ambas se sobrepondo um juiz, de maneira equidistante e imparcial. Aqui, há uma separação das funções de acusar, defender e julgar. O processo caracteriza-se, assim, como legítimo *actum trium personarum*. [...] No sistema acusatório, a gestão das provas é função das partes, cabendo ao juiz um papel de garante das regras do jogo, salvaguardando direitos e liberdades fundamentais. Diversamente do sistema inquisitorial, o sistema acusatório caracteriza-se por gerar um processo de partes, em que autor e réu constroem através do confronto e solução justa do caso penal. A separação das funções processuais de acusar, defender e julgar entre sujeitos processuais distintos, o reconhecimento dos direitos fundamentais ao acusado, que passa a ser sujeito de direitos e a construção dialética do caso pelas partes, em igualdade de condições, são, assim, as principais características desse modelo.

Luigi Ferrajoli (FERRAJOLI, 2006. p. 518) destaca:

São características do sistema acusatório a separação rígida entre o juiz e a acusação, a paridade entre acusação e defesa e a publicidade a oralidade do julgamento. Lado outro, são tipicamente próprios do sistema inquisitivo a iniciativa do juiz em campo probatório, a disparidade de poderes entre acusação e defesa e o caráter escrito e secreto da instrução.

O artigo 5º, inciso LV, do texto constitucional, impõe a presença dos princípios (garantias fundamentais) do contraditório e da ampla defesa sempre que houver acusação. Pressuposto para o exercício do contraditório e da ampla defesa é a definição formal e o conhecimento por parte da defesa dos fatos, em tese criminosos, imputados ao acusado. Exercer a ampla defesa em relação a qual imputação? Contradizer quais fatos? Não é dado ao intérprete construir violentamente o seu próprio objeto. O texto limita a arte interpretativa. A norma construída deve, necessariamente, guardar aderência ao texto objeto da interpretação, sob pena de inaceitável



fragilização da autonomia do Direito e afastamento do Estado Democrático. A norma legítima que admite o inciso LV do artigo 5º é a norma no sentido de que os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa somente são exigidos constitucionalmente quando houver, formalmente, uma acusação devidamente definida e individualizada.

A fase acusatória inicia-se com o oferecimento da denúncia ou da queixa crime (ação penal pública ou ação penal privada). Nos termos do artigo 41 do Código de Processo Penal/CPP, a denúncia ou a queixa conterà a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou sinais pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas. A inicial acusatória atribui a prática de determinados e específicos fatos ao réu. O réu se defende dos fatos imputados a si. A acusação penal consubstancia-se na narrativa fática contida na peça acusatória, delimitando o objeto da acusação e, por conseguinte, viabilizando o exercício das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa. Como base nessa premissa, não é possível exigir a presença de contraditório e de ampla defesa em momento no qual não haja imputação formal dos fatos constitutivos da acusação ao suposto autor da infração penal.

Reiterando o pedido de licença aos que pensam de modo diverso, a ausência de contraditório e de ampla defesa na fase de investigação em nada prejudica o investigado ou o futuro acusado. Ousamos dizer que tal característica da fase pré-processual os beneficia. O artigo 5º, inciso LIV, do texto constitucional insculpe a norma estrutural do Direito Processual ou estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal. O devido processo constitucional, portanto, no mesmo instante em que limita o exercício do poder, legitima a decisão judicial no sentido de interferir na liberdade (pessoa física) ou no patrimônio da pessoa (pessoa física ou jurídica). O artigo 155 do CPP, redação dada pela Lei nº 11690/08, distingue elemento informativo de prova. Elemento informativo é o material colhido sem a observância dos



princípios do contraditório e da ampla defesa. Já a prova, é o elemento colhido com a presença de tais princípios/garantias constitucionais. O artigo 155 do diploma processual penal estabelece que o juiz formará a sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Os elementos informativos colhidos na fase de investigação possuem como escopo máximo formar o convencimento do titular da iniciativa da ação penal no sentido de deflagrá-la em juízo ou não e não influenciar na formação da convicção do magistrado acerca do mérito. As provas produzidas sob contraditório judicial – aí sim – possuem por finalidade máxima influenciar na formação da convicção do magistrado no tocante ao mérito da demanda. Ou seja, oferecida a inicial acusatória, o material colhido na fase pré-processual torna-se imprestável, não devendo acompanhar os autos do processo penal e muito menos ser ponderado pelo juiz na formação de seu convencimento acerca do mérito do caso penal, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. Malgrado o entendimento esposado, a conclusão sufragada majoritariamente no Poder Judiciário é no sentido de que elemento informativo corroborado por prova tem o condão de participar na construção da convicção do magistrado atinente ao mérito penal.

Não há dúvida de que a utilização de elemento informativo para fundamentar decisão penal condenatória viola flagrantemente o artigo 5º, inciso LIV, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Como pode material colhido sem a participação da defesa, sem a oportunidade defensiva de contradizer tal material, servir juridicamente para influenciar a decisão terminativa do Poder Judiciário? Verdade que o artigo 155 do CPP permite que elemento informativo, desde que não de modo exclusivo, seja utilizado na prolação de decisão penal condenatória. Entretanto, tal texto é infraconstitucional e colide com a norma do devido processo



constitucional. Como a redação do artigo 155 do CPP foi dada pela Lei nº 11690/08, a nosso juízo trata-se de texto inconstitucional. A participação de elemento informativo na fase processual macula, de modo grave, toda a estrutura constitucional do Direito Processual Penal. Assiste razão à Aury Lopes Junior quando afirma (LOPES JR., 2014, p.106):

A fraude reside no fato de que a prova é colhida na inquirição do Inquérito policial, sendo trazida integralmente para dentro do processo e, ao final, basta o belo discurso do julgador para imunizar a decisão. Esse discurso vem mascarado com as mais variadas fórmulas, do estilo: a prova do inquérito é corroborada pela prova judicializada; cotejando a prova policial com a judicializada; e assim todo um exercício imunizatório (ou melhor, uma fraude de etiquetas) para justificar uma condenação, que na verdade está calcada nos elementos colhidos no segredo da inquirição. O processo acaba por converter-se em uma mera repetição ou encenação da primeira fase.

Alguns Delegados de Polícia¹¹⁶, Advogados, defendem a necessária presença dos princípios do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual.

Na hipótese da presença de contraditório da ampla defesa na colheita de determinados materiais, tais materiais serão adjetivados de prova e não de elemento informativo. Em uma primeira análise se poderia pensar que seria a algo benéfico à defesa. Talvez sim, no sentido de sofisticar a qualidade do material produzido, o que poderia obstaculizar a deflagração da ação penal. Porém, tal ganho seria meramente aparente, tendo em vista que para se propor uma ação penal condenatória em juízo bastam prova da materialidade do

¹¹⁶ Podemos citar o professor e Delegado de Polícia no Estado do Paraná, Henrique Hoffmann Monteiro de Castro em artigo publico no Conjur em 01 de novembro de 2016, defendendo a exigência do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação criminal.



fato, indícios suficientes da autoria ou da participação e a presença da punibilidade. Ou seja, são requisitos que dificilmente a presença de contraditório e de ampla defesa teria o condão de afastar na fase de investigação. A presença de advogado na fase de investigação acompanhando o cliente, a possibilidade da impetração das ações constitucionais de Habeas Corpus e de Mandado de Segurança, bem como a possibilidade de requerer diligências e oitiva de testemunhas não significa a presença das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Mas qual vantagem teria o investigado pela ausência de tais garantias na investigação criminal? O material colhido sem a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa (elemento de informação) jamais poderia interferir na formação da convicção do órgão julgador, sob pena de violação do devido processo constitucional. Destaca-se que, oferecida a inicial acusatória, os elementos de informação se tornam inúteis por já terem exaurido sua finalidade constitucional. Por outro lado, caso o material seja colhido com a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa, tal material será adjetivado de prova e, assim sendo, estará apto constitucionalmente a lastrear decisão penal condenatória. O equívoco está na admissão de elemento informativo, ainda que não exclusivo, na decisão condenatória. Elemento informativo não se presta a influenciar o magistrado no que diz respeito ao mérito do caso penal. A prova é que tem por escopo influenciar na formação da convicção do órgão julgador acerca dos atributos constitutivos do conceito analítico ou dogmático de infração (Fato Típico, Antijuridicidade e Culpabilidade), jamais elemento informativo. Elemento informativo poderia ser utilizado para formar o convencimento do juiz no tocante à inocência do acusado, pois a ausência de contraditório e da ampla defesa não poderia prejudicar a defesa, mas poderia beneficiá-la.

3. A Constituição da República e o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (lei nº 8906/94).



A Constituição da República de 1988, em seu artigo 133, define que o advogado é indispensável à administração da justiça, sendo inviolável por seus atos e manifestações no exercício da profissão, nos termos da lei. Não há dúvida alguma acerca da imprescindibilidade do advogado na prestação jurisdicional. O que se discute não é a possibilidade da presença do advogado na fase de investigação, mas sim se a Constituição da República exige a observância das garantias fundamentais do contraditório e da ampla defesa. A ausência de tais garantias teria o condão de ensejar a nulidade da decisão judicial prolatada?

O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil (Lei nº 8906/94), no artigo 7^a, inciso XIV, define que é direito do advogado examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigação de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital. O inciso XXI do referido artigo estabelece, como direito do advogado, assistir a seus clientes investigados durante a apuração de infrações, sob pena de nulidade absoluta do respectivo interrogatório ou depoimento e, subsequentemente, de todos os elementos investigatórios ou probatórios dele decorrentes ou derivados, direta ou indiretamente, podendo, inclusive, no curso da respectiva apuração apresentar razões e quesitos (redação dada pela Lei nº 13245/16).

O Enunciado de Súmula Vinculante nº 14 sufraga o previsto no Estatuto da OAB: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”. Portanto, a inobservância do artigo 7^o, inciso XIV, da Lei nº 8906/94 propicia a impetração de Mandado de Segurança e da propositura e Reclamação constitucional por inobservância da Súmula Vinculante nº 14. Não há dúvida de que é direito do investigado ou indiciado ter a oportunidade de estar



acompanhado por advogado na fase pré-processual. Um dos graves perigos do atual momento da arte jurídica é a negligência conceitual que vem ocupando espaço no Sistema de Justiça Criminal. O próprio Supremo Tribunal Federal/STF, ao emitir o Enunciado da Súmula Vinculante nº 14 não se pautou pela boa técnica. No procedimento investigatório, todo o material colhido sem a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa caracteriza-se como elemento informativo e não como elemento de prova. Pode soar como apego exagerado aos conceitos, mas não o é, pelo contrário. A clara distinção entre elemento informativo e prova é condição de possibilidade para a efetiva existência de um Sistema Processual Penal Acusatório, com observância estrita ao Devido Processo Constitucional. O STF refere-se à polícia judiciária, quando é sabido da importante distinção entre polícia judiciária e polícia investigativa. Em outras palavras, é preciso levar os direitos a sério.

Com licença aos entendimentos contrários, tais direitos do advogado não consubstanciam materialização da ampla defesa e do contraditório na investigação criminal. É preciso distinguir direito de defesa, ampla defesa e contraditório. Indaga-se: e se a autoridade policial negar requerimento do advogado no sentido da realização de determinada diligência, oitiva de determinada pessoa, por exemplo, será cabível a interposição de algum recurso? Será cabível a impetração de Mandado de Segurança para proteger direito do advogado ou Habeas Corpus para tutelar direito do investigado? Destaca-se que o artigo 5º, inciso LV, da Constituição da República, estabelece que aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Detalhe, mas não de pouco relevância, é o conteúdo da ampla defesa. A previsão do cabimento de recurso é inerente à efetiva ampla defesa.

O fato da fase pré-processual (investigação e não de acusação) ser inquisitiva não significa que direitos do investigado, do indiciado ou de quem quer que seja possa ser violado. Não se trata disso. Havendo violação de direito, a Constituição da República prevê



instrumentos capazes de fazer cessar a ilegalidade, tais como o Habeas Corpus, o Mandado de Segurança, a Reclamação Constitucional e outros. Direito de defesa é diferente de observância da ampla defesa e do contraditório na fase de investigação criminal. O direito de defesa é inerente ao ser humano, à pessoa jurídica, aos entes despersonalizados, extraindo a sua legitimidade e constitucionalidade em várias normas constitucionais, em especial no princípio do inafastabilidade da jurisdição, contido no artigo 5º, inciso XXXV, quando institui que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.

Procedimento investigativo não é processo. Parece-nos que o fundamental é responder a seguinte indagação? Há acusação na fase de investigação? Se sim, por imposição constitucional deve haver a observância dos princípios do contraditório e da ampla defesa. Se não, não haverá necessidade da observância de tais garantias constitucionais. Conforme demonstrado e pedindo licença aos entendimentos em sentido diverso, na fase pré-processual não há processo, não é mesmo? Na fase pré-processual, fase de investigação, há investigação e não acusação. Se houvesse acusação seria fase de acusação e não de investigação.

4. Conclusão:

A discussão acerca da necessidade ou não da observância dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na fase pré-processual perpassa pela incompreensão do papel dos direitos e das garantias fundamentais na atual quadra da história. O fato de o investigado ou o indiciado sofrer macula em sua órbita jurídica em decorrência do material colhido na fase de investigação, faz com que o debate acerca do tema seja intenso e importante.

Para a devida compreensão constitucional da persecução penal, torna-se necessária a definição clara do escopo do material colhido na fase pré-processual. Defendemos que o material colhido na fase de investigação possui por finalidade principal formar o convencimento do titular da iniciativa da ação penal no sentido de



deflagrá-la em juízo ou não e por finalidade secundária subsidiar o magistrado no sentido da decretação ou não de medidas cautelares no curso da fase pré-processual. Após o oferecimento da inicial acusatória, o material produzido na investigação terá exaurido o seu papel constitucional, tornando-se imprestável para qualquer outro fim, salvo as provas cautelares, antecipadas e não repetíveis. Elemento de informação que participar da fase processual (fase de acusação e de ampla defesa e de contraditório), caracterizar-se-á prova ilegítima, devendo ser desentranhado dos autos do processo.

Na fase de investigação criminal há direito de defesa, mas não contraditório e ampla defesa. Na verdade, direito de afastar eventual ilegalidade, o que é inerente a um Estado de Direito e Democrático. A não observância do contraditório e da ampla defesa, em uma persecução penal delimitada por uma fase investigativa e por uma fase posterior acusatória, constitui, inclusive, uma garantia do acusado. De qual forma?

O material colhido na fase de investigação sem a observância do contraditório e da ampla defesa constitui elemento de informação. Elemento de informação esgota seu fim constitucional com o oferecimento da inicial acusatória. A garantia da defesa residiria no fato de que os elementos de informação produzidos na fase pré-processual não poderiam ser utilizados no processo, muito menos poderiam interferir na formação da convicção do magistrado acerca do mérito do caso penal. Por outro lado, a colheita de material na fase investigativa sob a égide dos princípios do contraditório e da ampla constituiria prova, e por ser prova, teria o condão de participar da formação da convicção do magistrado acerca do mérito do caso penal.

Por fim, conclui-se que a não presença dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa na fase de investigação é o entendimento constitucionalmente adequado ao tema, por não ensejar prejuízo algum à defesa (até porque não há acusação), além de constituir uma garantia fundamento do acusado.



O direito não é aquilo que cada um gostaria que ele fosse. O intérprete não pode conferir qualquer sentido a qualquer coisa. O texto limita o intérprete. Não há marco zero. É preciso vontade de Constituição.

Referências bibliográficas:

BRASIL, *Constituição* (1988).

BRASIL, *Decreto Lei nº 3689/1941* (Código de Processo Penal)

LIMA, Brasileiro de. *Manual de Processo Penal*. 4º ed. Salvador: Ed. JusPODIVM, 2016.

LOPES Jr. Aury. *Direito Processual Penal*. 11º edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto – decido conforme minha consciência?* 4 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.



O NEPOTISMO E SUA INTERPRETAÇÃO PARA AGENTES POLÍTICOS

Lara de Aguiar Gonçalves¹¹⁷

Resumo

O presente artigo tem por finalidade discutir acerca do nepotismo e a sua interpretação para agentes políticos, visando a análise dos princípios constitucionais da Administração Pública. A Súmula Vinculante nº 13 do STF prevê a vedação da nomeação de parentes, isto é, cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, para o preenchimento de qualquer cargo administrativo, incluindo cargo em comissão ou de confiança, com base no artigo 37, *caput*, da Constituição da República. Através do desmembramento e discussão dos princípios e ordenamentos citados, foi possível vislumbrar a relação conflituosa entre a mencionada Súmula e a sua compreensão no que se refere aos agentes políticos.

Palavras-chave: Súmula Vinculante nº 13; nepotismo; princípios da Administração Pública; agentes políticos.

Abstract

The purpose of this article is to discuss nepotism and its interpretation for political agents, aiming at the analysis of the constitutional principles of Public Administration. The binding legal precedent 13 from the Federal Supreme Court of Brazil (STF) provides for the prohibition of the appointment of relatives, that is, spouse, partner or relative in a direct line, collateral or by affinity, up to the third degree, to fill any administrative position, including a commission or trust position, based on article 37, *caput*, of the Brazilian Republic Constitution. Through the dismemberment and discussion of the principles and legal orders aforementioned, it was

¹¹⁷ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Diamantina.



possible to glimpse the conflictual relationship between the mentioned binding legal precedent and its understanding with regards to political agents.

Keywords: Binding Summary 13; nepotismo; principles of Public Administration; political agentes.

Introdução

O nepotismo, isto é, a ação de nomear parentes para ocupação de cargos, ocorre há muito tempo em todo o mundo. No Brasil, sempre foi prática recorrente no cenário da política, e no da administração, principalmente por não existir ordenamento que regulasse a sua ilegalidade.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a atuação do agente público passou a ser disciplinada de forma expressa, estabelecendo-se princípios que pautam a Administração Pública em seu texto constitucional. O artigo 37, *caput*, dispõe sobre os tais princípios, ou seja, a legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Dessa maneira, o nepotismo passou a ser conflitante com a atuação do agente público.

Contudo, mesmo após a publicação da Carta Magna, os princípios da Administração Pública foram, de certa forma, ignorados por meio da autonomia político-administrativa também garantida na referida Constituição. O agente público se aproveita do formalismo jurídico para encontrar brechas que facilitem lesar o texto constitucional.

Portanto, notou-se a necessidade de complementar a Constituição Federal de 1988, o que foi feito por meio da Súmula Vinculante nº 13, em seu texto, reforça os princípios constitucionais da Administração Pública, vedando a nomeação de familiares em linha reta, colateral ou por afinidade, até terceiro grau, para cargos públicos. Além da criação do Decreto nº 7.203 de junho de 2010, também com o objetivo de dar fim a prática inconstitucional do nepotismo, bem como a Resolução nº7 editada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), entre outros. De acordo com Fernanda Marinela:

Esses diplomas proíbem a presença de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por



afinidade, até o terceiro grau, inclusive dos respectivos membros ou juízes vinculados ao tribunal, assim como de qualquer servidor ocupante de cargo de direção ou assessoramento, para exercer cargo em comissão ou função de confiança, para as contratações temporárias e para as contratações diretas com dispensa ou inexigibilidade de licitação em que o parentesco exista entre os sócios, gerentes ou diretores da pessoa jurídica.¹¹⁸

Entretanto, ainda assim, inúmeros casos de nepotismo ocorrem no Brasil, e daí surge a discussão acerca da Súmula Vinculante nº 13, que tem o objetivo de extinguir o nepotismo de todos os âmbitos do setor público, e a sua devida interpretação sobre os agentes políticos.

O presente artigo procura analisar a diferenciação de cargos públicos de natureza política e de natureza administrativa, com o intuito de buscar esclarecer provável lacunas existentes na Súmula Vinculante nº 13 no que tange aos agentes políticos, assim como a possibilidade de violação dos princípios mencionados. Para elucidar as questões apontadas, realizou-se pesquisas em doutrinas, jurisprudências, análise do ordenamento, além de casos práticos. Por fim, para tal, a situação-problema se divide nesse artigo em três categorias: princípios constitucionais da Administração Pública, o nepotismo e os princípios da Administração Pública, e a Súmula Vinculante nº 13 e os agentes políticos.

1. Princípios constitucionais da Administração Pública

A Constituição da República de 1988 em seu artigo 37, *caput*, disciplina acerca da Administração Pública, de forma a colocar como imprescindíveis alguns princípios para gerir a mesma:

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos

¹¹⁸ MARINELA, Fernanda. Curso de Direito Administrativo. São Paulo: Saraiva. 5ª ed., pg. 65.



princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte.¹¹⁹

Os princípios citados no artigo acima regem a Administração Pública para garantir a sua eficácia, visto que, a sua preocupação principal é o desempenho do Estado para acossar o interesse público. Dessa forma, os cinco princípios apontados no artigo 37, *caput*, do texto constitucional são mínimos, vale ressaltar que vários outros estão previstos no ordenamento jurídico infraconstitucional.

A legalidade é o princípio constitucional que se caracteriza como alicerce do Estado Democrático de Direito, assegurando que todas as lides ou questões sejam resolvidas pela lei. Insta constar que para o direito privado a legalidade se baseia no interesse particular, permitindo que este faça tudo que a lei não proíba, entretanto, para o direito público a legalidade se respalda no interesse coletivo, com isso a Administração Pública só é concedida de realizar o que está possibilitado na lei. Nesse sentido, destaca José dos Santos Carvalho Filho:

Na teoria do Estado moderno, há duas funções estatais básicas: a de criar a lei (legislação) e a de executar a lei (administração e jurisdição). Esta última pressupõe o exercício da primeira, de modo que só se pode conceber a atividade administrativa diante dos parâmetros já instituídos pela atividade legisferante. Por isso é que administrar é função subjacente à de legislar. O princípio da legalidade denota exatamente essa relação: só é legítima a atividade do administrador público se estiver condizente com o disposto na lei.¹²⁰

O princípio da impessoalidade define que o trabalho do agente público deve ser fundado na ausência de subjetividade. Enquanto que o da moralidade aponta a necessidade do administrador atuar com observância

¹¹⁹ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília, DF: Senado Federal.

¹²⁰ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito Administrativo – 28º edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 20.



aos conceitos éticos, isto é, no que se trata de sua atuação, além de analisar critérios como, por exemplo, de conveniência, oportunidade e justiça, deve-se atentar ao que é certo e ao que é errado. Sendo assim, de acordo com José dos Santos Carvalho Filho esses princípios estão ligados entre si, o que se confirma no trecho abaixo:

Sem dúvida, tais princípios (da moralidade e da impessoalidade) guardam íntima relação entre si. No tema relativo aos princípios da Administração Pública, dissemos que se pessoas com idêntica situação são tratadas de modo diferente, e, portanto, não impessoal, a conduta administrativa estará sendo ao mesmo tempo imoral. Sendo assim, tanto estará violado um quanto o outro princípio.¹²¹

A moralidade também está intimamente ligada ao princípio da legalidade, já que para ser um administrador adequado, este deve estar a par tanto da lei como dos princípios que regem a Administração Pública. Como se observa:

A Constituição referiu-se expressamente ao princípio da moralidade no art. 37, *caput*. Embora o conteúdo da moralidade seja diverso do da legalidade, o fato é que aquele está normalmente associado a este. Em algumas ocasiões, a imoralidade consistirá na ofensa direta à lei e aí violará, *ipso facto*, o princípio da legalidade. Em outras, residirá no tratamento discriminatório, positivo ou negativo, dispensado ao administrado; nesse caso, vulnerado estará também o princípio da impessoalidade, requisito, em última análise, da legalidade da conduta administrativa.¹²²

No que tange a respeito do princípio da publicidade vale dizer que basicamente se refere a obrigação da Administração Pública de divulgação dos seus atos com o objetivo de dar conhecimento público aos administrados. Esse princípio é de extrema importância por gerar efeitos a

¹²¹ Ibid., p. 248.

¹²² Ibid., p. 22.



análise da condição de eficácia para os atos administrativos, bem como a fiscalização da atuação dos agentes administrativos pela população, permitindo a indagação quanto a legalidade e eficiência desses atos. Por fim, vale destacar que o mesmo artigo 37 da Constituição prevê em seu § 3º, II, que é preciso propiciar “o acesso dos usuários a registros administrativos e as informações sobre atos de governo, observado o disposto no art. 5º, X e XXXIII”¹²³, ou seja, versa sobre exceções ao princípio da publicidade nas situações invioláveis a intimidade e a vida privada (art. 5º, X, CF) e as circunstâncias legais de sigilo (art. 5º, XXXIII, CF).

Para finalizar a abordagem em relação aos princípios apresentados no artigo 37 da Constituição, é preciso compreender o da eficiência, em outras palavras, a exigência para que a Administração Pública seja gerenciada com presteza, rendimento funcional e perfeição, corresponde à conduta do agente. Sendo assim, entende-se que o princípio da eficiência tem por escopo a produtividade e a economicidade, ou melhor, a redução do desperdício do dinheiro público e rendimentos que sejam característicos da iniciativa privada. É válido destacar o entendimento do José dos Santos Carvalho Filho no que toca a esse tema:

Vale a pena observar, entretanto, que o princípio da eficiência não alcança apenas os serviços públicos prestados diretamente à coletividade. Ao contrário, deve ser observado também em relação aos serviços administrativos internos das pessoas federativas e das pessoas a elas vinculadas. Significa que a administração deve recorrer à moderna tecnologia e aos métodos hoje adotados para obter a qualidade total da execução das atividades a seu cargo, criando, inclusive, novo organograma em que se destaquem as funções gerenciais e a competência dos agentes que devem exercê-las. Tais objetivos é que ensejaram as recentes ideias a respeito da *administração gerencial* nos Estados modernos (*public management*), segundo a qual se faz necessário identificar uma gerência

¹²³ BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Brasília, DF: Senado Federal.



pública compatível com as necessidades comuns da Administração, sem prejuízo para o interesse público que impele toda a atividade administrativa.¹²⁴

2. O nepotismo e os princípios da Administração Pública

O nepotismo, de acordo com o Minidicionário Soares Amora, significa a “1. Autoridade excessiva que os parentes dos papas exerciam na administração eclesiástica; 2. *por ext* favoritismo ou apadrinhamento, em geral voltado para parentes ou amigos íntimos.”¹²⁵

No que se refere a Administração Pública o nepotismo se configura como o ato realizado por um agente público que, por meio da sua colocação de poder, favorece um ou mais parentes para os contratar ou nomear.

A prática do nepotismo representa grave violação aos princípios da Administração Pública disciplinados no texto da Carta Magna, bem como a Súmula Vinculante nº 13, explicitada adiante, e o Decreto nº 7.203 de junho de 2010, que em seu artigo 1º dispõe: “Art. 1º A vedação do nepotismo no âmbito dos órgãos e entidades da administração pública federal direta e indireta observará o disposto neste Decreto.”¹²⁶ No decorrer do referido Decreto, o artigo 3º versa o seguinte:

Art. 3º No âmbito de cada órgão e de cada entidade, são vedadas as nomeações, contratações ou designações de familiar de Ministro de Estado, familiar da máxima autoridade administrativa correspondente ou, ainda, familiar de ocupante de cargo em comissão ou função de confiança de direção, chefia ou assessoramento, para:

I – cargo em comissão ou função de confiança;

¹²⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Direito Administrativo – 28ª edição. São Paulo: Editora Atlas, 2015. p. 31-32.

¹²⁵ Minidicionário Soares Amora da língua portuguesa / Antônio Soares Amora. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

¹²⁶ BRASIL, Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010. Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm.



II – atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público, salvo quando a contratação tiver sido precedida de regular processo seletivo; e

III – estágio, salvo se a contratação for precedida de processo seletivo que assegure o princípio da isonomia entre os concorrentes.¹²⁷

O mesmo Decreto considera a entidade como sendo as autarquias, as fundações, as empresas públicas e as sociedades de economia mista; e familiar como o cônjuge, o companheiro ou o parente em linha reta ou colateral, por consanguinidade ou afinidade, até terceiro grau. Vide o exposto, é importante especificar acerca do grau de parentesco:

	Parente em linha reta	Parente colateral	Parente por afinidade (familiares do cônjuge)
1º grau	Pai, mãe e filho (a).		Padrasto, madrasta, enteado(a), sogro(a), genro e nora.
2º grau	Avô, avó e neto (a).	Irmãos.	Cunhado(a), avô e avó do cônjuge.
3º grau	Bisavô, bisavó e bisneto (a).	Tio (a) e sobrinho (a).	Concunhado(a).

Com base no parentesco apresentado na tabela acima, entende-se que o nepotismo é presumido nas situações em que algum dos familiares especificados são admitidos para cargos em comissão e função de confiança, na contratação de pessoa jurídica de familiar por agente público

¹²⁷ Ibid., 2010.



responsável por licitação e na nomeação de familiares para vagas de atendimento a necessidade temporária de excepcional interesse público.¹²⁸

Ademais, é válido salientar que em alguns casos será necessária a realização de uma apuração específica para identificar indícios de nepotismo em circunstâncias que não estejam explicitadas no ordenamento mas que apresentem a atuação da autoridade influenciada por seus familiares, o que deve ser comprovado, e não presumido.

3. A Súmula Vinculante nº 13 e os agentes políticos

A Súmula Vinculante nº 13 foi editada pelo Supremo Tribunal Federal com o escopo de impedir a prática do nepotismo, o seu precedente vem da Resolução nº 7, de 18 de outubro de 2005, do Conselho Nacional de Justiça, a Ação Declaratória de Constitucionalidade 12, entre outros. Baseia-se também no artigo 37, *caput*, da Constituição Federal, que enuncia os princípios republicanos da Administração Pública. A referida Súmula apresenta o seguinte texto:

Súmula Vinculante 13

A nomeação de cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, inclusive, da autoridade nomeante ou de servidor da mesma pessoa jurídica investido em cargo de direção, chefia ou assessoramento, para o exercício de cargo em comissão ou de confiança ou, ainda, de função gratificada na administração pública direta e indireta em qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, compreendido o ajuste mediante designações recíprocas, viola a Constituição Federal.¹²⁹

¹²⁸ Cf. Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. Publicado em 27 de janeiro de 2016. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/nepotismo/perguntas-e-respostas#nepo4>.

¹²⁹ BRASIL, Superior Tribunal Federal. Súmula Vinculante nº 13, 2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>



Tanto durante, como após a aprovação da Súmula Vinculante nº 13 ocorreram muitos debates acerca da sua interpretação e execução, já que o seu texto é complexo e de difícil entendimento. Com base na redação da Súmula, entende-se que o nepotismo é vedado nos casos que se tratam de uma função ou cargo administrativos, dessa forma, foi disciplinado que a nomeação de familiares para cargos públicos que tenham natureza política não desprezaria a essência da Súmula Vinculante nº 13, nem do artigo 37, *caput*, da Constituição Federal. O Ministro Ayres Britto destaca nesse sentido em seu voto no Recurso Extraordinário 579951:

Então, quando o art. 37 refere-se a cargo em comissão e função de confiança, está tratando de cargos e funções singelamente administrativos, não de cargos políticos. Portanto, os cargos políticos estariam fora do alcance da decisão que tomamos na ADC nº 12, porque o próprio capítulo VII é Da Administração Pública enquanto segmento do Poder Executivo. E sabemos que os cargos políticos, como por exemplo, o de secretário municipal, são agentes de poder, fazem parte do Poder Executivo. O cargo não é em comissão, no sentido do artigo 37. Somente os cargos e funções singelamente administrativos - é como penso - são alcançados pela imperiosidade do artigo 37, com seus lapidares princípios. Então, essa distinção me parece importante para, no caso, excluir do âmbito da nossa decisão anterior os secretários municipais, que correspondem a secretários de Estado, no âmbito dos Estados, e ministros de Estado, no âmbito federal.¹³⁰

Como pode-se perceber, a jurisprudência que justifica essa decisão se pauta na diferenciação dos cargos públicos e dos administrativos. Logo, os cargos administrativos com base no artigo 37, II, da Constituição Federal, institui que para exercer um emprego público é imprescindível a aprovação em concurso público ou prova de títulos, entretanto, a interpretação para os agentes políticos se apresenta diferente, isto é,

¹³⁰ [RE 579951](#), Voto do Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2008, DJe de 24.10.2008.



permite a nomeação de parentes para cargos de secretários municipais, os secretários de Estado e os ministros de Estado. O Ministro Dias Toffoli afirma que os cargos políticos são definidos pela:

Livre nomeação ou exoneração, fundadas na fidúcia, mas também por seus titulares serem detentores de um *monus* governamental decorrente da Constituição Federal, não estando os seus ocupantes enquadrados na classificação de agentes administrativos. Em hipóteses que atinjam ocupantes de cargos políticos, a configuração do nepotismo deve ser analisado caso a caso, a fim de se verificar eventual 'troca de favores' ou fraude a lei. Decisão judicial que anula ato de nomeação para cargo político apenas com fundamento na relação de parentesco estabelecida entre o nomeado e o chefe do Poder Executivo, em todas as esferas da federação.¹³¹

Dessa maneira, o prefeito do Rio de Janeiro no ano de 2008 foi acusado de praticar nepotismo ao nomear seu filho para Secretário Chefe da Casa Civil do município, e utilizou da interpretação do Ministro Ayres Britto em que afirma a existência de uma lacuna na Súmula Vinculante nº 13, a qual não alberga a nomeação para cargos políticos como nepotismo.

Outro caso foi do prefeito de Campina do Monte Alegre, que de acordo com o Ministério Público, praticou nepotismo nomeando um sobrinho e um cunhado para os cargos de Secretários Municipal. Entretanto, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo nem chegou a analisar a ação, considerando que a referida Súmula nº 13 só se enquadra em cargos de natureza administrativa. Após essa decisão, o Ministério Público recorreu ao STF, onde o Ministro Luiz Fux alegou que nos casos em que o cargo é de natureza política o parentesco não basta para invalidar a nomeação.

A presença dessa brecha na citada Súmula demonstra-se como uma violação aos princípios da Administração Pública, visto que a escolha aparentemente não estaria sendo feita com base na competência, mas sim

¹³¹ [Rcl 7590](#), Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 30.9.2014, DJe de 14.11.2014.



no favoritismo. De acordo com o constitucionalista Paulo Iotti, o STF, ao interpretar a questão dos agentes políticos dessa forma, faz com que a Súmula perca quase todo seu sentido útil.

Considerações finais

Através da análise dos ordenamentos e casos apresentados no texto, é possível notar claramente o grande dilema acerca da devida interpretação da Súmula nº 13 do Supremo Tribunal Federal, em especial ao que tange a compreensão da mesma para os agentes políticos.

Percebe-se que a diferente perspectiva sobre a Súmula nº 13 em relação aos cargos de natureza política, em que a nomeação de parentes não se configura como nepotismo, e os cargos de natureza administrativa, em que a nomeação de familiares se caracteriza como nepotismo, se mostra como uma violação aos princípios constitucionais da Administração Pública, principalmente o da moralidade e o da impessoalidade.

Por fim, nota-se que a Súmula Vinculante nº 13 busca determinar a atuação do agente público de forma a cumprir os princípios enunciados no artigo 37, caput, da Constituição Federal, entretanto, a situação controversa em que se encontra provoca brechas desagradáveis para o gerenciamento eficiente da administração. Com isso, é perceptível a necessidade de o STF buscar uma maneira de solucionar essa polêmica questão, por meio da revogação ou reafirmação da Súmula Vinculante nº 13.

Referências

ALMEIDA, Yuri. **STF esclarece que nomeação de parentes sem qualificação para cargo político é nepotismo**. Atual7. Disponível em: <https://atual7.com/noticias/politica/2016/02/stf-esclarece-que-nomeacao-de-familiares-sem-qualificacao-para-cargo-politico-e-nepotismo/>. Acesso em: 21 de outubro de 2017.

BANDEIRA DE MELO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

BERWIG, Aldemir. **Súmula Vinculante nº 13 do STF e cargos em comissão: uma medida necessária?**. Âmbito Jurídico. Disponível em:



http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7577.

Acesso em: 18 de outubro de 2017.

BRASIL, Conselho Nacional de Justiça. **O que é o nepotismo?**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/campanhas/356-geral/13253-o-que-e-nepotismo>). Acesso em: 21 de outubro de 2017.

BRASIL, Decreto nº 7.203, de 4 de junho de 2010. **Dispõe sobre a vedação do nepotismo no âmbito da administração pública federal**. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2007-2010/2010/Decreto/D7203.htm. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

BRASIL, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Perguntas e Respostas**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/nepotismo/perguntas-e-respostas#nepo4>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

BRASIL, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União. **Nepotismo**. Disponível em: <http://www.cgu.gov.br/assuntos/etica-e-integridade/nepotismo>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

BRASIL, Superior Tribunal Federal. **Súmula Vinculante nº 13, 2008**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>. Acesso em: 19 de outubro de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Aplicação das Súmulas no STF**. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menusumario.asp?sumula=1227>. Acesso em: 21 de outubro de 2017.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Pesquisa de Jurisprudência**. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/jurisprudenciaSumulaVinculante/anexo/SUV_11_12_13__Debates.pdf. Acesso em: 21 de outubro de 2017.

BRASIL. CNJ. **Resolução Nº 7, de 18 de Outubro de 2005 (Atualizada com a Redação da Resolução Nº 09/2005 e Nº 21/2006)**. Disponível em: http://www.cnj.jus.br/index.php?option=com_content&view=article&i



[d=101:resolu-no-7-de-18-de-outubro-de-2005-atualizada-com-a-reda-da-resolu-no-092005-e-no-212006-&catid=57:resolucoes&Itemid=512.](http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2358461)

Acesso em: 18 de outubro de 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, 1988.** Brasília, DF: Senado Federal.

BRASIL. STF. **Ação Direta de Constitucionalidade nº 12.** Rel. Min. Ayres Britto. j. 20.08.2008. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2358461>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Direito Administrativo – 28ª edição.** São Paulo: Editora Atlas, 2015.

CERA, Denise. **Nomeação de parentes para cargos políticos configura nepotismo?** Blog Acontece. Disponível em: <http://www.lfg.com.br/conteudos/artigos/direito-administrativo/nomeacao-de-parentes-para-cargos-politicos-configura-nepotismo-denise-cristina-mantovani-cera>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo.** 26. ed. - São Paulo: Atlas, 2013.

Justificando: Mentis inquietas pensam Direito. Carta Capital. **Julgamento de “nepotismo” no STF permitiu Crivella indicar parente para secretaria.** Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/02/julgamento-de-nepotismo-no-stf-permitiu-crivella-indicar-parente-para-secretaria/>. Acesso em: 15 de outubro de 2017.

MAGALHÃES, Bruno Barata. **Agente político municipal e a Súmula Vinculante nº 13. Análise do verbete nº 13 do Supremo Tribunal Federal em face da Reclamação nº 7.317.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 14, n. 2018, 9 jan. 2009. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/12181>>. Acesso em: 26 out. 2017.

PEREIRA, Leiner. **A Proibição do Nepotismo na Administração Pública.** Solução Pública. Disponível em: http://www.solucaopublica.com.br/index.php?option=com_content&view=



[article&id=140:a-proibicao-do-nepotismo-na-administracao-publica&Itemid=21](#). Acesso em: 21 de outubro de 2017.

Portal AZ. STF: Conselheiro de TCE não é exceção à Súmula contra o nepotismo. Disponível em:

<https://www.portalaz.com.br/noticia/brasil/246985/stf-conselheiro-de-tce-nao-e-excecao-a-sumula-contr-o-nepotismo>. Acesso em: 18 de outubro de 2017.

RAFAEL VALIM, *O princípio da segurança jurídica no direito administrativo brasileiro*, Malheiros, 2010.

Rcl 7590, Relator Ministro Dias Toffoli, Primeira Turma, julgamento em 30.9.2014, DJe de 14.11.2014.

RE 579951, Voto do Ministro Ayres Britto, Tribunal Pleno, julgamento em 20.8.2008, DJe de 24.10.2008.

Revista Consultor Jurídico. **Nomear parente para cargo político não é nepotismo**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2009-mai-08/nomear-parente-cargo-politico-nao-nepotismo-reafirma-supremo>.

Acesso em: 20 de outubro de 2017.

Revista Consultor Jurídico. **Só há nepotismo quando parente influencia diretamente na seleção**. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-fev-26/nepotismo-quando-parente-influencia-diretamente-selecao>. Acesso em: 20 de outubro de 2017.

SOUTO, Isabella. STF abre brecha para a volta do nepotismo. Disponível em:

https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2016/02/16/interna_politica,734631/stf-abre-brecha-para-a-volta-do-nepotismo.shtml. Acesso em: 18 de outubro de 2017.



PORQUE NÃO ME UFANO DOS PENSADORES BRASILEIROS: UMA CONTRA HISTÓRIA DA FILOSOFIA NOS CURSOS DE DIREITO

Pedro Henrique Nascimento Zanon¹³²

Resumo:

O Brasil carece de uma identidade que seja reconhecida e formada pelos brasileiros. Essa deficiência não é difícil de ser reconhecida em lastros históricos. A exemplificar nossa independência ser dada por um príncipe português que se declara imperador e não rei, visto que império contempla vários povos e rei apenas um. O território brasileiro nasce antes do povo brasileiro, nossa bandeira representa marcas da natureza milenar e não de um processo de revolução popular, como típico de bandeiras trifásicas. Mas então, se vivemos em desigualdade de identidade nacional, porém, sob o mesmo passaporte, porque a filosofia brasileira que propõe azeitar um pouco mais nossa identidade é esquecida pelos currículos educacionais, tanto no ensino superior quanto no ensino básico? A angústia é originada na pergunta: A filosofia brasileira está presente nos ensinamentos de filosofia? Esta pergunta exige uma bipolaridade em sua resposta. Se afirmativa, questiona-se como a filosofia brasileira aparece no ensino, quais os temas abordados e quais os autores. Se negativa, qual o motivo dessa ausência, quais fatores poderiam

¹³² Doutorando e Mestre em Direito e Garantias Fundamentais, pós-graduado em Direito Tributário e Processo Tributário e graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Vitória (ES), Professor da Universidade Estadual de Minas Gerais. Advogado.



explicá-lo. Este trabalho se propõe a fornecer um pequeno substrato para auxiliar a compreensão da problemática acima. Nosso enfrentamento se dedica a analisar como a filosofia brasileira aparece na evolução dos parâmetros curriculares dos cursos de Direito no Brasil. Dado o aspecto cronológico, nos norteamos pelo último projeto político pedagógico da faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo fruto dessa construção cronológica.

Palavras-chave: Filosofia brasileira; ensino jurídico; parâmetros curriculares do curso de Direito.

Introdução

Típico de uma tradição colonial, em grande parte a identidade brasileira foi construída por pensamentos de fora. A começar pelo exemplo da carta de Pero Vaz de Caminha no descobrimento oficial em 1500, em especial pelo pedido expresso de emprego a um parente no último parágrafo (CAMINHA, 1963). Na ocasião, não se tratava propriamente de um ato de corrupção, pois não havia meios diversos de alcançar um emprego que não pelo pedido direto ao rei. A forma metodológica de construir a história do Brasil também foi feita por um estrangeiro, mais propriamente um alemão, Carl Friedrich Philipp Von Martius, que chegou ao Brasil pela comitiva da Imperatriz Leopoldina em 1817. Von Martius fez um famoso estudo intitulado “Como se deve escrever a história do Brasil”, e que o Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro considera sobre a maneira de como se deve escrever a história do Brasil (VON MARTIUS, 1845, pgs 382-403).

A identificação de uma filosofia nacional se fez pelo mesmo passeio. Farias Brito, um cearense identificado como um dos maiores pensadores do Brasil, apenas teve a originalidade de sua filosofia por um americano chamado Fred Gillette Sturm, ao apresentar uma tese no IV Congresso Nacional de Filosofia (STURM, 1962). Os demais trabalhos, com maioria de brasileiros, apenas abordaram a obra do pensamento britano de forma genérica e



monográfica.

O Brasil carece de uma identidade que seja reconhecida e formada pelos brasileiros. Essa deficiência não é difícil de ser reconhecida em lastros históricos. A exemplificar nossa independência ser dada por um príncipe português que se declara imperador e não rei, visto que império contempla vários povos e rei apenas um. O território brasileiro nasce antes do povo brasileiro, nossa bandeira representa marcas da natureza milenar e não de um processo de revolução popular, como típico de bandeiras trifásicas (CHAUI, 2012, p. 63).

De mais a mais, a tradição da história geral nos mostra que marcas de identidade são frutos de processos populares em busca de interesses germinados em pensamentos filosóficos coletivos. O reconhecimento no outro como diferente, mas igual em dignidade nasce pelas concepções éticas e filosóficas fundantes da convivência em sociedade.

Mas então, se vivemos em desigualdade de identidade nacional, porém, sob o mesmo passaporte, porque a filosofia brasileira que propõe azeitar um pouco mais nossa identidade é esquecida pelos currículos educacionais, tanto no ensino superior quanto no ensino básico? A angústia é originada na pergunta: A filosofia brasileira está presente nos ensinamentos de filosofia? Esta pergunta exige uma bipolaridade em sua resposta. Se afirmativa, questiona-se como a filosofia brasileira aparece no ensino, quais os temas abordados e quais os autores. Se negativa, qual o motivo dessa ausência, quais fatores poderiam explicá-lo.

Este trabalho se propõe a fornecer um pequeno substrato para auxiliar a compreensão da problemática acima. Nosso enfrentamento se dedica a analisar como a filosofia brasileira aparece na evolução dos parâmetros curriculares dos cursos de Direito no Brasil.

1. A filosofia e as diretrizes da educação nacional

A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (lei nº



9.394/96) rege as disposições gerais sobre a construção da educação básica ao ensino superior e pós-graduação. Dentre as finalidades exposta, a formação da cidadania é destacada no artigo 2º. Aparentemente, a filosofia e a sociologia não são importantes para esta finalidade, haja vista a revogação em 2008 do inciso III do § 1o do art. 36, que expressava a necessidade do “domínio dos conhecimentos de Filosofia e de Sociologia necessários ao exercício da cidadania”.

A alteração legislativa pela lei 11.684/2008, no mesmo ato, criou o inciso IV ao artigo 36 com o teor de que “serão incluídas a Filosofia e a Sociologia como disciplinas obrigatórias em todas as séries do ensino médio”. A abolição da filosofia e da sociologia como necessário ao exercício da cidadania foi aprovada pela Comissão de Educação e Cultural da Câmara do Deputados com parecer do deputado relator César Bandeira, que destacou essas disciplinas como formadoras da cidadania e de identidade nacional¹³³.

Em termos de ensino superior, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional é silente sobre disciplinas básicas ou obrigatórias e também não dispõe expressamente sobre finalidade de formação cidadã, como ocorre ao tratar dos ensinos básico e médio. Esta é uma amostra do cenário legislativo que conduz nossa formação identitária.

1.1. Como a filosofia aparece na cronologia da formação das diretrizes curriculares nacionais para o curso de graduação em

¹³³ No teor do parecer: “foi realizada uma audiência pública, no dia 24 de junho, nesta Comissão, em que o Sr. Antonio Ibáñez Ruiz, Secretário de Educação Média e Tecnológica, do MEC, reafirmou a necessidade do ensino da filosofia e da sociologia como disciplinas formadoras da cidadania. [...]O nosso encaminhamento pela aprovação já, de um projeto que beneficiará a formação integral do estudante, objetiva acelerar o processo de inclusão das disciplinas no currículo escolar, e a de inclusão dos estudantes na sociedade com: senso crítico, capacidade de analisar as situações, sentimento ético, lógica e identidade social”.



direito

Os primeiros cursos de Direito no Brasil, datados de 1827 a 1962, eram regidos por um currículo nacional único e inalterável. O curso tinha a explícita finalidade de formação de sábios magistrados e peritos advogados; deputados e senadores; diplomatas; e empregados do Estado.

Pela lei de 11 de agosto de 1827, Olinda e São Paulo foram as primeiras cidades autorizadas pelo Imperador Dom Pedro II a instalarem o curso de Direito. Apesar de diversas alterações nos primeiros anos, a formação curricular continha muitas disciplinas reproduzidas em nossa contemporaneidade. A peculiaridade está na disciplina de Direito Público Eclesiástico, que persistiu até uma alteração em 1854, ao incluir as cadeiras de Direito Romano e Direito Administrativo. Este formato curricular não prestigiava a filosofia com uma cadeira própria e sequer era difundida no particular de outras disciplinas.

Após proclamação da república em 1889, a influência do positivismo alcançou os parâmetros curriculares do curso de Direito. Ainda em 1889, o esforço de Benjamin Constant para reformação do Brasil introduziu uma disciplina de história geral do direito junto com filosofia direito (FERREIRA, 1950, p. 432). Em 1895, a lei 314 implantou um novo currículo ao curso de Direito, a filosofia aparece como a primeira cadeira a curso de Direito e separada da disciplina de história, contemplada no quinto não do curso.

Com uma década de autonomia disciplinar, a filosofia do Direito é retirada de pauta pela Reforma Rivadávia e 1911 que alterou o sistema educacional brasileiro. Em seu lugar, adotou-se a disciplina de introdução geral ao estudo do direito. Essa alteração perdurou até 1915, onde levou-se a cabo uma reforma do ensino superior coordenada pelo governo de Wenceslau Braz. O ministro da época, Carlos Maximiliano, foi encarregado de restaurar a disciplina de filosofia e neste ato, proferiu as seguintes palavras em sua exposição de motivos:



Só a filosofia explica os fundamentos do direito, a sua razão de existir, exalta o espírito sedento de saber, apresenta-lhe a ciência de Ihering e Puchta como um ideal excelso, digno de sacrifícios voluntários e dedicações ardentes. A enciclopédia encara-o de modo positivo, terra a terra, como uma fonte de resultados práticos e imediatos. E não só do pão vive o homem..." (FERREIRA, 1950, p. 437)

Ao nosso ver, este pendular da disciplina de filosofia no curso de Direito da época transpassa a transição do pensamento tradicional e ideológico para o pensamento racionalista e empírico, influenciada pelo positivismo. Após 1915, a filosofia teve uma vida mais longa no curso de Direito. Decorrido algumas décadas, em 1961, a lei 4.024 instituiu um currículo mínimo ao curso de Direito e a filosofia não aparecia entre as quatorze disciplinas obrigatórias.

Os pareceres do Conselho Federal de Educação de nº 977/1965 e nº 269/1967 marcaram as primeiras pós-graduações no Brasil e definir uma política educacional com maior coerência de pesquisa e participação de mestres e doutores. Ocorre que o curso de Direito foi originariamente gestado para promover autoridades do Estado, havia pouca preocupação com desenvolvimento científico e a filosofia que tende a atuar como pilar na construção de um Direito justo foi então esquecida. Sobre a participação do Direito nas propostas de pós-graduação, Bastos aduz:

não foi exatamente o que aconteceu, especialmente devido ao corporativismo intelectual e à falta de aplicação de recursos na área jurídica pelo poder público ou pelas entidades privadas na pós-graduação (BASTOS, 2000, p. 318)

A disciplina de filosofia será afastada dos parâmetros mínimos curriculares do curso de Direito até 1980 por uma proposta da Comissão de Especialistas de Ensino Jurídico constituída pelo



Ministério da Educação. A disciplina de filosofia volta a aparecer, mas agora no segundo ano letivo sem novas afastamentos. A resolução nº 9 de 2004, do Conselho Nacional de Educação, especifica no artigo 5º que os curso de graduação em Direito deverão atender ao ensino da filosofia como eixo de formação fundamental.

1.2. A filosofia jurídica no projeto político pedagógico

Tomaremos o projeto político pedagógico de 2010 da Universidade Federal do Espírito Santo como amostra para nossa pesquisa. Não é a pretensão lançar ataques infundados, os dados colhidos por esta amostra possuem tendência de serem verificados em outras instituições de ensino superior. Ao atender a diretriz nacional de parâmetro educacionais, a Faculdade de Direito da UFES dispõe da cadeira de filosofia interligada ao ensino da ética no primeiro período do curso e carga horário de 60 horas. Vamos tratar a seguir de forma diagnóstica apenas da parte atribuída ao ensino da filosofia.

Os objetivos da disciplina são assim compostos: 1) Compreender os momentos mais significativos da história do pensamento ocidental; 2) Desenvolver consciência crítica para o exercício da capacidade humana de se interrogar e para uma participação mais ativa na comunidade em que vive; 3) Adquirir conhecimentos teóricos para o enriquecimento da reflexão ética; 4) Perceber a estreita relação existente entre a Ética e o Direito.

O conteúdo programático possui os seguintes tópicos: 1. Aproximação a Filosofia 1.1. O que é Filosofia? 1.2. Reflexão filosófica: criticidade, radicalidade, totalidade. 2. Tendências Filosóficas Contemporâneas 2.1. Idealismo 2.2. Materialismo 2.3. Positivismo. Positivismo no Brasil 2.4. Neo-Positivismo 2.5. Existencialismo 2.6. Fenomenologia 2.7. Estruturalismo 2.8. A Filosofia no Brasil.

Por fim, a bibliografia é dividida em obrigatória e complementar. A bibliografia obrigatória contempla os seguintes



livros:

MORENTE, Manuel García. Fundamentos de Filosofia: noções preliminares. 8ª Ed. São Paulo: Mestre Jou, 1980. REALE, Giovanni;

ANTISERI, Dario. História da Filosofia. Volumes 1 ao 7. São Paulo: Paulus, 2007, 2005, 2009, 2009, 2007 e 2007.

Já a bibliografia complementar é conduzida pelos livros a seguir:

BORNHEIN, Gerd A. Introdução ao filosofar. 8ª ed. Rio de Janeiro: Record, 1980. BUZZI, Arcangelo R. Introdução ao pensar. 11ª ed. Petrópolis: Vozes, 1983.

CHAUÍ, Marilena et. Al. Primeira filosofia. 4ª ed. São Paulo: Brasiliense, 1984.

CORBISIER, R. C. de A. Introdução à filosofia. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1983.

COTRIM, Gilberto. Fundamentos da filosofia para uma geração consciente: elementos da história do pensamento ocidental. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

CYRINO, Hélio. Filosofia hoje. 5ª ed. Campinas. Papyrus, 1986.

MORENTE, Manoel G. Fundamentos de filosofia - lições preliminares. 2ª ed. São Paulo. Mestre Jou, 1966.

NIELSEN NETO, Henrique. Filosofia básica. 2ª ed. São Paulo, Atual Editora, 1985. NUNES, Cesar A. Aprendendo filosofia. Campinas, Papyrus, 1986.

OLIVEIRA, Admardo S. et. al. Introdução ao pensamento filosófico. 4ª ed. São Paulo, Edições Loyola, 1990.

OLSCAMP, Paul J. Introdução à Filosofia. Rio de Janeiro. Livros Técnicos e Científicos Editora, 1980.

TELLE, Antônio Xavier. Introdução ao estudo de filosofia. 26ª ed. São Paulo, Ed. Ática, 1989.

TOBIAS, José Antônio. Iniciação à filosofia. 7ª ed. Presidente



Prudente, Ed. Da UNOESTE, 1986.

Os dados levantados no projeto político pedagógico da UFES também são próximos, dadas suas peculiaridades, de outras faculdades como Universidade de São Paulo e Universidade Federal do Rio de Janeiro. A característica de ministrar uma filosofia geral e ausência de, ao menos nos projetos políticos pedagógicos, trabalhar com bibliografias originárias de alguma filosofia brasileira do Direito são verificadas em diversos parâmetros curriculares de faculdades de Direito no Brasil. A amostra da UFES é destacada como uma ilustração a esse cenário.

2. Filosofia brasileira para um caldo de cultura

Em hipótese, tendemos a dizer o Direito brasileiro não se preocupou no ensino da filosofia, a começarmos por observar a construção cronológica das bases curriculares do curso de Direito no Brasil. Há um pêndulo que se move, por vezes, em décadas a fio, na bipolaridade da presença e da ausência da filosofia. O Brasil não possui uma tradição de ensino jurídico filosófico.

Nossa tradição de parâmetros curriculares diz que o ensino do Direito foi construído pelo viés dogmático, onde a zetética pouco se desenvolveu e pouco foi fomentada pelas academias. O marco zero curricular de 1824 foi explícito ao dizer que a pretensão era a formação de um corpo para compor o alto escalão da Império, o objetivo era formar juízes, senadores, diplomatas, etc.

O avançar no calendário e, com ele, a criação de novos diplomas normativos que modularam o ensino jurídico não rompeu com a concepção do curso de Direito ser destinado a domesticação de um corpo político estatal.

O projeto político pedagógico exemplificado segue na mesmo trilhar. A observamos já na bibliografia obrigatória que contempla um espanhol e um italiano respectivamente. Te certo modo, a carência de nacionalismo e reconhecimento identitário é revelada por



este dado. O Direito possui como objeto de estudo os conflitos sociais e a filosofia se propõe a dar ouvidos aos pormenores desse objeto.

Não se trata de promover um xenofobismo acadêmico filosófico, mas de reconhecer a riqueza do pensamento brasileiro. O projeto político pedagógico ilustrado traz a filosofia no Brasil no último tópico a ser apresentado no apagar das luzes. E então, continuaremos a tentar reproduzir as ideologias externas e passar ao largo de um ensino jurídico emancipatório.

Em projeções nacionais, há que conformar, repetidores das estéticas e pensamentos de fora são a regra. A exceção são instituições e docentes que se apegam a riqueza da filosofia brasileira, sobretudo da filosofia jurídico brasileira de pensadores como Joaquim Nabuco, Frei Caneca, Farias Brito, Oliveira Vianna, Francisco Campo, Rui Barbosa, Goffredo Telles Junior, Miguel Reale, Tobias Barreto, Silvio Romero, dentre tantos outros que se esforçaram em pensar o Brasil.

Falta de caldo de cultura não há. Mas então podemos compreender: ou há um poder interessado em silenciar esses pensadores; ou temos preconceito da filosofia nacional. Até porque, nossa identidade é construída por elementos de fora e o próprio pensamento de formação identidade é um projeto político europeu, gestado no século XIX.

A lamentação por identidade também deve ser cautelosa, haja vista que seu enaltecimento é a base do chauvinismo francês, do paneslavismo, do pangermanismo, do nazismo, dentre outros fascismos. A identidade deve ser envolvida pelo nacionalismo e o conhecimento filosófico nacional pertence ao eixo fundamental. A ausência de nacionalismo não é peculiar a filosofia jurídica nos cursos de Direito, a despontar também na própria produção cultural e de como ela é reconhecida, alguns casos:

Johnny Alf, pianista (mulato brasileiro de nome americano, disfarçando o nome verdadeiro: João Alfredo);



Antônio Jobim, maestro (compositor repetidamente acusado de apropriar-se de músicas norte-americanas, esconde o nome Antônio sob o apelido americanizado de Tom);

Vinícius De Moraes, poeta (velho compositor desconhecido até o advento da bossa nova, já em 1933 conseguia gravar a fox-canção “Dor de uma saudade”, imitando o ritmo norte-americano);

João Gilberto, violinista (cidadão baiano, conhecido na intimidade por Gibi, de quem chegou a anunciar-se que ia requerer a cidadania norte-americana). (NERCOLINI, 2006, p. 127)

Nossa produção intelectual clama por reconhecimento brasileiro. O caso brasileiro demonstra uma recusa da individualidade ser diluída na coletividade. O “eu” brasileiro não se identifica com sua raiz nacional, haja vista nos encartarmos na construção de imaginários externos. Decentes de imigrantes que chegaram ao Brasil por consequência da pobreza de seu país de origem, após séculos, ainda continuam se afirmando estrangeiros (alemães, italianos, japoneses, etc.).

Como é possível construir um conceito de reconhecimento, identidade e nacionalismo quando o pensamento genuíno brasileiro é censurado? De fato, as culturas mais abastardadas são empoderadas da definição da história e decidem, dentre os diversos relatos possíveis e infinitas narrativas sobre a natureza humana, aquela que deve ser considerada oficial. Com a filosofia não é diferente, algumas histórias filosóficas são consagradas como legítimas em detrimento de outras tantas, novas ou velhas.

Esse domínio de um relato vencedor filosófico produz um certificado de confiança e que censura novas tendências. A tradição que, por exemplo, perpassa por Parmênides, Heráclito, Sócrates, Platão, Aristóteles, Agostinho, Tomás de Aquino, Descartes, Kant, Hegel, (...), é comum em nossas universidades, haja vista o selo de



confiança desses pensadores. Mas isso não pode desvirtuar o pensamento brasileiro como marginal, periférico ou alternativo.

3. A mercantilização do ensino jurídico brasileiro

Dado o tom melancólico do ensino filosófico brasileiro do Direito, passamos a observar nosso padrão universitário. A educação moderna está voltada para a produção do homem centrado nas necessidades dos avanços científicos vislumbrados pela sociedade: “Esse homem deve ser competitivo, individualista, heterônomo e desconsiderado na sua subjetividade” (LORENZONI 1999, p. 43). O autor também aduz que, “a escola como espaço para o desenvolvimento da autonomia”, a relação entre a fábrica (mercado de trabalho) e a escola (centros de formação), ao fazer a seguinte citação de Marques:

Fábrica e escola moderna nascem juntas e condicionam o processo de politização, democratização e laicização da instrução e de uma reorganização do saber, que acompanha o surgimento da ciência acoplada à indústria... Expandem-se e ramificam-se os sistemas educacionais nacionais, inertes e alheios às necessidades de transformações rápidas, defasados em relação aos conhecimentos que de fato impulsionam o processo produtivo, mas não são como tais, liberados para sua reprodução nas condições de consumo generalizado. (Marques, 1993, p. 67-73 in Marques, 1995, p. 106, apud LORENZONI, 1999, p. 43)

Ao notar este desvio da função da universidade, inclusive nas faculdades de Direito, é oportuno aos objetivos do ensino evitar que a produção de conhecimento tenha interesses comerciais em primeiro plano e os anseios da sociedade em segundo, terceiro, ..., plano. Assim, como ilustra João Baptista Herkenhof, ao tratar sobre a missão ética da universidade:



Melhorar a Universidade é dever de todos nós. Comprometê-la com as lutas do povo, com o entendimento das carências da comunidade, com seu engajamento na solução de desafios de nosso Estado e de nosso país é juramento que não podemos postergar. Corrigir suas falhas e debater seus eventuais erros e equívocos é ponto indispensável na pauta das grandes preocupações nacionais. (HERKENHOF, 1996, p. 49)

Herkenhof (1996, p. 54) também aborda a missão ética da universidade ao falar sobre educação libertadora, capaz de desenvolver o censo crítico e contribuir para transformação do mundo por meio de agentes formadores do conhecimento universitário. Essa ideia se insere na divisão entre autônomos e heterônomos os agentes formadores de conhecimento. Agentes heterônomos são aqueles com formação científica vinculada a um interesse comercial, não são capazes de inovar no campo da ciência, mas apenas de produzir conhecimento destinados à indústria. Em contraponto à aceção de heteronomia, os Parâmetros Curriculares Nacionais (2001) preceituam:

A autonomia refere-se à capacidade de posicionar-se, elaborar projetos e participar enunciativa e cooperativamente de projetos coletivos, ter discernimento, organizar-se em função de metas eleitas, governar-se, participar da gestão de ações coletivas, estabelecer critérios e eleger princípios éticos, etc. Isto é, a autonomia fala de uma relação emancipada, íntegra coma as diferentes dimensões da vida, o que envolve aspectos intelectuais, morais, afetivos e sociopolíticos.

Neste campo devemos destacar ainda a importância da autonomia didático-científica e do dever de observação ao princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, previsto pelo o artigo 207 da Constituição Federal. No mesmo sentido, o Plano



Nacional de Educação ainda ressalta a importância da autonomia da universidade dispõe:

A diretriz básica para o bom desempenho desse segmento é a autonomia universitária, exercida nas dimensões previstas na Carta Magna: didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial.

A Constituição Federal preceitua que o dever do Estado com a Educação efetiva-se mediante a garantia de, entre outros, acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da crítica artística, segundo a capacidade de cada um. (BRASIL, 2001)

O ensino como finalidade fundamental da universidade, mas ainda deve ser reforçado a importância da pesquisa e a extensão, previsto também no artigo 207. Boaventura de Souza Santos aborda a questão da indissociabilidade do tripé ensino, pesquisa, extensão e ainda enfatiza o problemático crescimento das faculdades de Direito no Brasil que em maioria não se preocupam em cumprir o dispositivo constitucional:

No Brasil e em outros países tem-se assistido a uma expansão enorme no número de faculdades de direito, principalmente privadas. Só para se ter uma ideia, havia 69 faculdades de direito em 1960, nos anos de 1990, esse número subiu para 400 e, hoje, são 1046, sendo o país com mais instituições deste tipo no mundo. A quantidade aqui não quer dizer qualidade, já que muitas instituições centraram suas atividades apenas no ensino e mesmo assim marcado por uma prática pedagógica tradicional e tecnicista. Muitos cursos não têm investimento na formação pedagógica de seus professores e não implementaram o tripé ensino/pesquisa/extensão de maneira satisfatória. (2007a, p.71-72)

O crescimento desenfreado das faculdades de Direito produz



um quadro alarmante na qualidade do ensino jurídico no país, de tal forma que novas faculdades são criadas descomprometidas com a formação de cientistas e direito “acabaram criando uma cultura de extrema indiferença ou exterioridade do direito diante das mudanças experimentadas pela sociedade” (SANTOS, 2007a, p. 71). O conteúdo estimulado pelas academias converte-se em um aprendizado acadêmico voltado a exames objetivos de isolada avaliação somativa (MASETTO, 2010, p. 31). No entanto deve-se reconhecer que existem faculdades comprometidas em respeitar o dispositivo constitucional e implementar o tripé ensino/pesquisa/extensão e que procuram se inovar e modernizar, contudo essa modernização acaba por ocorrer em nível de pós-graduação e não atinge a grande maioria dos estudantes, concentrados na graduação do Direito.

Essa nova geração, sobretudo os menos influenciados por conteúdos jurídicos ministrados em Faculdades de Direito de ensino pautado no paradigma de conservação do establishment legal, enraizado no positivismo normativista enfraquecido, com poucas, mas honrosas exceções, conduziu suas práticas de encontro a incompreensões e insensibilidades de proteção do ser humano (CANÇADO TRINDADE, 2006, p. XXX).

O art. 66, da Lei Federal nº. 9.394/96, Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDBEN), dispõe que a formação dos professores de magistérios superior será prioritariamente de programas de mestrado e doutorado. Mas ao adentrar nas demais normas da Lei Federal, observa-se que o artigo 52, inc. II, possibilita que apenas 1/3 do corpo docente tenha titulação de mestrado ou doutorado, enquanto os 2/3 podem ter apenas a graduação. Há uma contradição na disposição dessas normas em priorizar a formação de professores no ensino superior (OLIVEIRA, 2010, p. 44). Os programas de mestrado e doutorado são gestados para promoverem pesquisadores e docentes que irão atuar junto às academias. Quando se observa a baixa exigência desses profissionais a mensagem nos meandros é de que não há preocupação com o ensino crítico e



científico, mas apenas a reprodução do status quo estabelecido.

Para entendermos o que como hoje é preciso reconstruir todo o percurso histórico e nos apoiar em outras ciências como a história, a sociologia, a antropologia para compreender vários fenômenos até chegar aos dias de hoje. Nesse percurso, nós podemos utilizar de determinados autores que não são autores brasileiros, mas que ajudam a compreender a nossa realidade.

Um grande problema que passamos é que olhamos muito para o que acontece na Europa e Estados Unidos e nós negamos a olhar para nossa realidade. Quando falamos em compreender o Brasil, nós apoiamos em alguns clássicos recorrentes: Caio Prado Junior, Gilberto Freyre, Sergio Buarque de Holanda, Raimundo Faoro, Darcy Ribeiro. Mas na contemporaneidade há uma escassez de autores sociais e jurista que se voltam a uma explicação do Brasil. Os autores brasileiros que são estudados no campo do Direito Constitucional, por exemplo, não possuem uma contribuição genuína, são frutos das teorias europeias, apesar de terem os méritos de noticiarem ou difundirem essas teorias que também são importantes.

O próprio modelo de educação pública estimulado no início do século XX, o escolanovismo ou movimento escolanovista, com uma proposta pedagógica de caráter humanista, foi implantado quando da chegada das ideias da Europa e dos Estados Unidos ao Brasil pelo frente liberal de educação de John Dewey (ALVES, 2007, p. 268). A ausência da produção genuína brasileira e de compreensão até mesmo do processo de ensino aprendizagem da sociedade brasileira não fugiu aos modelos eurocêntricos.

Já nos desfechos do século XX desenvolve-se a pedagogia histórico-crítica no cenário brasileiro. O filósofo e pedagogo paulista Dermeval Saviani capitaneou a nova proposta e conduz um grupo de pesquisa História, Sociedade e Educação no Brasil (ALVES, 2007, p. 269). A proposta do professor Saviani é pensar a sociedade brasileira e incentivar o diálogo acadêmico entre docentes brasileiros que vivem nossa realidade.



Ainda se observa uma profunda formação da base teórica dos professores brasileiros a partir das teorias estrangeiras, mas não importa em dizer que essas teorias não são validas ou que defender que são circunscritas a apenas seu país de origem, como no dito de Sergio Rouanet (1987, p. 144): “Esperemos que esteja longe o dia em que a Sociedade Brasileira de Psicanálise decida proclamar o advento de uma psicanálise puramente nacional, alegando que a criada por Freud só é válida às margens do Rio Danúbio”. Não há razão para nos desfazermos das ferramentas que utilizamos até então, cabe observar a medida que sua utilidade nos faz crescer (ALVES, 2007, 278).

Considerações finais

Este trabalho se propôs a fornecer um pequeno substrato para compreender o estudo da filosofia nos cursos de Direito no Brasil. Analisou-se como a filosofia brasileira aparece na evolução dos parâmetros curriculares dos cursos de Direito no Brasil e no projeto político pedagógico da faculdade de Direito da Universidade Federal do Espírito Santo. Em hipótese, tendemos a dizer o Direito brasileiro não se preocupou no ensino da filosofia, a começarmos por observar a construção cronológica das bases curriculares do curso de Direito no Brasil. Há um pêndulo que se move, por vezes, em décadas a fio, na bipolaridade da presença e da ausência da filosofia. O Brasil não possui uma tradição de ensino jurídico filosófico.

Nossa tradição de parâmetros curriculares diz que o ensino do Direito foi construído pelo viés dogmático, onde a zetética pouco se desenvolveu e pouco foi fomentada pelas academias. O crescimento desenfreado das faculdades de Direito produz um quadro alarmante na qualidade do ensino jurídico no país. Para entendermos o que somo hoje é preciso reconstruir todo o percurso histórico e nos apoiar em outras ciências como história, sociologia e antropologia para compreender vários fenômenos até chegar aos dias de hoje. Nesse percurso, nós podemos utilizar de determinados autores que não são autores brasileiros, mas que ajudam a compreender a nossa



realidade.

Falta de caldo de cultura não há. Mas então podemos compreender: ou há um poder interessado em silenciar esses pensadores; ou temos preconceito da filosofia nacional. Nossa produção intelectual clama por reconhecimento brasileiro. Os parâmetros curriculares dos cursos de Direito demonstram uma recusa de enfrentamento na filosofia brasileira, tão importante para formação de nossa identidade, reconhecimento e nacionalidade.

Referências

ALVES, Wanderson Ferreira. **A formação de professores e as teorias do saber docente: contextos, dúvidas e desafios.** Educ. Pesqui., São Paulo, v. 33, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ep/v33n2/a06v33n2.pdf>>, Acesso em 12 Jan 2016.

BASTOS, Aurélio Wander. **Ensino jurídico no Brasil.** 2.ed. Rio de Janeiro: Ed. Lúmen Júris, 2000.

BRASIL. Ministério da Educação. **Parâmetros Curriculares Nacionais: introdução aos parâmetros curriculares nacionais.** 3. Ed. Brasília: A Secretaria, 2001.

BRASIL. Senado Federal. **Plano Nacional de Educação.** Brasília : Senado Federal, UNESCO, 2001.

CAMINHA, Pero Vaz de. **Carta a El Rei D. Manuel.** São Paulo: Dominus, 1963.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Apresentação. In: Piovesan, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 7. Ed, p. XXIX-XXXVI. São Paulo: Saraiva, 2006.

CHAUÍ, Marilena. **O mito fundador e a sociedade autoritária.** São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2012.

FERREIRA, Waldemar. A história do Direito nos cursos jurídicos do Brasil. **Revista da Faculdade de Direito da USP,** São Paulo, vol. XLV, “Fascículo em honra do Professor Waldemar Ferreira”, 1950, p. 445.

HERKENHOFF, João Baptista. **Ética, Educação e Cidadania.**



Porto Alegre : Livraria do Advogado, 1996.

LORENZONI, Anelise de Lima. A Escola como espaço para o Desenvolvimento da Autonomia. In: FERREIRA, Liliana Soares; BONETTI, Lindomar Wessler (Orgs). **Educação e Cidadania**. Ijuí : Ed. Unijuí, 1999.

MASETTO, Marcos T. **O professor na hora da verdade**: a prática docente no ensino superior. São Paulo: Avercamp, 2010.

NERCOLINI, Marilda José. A Música Popular Brasileira repensa identidade e nação. In: **Revista FAMECOS**, Porto Alegre, nº 31, dezembro de 2006.

OLIVEIRA, Juliana Ferreira de. **A formação dos professores dos cursos de Direito no Brasil**: a pós-graduação “stricto sensu”, Tese de Doutorado, PUC, São Paulo, 2010

ROUANET, Sergio Paulo. **As razões do iluminismo**. As razões do iluminismo São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

SOUZA SANTOS, Boaventura. **Para uma Revolução Democrática da Justiça**. São Paulo: Cortez, 2007a;

STURM, Fred Gillette. **O Significado atual do pensamento britânico**. Revista Brasileira de Filosofia. São Paulo-Fortaleza: IBF, 1962.

VON MARTIUS, Carlos Frederico. **Como se deve escrever a História do Brasil**. Rio de Janeiro: Instituto Histórico e Geográfico Brasileiro. Jornal do Instituto histórico e geográfico brasileiro. nº 24, 1845, pgs 382-403



A FUNÇÃO SOCIOEDUCATIVA DAS ARTES NO ESTUDO DO DIREITO

Aline Barboza Araújo;
Gabriela Mendes Santos;
*Paulo Enderson Oliveira Teixeira*¹³⁴

Resumo

Ao realizar um estudo acerca da teoria de Martha Nussbaum, que introduz o elemento lúdico no aprendizado, na busca pelo conhecimento que transcende o plano factual e lógico, de modo que o indivíduo alcance seu potencial imaginativo e através disso agregue temas que ultrapassam seu cotidiano, expandindo então sua capacidade de observar o mundo por prismas diferentes do nicho pessoal, busca-se investigar como emprego das humanidades e das artes influencia nos entendimentos acerca da justiça social. É notável que fomentar o senso crítico dos indivíduos, através de uma educação democrática, assim como a promoção de debates de caráter socioeducativo, relativos a diversos temas que abrangem determinada sociedade, surtem efeito na compreensão da justiça social nesse âmbito. Tem-se por certo que, a atividade lúdica, termo introduzido na obra “*Sem fins lucrativos*” de Martha Nussbaum, é primordial para a formação democrática do cidadão, visto que fomenta uma educação participativa que aprimora a capacidade

¹³⁴ Paulo Enderson Oliveira Teixeira é especialista, mestre e doutorando pela PUC-Minas, professor da UEMG e da Faculdade arqui-diocesana de Curvelo. Aline Barboza Araújo, Gabriela Mendes Santos – Discentes do curso de Direito, UEMG (Diamantina)



empática nos indivíduos. Busca-se através do incentivo a imaginação narrativa, introduzir o conhecimento de temas relevantes para a comunidade de forma participativa, formando, portanto, a uma ponte entre a educação formal e a democrática, visto ser notório que os meios educacionais não prezarem pelo desenvolvimento do senso crítico, por meio de formas alternativas tais quais, atividades artísticas visuais e escritas.

Palavras-chave: *justiça social, educação democrática, arte, humanidades, direito.*

Introdução

É irrefutável que o mundo globalizado da atualidade é permeado pelo capitalismo, em decorrência disso os métodos educacionais se ajustaram para que os indivíduos em todas as suas etapas da vida estudantil preconizassem em absoluto que o motivo primordial da educação é promover na futuridade uma carreira voltada apenas para o crescimento econômico do país e para o lucro pessoal. Adiante, observa-se os desdobramentos desta conduta na sociedade.

Pode-se dizer que em decorrência dos métodos educacionais que funcionam de forma mecanizada, há uma exacerbada desigualdade entre as classes, devido ao fato de muitas pessoas não possuírem oportunidades de acesso aos meios superiores de educação, sendo estes privados da ascensão profissional.

As teorias acerca da justiça social que visam a distribuição da renda igualitária no mundo, acabam a mercê do paradigma capitalista, que ganha forma através da educação que não preza pela formação do senso crítico dos indivíduos, através da introdução das artes e humanidades em todos os níveis de ensino. A partir do exposto, pode-se dizer que muitas vezes não há uma compreensão correta, de como deve ser a atuação do Estado, no que diz respeito a



justiça social na sociedade, assim como o fato de que a mesma se modifica conforme há mudanças na sociedade.

A importância da arte na formação de um cidadão

É indubitável afirmar que no atual mundo globalizado há, desde a educação de base, um estímulo para que os indivíduos acreditem que é primordial a contribuição para o crescimento econômico do país, incentivando a escolha de profissões, muitas vezes da área da ciência e tecnologia, que sejam voltadas para o ganho de lucro material de modo rápido. O que faz com que as humanidades sejam desestimuladas, acarretando uma grande perda para o desenvolvimento do lado crítico e democrático dos cidadãos.

No entanto, há no mundo capitalista alguns estudiosos que preconizam que, a adoção de uma educação voltada para obtenção de lucro e de crescimento econômico acarreta por si só a minimização das desigualdades e garante a justiça distributiva. Contudo, estudos empíricos já demonstram que não existe uma correlação entre o crescimento econômico e a diminuição das desigualdades, realçando como é falho este método educativo. Visto isso, e os exemplos de países que adotam esse modelo educacional, como os Estados Unidos, são visíveis as discrepâncias entre os gêneros, raças e o aumento das desigualdades e da falta de empatia social que este modelo educacional proporciona.

Por conseguinte, de que forma pode ser definida uma educação democrática? É notória que a educação democrática é aquela que, desde a base de ensino de um indivíduo, preza pela democracia em sua totalidade, ensinando a igualdade distributiva e social, entre gêneros e classes, onde o mais importante é o desenvolvimento de um cidadão com criticidade para viver em uma sociedade democrática e não o acúmulo de bens materiais, como preza o mundo capitalista da atualidade.

A filósofa Martha Nussbaum, em sua obra *Sem fins lucrativos*, contempla a importância das humanidades para o desenvolvimento desta educação democrática. Ela afirma que, as



ciências humanas tem a capacidade de formar cidadãos democraticamente competentes, fazendo com que eles desenvolvam a empatia e capacidade crítica para lidar com problemas sociais.

Visto isso, é indubitável exprimir que qualquer sociedade que alcance em sua totalidade tal método educativa, será também uma sociedade com a plena presença da justiça distributiva e da igualdade e harmonia social. Em seu estudo, Nussbaum relata a importância da imaginação narrativa, que é um tipo de conhecimento, no qual o indivíduo estabelece a capacidade de pensar como deve ser se encontrar no lugar de outra pessoa¹³⁵, ou seja o desenvolvimento da empatia, qualidade de extrema importância para o desenvolvimento completo da democracia.

É certo dizer que tal imaginação narrativa¹³⁶ somente pode ser criada e expandida nos cidadãos com emprego das artes e das humanidades, fazendo a ligação entre as pessoas e os valores democráticos para que as pessoas consigam relacionar entre si na sociedade de maneira igual e digna.

Em suma, é notório que o mundo capitalista têm tornado a sociedade egoísta e voltada para a obtenção de recursos financeiros, de modo a aumentar as desigualdades e a discrepância de gênero, raça e classe social. Entretanto, é visível que a melhor saída para o fortalecimento do mundo social democrático é a valorização das artes e das humanidades, para a formação de indivíduos que consigam viver em harmonia e respeito ao próximo, além de criticidade suficiente para se impuser perante governos autoritários que apenas estipulam este capitalismo. De certo, há um longo caminho a se percorrer para afastar os malefícios da sociedade voltada ao lucro, mas acredita-se nas artes implementada em todos

¹³⁵ P. 93 . **Sem fins Lucrativos: Porque a democracia precisa das humanidades.** Martha Nussbaum. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2015.

¹³⁶ P. 93. **Sem fins Lucrativos: Porque a democracia precisa das humanidades.** Martha Nussbaum. São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2015.



os níveis de ensino para manter a igualdade e a democracia no mundo globalizado.

Justiça Distributiva - Breve retrospecto

O termo justiça distributiva (social), no mundo contemporâneo, é associado a atuação do Estado na vida dos indivíduos, presente na esfera econômica, ou no âmbito assistencialista, que figura no aspecto social. Ao estudar o termo, todavia, depara-se com definições que até pouco tempo, em nada se relacionavam com a distribuição igualitária de bens na sociedade.

Observa-se, por exemplo, a definição Aristotélica, que diz “... a “justiça distributiva” se referia aos princípios segundo os quais as pessoas mercedoras teriam a garantia de ser recompensadas de acordo com seus méritos, sobretudo no que diz respeito a seu *status* político.¹³⁷”

Já no século XVIII, encontravam-se sentidos diversos de justiça distributiva, também diferenciadas da concepção atual (que na época era inexistente) motivo pelo qual pode-se interpretar que não havia discordância por parte dos filósofos, em relação ao sentido adotado atualmente. É perceptível que neste período, que a concepção do ser humano, assim como “seu lugar no mundo” tinha grande influência do cristianismo, isto é, a situação econômica dos indivíduos era determinada através de influência divina.

O Estado atuava, portanto, levando em conta a concepção cristã, não havendo a separação entre Estado e Igreja nessa matéria, logo, é somente quando a situação econômica do ser humano se desvincula de uma ordenação divina, é que há a possibilidade de intervenção na distribuição de renda, de maneira a auxiliar o menos favorecido.

¹³⁷ P. 4. **Uma breve história da justiça distributiva.** Samuel Fleischacker. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



Além do que foi dito anteriormente, há ainda a questão do direito a propriedade, de modo que, na época absolutista, acreditava-se que somente alguns teriam direito a esse bem. Fato que veio a ser contestado, assim como o fato de manterem-se os pobres na pobreza, propositalmente, a fim de garantir tal modelo em que os ricos continuam ou ficam mais ricos e o pobre sempre a beira da inanição.

Compreende-se que conceito moderno de justiça social, diz respeito à distribuição do direito a propriedade, a toda a sociedade, de modo que todos possam suprir um mínimo de recursos matérias à sobrevivência humana. Acerca disso é válido apontar que:

“ ... Portanto, a justiça distributiva é entendida como necessária a qualquer justificação de direitos de propriedade, e de tal forma que pode até mesmo implicar a rejeição da propriedade privada. Uma minoria pequena, mas influente, de teóricos e de cidadãos, supondo que a proteção de direitos de propriedade constitui a tarefa central da justiça, questiona se as exigências distributivas realmente pertencem ao domínio da justiça¹³⁸”

Essa visão totalmente contrária à Aristotélica, exclui do âmbito da justiça social, a meritocracia, no sentido de que, ao assegurar-se o direito a propriedade do indivíduo, com o simples intuito de suprir a toda a população o direito à propriedade, independentemente dos feitos de cada um, relega a meritocracia a não existência, até que certas prerrogativas consideradas essenciais, como por exemplo a habitação, assistência à saúde e educação, entrem em cena. Em relação à contradição do modelo contemporâneo ao aristotélico, ilustra-se:

“ ... Dizer que uma pessoa “merece” uma certa coisa sugere que ela tenha alguma qualidade excelente, ou

¹³⁸ P. 8. **Uma breve história da justiça distributiva.** Samuel Fleischacker. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



tenha desempenhado alguma ação excelente, para a qual essa coisa é apropriada, ao passo que distribuir alguma coisa a todas as pessoas implica precisamente que elas merecem tê-la *independentemente* de qualquer traço especial de caráter ou de qualquer ação especial que tenham realizado. Do ponto de vista da tradição aristotélica, isso não faz sentido.¹³⁹”

Considerações Finais

Ao analisar o pensamento dos autores Samuel Fleischacker e Martha Nussbaum acerca da teoria da justiça social e do emprego das humanidades na educação, a chamada educação democrática, é imprescindível dizer que, após o estudo das teorias da justiça social e da educação com fim democrático proposta pela autora Martha Nussbaum, pode-se dizer que temas que podem ser considerados por alguns teóricos enquanto pertencentes a áreas divergentes de estudo, atuam na verdade de forma complementar.

É possível dizer que a educação que preza pelas artes e humanidades, em todas as bases de ensino, gera cidadãos com alta criticidade e senso empático, o que torna mais fácil pensar na justiça social em determinada sociedade. Isto se dá a partir do momento em que os indivíduos conseguem utilizar plenamente seu potencial de imaginação narrativa para compreender a situação de indivíduos com realidades sociais divergentes.

Logo a atuação educacional democrática em determinada sociedade, pode gerar mais formas de visualizar-se o que realmente é justiça social em determinado plano, assim como o fato de compreender que a mesma é mutável e necessita de observação constante acerca dos grupos sociais a quem concede-se auxílio.

Ao observar o estudo de Adam Smith, acerca da justiça social, pode-se visualizar sua contribuição, quando defende que,

¹³⁹ P. 12- 13. **Uma breve história da justiça distributiva.** Samuel Fleischacker. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



“ ... o entorpecimento mental produzido por certos tipos de trabalho como um dos maiores perigos presentes em uma economia avançada e sustenta que o Estado deve tomar iniciativas para garantir que os pobres que trabalham tenham uma educação que lhes dê capacidade de julgamento moral e político (WN 782-788)¹⁴⁰”

Em uma época em que era sustentado que os pobres fossem mantidos pobres, para que continuassem a trabalhar, é tanto quanto radical pensar em incentivo a educação garantida pelo Estado, isto é, tirar recursos dos ricos e transferi-los aos pobres, sem que houvesse justificativa além de um ganho de conhecimento, considerado perigoso para a manutenção das camadas da sociedade.

Ao pensar na teoria exposta, deve-se visualizar não somente o entorpecimento mental mencionado, mas também a menção aos modelos educacionais e seu impacto na trajetória de vida dos indivíduos. No modelo educacional contemporâneo, pode-se dizer que infelizmente, prevalece o entorpecimento mental que resulta de uma educação que ignora as artes e humanidades ao longo do tempo.

As instituições de ensino em sua grande maioria, não prezam pelo incentivo a imaginação narrativa, técnica que aproxima os indivíduos, através do uso das artes, como a literatura e o cinema, visa-se ,portanto, uma educação metódica e por vezes mecânica, a partir da qual formam-se indivíduos com fins explicitamente capitalistas, que pregam sempre a qualificação do indivíduo para que haja maior ganho, ou lucros por parte do mesmo.

Referências

Fleischacker, Samuel. **Uma breve história da justiça distributiva**. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

¹⁴⁰ P. 92. **Uma breve história da justiça distributiva**. Samuel Fleischacker. 1. Ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.



Nussbaum, Martha. **Sem fins Lucrativos: Porque a democracia precisa das humanidades;** traduzido por Fernando Santos. – São Paulo: Ed. WMF Martins Fontes, 2015.



A APLICABILIDADE DO CÓDIGO DO CONSUMIDOR NOS SERVIÇOS PÚBLICOS

Géssica Greyce Sousa (UEMG)
Yasmim Alessandra Silva Amador (UEMG)
Silvana Regina Paslauski (UEMG)

Resumo:

O presente artigo busca realizar um estudo acerca da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos serviços públicos prestados tanto pela Administração Direta, quanto pela Indireta. Através dessa análise, almeja-se uma melhor compressão da responsabilidade do Poder Público na prestação de serviços essenciais, devendo observar os princípios da eficiência e da continuidade. À luz do neoliberalismo e do advento das privatizações, é feita uma análise sobre a abrangência do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos, bem como os limites para a sua aplicação.

Palavras-chave: serviços públicos, consumidor, Estado.

1. Introdução

A incidência do Código de Defesa do Consumidor na prestação de serviços públicos é imprecindível para a efetivação de um direito fundamental garantido a todo cidadão-consumidor, uma vez que este é a parte mais vulnerável nas relações consumeristas. Nesse sentido, a Constituição Federal exige do Estado a promoção, na forma da lei, da defesa do consumidor. (Art. 5º, XXXII, da CF). Além disso, elenca em seu artigo 170, inciso V que o princípio da defesa do consumidor deve ser observado e respeitado pela ordem



econômica.

Todavia, há divergências quanto a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor nos serviços públicos, pois a referida legislação não coloca qualquer restrição em relação a aplicabilidade dos serviços públicos. Assim, para melhor compreensão do tema aqui tratado, é fundamental termos em mente que as atividades estatais, que outrora eram monopólio do Estado, foram modificadas devido a globalização e ao processo de privatização dos serviços públicos, através de concessionárias e permissionárias. Tal descentralização de atividades estatais, aliada a proteção ao consumidor prevista na Constituição Federal de 1988 obrigou o Estado a regulamentar a prestação de serviços públicos pelas concessionárias e permissionárias.

Diante dessa conjuntura, preliminarmente, será necessário tecer uma breve explanação acerca do conceito de serviços públicos, bem como o entendimento das suas formas de prestação pelo Poder Público. Logo após será descrita a dinâmica do funcionamento dos serviços públicos, abordando a responsabilidade do Estado quando causar algum dano aos usuários. Em seguida, será feita análise da abrangência do Código do Consumidor nos serviços públicos e os limites de incidência da referida legislação.

Ademais, será utilizado o método teórico, para fundamentar este trabalho, que se baseia na consulta de livros, artigos eletrônicos que tratam do assunto e a legislação pertinente.

2. Conceito de serviço público

Segundo o autor José dos Santos Carvalho filho há uma grande dificuldade doutrinária em definir o que são os serviços públicos, pois esta é uma expressão abrangente que traz mais de um sentido e conceituação. Deste modo o conceito de serviço público sofre variação entre os estudiosos estrangeiros e nacionais. O autor com o intuito de melhor esclarecer o tema o divide em duas formas de interpretação trazendo um sentido subjetivo e outro objetivo, nas



suas palavras:

No primeiro, levam-se em conta os órgãos do Estado, responsáveis pela execução das atividades voltadas à coletividade. Nesse sentido, são serviços públicos, por exemplo, um órgão de fiscalização tributária e uma autarquia previdenciária. No sentido objetivo, porém, serviço público é a atividade em si, prestada pelo Estado e seus agentes. Aqui nos abstraímos da noção de quem executa a atividade para nos prendermos à ideia da própria atividade. Em nosso entender, o conceito deve conter os diversos critérios relativos à atividade pública. (CARVALHO FILHO, 2017, pág. 234)

Diante da temática do trabalho aqui exposto a interpretação que melhor se adequa é a de sentido objetivo de serviço público, pois o foco se dá na atividade final que é prestada pelo Estado e por seus agentes sendo através dessa estabelecida uma relação de consumo entre o prestador do serviço e o destinatário final que é o consumidor que goza da atividade pública.

Destarte para fim de simplificar o conceito de serviço público levaremos em consideração que

"conceituamos serviço público como toda atividade prestada pelo Estado ou por seus delegados, basicamente sob regime de direito público, com vistas à satisfação de necessidades essenciais e secundárias da coletividade". (CARVALHO FILHO, 2017, pág. 235)

Após conceituar o serviço público tem-se extraindo do próprio conceito algumas características fundamentais que demonstram tanto suas especificidades jurídicas que inclui seu regime jurídico como as características daquele que presta o serviço e o modo em que é prestado demonstrando sua finalidade. Sendo assim pode-se dizer que é composto pelo sujeito estatal, pois visa-se



o interesse público que é um dos objetivos do Estado, que pode ser concedido de forma direta por órgãos públicos criados por ele que prestam ou fiscalizam a prestação de serviços ou de forma indireta por particulares que prestam serviço público. Também faz parte da sua estrutura o interesse coletivo que pode ser caracterizado em primários e essenciais, mas que poderão ser também secundários e não essenciais, desde que sejam demandas que não poderiam deixar de serem atendidas caracterizando o critério da essencialidade da prestação do serviço. E por último atende ao regime de direito público, mas como as atividades também podem ser prestadas por particulares esse regime não é integral mesmo que seja o que prevalece.

2.1 Formas de prestação do serviço público

Como visto acima o Estado tem como uma de suas finalidades a prestação de serviços em prol da coletividade desempenhando muitas vezes uma atividade prestada diretamente por ele, mas como já citado ele também tem o poder de delegar a outras pessoas que façam a prestação de seu serviço ocasionando assim a descentralização dos serviços. Há duas formas para que ele delegue funções sendo que se forem para pessoas que integram a própria administração ela é considerada como delegação legal, mas por conseguinte se esse serviço é prestado por pessoas da iniciativa privada que se dá por meio dos contratos administrativos é denominada de delegação negocial. Essa é uma breve explanação feita para que possamos chegar as formas de prestação de serviço público, mas que não adentraremos com profundidade, o que vale salientar que a delegação negocial é a forma de descentralização que daremos foco, pois nela estão inseridas as modalidades de prestação de serviço que são caracterizadas pelas concessões e permissões do serviço público.

De acordo com Carvalho Filho a concessão e a permissão têm expressa referência constitucional. De fato, dispõe o art. 175 da Constituição Federal: “Incumbe ao Poder Público, na forma da lei,



diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.” (2017, pág. 257) Sendo assim, o que podemos extrair do texto legal é que quando o serviço se der de forma indireta esse será realizado por meio de concessão ou permissão.

Cabe agora conceituarmos sendo a concessão de serviço público o contrato administrativo em que a Administração Pública transfere à pessoa jurídica ou a consórcio de empresas a execução de certa atividade de interesse coletivo, remunerada através do sistema de tarifas pagas pelos usuários. Nessa relação jurídica, a Administração Pública é denominada de concedente e o executor do serviço, de concessionário. (CARVALHO FILHO, 2017, pág. 258) Já a permissão de serviço público consiste em um contrato administrativo através do qual o Poder Público (permitente) transfere a um particular (permissionário) a execução de certo serviço público nas condições estabelecidas em normas de direito público, inclusive quanto à fixação do valor das tarifas. (CARVALHO FILHO, 2017, pág. 282). Antes havia uma distinção em que trazia a concessão como contrato administrativo e a permissão como ato administrativo, mas hoje o entendimento é que ambos são contratos que se diferenciam por sua estrutura¹⁴¹.

3. Funcionamento do serviço público

Como foi dito em tópico supracitado o Serviço Público é

¹⁴¹ Primeiramente, enquanto a concessão pode ser contratada com pessoa jurídica ou consórcio de empresas, a permissão só pode ser firmada com pessoa física ou jurídica. Extrai-se, portanto, que não há concessão com pessoa física, nem permissão com consórcio de empresas. A diferença, pois, se encontra na natureza do delegatário, o que, deve registrar-se, é de uma irrelevância a toda a prova.

Em segundo lugar, consta no conceito de permissão (art. 2o, IV) que esse ajuste estampa delegação a título precário, ressalva que não se encontra na definição do negócio concessional (art. 2o, II). Parece, assim, que o legislador considerou a permissão (mas não a concessão) como dotada de precariedade, qualidade, aliás, que também consta do art. 40 da Lei. (CARVALHO FILHO, 2017, pág. 283)



visto como a prestação de serviço a uma coletividade por meio de uma atividade que é prestada para um destinatário final, e essa atividade deve ser regulamentada para que não cause nem um dano assim como em outras relações consumeristas que se torna mais claro diante da redação do artigo 22 do Código de Defesa do Consumidor que visa a proteção daqueles que são receptores do serviço público que disciplina:

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste código. (BRASIL, 1988)

Deste modo é notável que o Código de Defesa do consumidor encarregou-se de tratar da matéria afim de resguardar a figura do consumidor que faz uso do serviço público mesmo que esse seja de competência do Estado, pois esse se encontra em posição de hipossuficiência caso o serviço prestado ou a ausência de prestação deste gere algum tipo de dano e que este seja reparado pelas pessoas jurídicas fornecedoras ou prestadoras de serviços como dispõe o parágrafo único.

A título de esclarecimento é mister que se faça a distinção entre prestação de serviço e fornecimento de serviço, pois o próprio código traz a distinção em sua matéria normativa. A prestação de serviço diz respeito a manutenção do serviço para que se tenha um funcionamento adequado como por exemplo os ajustes a rede elétrica para que não ocorra a falta de energia elétrica e a população fique sem iluminação etc., já a o fornecimento do serviço diz respeito a proporcionar ao usuário algo que ele não dispunha



anteriormente como o saneamento da rede de esgoto em lugares que ainda não o possuíam e continuidade assim se dará pela prestação.

Mas como o serviço público deve ser prestado para que não ocorra nenhum tipo de falha ou ausência? Se levarmos em consideração uma interpretação mais aprofundada da redação do artigo 22 juntamente com doutrinadores que trazem a questão disciplinada em suas obras veremos que esse serviço deverá ser fornecido pautando-se principalmente na eficiência e na adequação, além disso devem propiciar a segurança e no que tange aos serviços essenciais como o fornecimento de energia elétrica, água entre outros deverão também ser contínuos.

3.1. Ausência na prestação do serviço público e tipos de responsabilidade:

A falta do serviço poderá ocorrer não só pela ausência da prestação do serviço, mas quando ocorrer um mau funcionamento deste, ou um funcionamento tardio, ou não der continuidade a prestação do serviço ensejando assim a responsabilidade da administração pública. O parágrafo único do artigo 22 do Código do Consumidor traz que a responsabilidade pelo dano da falta do serviço ou de seu mau funcionamento serão das pessoas jurídicas compelidas a obrigação do fornecimento e a reparação do dano, mas diante do fato danoso há que se falar em uma análise do caso concreto, pois a doutrina traz a responsabilidade de forma bem mais abrangente sendo assim veremos a responsabilidade sobre duas vertentes, aquela disciplinada pelo Código do Consumidor e a disciplinada nas doutrinas de Direito administrativo.

O Código de Defesa do Consumidor adotou dois regimes de responsabilidade perfeitamente distintos: responsabilidade independentemente da existência de culpa para os fatos dos produtos e serviços (art.12 e ss.) e um regime baseado na garantia contra vícios de ineficiência e inadequação dos produtos e serviços (art. 18 e ss.). Este regimento é, fundamentalmente, responsabilidade



culposa, muito embora culpa presumida, em face da inversão do ônus da prova (art. 6º, VIII), que desonera o consumidor de provar a conduta desidiosa ou imperita do fornecedor.¹⁴²

No que tange ao assunto na doutrina de Direito Administrativo Carvalho Filho traz que:

Ao executar o serviço, o concessionário assume todos os riscos do empreendimento. Por esse motivo, cabe-lhe responsabilidade civil e administrativa pelos prejuízos que causar ao poder concedente, aos usuários ou a terceiros. No que tange ao sujeito lesado pelo dano, há entendimento no sentido da inaplicabilidade da responsabilidade objetiva do concessionário, no caso de danos causados a terceiros, não usuários do serviço concedido. Em outras palavras, a responsabilidade objetiva só incidiria no caso de danos causados a usuários. (CARVALHO FILHO, 2017, pág. 269)

O que podemos extrair das citações feitas acima é que o Código de Consumidor traz a culpa objetiva e subjetiva¹⁴³

Dependendo do caso concreto, e a doutrina de Direito Administrativo no que se refere ao usuário do serviço que tenha a prestação do serviço geradora de algum dano não cabe comprová-lo, pois a responsabilidade nesse caso é objetiva cabendo ao fornecedor ou prestador do serviço provar que não causou o dano levando em consideração que o usuário se encontra em uma posição de hipossuficiência e vulnerabilidade já que não dispõem dos meios necessários para provar.

O autor ainda traz que a Constituição Federal em seu artigo

¹⁴²

Disponível

em:

http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1277313608.pdf

Acesso: 13:57 - 25/10/2017

¹⁴³ Onde se há o ônus de provar o dano, a culpa ou o dolo do agente pelo próprio usuário do serviço .



37, §6º equipara as pessoas de direito público com as de direito privado que prestam serviços públicos para fim de equiparação no caso de serem responsabilizadas, em suas palavras:

O que pretendeu o Constituinte foi tornar equiparados, para fins de incidência da responsabilidade objetiva, o Estado e as pessoas de direito privado prestadoras de serviços públicos, e isso porque, conforme já ensinava a doutrina mais autorizada, estas últimas são verdadeira longa manus do Poder Público. (CARVALHO FILHO, 2017, pág. 269)

Mostra-se claro que o constituinte ao fazer a equiparação fazendo com que ambas recaiam na teoria da culpa objetiva teve a intenção de resguardar o usuário do serviço público ainda mais e facilitando que a ele seja concedida a reparação pois não é o possuidor do ônus probatório.

3.2. Interrupção do serviço público

Vimos acima que o Código de Defesa do Consumidor traz em sua disciplina normativa em seu artigo 22, caput, o princípio da continuidade do serviço público, ou seja, que este deve se dar de forma ininterrupta já que se trata em sua grande maioria de serviços essenciais. Mas a divergência da doutrina que versa sobre o direito do consumidor quanto a interrupção do serviço forçosamente em casos de inadimplência do usuário.

Nesse caso a interrupção do serviço deve obedecer alguns critérios para que o usuário seja resguardado da não prestação do serviço de forma discricionária, pois o que prevalece é que o serviço público não poderá ser interrompido e nem causar danos pela ausência ou a falta de sua prestação, assim houve o entendimento que desde previamente notificado o serviço público poderá ser interrompido pautando-se que não há a gratuidade na prestação deste necessitando assim do pagamento pelo usuário, que por sua vez estaria enriquecendo ilícitamente pelo inadimplemento. Portanto:



Houve entendimento pela possibilidade jurídica de interrupção do serviço público do usuário inadimplente desde que previamente notificado, com fundamento no caput do art. 22 por entender que o sentido de continuidade lá se encontra “*no sentido de que não podem deixar de ser ofertados a todos os usuários, vale dizer, prestados no interesse coletivo. Ao revés, quando estiverem em causa interesses individuais, de determinado usuário, a oferta de serviço pode sofrer solução de continuidade, se não forem observadas as normas administrativas que regem a espécie*”.¹⁴⁴

Há também aqueles que irão defender que o serviço público não poderá deixar de ser prestado mesmo diante da inadimplência mesmo sendo prestado por permissionário ou por concessionário dando assim força ao princípio da continuidade, há que se falar nesse caso da cobrança por meio de processo judicial por execução por exemplo. É o caso de Vidal Serrano, para quem as hipóteses de melhoramento técnico ou força maior podem ensejar sim a interrupção temporária do serviço, contudo em relação ao inadimplemento do usuário, defende a impossibilidade da suspensão do fornecimento.¹⁴⁵

Administrativamente falando as doutrinas vão trazer casos em que as concessionárias ou permissionárias deixarão de prestar o serviço público como no caso de falência ou extinção da concessionária ou permissionária, por encampação, caducidade, rescisão ou anulação do contrato, mas nenhuma dessas hipóteses poderá trazer nem um tipo de prejudicialidade ao usuário do serviço

¹⁴⁴ Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao> Acesso em: 15:24 - 25/10/2017

¹⁴⁵ Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao> Acesso em: 15:31 - 25/10/2017



nem a coletividade, pois os parágrafos acima fazem referência especificamente ao interesse individual no que tange a prestação dos serviços essenciais.

4. A incidência do CDC na prestação de serviços públicos

A promulgação da Lei 8.078 de 1990, a qual deu origem ao Código de Defesa do Consumidor, abrangeu os serviços públicos em vários artigos, uma vez que as novas possibilidades de prestação de serviços públicos, ao transferir aos particulares tal incumbência, fez com que os conceitos essenciais do CDC consubstanciassem a relação entre Estado e usuário de serviços públicos em relação de consumo. Assim, ao usuário de serviços públicos sendo colocado na posição de consumidor, é garantida a sua proteção jurídica na relação consumerista, tendo em vista sua vulnerabilidade.

Desse modo, o artigo 6º, X, dispõe que constitui direito básico do consumidor a prestação de serviços públicos em geral de maneira adequada e eficaz. Sendo assim, tanto a prestação de serviço público da Administração Direta (por meio de seus órgãos e agentes) ou da Administração Indireta (por meio de concessionárias, permissionárias) estarão sujeitas as regras impostas pelo CDC. Nesse mesmo sentido, a Lei 8.987/95 que versa sobre a regulamentação das concessionárias e permissionárias prevê expressamente a tutela do CDC na prestação de serviços públicos. Assim prevê o artigo 6º da referida lei:

Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato. § 1o Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas. (Art. 6º, Lei 8.987/95)

Além disso, Tani Maria Wurster ressalta que:



A Lei 9.472/97, que dispõe sobre a organização dos serviços de Telecomunicações e fixa, entre outros princípios a serem respeitados, o da defesa do consumidor. Ou, ainda, a Lei 9.478/97, que dispõe sobre a política energética nacional e prevê como objetivo proteger os interesses do consumidor quanto a preço, qualidade e oferta dos produtos (art. 1º, III) (WURSTER, 2006, pág.3, 2006)

Nesse interim, cabe salientar que o CDC prevê a racionalização e melhoria dos serviços públicos em seu Art. 4º, inciso VII, que interpretado conjuntamente com o Art. 6º, inciso X e as leis ordinárias supracitadas, reafirmam a atuação do Princípio da Eficiência, previsto no art. 37 da Constituição Federal.

O Código de Defesa do Consumidor, traz ainda em seu artigo 22 as obrigações em relação aos órgãos públicos, sejam de prestação de serviços públicos de forma direta ou indireta, por meio de suas empresas, permissionárias e concessionárias, determinando, categoricamente, a prestação de serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos. Assim, o CDC elenca que o Princípio da Continuidade deve ser respeitado, caso contrário a entidades prestadoras de serviço público ficarão sujeitas a sanção civil de reparação dos danos causados.

4.1. Os limites para a aplicação do cdc nos serviços públicos

Em primeiro lugar é fundamental esclarecer que a incidência do CDC nos serviços públicos não é absoluta, haja visto que as atividades econômicas prestadas pelo Estado são exclusivas, atendendo necessidades coletivas, portando, não estão sujeitas à livre iniciativa a à economia de mercado, elementos típicos da relação consumerista privada.

O critério adotado pela maioria das correntes doutrinárias é pautado nas prestações *uti universi* e *uti singuli*. Os serviços públicos prestados *uti universi* são custeados mediante o pagamento de



tributos, são prestados através da Administração Direta à coletividades e são destinados a grupos indeterminados de indivíduos, como exemplo temos os serviços de polícia, iluminação pública, calçamento, entre outros. Já os serviços públicos prestados *uti singuli*, estabelece a relação entre particular e o Estado, podendo tais serviços serem delegados, são exemplos a os serviços de telefonia, água, e a energia elétrica. Desse modo, Wurster salienta que o *uti singuli* é: “uma relação de sujeição, que não se confunde com o contrato firmado entre consumidor e fornecedor *stricto sensu*” (WURSTER, pág. 8, 2006).

No tocante ao pagamento de tributos, há uma discussão doutrinária que diverge se tais tributos se inserem no conceito de remuneração, presente no artigo 3º do CDC que descreve serviços como qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração. Nesse contexto, a doutrina majoritária entende que no pagamento de tributos, não há uma correspondência entre o que foi arrecadado e o custo do serviço, uma vez que quem paga mais ou menos tributos poderá usufruir de forma igualitária dos serviços *uti universi*. Portanto, não se pode inserir o pagamento de tributos no conceito de remuneração.

Diante disso, a aplicação do CDC nos serviços públicos é limitada, na medida em que o interesse coletivo presente na prestação *uti universi* não se confunde com o interesse do usuário presente na relação entre particular e o Estado. Tal relação é caracterizada como uma relação de consumo, pois os serviços são extraídos de uma relação contratual.

Vale dizer, que de maneira muito esclarecedora, Wurster afirma que ainda que regime público de Direito Administrativo, pautado no interesse coletivo, se sobreponha aos dispositivos de proteção previsto no CDC, não significa deixar que o usuário não terá cobertura e segurança. Para Wurster:

“O Estado tem de garantir ao usuário a organização do serviço de molde a configurá-lo como adequado,



segundo determinado na disciplina legal e regulamentar do serviço. E se não o fizer? A resposta depende das circunstâncias. Se a inadequação do serviço provocar dano concreto ao usuário, assiste-lhe a faculdade de pleitear indenização, segundo disposto no art. 37, §6º, da CF/88. Mas a mera inadequação do serviço, ainda que não provoque dano autônomo a usuário, caracteriza infringência à norma jurídica. O Estado está obrigado, por isso, a promover as medidas. (WURSTER, pag. 17, 2006)

Diante disso, em se tratando de qualquer espécie de serviço públicos, o Estado deve fornece-lo de maneira adequada, eficiente e segura, pautando-se nas disposições do Código de Defesa do Consumidor. Sendo assim é necessária a atuação efetiva e positiva do Estado na tutela dos direitos do consumidor no âmbito da prestação de serviços públicos, reconhecendo a hipossuficiência desse, bem como harmonizando os interesses dos envolvidos nessa relação.

Conclusão

Diante do exposto, nota-se que a tutela do consumidor por parte do Estado deve abarcar não só as atividades econômicas particulares, mas também os serviços públicos. No entanto, a aplicabilidade não é absoluta e irrestrita, visto que há serviços públicos, considerados essenciais, os quais atendem o bem comum da coletividade e por isso são regidos pelos ditames da Administração Direta.

Analisando a Lei 8.078/90 e a Lei 8.987/95, reconhece-se pontos em comuns entre a defesa do consumidor e a prestação de serviços públicos. Contudo, há divergência da incidência das prescrições da Lei 8.078/90 no tocante aos serviços *uti singuli* ou *uti universi*, pois só é possível adequá-las nos serviços *uti singuli*, haja visto que nos serviços *uti universi*, o pagamento dos serviços ocorre por meio de tributo. Assim, não há que se falar na incidência do



CDC, pois o seu artigo 3º refere-se à remuneração, e os tributos não são reconhecidos no conceito de “remuneração”.

Destarte, é imperioso que o Estado efetive a proteção do consumidor em qualquer que seja a espécie de prestação de serviço público, garantindo o serviço adequado e eficiente, bem como respeitando os direitos dos usuários enquanto consumidores.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Publicada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. **Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990**. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. Publicada em 12 de setembro de 1990.

Carvalho Filho, José dos Santos. *Manual de direito administrativo* / José dos Santos Carvalho Filho. – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017

WURSTER, Tani Maria *Os serviços públicos e Código de Defesa do Consumidor*. Revista de Doutrina da 4ª Região, Porto Alegre, n. 14, setembro 2006. Disponível em:

< http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao014/Tani_Wurster.htm > Acesso em: 25 out. 2017 Disponível em:

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao> Acesso em: 15:24 - 25/10/2017 Disponível em:

<https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/87/edicao-1/principio-da-continuidade-do-servico-publico-e-interruptao> Acesso em: 15:31 - 25/10/2017



A EUTANÁSIA E O DIREITO DE ESCOLHA

Diovana Nunes Leite¹⁴⁶
Paulo Roberto de Oliveira¹⁴⁷

Resumo:

O presente artigo tem por objetivo discorrer acerca da eutanásia, tendo como cerne o direito individual da pessoa de escolher se submeter à prática, isto é, dispor livremente do próprio corpo. Após pesquisas realizadas sobre o tema foi possível constatar que o mais importante para a sociedade é assegurar aos indivíduos a efetivação do princípio liberdade. Diante de uma doença terminal, e sofrendo grande dor, as pessoas teriam o desejo de ser livres para dispor sobre sua vida, como proposto por Rawls, em situação semelhante, todos desejariam ter atendida a sua vontade. Dada relatividade dos direitos presentes em nossa Carta Constitucional, cabe às pessoas escolher qual princípio vale mais para elas: o princípio vida ou o princípio da dignidade humana.

Palavras chaves: Eutanásia, liberdade de escolha, dignidade humana.

Abstract:

The purpose of this article is to discuss euthanasia, considering the individual right to choose its principal element. Furthermore, the right to agree with the practice of euthanasia and to freely dispose of the own body. After researchs on the subject, it became possible to conclude that the most important society's principle is freedom and

¹⁴⁶Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, Unidade Diamantina.

¹⁴⁷ Professor da UEMG – Diamantina, orientador do trabalho no grupo de pesquisa: Formação Psicossocial do Direito.



to assure individuals its realization. When facing a terminal illness or suffering terrible pain, people would wish to be free to dispose of their lives, as proposed by Rawls, in such a situation, people would wish their will to be respected. Since the rights present in our Constitution keep an certain relativity, it is up to people to choose which principle is more worth for them: life or the dignity of the human person principle.

Introdução

A bioética é um ramo de estudos que trata dos problemas morais criados por pesquisas científicas em biologia e medicina. Um dos principais ramos de estudo da bioética é a eutanásia, que é o ato de proporcionar morte sem sofrimento a um doente atingido por infecção incurável que produz dores intoleráveis. A também chamada de morte benigna. Ao observar qual a ideia trazida pela eutanásia pode-se ficar encantado, diante de alguém que se encontra em grande dor e sofrimento, o impulso de qualquer pessoa é tentar aliviar a dor que o outro está sentindo, principalmente quando se trata de um familiar muito querido. O problema se encontra quando, ao que parece, a única saída para o sofrimento da pessoa ser sua morte. Como proceder? É realmente este o único caminho?

No Brasil, atualmente, várias são as opiniões contrárias à eutanásia, podemos citar, por exemplo, a posição da igreja, pois segundo ela, como a vida nos foi dada por Deus, apenas ele tem o poder de tirá-la, essa ideia não existe apenas para os cristãos, que são maioria no Brasil, mas quase todas as religiões sustentam esse valor supremo da vida.

De outro lado tem-se os partidários da eutanásia que visam como o mais importante garantir às pessoas uma morte digna e sem dor e sofrimento. E criticam a ideologia contrária por pensar que ela sacrifica seres humanos para valorizar mais uma cultura de princípios vazios e restritivos, que a autonomia das pessoas e a liberdade que às dignifica.



Observar-se-á por que a eutanásia encontra tanta resistência por parte da ética médica e por parte da teologia moral. E se ela representa algo bom para as pessoas por que ainda não foi aceita no Brasil. Segundo o princípio da dignidade humana, se a pessoa, consciente de suas escolhas, vê a morte como a única solução para sua vida, isso não deveria ser permitido a ela?

Através de pesquisas bibliográficas tentar-se-á se compreender os motivos que não permitem a adoção da eutanásia no Brasil e qual o melhor caminho para amenizar a angústia de quem passa por essa situação.

Tratamento conferido à prática da eutanásia

Para compreender o porquê de a eutanásia não ser aceita em nosso país, é preciso conhecer as posições das principais esferas brasileiras, definidoras das práticas sociais, acerca da eutanásia.

Na Constituição Brasileira temos, no artigo 5º, a inviolabilidade do direito à vida. Porém como outros direitos, este não possui caráter absoluto. Isso se comprova nas possibilidades de mitigação ao direito à vida, são os casos de estado de necessidade, legítima defesa e aborto legal.

À época de elaboração do nosso código penal, nos anos 40, não havia previsão sobre este tema. Desse modo, a prática da eutanásia não está elencada objetiva e explicitamente. Aplica-se a tipificação prevista no art. 121, isto é, homicídio simples ou qualificado. É indiferente no tratamento jurídico de tal conduta se o paciente deu seu consentimento ou não. O consentimento não tem condão para descaracterizar a conduta como crime. De acordo com as circunstâncias, o ato pode configurar ainda crime de participação em suicídio, art. 122 do Código Penal.

Não obstante, essa prática pode ser qualificada como homicídio privilegiado, isto é, no parágrafo primeiro do art. 121¹⁴⁸ é

¹⁴⁸ Art. 121, §1º do Código Penal Brasileiro: Se o agente comete o crime impellido por motivo de relevante valor social ou moral, ou sob o domínio de violenta



preciso considerar o efetivo sentimento de piedade e compaixão do praticante, pois, o que o leva a praticar tal ato é o impulso de um valor moral, representado pelo pedido de seus pacientes ou familiares.

Outro ponto de vista determinante na sociedade brasileira é a forma como a ética médica e a religião, abordam a questão da eutanásia. Como afirma Leonardo M. Martin (p. 181) “A dificuldade, do ponto de vista da ética médica codificada e da teologia moral, é que, na eutanásia, se elimina a dor eliminando o portador da dor.”

No que concerne ao Cristianismo, tendo em mente que no Brasil os cristãos representam maioria, e embora este seja um estado laico a religião é fator determinante na formação das concepções individuais. E tanto o povo brasileiro como seus representantes levam em conta suas pré-compreensões e conceitos arraigados no momento de tratar sobre diversos assuntos, principalmente quando esses tocam um bem tão precioso, a vida.

O documento mais completo que se dispõe acerca do assunto é a Declaração Sobre a Eutanásia (5-5-1980), da Sagrada Congregação para a Doutrina da Fé. Nesse documento a eutanásia é tida como uma ação ou omissão que busca eliminar toda a dor por meio da morte. A prática é duramente condenada por ser uma “violação da Lei Divina, de uma ofensa à dignidade humana, de um crime contra a vida e de um atentado contra a humanidade”. Concernente ao valor da vida humana, esta é vista como sendo “o fundamento de todos os bens, a fonte e a condição necessária de toda a atividade humana e de toda a convivência social. (...) os crentes veem nela, também, um dom do amor de Deus, que eles têm a responsabilidade de conservar e fazer frutificar”.

emoção, logo em seguida a injusta provocação da vítima, o juiz pode reduzir a pena de um sexto a um terço



Outro fator de importante peso na sociedade é a visão da medicina acerca da eutanásia. No Código de Ética Médica, em seu artigo 6º, temos a preocupação com o valor da vida humana:

Art. 6º: O médico deve guardar absoluto respeito pela vida humana, atuando sempre em benefício do paciente. Jamais utilizará seus conhecimentos para gerar sofrimento físico ou moral, para o extermínio do ser humano ou para permitir e acobertar tentativa contra sua dignidade e integridade.

Como complemento desta afirmação, no artigo 66, em meio à tradição de benevolência para com o outro, o Código veda ao médico: "Utilizar, em qualquer caso, meios destinados a abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu responsável legal".

A eutanásia é vista sob dois elementos: a eliminação da dor e a morte do portador da dor como artifício para atingir este fim. A ética médica e a teologia moral amparam a eliminação da dor, entretanto recusam que isso seja atingido por meio da eliminação proposital do portador da dor. Segundo Leonardo M. Martin (p. 182) "Quando se condena a eutanásia, não é o controle da dor, nem a defesa da dignidade da pessoa humana doente ou moribunda que se condena, mas, sim, aquela parte do resultado que acaba matando a pessoa a fim de matar sua dor. "

Resolução Moral acerca da possibilidade de adoção da eutanásia

Até que ponto é possível ao Estado interferir na esfera individual das pessoas? Será que nossos representantes são capazes o suficiente para conhecer o tamanho de nosso sofrimento, e desse modo legislar e decidir o que fazemos de nossas vidas? Se somos de fato livres, deveríamos ser capazes de usar de nosso corpo da maneira que achamos melhor.

Na Constituição Federal de 1988, temos que os direitos fundamentais não são absolutos e sim relativos. Dessa maneira, eles



sofrem limitações que são necessárias para defender a integridade do interesse social em contrapartida assegurar a convivência harmônica das liberdades individuais, para que não haja colisões ou atritos entre elas.

Assim, o que deveria prevalecer é a liberdade de escolha do indivíduo, de qual princípio tem mais peso em sua vida. A vida ou sua dignidade. Observar-se a forma como vive está denegrindo sua dignidade, caso esteja, ele deve ser livre para escolher qual solução deve ser tomada para que se sinta atingindo sua plenitude. Isso remete ao caso da eutanásia, se a pessoa está passando por grande dor e sofrimento, desnecessário, ela deve ter a liberdade de optar pela eutanásia, se ela vê isso como a melhor solução em seu caso.

Para compreender a necessidade dessa liberdade de escolha, devemos basear-nos na possibilidade de passarmos pela mesma situação de um paciente em estado terminal, que se encontra sob grande sofrimento. Será que se estivéssemos em sua posição desejaríamos que a eutanásia nos fosse permitida para desse modo nos livrarmos de nosso sofrimento?

Encarar a situação que outra pessoa passa, estando de fora, às vezes não nos permite entender sua angústia e seus anseios. É por isso que John Rawls desenvolve sua teoria do “Véu da Ignorância”, nela, ele explana que para escolher os princípios que devem reger uma sociedade as pessoas deveriam estar em posição de igualdade. Isto é, ninguém teria conhecimento de sua posição na sociedade, sua condição econômica, sexo, habilidades, grau de inteligência e etc.. Dessa maneira ao escolher as bases da sociedade, as pessoas teriam em mente que por alguma eventualidade pudessem fazer parte de uma minoria reprimida, nascer sem capacidades de cuidar de si próprio, enfim desprovido de meios para atingir uma boa vida na sociedade. Destarte todos, provavelmente, escolheriam os princípios mais equânimes para possibilitar uma vida digna a todos.

Ao analisar o caso da eutanásia e relacioná-lo com o véu da ignorância, diante da possível hipótese de as pessoas virem a ter doenças incuráveis e causadoras de grande aflição, elas



provavelmente desejariam ter a liberdade de decidir se se submeteriam à eutanásia ou não.

Mas decidir se submeter à eutanásia não é algo simples. É preciso que a pessoa esteja totalmente consciente de que isso é o que ela deseja. A decisão deve ser fruto de uma escolha racional e sem nenhuma pressão psicológica. Para que isso seja possível é preciso que a sociedade discuta, efetivamente, todo o procedimento da eutanásia, esclarecendo todas as dúvidas e questionamentos. Os pacientes devem ser analisados psicologicamente para compreender se o que está levando-os a essa escolha é uma decisão racional ou um transtorno psicológico.

Esclarecido o procedimento, decidindo racionalmente e com apoio de sua família, a pessoa deve ser livre para escolher o que é o melhor para sua vida e assim preservar sua dignidade.

Visão jurídica acerca da Eutanásia

Para fazer cumprir com o direito de escolha da pessoa para se passar pelo procedimento da eutanásia, faz-se necessário que este seja acolhido pelo nosso ordenamento jurídico.

A Constituição Federal consagra direitos que não se restringem aos elencados no artigo 5º. Os direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição estão previstos de forma sistêmica em todo o texto constitucional, e também em Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil.

Dessa forma, todas as decisões que venham a ser tomadas acerca da eutanásia devem estar em harmonia com os direitos e garantias assegurados por nosso ordenamento, tomamos nesse contexto como especiais o direito à vida e à dignidade humana.

O princípio da dignidade humana, está relacionado com o respeito a direitos fundamentais inerentes à própria pessoa, tais como a vida, a intimidade, a liberdade, a honra e a autodeterminação da própria vida, que exigem respeito de todos os demais.

Segundo Jayme (2005, p. 120):



A dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral, que é inerente à condição de ser humano, e se manifesta através da capacidade de autodeterminação consciente da própria vida. Constitui-se em um mínimo invulnerável juridicamente protegido que são os direitos de personalidade.

Algo importante a se ressaltar é que em nossa Carta Constitucional, nenhum direito é absoluto, todos devem ser observados numa perspectiva relativa. Dessa forma nem mesmo o direito a vida é absoluto. Um exemplo desse caráter relativo é, em uma gravidez decorrente de um estupro, a mulher tem o direito de abortar. Trata-se de um caso de mitigação do direito à vida, quando confrontado com outro direito que no contexto tem mais peso que ele.

Dessa forma, se o direito à vida não é absoluto, deve-se considerar a hipótese da eutanásia, pois no confronto entre direito à vida e direito à dignidade humana, se a pessoa optar pelo direito à dignidade, este deve ser atendido

Mas juridicamente não é tão simples adotar a eutanásia. Seria preciso todo um procedimento formal para reconhecer se a pessoa está realmente apta para exercer seu direito de escolha. Dessa maneira seria necessária uma análise psicológica, para observar se aquela vontade é fruto de uma depressão o que leva a crer que em situação diversa, a pessoa não desejaria a eutanásia. Laudos médicos que comprovem a impossibilidade de cura, e as graves dores as quais a pessoa está submetida. Dessa forma após comprovar a capacidade de escolha livre e a existência do sofrimento desnecessário, a pessoa seria submetida a um tempo de espera, para todos terem certeza se é de fato o que desejam. Ao final do tempo, ainda sendo da vontade da pessoa se submeter ao procedimento, está deveria ter a liberdade de passar por ele.

Conclusão



A Eutanásia ainda é uma discussão muito evitada em nossa sociedade visto que vai contra um pressuposto as vezes tido como sagrado, a vida. Mas apenas as pessoas que se encontram com doenças terminais, causadores de dores insuportáveis e que nem sempre podem ser evitadas, sabem o que é ver que sua vida não é o que consideram uma vida de verdade, isto é, ficar confinado a definhar em uma cama, para muitas pessoas não é visto como viver de fato. E nessa situação, não ter a possibilidade de escolher se quer viver ou não.

As pessoas devem levar em conta que, como apresentado no “véu da ignorância” caso qualquer um de nós, se encontrasse nessa situação, todos desejaríamos que tivéssemos nossos desejos atendidos. Então é preciso olhar para o próximo com compaixão, reconhecer o seu sofrimento, e visar atitudes que tenham como base o que seja melhor para estas pessoas, o que reforçará seu direito a uma vida digna. E não nos apoiar em princípios vazios que apenas buscam suprimir a vida das pessoas para manter-se.

O ordenamento jurídico, com base no caráter relativo dos direitos deve adotar a eutanásia, possibilitando às pessoas que elas decidam o que é melhor em suas vidas. Mas, claramente, apenas possibilitando a eutanásia após cumpridos todos os requisitos para a sua prática.

Referências

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA CÓDIGO DE ÉTICA MÉDICA Resolução CFM nº 1.931, de 17 de setembro de 2009 (versão de bolso) Brasília 2010.

GONÇALVES, Maria Denise Abeijon Pereira; ALMEIDA, Sarah Lopes De. *Breves reflexões sobre a eutanásia e seu sancionamento. Âmbito jurídico*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11733>. Acesso em: 05 jun. 2017.



JAYME, Fernando G. *Direitos Humanos e sua Efetivação pela Corte Interamericana de Direitos Humanos*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

LA SANTA SEDE. *Declaração sobre a eutanásia*. Disponível em: <http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/document/rc_con_cfaith_doc_19800505_euthanasia_po.html>. Acesso em: 14 jun. 2017.

MARTIN, Leonard M., Eutanásia e Distanásia in COSTA, Sérgio Ibiapina Ferreira; GARRAFA, Volnei; OSELKA, Gabriel. (Org.). *Iniciação à Bioética*. Conselho Federal de Medicina, 1998.

PORTAL DE E-GOVERNO, INCLUSÃO DIGITAL E SOCIEDADE DO CONHECIMENTO. *A eutanásia no direito brasileiro*. Disponível em:

<<http://www.egov.ufsc.br/portal/conteudo/eutan%c3%a1sia-no-direito-brasileiro-0>>. Acesso em: 19 jun. 2017.



A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR IDOSO NO CDC

Daniela Marx Damascena (UEMG)
Lamony Thálita Alves Mendes (UEMG)
Silvana Regina Paslauski (UEMG)

Resumo:

Este trabalho se propõe a realizar uma análise sucinta acerca dos mecanismos de defesa do consumidor idoso, tendo em vista que este é considerado pela doutrina como hipervulnerável, indo além da vulnerabilidade já estabelecida pelo ordenamento jurídico brasileiro ao consumidor de forma geral em relação ao fornecedor, diante das relações consumeristas. Tratamos também das maneiras que o superendividamento atinge essa parcela da sociedade, como por meio dos empréstimos consignados e os riscos à saúde financeira, física e mental de pessoas já debilitadas pela idade avançada. O Código de defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso são as legislações abordadas no presente artigo. A proteção dispensada pelo Estado aos consumidores hipervulneráveis também será abordada, assim como a necessidade da real efetivação de tal tutela.

Palavras-chave: Idosos, hipervulnerabilidade, superendividamento, Código de Defesa do Consumidor.

1. Introdução

O presente trabalho visa realizar uma análise das condições do idoso enquanto consumidor no mercado de consumo, uma vez que, os idosos compõem um grupo considerado hipervulnerável pela doutrina que, por uma série de fatores, vai além da já conhecida vulnerabilidade intrínseca ao consumidor em relação ao fornecedor.



Para compreendermos melhor a situação específica dos idosos, é importante termos em mente que a defesa do consumidor é entendida no Brasil como direito fundamental, preconizado no inciso XXXII, artigo 5º da Constituição Federal de 1988, além de ser instituído no Código de Defesa do Consumidor, em seu artigo 4º, inciso I, colocado que, dentre seus objetivos, deve ser observada a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo.

Pela leitura do art. 4º, inc. I, do CDC é constatada a clara intenção do legislador em dotar o consumidor, em todas as situações, da condição de vulnerável na relação jurídica de consumo. De acordo com a realidade da sociedade de consumo, não há como afastar tal posição desfavorável, principalmente se forem levadas em conta as revoluções pelas quais passaram as relações jurídicas e comerciais nas últimas décadas (TARTUCE & NEVES 2017, p.33).

Tal situação de proteção jurídica do consumidor não poderia ser diferente, uma vez que é notório o desequilíbrio de poder na relação entre consumidor e fornecedor, impondo ao Estado criar formas de proteção ao consumidor na tentativa de realizar o exercício do princípio da igualdade, que busca por lógica que se devem tratar igualmente os iguais, e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades, para alcançar assim, a verdadeira equidade.

O Código de Defesa do Consumidor elenca quatro tipos de vulnerabilidade, que são: técnica, jurídica, econômica e informacional. De forma sucinta, a vulnerabilidade técnica é a que se sustenta no fato do consumidor não possuir conhecimento técnico acerca do produto, assim como do seu processo de produção. Esse conhecimento é monopolizado pelo fornecedor (LOMBELLO et al 2015, p.02).

Já a vulnerabilidade jurídica é a presente na não efetividade dos direitos dos consumidores assegurados pela lei, por falta de



conhecimento da mesma. E mesmo quando este conhece seus direitos, na maioria das vezes se vê frustrado ao tentar obtê-los frente aos fornecedores, tendo como última solução, recorrer aos órgãos administrativos e judiciários para reivindicar o exercício dos seus direitos.

A vulnerabilidade econômica é a mais difícil de ser superada, já que é inevitável a grande disparidade entre o poder econômico do consumidor em comparação ao do fornecedor. E no sistema capitalista no qual vivemos quem possui capital dita as regras no mercado. É a nomeada “ditadura do capital” (LOMBELLO et al 2015, p.03).

Por fim, temos a vulnerabilidade informacional do consumidor, que decorre do fato deste não ter todas as informações sobre o produto, como a sua procedência, modo de fabricação e execução deste processo. Esta vulnerabilidade também incide na realização dos contratos de adesão, tanto pela não leitura das cláusulas e também pela falta de autonomia do consumidor para realizar modificações, pratica cada vez mais recorrente na atualidade (LOMBELLO et al. 2015. p. 04).

O cenário econômico social atual nos impulsiona a consumir de forma desenfreada levando, muitas vezes, a um superendividamento. E é aí que se justifica a relevância de uma análise como a que aqui se pretende, pois os idosos são considerados, além de um público extremamente visado pelo mercado financeiro, ‘arrimos de família’ na atual situação de desemprego que o país vive.

2. Hipervulnerabilidade

A hipervulnerabilidade vai além da vulnerabilidade já conhecida e incide sobre alguns “grupos de consumidores, os portadores de deficiências, os idosos, crianças e adolescentes e também os semi (analfabetos)” (LOMBELLO et al 2015, p.03). O entendimento do conceito de hipervulnerabilidade do consumidor vai além da mera condição econômica, pois este conceito abarca todos



os tipos de vulnerabilidade – técnica, jurídica, econômica e informacional – e soma-se a fatores que lhe retire a resistência ao mercado de consumo, tornando-os alvos frágeis à publicidade abusiva e/ou enganosa.

A vulnerabilidade naturalmente inerente ao consumidor permite a efetiva proteção dos seus direitos, os quais são diuturnamente ameaçados e influenciados pelos fornecedores. Como existem diferentes tipos de consumidores nas relações de consumo, também devem existir variados graus de vulnerabilidade para que esta seja respeitada de maneira correta (LOMBELLO et al 2015, p.05).

Isso decorre de fatores como a idade, que lhes confere um discernimento diferenciado e mais debilitado para a identificação das práticas abusivas utilizadas pelos fornecedores. Diante dessa situação conflituosa, algumas legislações especiais possuem o objetivo de resguardar estes grupos hipervulneráveis, como o Estatuto da Criança e Adolescente e o Estatuto do Idoso. Ambas as leis possuem normas para regular as relações consumeristas entre os fornecedores e estes grupos de consumidores.

(...) para que a norma legal seja proporcionalmente distribuída em uma relação jurídica, é imprescindível o equilíbrio entre as partes, caso contrário, o princípio da isonomia que determina que todos são iguais perante a lei mostra-se desrespeitado. Portanto, a tutela do consumidor faz parte deste princípio constitucional, já que é a parte mais fraca da relação de consumo e, por este motivo, necessita ser tratado de forma desigual, na medida em que se desigual dos fornecedores, protegido pelas garantias existentes em lei (LOMBELLO et al 2015, p.06).

Diante disso, fica evidente que é necessário uma efetiva proteção, por parte do Estado, das relações de consumo que



envolvam estes consumidores hipervulneráveis, já que se encontram em uma situação ainda mais desfavorável na relação já desigual entre fornecedor e consumidor. Temos de salientar também que esta análise da hipervulnerabilidade deve ser apreciada no caso concreto das relações consumeristas (LOMBELLO et al. 2015. p. 05).

3. Os direitos dos idosos

O Estatuto do Idoso foi instituído pela lei 10.741/03 e tem por objetivo amparar o idoso de modo que possa protegê-lo em todas as suas dimensões, estabelecendo direitos fundamentais que assegure essa proteção. O artigo 2º desta lei dispõe que:

O idoso goza de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhe, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, para preservação de sua saúde física e mental e seu aperfeiçoamento moral, intelectual, espiritual e social, em condições de liberdade e dignidade.

Deste modo, é possível salientar que tais direitos elencados acima já possuem disposições expressas na Constituição Federal como direito de todos, e foram reiterados no Estatuto para que tivessem uma importância a mais para os idosos. Sendo assim, os idosos possuem proteção legal de forma prioritária e também podem ser consumidores, uma vez que são destinatários finais de produtos e serviços, atendendo a definição do artigo 2º do Código de Defesa do Consumidor. Por esse motivo, faz-se necessário conjugar ambas as legislações (ELIAS, 2010).

Os órgãos de defesa do consumidor têm como objetivo principal resguardar e garantir a proteção dos direitos referentes aos consumidores e, quando se trata dos idosos, a atenção deverá ser redobrada, uma vez que são considerados hipervulneráveis na relação de consumo.



O artigo 39, inciso IV do Código de Defesa do Consumidor, assegura que: “É vedado ao fornecedor de produtos ou serviços, dentre outras práticas abusivas: prevalecer-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços.” Deste modo, o Código de Defesa do Consumidor reconhece que na relação de consumo há alguns consumidores que são ainda mais vulneráveis, por esse motivo resguarda uma maior proteção àqueles que são denominados hipervulneráveis.

Diante disso, o Estatuto do Idoso juntamente com o Código de Defesa do Consumidor estabeleceu direitos básicos aplicáveis aos idosos. Um dos direitos elencados é o direito à prioridade, que assegura a preferência de atendimento na prestação de serviços públicos e privados, como por exemplo, o direito preferencial ao atendimento em bancos, postos de saúde, entre outros (NUNES, 2013).

O Estatuto do Idoso garante também o respeito no que tange a saúde do idoso, no qual está vedada a cobrança de valores diferenciados em Planos de Saúde, mantendo assim, a proteção adequada aos hipervulneráveis. A proibição de discriminação em razão da idade foi assegurada pelo § 3º do art. 15 (NUNES, 2013).

O artigo 23 do mesmo Estatuto assegura aos maiores de 60 anos o direito a 50% de desconto em ingressos para qualquer atividade que tenha como destinação atividades de diversões públicas, tais como eventos esportivos, culturais, artísticos e de lazer. Assim, o idoso possui o pleno direito de escolher o assento que bem entender, em apresentações de teatro, cinema, estádios de futebol, mesmo que sejam cobrados preços diversos em razão de localidade (NUNES, 2013).

Em se tratando de serviços de transporte, o artigo 39 do Estatuto do Idoso dispõe que: “Aos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos fica assegurada a gratuidade dos transportes coletivos públicos urbanos e semiurbanos, exceto nos serviços seletivos e especiais, quando prestados paralelamente aos serviços regulares.” Deste



modo, para garantir a efetivação desta gratuidade o idoso deverá comprovar, através da carteira de identidade, a sua idade. Nos transportes coletivos, deverão ser reservados cerca de 10% dos assentos para os idosos (NUNES, 2013).

4. O crédito consignado e o idoso

O contrato de crédito consignado advém da década de 1950, em que a Lei 1.046/50¹⁴⁹ que, permitia que os funcionários públicos obtivessem o crédito e que este fosse descontado na folha de pagamento. Ocorre que, com a medida provisória nº 130/03, transformada posteriormente na Lei 10.820/03¹⁵⁰, esse contrato de concessão de crédito consignado foi difundido no país, estendendo-se aos trabalhadores da iniciativa privada.

No ano de 2004, com o advento da Lei 10.953/04¹⁵¹, foi permitido aos beneficiados de aposentadorias e pensões do Regime Geral da Previdência Social, através do INSS a contrair, de forma irrevogável os empréstimos consignados e para a realização do pagamento seria realizado o desconto em folha, com a limitação de 30% do montante líquido (LOMBELLO et al. 2015. p.13).

¹⁴⁹ BRASIL. **Lei 1.046 de 02 de janeiro de 1950.** Disposição sobre a consignação em folha de pagamento. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. Publicada em 03 de janeiro de 1950. Disponível em: <http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128745/lei-1046-50>. Acesso em: outubro de 2017.

¹⁵⁰ BRASIL. **Lei 10.820 de 17 de dezembro de 2003.** Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. Publicada em 18 de dezembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.820.htm. Acesso em: outubro de 2017.

¹⁵¹ BRASIL. **Lei 10953 de 27 de setembro de 2004.** Altera o art. 6º da Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, que dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento. **Diário Oficial [da República Federativa do Brasil]**, Brasília, DF. Publicada em 28 de setembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.953.htm. Acesso em: outubro de 2017.



Diante desses dispositivos legais, o Governo brasileiro entregou ao mercado financeiro uma parcela da sociedade que lhe rende lucros exorbitantes e com a seguridade do pagamento, já que o pagamento das parcelas está vinculado aos vencimentos, pensões e aposentadorias. De lá para cá, a publicidade voltada para o público de pensionistas e aposentados, exercido pelas financeiras e bancos, cresceu consideravelmente.

Tal quadro tem levado grandes lojas de departamento, redes de hipermercados e revendas de automóveis a deixar de lado suas atividades para se dedicarem à exploração do lucrativo ramo de financiamento, mediante cobrança de taxa de juros extorsivas. Atualmente o empréstimo consignado já superou as duas modalidades tradicionais de crédito: o cartão de crédito e o cheque especial. Essa enorme massa de consumidores, na grande maioria das vezes mal esclarecida, compõe o quadro do superendividamento. São consumidores que deixam no banco, todos os meses, uma parcela considerável de sua renda, comprometendo seus recursos para comprar remédios e arcar com o pagamento do plano de saúde (LOMBELLO et al. 2015. p.13).

Esse cenário desencadeia o superendividamento deste público, levando a um sério comprometimento da saúde física, mental e financeira. De acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) a população brasileira vem envelhecendo, contribuindo assim, para o aumento dessa parcela superendividada. Os estímulos subliminares contidos na publicidade direcionada para os idosos comprometem a real percepção dos riscos e malefícios que o contrato de crédito consignado pode trazer com o comprometimento de uma parcela significativa da sua renda (LOMBELLO et al. 2015. p.14).



5. O superendividamento dos idosos

Nos dias atuais vivenciamos a era do consumo, no qual a sociedade se encontra a mercê de um círculo vicioso, uma vez que, são diariamente influenciados a se adaptar as novidades do mercado e instigados a consumir a todo o momento. Em virtude deste consumo descontrolado, pode-se perceber o surgimento de inúmeras formas que facilitam a compra de produtos e serviços, pois houve uma predisposição a concessão de crédito aos consumidores mais sedentos ao consumo (LOMBELLO et al. 2015. p.15).

Tem-se como principais exemplos o empréstimo pessoal, bem como o cheque especial, financiamento, entre outros. Isso resultou em um superendividamento dos consumidores, comprometendo boa parte da renda mensal, em decorrência de uma má gestão dos empréstimos.

“Neste momento, foi observado que o idoso também fazia parte desta massa de superendividados, tendo em vista que muitos são utilizados como mantenedor econômico da família, e que suas aposentadorias e pensões, servem de aporte para orçamento doméstico, com realização de empréstimos e pagamentos de prestações. Portanto, o idoso é introduzido economicamente no seio familiar, pois não está sujeito a demissões e recebe mensalmente seus proventos, podendo ser o responsável pela manutenção das residências, pelos empréstimos e pela obtenção de crédito em favor de sua família” (LOMBELLO et al. 2015).

Desta forma, o idoso se encontra diariamente à mercê de inúmeras ofertas publicitárias que, incentivam a concessão de crédito fácil. Isso ocorre muitas vezes sem informações adequadas e sem condições econômicas suficientes para comprar produtos à vista, comprometendo grande parte de sua renda mensal. Ressalta-se ainda o seu desconhecimento acerca de cláusulas contratuais que atraem de certa forma o consumidor idoso (LOMBELLO et al. 2015. p.16).



Esses consumidores na maioria das vezes visualizam nesses empréstimos uma forma de resolver diversos problemas financeiros que, em grande parte atendem as necessidades da própria família. Nesse sentido, o idoso que deveria ser o protegido, em decorrência do alto índice de desemprego, passa a sustentar os próprios filhos e em alguns casos os netos, sendo obrigados a realizar empréstimos altos que são descontados em suas folhas de pagamento mensalmente.

Sendo assim, é quase impossível que o idoso não se endivide, pois tais empréstimos comprometem sua renda. Nesses casos, deverá haver certa preocupação pela legislação, de modo que possa regulamentar os contratos de crédito e assim possibilitar que a dignidade da pessoa humana seja mantida, uma vez que, os idosos são os mais atingidos nessa relação de consumo (LOMBELLO et al. 2015. p.17).

Conclusão

Como vimos, o consumidor idoso é considerado hipervulnerável na relação de consumo, merecendo uma atenção redobrada por parte do Estado no que diz respeito às legislações que regulam as relações consumeristas. Já há algumas legislações especiais voltadas para essa finalidade, como o Código de Defesa do Consumidor e o Estatuto do Idoso. Porém, deve haver uma fiscalização e real cumprimento dessas legislações, uma vez que, o nosso país vive um sério problema cultural, em que a própria sociedade não respeita e não protege os seus idosos.

Essa tutela especial do Estado deveria visar à proteção dessa parcela hipervulnerável de consumidores, pois a idade avançada prejudica o discernimento perante práticas abusivas, enganosas, que os levam a um superendividamento, comprometendo gravemente a sua renda. Tais provimentos, já tão necessários para a manutenção da saúde, tendo em vista que já se encontra debilitada com a idade, são drenados pelos empréstimos consignados e seus juros abusivos.

Estes contratos de adesão, que proporcionam créditos aos



aposentados e pensionistas, devem ser mais regulamentados pelo poder público, no sentido de possibilitar um melhor entendimento das reais condições de pagamento e dos riscos que podem gerar na vida financeira destas pessoas. A publicidade precisa ser trabalhada no sentido de esclarecer e não de enganar, demonstrando a possibilidade de superendividamento de pessoas já debilitadas financeiramente e fisicamente.

Destarte, é imperioso que o Estado efetive a proteção aos idosos no que diz respeito aos seus direitos enquanto consumidores hipervulneráveis, garantindo a preservação dos seus direitos sociais e a real dignidade da pessoa humana. Vedando toda e qualquer ameaça aos seus direitos enquanto consumidores.

Referências Bibliográficas

BRASIL. **Constituição Federal da República Federativa do Brasil de 1988**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Publicada em 05 de outubro de 1988.

BRASIL. Lei 8.078 de 11 de setembro de 1990. **Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF. Publicada em 12 de setembro de 1990.

BRASIL. Lei 1.046 de 02 de janeiro de 1950. **Disposição sobre a consignação em folha de pagamento**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF. Publicada em 03 de janeiro de 1950.

Disponível em:
<http://presrepublica.jusbrasil.com.br/legislacao/128745/lei-1046-50>.
Acesso em: outubro de 2017.

BRASIL. Lei 10.820 de 17 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento, e dá outras providências**. Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF. Publicada em 18 de dezembro de 2003.
Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.820.htm. Acesso em: outubro de 2017.



BRASIL. Lei 10953 de 27 de setembro de 2004. Altera o art. 6o da Lei no 10.820, de 17 de dezembro de 2003. **Dispõe sobre a autorização para desconto de prestações em folha de pagamento.** Diário Oficial [da República Federativa do Brasil], Brasília, DF. Publicada em 28 de setembro de 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/110.953.htm. Acesso em: outubro de 2017.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **População brasileira envelhece em ritmo acelerado.** Brasília, 2010. Disponível em: www.ibge.gov.br. Acessado em: outubro de 2017.

LOMBELLO, Cesar Augusto et al. O consumidor idoso no mercado de consumo: superendividamento e hipervulnerabilidade. **Revista Mpccon**, Rio de Janeiro, v. 5, n. 8, p.1-30, 09 out. 2015. Disponível em: <http://revistampcon.com.br/edicoes/02/anexos/2015-MPCON-Crismam_O_CONSUMIDOR_IDOSO_NO_MERCADO_DE_CONSUMO.pdf>. Acesso em: 18 out. 2017.

TARTUCE, Flávio Manual de direito do consumidor : **direito material e processual** / Flávio Tartuce, Daniel Amorim Assumpção Neves.– 6. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2017.

ELIAS, Gustavo C. Silva. **O estatuto do idoso e as relações de consumo.** 2010. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI102001,11049-O+estatuto+do+idoso+e+as+relacoes+de+consumo>>. Acesso em: 06 nov. 2017.

NUNES, Rizzato. **Os direitos do consumidor idoso.** 2013. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/ABCdoCDC/92,MI175501,31047-Os+direitos+do+consumidor+idoso>>. Acesso em: 06 nov. 2017.



DESESTATIZAÇÃO E PRIVATIZAÇÃO NO BRASIL À LUZ DO PRINCÍPIO DA SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO

DE-ESTATIZATION AND PRIVATIZATION IN BRAZIL IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF THE SUPREMACY OF PUBLIC INTEREST

Ana Carolina Silveira Passos¹⁵²

Resumo

O presente trabalho busca tecer considerações à respeito do processo de desestatização e privatização no cenário brasileiro sob análise crítica/interpretativa do Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o privado. Há quase 30 anos, a pauta sobre a diminuição da esfera estatal sobre os serviços prestados à população entrou na agenda brasileira, mas foi a partir do Plano Diretor de Reforma do Aparelho Estatal, desenvolvido por Luiz Carlos Bresser e implantado no governo de Fernando Henrique Cardoso, que as privatizações ganharam um novo rumo. Com o intuito de garantir maior eficiência para a máquina estatal e retirar o país de uma grave crise fiscal, foram criadas diversas leis sobre o assunto, contudo faz-se mister destacar a Lei nº 9.491/97 que estabeleceu o Programa Nacional de Desestatização, na qual definiu seu conceito, objeto e objetivos. Apesar da necessidade em se ter adotado tais mudanças na estrutura do modo de governança pública, e nos avanços que o Plano de Reforma trouxe para o panorama nacional, é importante analisar

¹⁵²Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade Diamantina



de forma crítica os limites que a busca por maior eficiência e a geração de lucros tem em relação aos interesses coletivos. Por isso, o Princípio da Supremacia do Interesse Público, considerado como um dos corolários da Administração Pública deve sempre que ser analisado quando há transferência de funções para setores privados, para evitar quaisquer riscos que práticas privatistas acarretam na defesa de interesses coletivos.

Palavras-chave: *Desestatização, Privatização, Plano de Reforma do Estado, Supremacia do Interesse Público.*

Abstract

The present work pursue to weave considerations regarding the de-estatization and privatization process in the Brazilian setting under a critical/interpretative analysis of the Principle of the Supremacy of the Public Interest over the private one. For almost 30 years, the plans for the reduction of the regulation's state on services provided to the population has entered the Brazilian agenda, but it was from the Master Plan Reform of the State Apparatus, developed by Luiz Carlos Bresser and implanted under the government of Fernando Henrique Cardoso, privatization has taken a new turn. In order to ensure greater efficiency for the state machine and to remove the country from a serious fiscal crisis, several laws were created on the subject, however, it is necessary to highlight Law No. 9,491 / 97, which established the National Privatization Program, in which defined its concept, object and objectives. In spite of the need to have adopted such changes in the structure of the public governance mode, and in the advances that the Reform Plan has brought to the national panorama, it is important to critically analyze the limits that the search for greater efficiency and the generation's profits have in relation to collective interests. Therefore, the Principle of



Supremacy of Public Interest, considered as one of the corollaries of the Public Administration must always be analyzed when there is a transfer of functions to private sectors, to avoid any risks that privatist practices entail in the defense of collective interests

Keywords: *De-estatization, Privatization, State Reform Plan, Supremacy of Public Interest.*

1 Introdução

Questões sobre o grau de interferência do Estado na sociedade são constantemente elencadas nas pautas dos governos. Encontrar um limite que não caia em um alto grau de interferência, nem um completo abandono nas questões econômicas e sociais não é tarefa fácil. Porém, o viés de tais discussões torna-se diferente em muitos momentos da história de um País, tendo em vista a necessidade de prestação dos serviços públicos por parte da Administração em diferentes momentos.

Discussões sobre as privatizações começam quando a crise no Estado Social adveio dos excessivos serviços prestados à população causando um “inchaço estatal”. Desse modo, tornou-se um obstáculo para a Administração Pública atender tais demandas, e a saída encontrada foi a transferência de alguns serviços prestados para a esfera privada.

Apesar de já haver um processo sobre a diminuição da esfera estatal na concessão de serviços públicos, iniciado no final do governo Sarney e acentuado também no governo Collor¹⁵³, foi a partir do Plano Diretor de Reforma do Aparelho Estatal proposto na década de 90, que esse movimento atingiu o seu ápice. Com a proposta de substituição do modelo gerencial pelo burocrático, as privatizações, juntamente com as concessões e as terceirizações,

¹⁵³ As privatizações entraram na pauta desses governos em razão de adotarem uma política neoliberal em suas respectivas gestões. Cf. MACIEL, David. *Governo Collor e o Neoliberalismo no Brasil (1990-1992)*. Revista UFG/Dezembro 2011/Ano XIII, 2011.



também foram os principais mecanismos propostos a fim de consolidar a Reforma.

Embora fosse nítido a insustentabilidade do modelo burocrático na perspectiva administrativa, e nas vantagens do modelo gerencial, principalmente por ser pautado em uma maior eficiência na prestação de serviços públicos, é preciso tecer algumas considerações sobre os perigos do uso desenfreado de concessões públicas para setores privados, principalmente em relação ao Princípio da Supremacia do Interesse Público, uma das “pedras de toque” da Administração Pública.

2 Plano diretor de reforma do aparelho estatal

No ano de 1995, foi encaminhado ao Congresso Nacional o Projeto de Emenda Constitucional nº 173 que consistia na reforma do aparelho do Estado brasileiro também chamado de “reforma administrativa”. Idealizado por Bresser Pereira, no governo de Fernando Henrique Cardoso, essa Emenda teve como principal objetivo a passagem do modelo burocrático para o gerencial, pois a lentidão e práticas como o nepotismo e clientelismo presentes no aparato estatal não mais cabiam no atual Estado Democrático de Direito. A administração pública chamada gerencial foca em controle de resultados “a posteriori”, diferentemente da burocrática que concentrava esforços no processo e não nos resultados. Desse modo, desenvolver um plano de reforma pautado no modelo gerencial foi uma saída para tornar a máquina estatal mais rápida, eficiente e com uma maior qualidade, voltada para as necessidades da população.

Alguns dos aspectos presentes no Plano de Reforma é o ajuste fiscal, que garante ao Estado a capacidade de decidir sobre medidas públicas e dispor de uma maior liberalização econômica; a diminuição dos gastos públicos; abertura do mercado nacional para o transnacional, além do programa de privatização, que é um dos objetivos essenciais para a implementação da Reforma do Estado, no



qual a prática da privatização, de acordo com o referido Plano Diretor:

reflete a conscientização da gravidade da crise fiscal e da correlata limitação da capacidade do Estado de promover poupança forçada através das empresas estatais. Através desse programa transfere-se para o setor privado a tarefa da produção que, em princípio, este realiza de forma mais eficiente. Finalmente, através de um programa de publicização, transfere-se para o setor público não-estatal a produção dos serviços competitivos ou não-exclusivos de Estado, estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle.¹⁵⁴

Desse modo, um dos objetivos que o Plano apresenta é a redução na execução direta de serviços pelo Estado, mantendo-se somente como regulador nos serviços essenciais como educação e saúde. Nesse novo cenário, há uma descentralização da prestação de serviços sociais e na área de infraestrutura, nos âmbitos municipais e estaduais.

Essa reforma do Estado brasileiro nos anos 90, surge a partir de uma crise marcada por uma forte intervenção do governo na economia, gerando altos gastos sociais. Surge assim, a necessidade de uma reforma com o propósito de tornar o Estado regulador e facilitador do desenvolvimento nacional, e não o único agente responsável diretamente por todas as oscilações de crises sociais e de mercado. O primeiro passo para essa reforma foi dado com o Plano Real, no governo de Itamar Franco, que conseguiu controlar a inflação através do corte de gastos públicos, recuperação da Receita através do combate à evasão fiscal e a redefinição da função dos Bancos Federais, além das privatizações, enxugando a máquina

¹⁵⁴ *Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, novembro de 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>



estatal. Em seguida, foi criado o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica. Por fim, se adotou a racionalização do governo, com o foco na distribuição dos serviços públicos à iniciativas privadas.

Após identificar os problemas que o Governo teria que enfrentar para adotar tais medidas de reconstrução, ligados principalmente ao problema de como se daria essa gestão tendo em vista o tamanho do Estado, o Plano deu-se principalmente nos setores de infraestrutura, e para isso foram realizadas parcerias com iniciativas privadas. Além disso, como falado anteriormente, houve à descentralização vertical de programas sociais para os Municípios e Estados e às agências reguladoras coube o controle das políticas sociais.

Percebe-se que o Plano de Reforma Estatal está fundado em três princípios básicos: a privatização, a terceirização e a publicização. A privatização foi usada como uma saída visando a arrecadação de fundos a fim de equilibrar a economia, e está nos Objetivos de Mercado do Plano dar continuidade ao processo de privatização através do Conselho de Desestatização. Parte-se de análise que as empresas serão mais eficientes se forem dirigidas e administradas na área privada. Tem como princípio orientador o da subsidiariedade, só deve ser estatal o que não puder ser controlada pelo mercado. Porém, os objetivos apresentados no Plano não demonstram a preocupação com a defesa da soberania nacional e nem se esses investimentos seriam voltados para a defesa do patrimônio público, o que acarreta um enorme risco para toda população.

A publicização está presente nos projetos básicos do Plano, e seria uma descentralização para o domínio não-estatal da execução de serviços, onde os Estados devem exercer o controle como subsidiários e não diretamente, como os serviços prestados nas áreas da educação, saúde e pesquisa científica. Nas palavras de Bresser Pereira, seria “transformar uma organização estatal em uma



organização de direito privado, mas pública não-estatal”¹⁵⁵ Assim, privatização e publicização não são sinônimos, já que a última irá conservar seu caráter público e de ser financiado pelo Estado, mas com uma autonomia financeira e administrativa maior, pois estará na categoria de direito privado.

Por fim, a terceirização, nas palavras de Maria Sylvia Di Pietro, tem como atributo:

a contratação, por determinada empresa (o tomador de serviço), do trabalho de terceiros para o desempenho de atividade-meio. Ela pode assumir diferentes formas, como empreitada, locação de serviços, fornecimento, etc.¹⁵⁶

De acordo com o Plano de Reforma, serviços sociais e científicos devem receber apenas o fomento do Estado, mas serem prestados por organizações não estatais, enquanto ao Estado cabe à função de legislar, fiscalizar e definir políticas. Assim, em tais serviços que forem descentralizados devem vigorar a lógica de competitividade, buscando uma maior qualidade e custo dos serviços prestados, “estabelecendo-se um sistema de parceria entre Estado e sociedade para seu financiamento e controle”.¹⁵⁷

Luiz Carlos Bresser Pereira, defende a aprovação do Plano e a implementação da reforma gerencial, sob a argumentação que assim haverá um melhor atendimento às políticas públicas, como se observa pelas palavras do próprio economista:

¹⁵⁵PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Revista Lua Nova nº 45, 1998. p. 61

¹⁵⁶DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 399.

¹⁵⁷*Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado*. Brasília, novembro de 1995. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodiretor.pdf>



a Reforma Gerencial da administração pública é essencial, a curto prazo, para reduzir os custos do Estado e completar o ajuste fiscal, e, a médio prazo, para tornar o Estado mais eficiente, mais efetivo, melhor capacitado para defender o patrimônio público, mais capaz de atender às demandas dos cidadãos a um custo compatível com as restrições econômicas impostas pelo dramático aumento da competição internacional envolvido no processo de globalização. Tal necessidade de uma administração pública mais eficiente é particularmente sentida na área social, na qual os serviços de saúde, educação e previdência básica, essenciais para a garantia dos direitos sociais, só poderão ter uma qualidade muito melhor, com o mesmo custo, se forem prestados nos termos de uma administração pública gerencial, moderna e eficiente, do tipo que vai aos poucos se generalizando nos países do primeiro mundo, particularmente na Grã-Bretanha, Nova Zelândia, Austrália e nos países escandinavos.¹⁵⁸

Porém, fica claro que o principal objetivo do Plano de Reforma do Estado, aprovado e implementado no governo de Fernando Henrique Cardoso, consiste em adotar uma ótica neoliberal na gestão do Estado, diminuindo a intervenção estatal e abrindo espaço para investimentos e controle privado.

Di Pietro faz diversas ressalvas a respeito do perigo do Plano para a sociedade civil e a segurança da Soberania Nacional. Em seu livro *Parcerias na Administração Pública*¹⁵⁹, ela alerta para os riscos que diversas medidas apresentadas no Plano, como a Lei nº 9.637 sobre a Publicização representa para o cidadão e para o patrimônio público. Já em seu livro *Direito Administrativo*, ressalva:

¹⁵⁸ PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998. p. 45-46

¹⁵⁹ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública – 3ª edição*. São Paulo: Atlas, 1999.



O fato de a organização social absorver atividade exercida por ente estatal e utilizar o patrimônio público e os servidores públicos antes a serviço desse mesmo ente, que resulta extinto, não deixa dúvidas de que, sob a roupagem de entidade privada, o real objetivo é o de mascarar uma situação que, sob todos os aspectos, estaria sujeita ao direito público. É a mesma atividade que vai ser exercida pelos mesmos servidores públicos e com utilização do mesmo patrimônio. Por outras palavras, a idéia é que os próprios servidores da entidade a ser extinta constituam uma pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, e se habilitem como organizações sociais, para exercerem a mesma atividade que antes exerciam e utilizem o mesmo patrimônio, porém sem a submissão àquilo que se costuma chamar de "amarras" da Administração Pública.¹⁶⁰

O modo de como o modelo gerencial é apresentado no Plano também denota falhas, principalmente por apresentar uma ampla interpretação sobre o tema. Nesse sentido, destaca Irene Patrícia Nohara:

Apesar da preocupação com o desempenho do Estado, que deveria se orientar para uma maior eficiência, percebe-se que o modelo gerencial não foi claramente exposto. Na realidade, tão variadas são as práticas gerenciais da administração privada, que o plano deveria ter sido mais claro sobre qual tipo de gestão teria por paradigmática. Indica-se apenas, de forma difusa, que se quer flexibilizar a 3 O DASP foi extinto em 1986 e deu lugar a SEDAP (Secretaria de Administração Pública da Presidência da República). Na década de noventa renasce com a criação da SAF (Secretaria da Administração Federal da Presidência da República). Administração, para dar maior ênfase à

¹⁶⁰DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.p. 406



criatividade e à inovação do que ao controle de procedimentos.¹⁶¹

Percebe-se assim, que ao atribuir uma importância ao modelo gerencial, pautado nos exemplos de países do primeiro mundo, houve uma marginalização e um esquecimento de importantes questões referentes ao cidadão. Apesar da necessidade em se introduzir o princípio da eficiência, presente na mudança do regime burocrático para o gerencial, ele não deve se sobrepor ao princípio da Supremacia do Interesse Público, que será analisado adiante. A eficiência não pode ser entendida apenas como maximização do lucro, mas sim como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado.¹⁶²

3 Desestatização e privatização

As definições de desestatização e privatização muitas vezes se confundem e costumam ser utilizadas em diferentes e amplos sentidos, mas em uma definição abrangente, consiste nas medidas adotadas para diminuir a participação e intervenção do Estado, seja pela venda de ações de empresas públicas para o domínio privado, pela celebração de parcerias público-privada, e outras formas, na qual se remete à menor interferência do aparelho estatal em questões econômicas e sociais.

Discussões sobre o processo de desestatização e as privatizações, começaram a ser discutidas no cenário brasileiro há 30 anos, mas que se intensificou no governo de Fernando Henrique Cardoso, a partir dos esforços de Luiz Carlos Bresser em

¹⁶¹ NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia. Impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 96

¹⁶² ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O princípio da eficiência*. In: *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. MARRARA, Thiago. (Org.). São Paulo: Atlas, 2012. p. 375



implementar a reforma administrativa analisada acima. Os objetivos para implantar tais medidas são basicamente pautados no princípio da eficiência do aparelho estatal e a incapacidade do setor público em oferecer múltiplos serviços, tendo em vista as grandes crises fiscais que geraram a implantação da reforma do aparelho estatal.

Maria Sylvia Di Pietro elencou diversas medidas adotadas visando a diminuição das áreas de governança pública, como se pode observar:

quebra de monopólios; a venda de ações de empresas estatais ao setor privado (privatização em sentido estrito); a adoção de formas privadas de gestão como a concessão de serviços públicos, as parcerias público-privadas (nos casos da concessão patrocinada e da concessão administrativa), a concessão de obras públicas e as várias formas de parcerias com entidades privadas sem fins lucrativos (por meio de convênios, termos de parceria, contratos de gestão e outros instrumentos análogos); o incremento da terceirização (inclusive a ilícita, em que se dá a contratação de pessoal por meio de interposta pessoa, sem a observância da exigência constitucional de concurso público); a preferência pelo regime contratual para os servidores públicos; a liberalização de serviços públicos (em movimento inverso ao da *publicatio*), com o objetivo de devolver as atividades de natureza econômica à livre iniciativa e à livre competição; a introdução da ideia de competição na prestação de serviços públicos; a introdução de formas consensuais, como termos de ajustamento de conduta ou instrumentos semelhantes para correção de atividades praticadas por agentes públicos, ao lado da atuação unilateral.¹⁶³

¹⁶³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013. p. 13



Nota-se, portanto, que a privatização pode se dar de várias maneiras, em vários momentos e em vários setores, mas sempre com o mesmo núcleo que é a fuga do Direito Público para o Privado.

Em relação à diferenciação entre desestatização e privatização há certa divergência doutrinária. Para Di Pietro¹⁶⁴ ambos os vocábulos são sinônimos, e nas legislações referentes ao tema há uma falha em insistir nessa diferenciação. Muitos autores também dizem que desestatização seria espécie na qual a privatização, juntamente com terceirização e concessão, seriam gêneros. José dos Santos Carvalho Filho por sua vez, distingue os termos onde:

“desestatizar” significa retirar o Estado de certo setor de atividades, ao passo que “privatizar” indica tornar algo privado, converter algo em privado. Anteriormente, a Lei nº 8.031/1990 usava o termo “privatização”, mas a nova ideia proveniente do vocábulo acabou gerando interpretação desconforme ao preceito legal, entendendo algumas pessoas que significaria privatizar atividades, o que não seria verdadeiro, visto que muitas das atividades do programa continuariam e continuam a caracterizar-se como serviços públicos; a privatização, assim, não seria da atividade ou serviço, mas sim do executor da atividade ou serviço.¹⁶⁵

Porém, houve certa confusão quando a Lei nº 9.491/1997 passou a denominar desestatização o que a Lei revogada nº 8.031/1990 chamava de privatização. Em relação à esses dispositivos legais, eles foram o primeiro estágio para a implementação dessa mudança no modo de atuação do Estado, através do Programa Nacional de Desestatização. De acordo com os objetivos fundamentais do Programa (PND), está *I - reordenar a posição*

¹⁶⁴ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Administração Pública – Legislação*. São Paulo: Pc Editorial Ltda, 2000. p. 362.

¹⁶⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo – 28ª edição*. São Paulo: Editoria Atlas, 2015. p. 360.



*estratégica do Estado na economia, transferindo à iniciativa privada atividades indevidamente exploradas pelo setor público (art.1º,I) e II - contribuir para a reestruturação econômica do setor público, especialmente através da melhoria do perfil e da redução da dívida pública líquida; (art. 1º, II).*¹⁶⁶Percebe-se assim, as duas principais metas para esse programa, a fim de direcionar a atuação da Administração somente para os serviços ditos essenciais para o Estado.

O artigo 2º do referido dispositivo, dispõe sobre quais instituições serão objeto da desestatização, nos termos da lei estão presentes:

I - empresas, inclusive instituições financeiras, controladas direta ou indiretamente pela União, instituídas por lei ou ato do Poder Executivo;

II - empresas criadas pelo setor privado e que, por qualquer motivo, passaram ao controle direto ou indireto da União;

III - serviços públicos objeto de concessão, permissão ou autorização;

IV - instituições financeiras públicas estaduais que tenham tido as ações de seu capital social desapropriadas, na forma do Decreto-lei nº 2.321, de 25 de fevereiro de 1987.

V - bens móveis e imóveis da União.¹⁶⁷

É importante chamar atenção para o fato de concessão e permissão presentes no inciso III, já indicam que há uma certa transferência para o setor privado. Desse modo, poderia haver uma

¹⁶⁶ BRASIL, Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm

¹⁶⁷Ibid., 1990.



modificação na forma de execução, mas não ocorreria propriamente a desestatização.¹⁶⁸

A Lei nº 9.491/1997 ampliou o conceito de desestatização em relação à lei revogada, dispondo em seu artigo 2º, parágrafo 1º:

§ 1º Considera-se desestatização:

- a) a alienação, pela União, de direitos que lhe assegurem, diretamente ou através de outras controladas, preponderância nas deliberações sociais e o poder de eleger a maioria dos administradores da sociedade;
- b) a transferência, para a iniciativa privada, da execução de serviços públicos explorados pela União, diretamente ou através de entidades controladas, bem como daqueles de sua responsabilidade.
- c) a transferência ou outorga de direitos sobre bens móveis e imóveis da União, nos termos desta Lei. (Incluído pela Medida Provisória nº 2.161-35, de 2001)¹⁶⁹

A partir dessas considerações fica claro identificar que o motivo gerador do processo de desestatização foi a intervenção por muitos anos da governança pública em serviços sociais e econômicos, o que resultou em morosidade na prestação de serviços além de incontáveis crises.

No entanto, são várias as constatações a serem feitas a partir desse processo de diminuição de interferência do Estado. A principal delas é sobre o abalo que tais medidas acarretariam no interesse público, tanto aquele tido como primário ligado à questões sociais,

¹⁶⁸ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo – 28ª edição*. São Paulo: Editoria Atlas, 2015. p. 361.

¹⁶⁹ BRASIL, Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm



como o secundário, ligado aos interesses administrativos, como o funcionamento da máquina estatal. A transferência de demasiados serviços na mão de particulares, acarreta dúvidas e preocupações quanto à realização de uma administração que realmente atenda às necessidades da população, e não vise apenas o lucro. Além disso, é um grande risco tomar como parâmetros os resultados obtidos com a privatização em países desenvolvidos¹⁷⁰ para aplicar tais medidas no Brasil, carente em questões sociais e econômicas.

Outro problema ligado às privatizações é o fenômeno da terceirização. Na terceirização há a “celebração de acordos de variados tipos para concretizar diferentes formas de parceria com a iniciativa privada”¹⁷¹, desse modo há uma perda do pessoal público nas instituições, o que acarreta desmotivação e insegurança para o funcionário público.

É válido destacar que as privatizações ocorridas na década de 90 foram necessárias, e de certo modo contribuíram para o crescimento nacional. O que é prejudicial é o movimento cada vez crescente dessas privatizações em setores básicos e essenciais à coletividade, além da venda de ações de estatais para empresas privadas, o que gera um risco para a soberania nacional.

4. O princípio da supremacia do interesse público

Importante abordagem a ser feita no contexto das privatizações no cenário nacional é em relação à um princípio norteador da Administração Pública: o Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Privado. Apesar de não estar explícito constitucionalmente, o referido princípio é considerado a “pedra de

¹⁷⁰ Bresser Pereira em seu plano diretor de reforma do Estado, faz alusão ao êxito dessa reorganização da máquina estatal nos países desenvolvidos, não atendendo para a verdadeira realidade do Brasil, gerando críticas a respeito do risco representado para a Soberania Nacional.

¹⁷¹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Administração Pública – Legislação*. São Paulo: Pc Editorial Ltda, 2000. p. 362.



toque” na seara jurídico-administrativa, juntamente com o Princípio da Indisponibilidade do Interesse Público.

O princípio da Supremacia do Interesse Público visa orientar que toda atuação Estatal seja voltada para os fins da coletividade, a fim de resguardar o interesse público em relação à interesses particulares. Assim, tendo em vista a inserção no atual Estado Democrático de Direito, a governança pública deve ter o condão de zelar pela satisfação de interesses coletivos, e nortear suas ações para esse fim.

De acordo com José dos Santos Carvalho Filho:

As atividades administrativas são desenvolvidas pelo Estado para benefício da coletividade. Mesmo quando age em vista de algum interesse estatal imediato, o fim último de sua atuação deve ser voltado para o interesse público. (...) Desse modo, não é o indivíduo em si o destinatário da atividade administrativa, mas sim o grupo social num todo. (...) O indivíduo tem que ser visto como integrante da sociedade, não podendo os seus direitos, em regra, ser equiparados aos direitos sociais. Vemos a aplicação do princípio da supremacia do interesse público, por exemplo, na desapropriação, em que o interesse público suplanta o do proprietário; ou no poder de polícia do Estado, por força do qual se estabelecem algumas restrições às atividades individuais. A despeito de não ser um conceito exato, aspecto que leva a doutrina em geral a configurá-lo como conceito jurídico indeterminado, a verdade é que, dentro da análise específica das situações administrativas, é possível ao intérprete, à luz de todos os elementos do fato, identificar o que é e o que não é interesse público. Ou seja: é possível encontrar as balizas do que seja interesse público dentro de suas zonas de certeza negativa e de certeza positiva. Portanto, cuida-se de conceito determinável.¹⁷²

¹⁷² CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo – 28ª edição*. São Paulo: Editoria Atlas, 2015. p. 35.



Percebe-se que pelo fato do aludido princípio estar implícito, há divergências a respeito de sua real acepção. Porém, o intérprete deve se valer da razoabilidade nos casos concretos e aplicar da melhor forma os ditames de tal princípio, não esquecendo que apesar de ser considerado “pedra de toque” do Direito Administrativo, tal preceito também sofre limitações, principalmente quando se choça com os direitos ditos fundamentais, o que ficará a cargo do aplicador resolver de melhor maneira o conflito.

Quando se analisa o fenômeno das privatizações à luz do Princípio da Supremacia do Interesse público, percebe-se que há certa divergência em atender os dois ditames. A discussão gira em torno dos interesses secundários, relacionados mais precisamente ao erário da Administração, que ao serem transferidos para esferas privadas poderá haver certo conflito com os interesses primários, concernentes à interesses coletivos.

Apesar da Reforma Administrativa ter como um dos objetivos prestar serviços públicos com mais eficiência através da transferência de atribuições para setores privados, essa nova gestão contém inúmeros riscos para a população. Apesar da “boa intenção” presente no Plano de Reforma, ele não é capaz de conter práticas de corrupção e interesses individuais que podem suscitar.

É oportuno elencar que um Estado privatizado e omissivo representa um risco para a real efetivação do Princípio da Supremacia do Interesse Público, pois interesses privados e públicos estarão em constante embate. Faz-se mister o cuidado da governança pública em ponderar o princípio da eficiência, principal justificativa para implementação de políticas privativas, e o princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, tendo em vista que a demasiada preocupação com interesses econômicos e a obtenção de lucro presentes nas práticas neoliberais, representam um grande risco para a segurança do corpo social.



Conclusão

Pela análise das discussões expostas, percebe-se que não é novidade a prática das privatizações no cenário brasileiro, pois é fruto de amplas demandas em se consolidar uma reforma do aparelho estatal e uma mudança da perspectiva de governança pública.

É necessário destacar também que apesar de divergências doutrinárias, desestatização e privatização caminham simultaneamente, e que dentro desses conceitos estão práticas como concessão e permissão de serviços públicos e o instituto da terceirização. Porém, todos esses vocábulos dizem respeito à fuga da Administração Pública para a privada, seja através de parcerias público-privadas ou por meio da venda de ações de empresas estatais ao domínio privado.

O Plano de Reforma do Aparelho Estatal, implantado na gestão de Fernando Henrique Cardoso, foi o que alavancou as privatizações, o que de uma determinada maneira conseguiu retirar o país da crise fiscal a qual estava enfrentando, além de apresentar como mudança a troca do modelo gerencial pelo burocrático, pautando-se assim no princípio da eficiência nas prestações de serviços públicos e um melhor atendimento para a população.

Porém, é preciso tomar o devido cuidado para não haver uma priorização pela eficiência e geração de lucros sobre os interesses coletivos. Ao conceder às empresas privadas um maior controle e autonomia sobre serviços prestados diretamente à população, há maiores brechas para desvios de verbas, maior corrupção envolvendo serviços importantes para a coletividade, além de contratos firmados em decorrência de interesses políticos/individuais, e não sociais.

Desse modo é extremamente importante analisar de forma crítica as mudanças ocorridas no cenário brasileiro no que concerne às privatizações sob a ótica do Princípio da Supremacia do Interesse Público, no qual deve se sobressair sobre os interesses dos



particulares. Por isso é necessária a conscientização sobre a defesa de nossa soberania nacional e um controle mais rigoroso do Estado sobre a concessão à empresas particulares, para coibir quaisquer práticas imorais e fraudulentas na prestação de serviços públicos.

Referências

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *O princípio da eficiência*. In: *Princípios de direito administrativo: legalidade, segurança jurídica, impessoalidade, publicidade, motivação, eficiência, moralidade, razoabilidade, interesse público*. MARRARA, Thiago. (Org.). São Paulo: Atlas, 2012.

BRASIL, Lei nº 9.491, de 9 de setembro de 1997. Altera procedimentos relativos ao Programa Nacional de Desestatização, revoga a Lei nº 8.031, de 12 de abril de 1990, e dá outras providências. Brasília, 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9491.htm>. Acesso em: 26 out. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Direito Administrativo – 28ª edição*. São Paulo: Editoria Atlas, 2015.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Administração Pública – Legislação*. São Paulo: Pc Editorial Ltda, 2000.

_____, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 29ª edição. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

_____, Maria Sylvia Zanella (org.). *Direito privado administrativo*. São Paulo: Atlas, 2013.

_____, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 3ª edição. São Paulo: Atlas, 1999.

_____, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 12ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.

MACIEL, David. *Governo Collor e o Neoliberalismo no Brasil (1990-1992)*. Revista UFG/Dezembro 2011/ Ano XIII, 2011.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma Administrativa e Burocracia. Impacto da eficiência na configuração do Direito Administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.



PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *A reforma do Estado nos anos 90: Lógica e Mecanismos de Controle*. Revista Lua Nova nº 45, 1998.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Reforma do Estado para a cidadania: a reforma gerencial brasileira na perspectiva internacional*. São Paulo: Ed. 34; Brasília: ENAP, 1998.

Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, novembro de 1995. Disponível

em: <<http://www.bresserpereira.org.br/Documents/MARE/PlanoDiretor/planodirtor.pdf>>. Acesso em: 26 out. 2017.



O PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA E A CORRUPÇÃO NO BRASIL

THE PRINCIPLE OF ADMINISTRATIVE MORALITY AND CORRUPTION IN BRAZIL

Diovana Nunes Leite¹⁷³
Paulo Roberto de Oliveira¹⁷⁴

Resumo:

A Constituição federal elenca os princípios (expressos e implícitos) que serão os norteadores da atividade administrativa. É de grande necessidade, se impedir em nossa sociedade práticas atentatórias ao princípio da moralidade administrativa, que causam prejuízos ao erário ou permitam o enriquecimento ilícito. O objetivo deste trabalho é observar se as violações ao princípio da moralidade na administração pública e conseqüentemente a corrupção são frutos de uma cultura de corrupção enraizada no Brasil desde sua origem ou não, fato que causa divergências entre historiadores.

Palavras-chave: *Corrupção, princípio da moralidade administrativa, administração pública.*

Abstract:

The Federal Constitution sets forth the principles (the expressed ones and the implicit ones) that will guide the administrative activity. It's important that we prevent in our society practices that threaten the Principle of Administrative Morality, which cause

¹⁷³ Graduanda em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, Unidade Diamantina.

¹⁷⁴ Professor da UEMG – Diamantina.



damage to the treasury or allow illicit enrichment. The aims of this article is to observe if violations of the principle of morality in public administration and the consequently corruption are the result of a corruption of culture rooted in Brazil since its origin or not, a fact that causes divergences between historians.

Key words: *Corruption, principle of administrative morality, public administration.*

Introdução

Muito se fala sobre a corrupção na administração do Brasil, por todos os lados se vê pessoas que tem objeções a fazer contra todos os políticos, alegando que são corruptos. Mas também por todos os lados que se observa se encontra a corrupção. Há corrupção quando não se emite uma nota fiscal que deveria ser emitida sobre determinado produto para que assim não se pague por impostos. Há corrupção quando se recebe um troco errado mas para tirar uma vantagem não se devolve o dinheiro que não lhe pertence. Há corrupção quando se alega fazer parte de uma determinada classe social, para se encaixar nas cotas das universidades quando na verdade não faz. Enfim diversos são os exemplos de corrupção praticados pelos brasileiros diariamente, mas a que mais ganha destaque é a realizada no âmbito administrativo.

Antes de se falar em função administrativa é necessário lembrar da tripartição de Poderes do Estado, desenvolvida por Montesquieu. Dessa forma é divide o poder em Poder Legislativo, Poder Executivo e Poder Judiciário. Essa divisão do poder visa impedir sua concentração o que poderia acarretar um governo de tiranos e conseqüentemente acabar com a liberdade dos indivíduos.

Administrar é gerir recursos, tanto humanos como financeiros e materiais com vistas a realizar determinados fins. Segundo Carvalho Filho (2017, p. 39):

Função administrativa é aquela exercida pelo Estado ou por seus delegados, subjacentemente à ordem



constitucional e legal, sob regime de direito público, com vistas a alcançar os fins colimados pela ordem jurídica.

Para dizer como a atividade administrativa deve ser realizada, a Constituição Federal, elenca em seu art. 37, caput, os princípios básicos que devem ser observados pelo administrador. Temos, portanto, os princípios explícitos que vão nortear essa atividade administrativa, são eles: Legalidade, Impessoalidade, Moralidade, Publicidade e Eficiência. E para complementar, tem-se também os princípios implícitos, quais seja: O Princípio da Supremacia do Interesse Público, Princípio da Finalidade, da Razoabilidade, da Proporcionalidade e o Princípio da Responsabilidade do Estado. Para este trabalho é de maior importância o princípio da moralidade.

É de se questionar se a violação do princípio da moralidade e consequentes práticas de corrupção são fruto de um enraizamento da cultura da corrupção presente no Brasil desde sua origem.

O princípio da Moralidade Administrativa

Antes de falar sobre a moralidade administrativa deve-se ter em mente que a moral do administrador público é diferente da moral comum, isso se dá principalmente pelo fato de a moral comum ser variável, principalmente em um país com tantas ideologias como o Brasil, caracterizada por significativa subjetividade e incerteza. Mas cumpre notar que o Direito por vezes abrange parte da moral e a institucionaliza por meio de regras e princípios.

A Constituição ao estabelecer os princípios norteadores da atividade administrativa, inseriu entre eles o princípio da moralidade. Conforme apresenta Carvalho Filho (2017, p. 48):

O princípio da moralidade impõe que o administrador público não dispense os preceitos éticos que devem estar presentes em sua conduta. Deve não só averiguar os critérios de conveniência, oportunidade e justiça em



suas ações, mas também distinguir o que é honesto do que é desonesto.

O princípio da moralidade foi bem visto pelo fato de a sociedade já estar cansada de administradores que buscavam apenas defender seus interesses, passando sobre o que fosse necessário.

É importante destacar que o princípio da moralidade apresenta estreita ligação com os demais princípios, tomando-se como exemplo o princípio da legalidade, em diversas ocasiões, a imoralidade consistirá na violação da lei, isso é, o que não é legal é imoral. Quanto ao princípio da impessoalidade também guarda relação, no que diz respeito ao tratamento discriminatório para com os governados.

Violações do princípio da moralidade

A administração pública atua no sentido de cumprir com o previsto na lei de forma a atender as necessidades da sociedade, entretanto, quando o administrador público deixa de atuar no interesse da coletividade e passa a atuar em interesse próprio temos um desvio em sua atuação no poder, trata-se de imoralidade administrativa.

O princípio da moralidade, então, atua como um impedimento às condutas imorais do administrador público. Pondo fim a atos discricionários e ou que visem apenas algum interesse que não seja importante para a coletividade.

O controle sobre os atos dos administradores necessita ser rígido e severo, dessa forma serão aperfeiçoadas suas atividades conforme os valores de um Estado Democrático de Direito e se diminuirá os prejuízos trazidos por condutas dessa natureza.

A imoralidade na atuação do administrador pode afetar significativamente a Administração Pública. Um dos exemplos mais marcantes dessa violação são os atos de improbidade administrativa, que, como regra, causam prejuízos ao erário. Faz-se necessário uma atenção maior ao assunto.



Improbidade administrativa

Segundo Carvalho Filho (2017, p. 74) a probidade é:

Talvez o mais importante dos deveres do administrador público. Sua atuação deve, em qualquer hipótese, pautar-se pelos princípios da honestidade e moralidade, quer em face dos administrados, quer em face da própria Administração. Não deve cometer favorecimento nem nepotismo, cabendo-lhe optar sempre pelo que melhor servir à Administração. O administrador probo há de escolher, por exemplo, o particular que melhores condições oferece para contratação; ou o indivíduo que maior mérito tiver para exercer a função pública. Enfim, deverá ser honesto, conceito extraído do cidadão médio.

Então faz-se necessário que o administrador público conserve uma conduta íntegra e moral na realização de suas funções, do contrário configurará atos de improbidade administrativa. O art. 37 traz expresso em seu parágrafo quarto que atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Para regular esse mandamento constitucional instituiu-se a Lei nº 8.429/92, denominada Lei de Improbidade Administrativa – LIA – que dividiu os atos de improbidade em três seguimentos: os que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º), os que causam prejuízos ao Erário (art.10) e os que atentam contra os princípios da Administração Pública (art. 11).

O desrespeito ao princípio da moralidade administrativa se encaixa na categoria de atentado contra os princípios da Administração Pública, e nesse caso a Lei nº 8.429/92 estabelece a forma como sancionar o infrator. Isto posto, deverá ser realizado o ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública,



suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, aqui que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos.

No que se refere a atos de corrupção é de grande importância enaltecer a disciplina aprovada pelo Conselho Nacional de Justiça, em resolução regulamentadora de dispositivo constitucional, na qual ficou expressamente vedada a prática do nepotismo, uma das piores formas de improbidade administrativa. Destarte ficou proibida a nomeação para cargos em comissão ou função gratificadas de cônjuge (ou companheiro) ou parente em linha direta ou por afinidade, até o terceiro grau inclusive, de membros de tribunais, juízes e servidores em cargos de direção ou assessoramento, estendendo-se a vedação à ofensa por via oblíqua, concretizada pelo favorecimento recíproco, ou por cruzamento (o parente de uma autoridade subordina-se formalmente a outra, ao passo que o parente desta ocupe cargo vinculado àquela).¹⁷⁵

Ressalvadas exceções em casos que a nomeação recaia sobre cônjuge ou parente que ocupam cargos efetivos por efeito de aprovação em concurso público. Que não podem, entretanto, estar subordinados diretamente a juiz ou autoridade administrativa dos quais estejam vinculados por matrimônio, união estável ou parentesco. (art. 37, I e II, CF).

O Brasil e a corrupção

Incontáveis são os casos de corrupção de que se teve notícias no Brasil, dinheiro escondido em meias, cuecas, mensalão. São vários os casos de corrupção e conseqüentemente violações do

¹⁷⁵ Cf. CARVALHO FILHO, José dos Santos. Manual de direito administrativo / José dos Santos Carvalho Filho. – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017. p. 49.



princípio da moralidade. Diante de uma sociedade já de certa forma adaptada a presenciar a corrupção, há quem diga que isso é fruto de processo histórico que acontece no Brasil desde sua conformação. Mas há também, quem afirme que a corrupção não é um problema só do Brasil ou mesmo de países subdesenvolvido. Por todo um mundo se tem notícias de atos de corrupção realizado pelos administradores.

A historiadora Adriana Romeiro¹⁷⁶ que acredita que a corrupção seja uma herança histórica, em entrevista ao Estado de Minas afirma:

A corrupção sempre esteve presente na história do Brasil. Uma das razões é a distância de Portugal. Por estar longe do centro político, a vigilância era muito frágil e precária. É preciso lembrar que o Brasil sempre foi a terra de oportunidades. No início do século 17, em Minas, tem a chegada de milhares de camponeses analfabetos, que, em 10 anos, ficam muito ricos. São eles que integram a elite local e mandam na política e na economia. Eles viam o Brasil como uma terra a ser explorada, roubada e espoliada. O Brasil também foi até recentemente um país escravocrata. Para manter uma instituição como a escravidão por tanto tempo, é preciso que você não tenha o menor escrúpulo moral em relação ao outro.

Por mais que acredite ser algo enraizado na história do Brasil, ela reconhece que isso não é um problema sem solução e que não se passa apenas aqui, e se mostra otimista diante de possíveis mudanças na conduta dos cidadãos:

¹⁷⁶ ROMEIRO, Adriana. Doutora em história pela Universidade Estadual de Campinas (Unicamp) e professora da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) em entrevista ao Jornal Gazeta do Povo. GAZETA DO POVO. O mito do brasil corrupto. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/o-mito-do-brasil-corrupto-245hjup4ivp5drdt60osu5hq>>. Acesso em: 21 out. 2017.



A corrupção é um problema do mundo todo, mas, no Brasil, em razão do nosso passado colonial, isso é mais forte. O contexto colonial exigiu que os brasileiros de modo geral soubessem desenvolver estratégias e artifícios para burlar o pacto colonial. As nossas elites passaram a perna nos portugueses. Havia esse divórcio entre a sociedade e o Estado, que só aparecia para cobrar impostos e barrar toda a iniciativa privada. A classe política reflete a mentalidade que está aí desde o século 16. Da mesma forma, no passado, a corrupção só pôde existir porque estava disseminada na sociedade. Acredito que as pessoas hoje estão muito mais exigentes e vão desenvolver uma intolerância às práticas corruptas.

Diferentemente da historiadora Adriana Romeiro, há posicionamentos que defendem que o processo histórico não influenciou para a cultura de corrupção existente no Brasil. O professor do Departamento de Ciência Política da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG) Fernando Filgueiras¹⁷⁷, afirma:

Não acredito que a corrupção no Brasil seja uma herança cultural ou mesmo algo que esteja preso ao sangue do brasileiro. Seria um tipo de determinismo muito inocente e que não apresenta soluções para este problema. Penso que as causas da corrupção estão na manutenção de um padrão tradicional e personalista de se fazer política no Brasil (...) precisamos compreender que o enfrentamento da corrupção é um processo, que teve início com a democratização em 1988, e que demanda a construção de instituições sólidas.

¹⁷⁷ Entrevista ao Jornal Gazeta do Povo. GAZETA DO POVO. O mito do Brasil corrupto. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/o-mito-do-brasil-corrupto-245hjbup4ivp5drdt60osu5hq>>. Acesso em: 21 out. 2017.



Marcos Otávio Bezerra¹⁷⁸ destaca o fato de que existe a cultura da corrupção, mas ela não deve ser vista como algo imutável.

Se entendemos cultura como um conjunto de práticas historicamente constituídas, o modo como as pessoas têm se relacionado e compreendido a administração pública, aí se pode falar em algo cultural, mas não como uma coisa que não pode ser transformada.

Rita de Cássia BIASON¹⁷⁹ aborda o aspecto institucional e frisa que a corrupção não é fruto do subdesenvolvimento de um país e toma como exemplo o Japão, trata-se de má gestão administrativa, e deve-se ter em mente que o Brasil está consolidando suas instituições.

Ela também enaltece os avanços que estão ocorrendo e que trazem esperanças para o futuro:

Cultura você não supera com medidas políticas, com decretos, com leis. Cultura você supera com educação, e aí vamos precisar de mais 200 anos. Mas quando olho para processos como a urna eletrônica, a Lei de Acesso à Informação, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei da Ficha Limpa e outros sucessos saudáveis que tivemos no processo pós-democratização, obviamente vemos outra realidade.

¹⁷⁸ BEZERRA, Marcos Otávio Antropólogo e professor da Universidade Federal Fluminense (UFF) em entrevista ao Jornal Gazeta do Povo. GAZETA DO POVO. O mito do brasil corrupto. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/o-mito-do-brasil-corrupto-245hjbup4ivp5drdt60osu5hq>>. Acesso em: 21 out. 2017.

¹⁷⁹ BIASON, Rita de Cássia. Professora e coordenadora do grupo de estudos e pesquisa sobre corrupção da Universidade Estadual Paulista (Unesp) em entrevista ao Jornal Gazeta do Povo. GAZETA DO POVO. O mito do brasil corrupto. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/o-mito-do-brasil-corrupto-245hjbup4ivp5drdt60osu5hq>>. Acesso em: 21 out. 2017.



Conclusão

Esse artigo objetivou salientar a necessidade de obediência ao princípio da moralidade, cujas infrações apenas trazem prejuízos para nossa sociedade. Infinitas são as brechas citadas para a disseminação da corrupção: financiamento de campanhas eleitorais, licitações, dificuldade da implementação de políticas públicas, corporativismo nos mecanismos de controle, entretanto, trata-se de problemas passíveis de se resolver. A corrupção, por estar tão presente em nosso dia a dia tem se tornado algo natural, o que não pode persistir.

É fato indiscutível que se enfrenta violações do princípio da moralidade, ordem constitucional expressa. Se a cultura da corrupção é consequência das raízes históricas ou não, como há divergências, fato é que a situação não é imutável, é possível revertê-la, a corrupção nunca será erradicada e o seu enfrentamento deve ser permanente.

Vários são os instrumentos de combate a condutas e atos ofensivos ao princípio da moralidade administrativa. Faz-se necessário que os órgãos competentes e os cidadãos não deixem passar impunes tais condutas aplicando severas punições aos infratores. O que não mais será necessário quando prevalecer entre os cidadão e administradores públicos valores morais que devem inspirar uma sociedade justa e equânime.

Referências

ÂMBITO JURÍDICO. *O princípio da moralidade na administração pública e a improbidade administrativa*. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=2900>. Acesso em: 18 out. 2017.



CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo* / José dos Santos Carvalho Filho. – 31. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2017.

GAZETA DO POVO. *O mito do brasil corrupto*. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/caderno-g/o-mito-do-brasil-corrupto-245hjbup4ivp5drdt60osu5hq>>. Acesso em: 19 out. 2017.

JORNAL ESTADO DE MINHA| NOTÍCIAS ONLINE. *Corrupção está enraizada no brasil desde o período colonial, revela historiadora*. Disponível em:

<https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/08/13/interna_politica,891482/corruptao-esta-enraizada-no-brasil-desde-o-periodo-colonial-revela-hi.shtml>. Acesso em: 21 out. 2017.

WAICK, Fernanda Aime Lamp. *O princípio da moralidade administrativa e a lei de improbidade administrativa*. <http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2009_1/fernanda_waick.pdf>. Acesso em: 20 out. 2017.



O PROCESSO DE DESENVOLVIMENTO DA DEMOCRACIA PÓS CONSTITUIÇÃO DE 1988.

Jordan Rubens Gonçalves Oliveira (UEMG)

Resumo:

A democracia contemporânea é fruto de um desenvolvimento social, cultural, ético e de valores. Embasado em lutas históricas que pode auxiliar na construção de uma nova democracia, mais justa, participativa e enfim, democrática. Este artigo visa, por método histórico abordar os avanços democráticos como meio de aprendizado para novos avanços.

Palavras-chave: Formação, Democracia, Governo, Sujeito Político.

1. Introdução

A nova geração de brasileiros, pós 1988, experiencia uma democracia a qual não ajudou a construir ativamente, são herdeiros de lutas históricas que contribuíram para a sua formação. No entanto, o percurso do processo democrático não é linear, visto que, é possível constatar no processo de elaboração de nossas constituições, anteriores à carta magna, diferentes discursos sobre o posicionamento popular. Mediante a essas reflexões uma indagação é significativa, até que ponto os processos com participação popular efetivaram a necessidade de democratizar a democracia? Para responder esta indagação podemos estipular uma diretriz: ou seja, elencar os principais processos de participação popular para a



elaboração de uma constituição democrática; relacionar os processos acima para verificar a amplitude, coerência e propósitos direcionados à democratização da democracia, analisar como o “entendimento” de democracia foi responsável pelo surgimento de um “novo sujeito político” e finalmente evidenciar como é possível entender o desenvolvimento do processo democrático através da reflexão sobre os principais processos de participação popular.

De antemão salientamos que o objetivo do presente não é esgotar com as possíveis reflexões sobre o assunto exposto, mesmo porque a delimitação estipulada não abarca tal propósito, e sim trazer para o presente a nossa contribuição para reflexões posteriores sobre a participação popular na efetivação do processo democrático. Para tal abarcaremos duas metodologias principais, histórica e bibliográfica e teremos como referencial teórico autores de suma importância como Ferreira (1995), Fausto (1997), Maia (2012), que articulados com outras referências nos ajudarão a efetivar a nossa reflexão.

2. A participação popular na elaboração das constituições: um processo quase democrático.

Com a independência do Brasil D. Pedro I foi coroado no dia 1º de dezembro, Imperador do Brasil, sendo o primeiro governante da terra agora soberana, livre e independente de Portugal. No entanto, uma terra ainda sem democracia, regida por um Imperador monarca.

No dia 25 de março de 1824 foi outorgada a Constituição do Brasil, a primeira do país. Uma constituição descrita pelos Juristas William Douglas e Silvio Motta desta maneira:

Constituição de 1824 – Foi a única constituição monárquica do Brasil e se caracterizou pela sua semi-rigidez, pela instituição de um Poder Moderador, que ela mesma conceituava como



“chave de toda organização política” ; tal poder pertencia ao Imperador e estava acima dos demais poderes constituídos. Foi, sem dúvida, outorgada ao povo brasileiro.(MOTTA; DOUGLAS,2003, p.x)

O Governo D. Pedro I não fora marcado por popularidade das elites e do povo, e por conseqüência não durou muito. Em 1831 após muitos protestos populares e oposição de vários setores da sociedade, D. Pedro I abdica ao trono em favor do seu filho, que ficou impossibilitado de assumir o trono durante o período de 1831 a 1840, devido sua tenra e menor idade.

Nesse período o Brasil foi governado por regentes. (*Regência Trina Provisória, Regência Trina Permanente, Regência Uma de Feijó, Regência Uma de Araújo Lima.*) Durante as regências o Brasil foi marcado por várias revoltas sociais. A maior parte delas em protesto as péssimas condições de vida, alto impostos, autoritarismo e abandono social das camadas mais populares da população.

Somente em 1840 no dia 23 de julho o então filho de D. Pedro I, D. Pedro II pode assumir o posto pretendido, graças a um golpe conhecido por “maioridade”. Com isso passou a ter o Brasil o primeiro governante monarca nascido em território brasileiro, seu governo fora marcado por estabilidade e desenvolvimento do país. A sua duração foi de 1840 á 1889 e durante esse período teve o Brasil a oportunidade de ser governado, pela primeira vez, por uma mulher, a Princesa Isabel, filha de D. Pedro II, que assumia a regência do país nos momentos em que o Imperador se ausentava do Brasil. Uma das marcas deixadas pela regência (s) de Princesa Isabel, fora a Lei Áurea, que deu a liberdade aos negros escravizados. Essa marca eternizou a Princesa Isabel como a “Redentora”, titulo digno por tamanha grandeza.

2.1 Brasil - República Velha



Do Brasil império para o Brasil república muitas coisas mudaram e fora o **golpe militar** de novembro de 1889 o responsável pela deposição do imperador Dom Pedro II e a instalação do novo regime de governo denominado **Brasil República** (nascia a primeira democracia brasileira).

Apesar do nome “sugestivo” *golpe militar* que aterrorizou o Brasil em sua história mais recente com opressão, censura e ditadura, a história mais antiga nos revela o importante passo que os militares da linha filosófica republicana deram para a democracia da época, proporcionando por votos diretos a eleição de Prudente de Moraes o primeiro presidente civil do Brasil.

Após o fim da monarquia brasileira e a instauração da conhecida “*República Velha*”, outras Constituições vieram a serem promulgadas. Dentre elas a de 1934 que se destacou por sua grande contribuição para o fortalecimento da democracia, isto porque fora a primeira a reconhecer, bravamente, o direito ao voto pelas mulheres. Além de avançar em seu texto nos quesitos: direitos fundamentais e trabalhistas.

Outros regimes de governo também vieram a se estabelecer no país no decorrer de sua história. Dentre eles o primeiro se deu no mesmo dia da outorga da constituição de 1937 por Getúlio Vargas, e ficou conhecido como a ditadura do *Estado Novo*, e a primeira república autoritária brasileira.

No entanto, a falta de liberdades e **democracia** resultou em manifestações contra Getúlio, que aliadas à pressão internacional pela redemocratização das nações culminaram para que um movimento militar, da própria base do então presidente, o depusesse. Com a deposição de Getúlio o Presidente do Supremo Tribunal Federal assumiu a presidência do Brasil, instaurou uma nova constituição em 1946 e garantiu a realização das eleições diretas para presidente (*a democracia amadurecia*).

Os juristas William Douglas e Sylvio Motta fizeram o seguinte comentário a respeito da constituição de 1946:



Constituição de 1946 – Após a II Guerra Mundial houve uma reformulação geral no que concerne à elaboração de novas Constituições. Promulgada em 18 de setembro de 1946, teve como paradigma a Carta de 1934 e sinalizou o retorno ao regime democrático. Destacam-se-lhe os seguintes pontos: o bicameralismo foi restabelecido; restauração da figura do Vice-Presidente da República; expansão dos poderes da União em detrimento dos poderes dos Estados; e no âmbito do Poder Judiciário foram previstas a Justiça do Trabalho e o Tribunal Federal de Recursos. (MOTTA; DOUGLAS, 2003)

2.2 Ditadura Militar no Brasil

A democracia, em formação, instaurada pela Constituição de 1946 se manteve até o ano de 1964, quando o então Presidente João Belchior Marques Goulart, popularmente conhecido como “Jango”, é deposto por um Golpe Militar liderado pelo alto escalão do Exército. Com golpe o Congresso Nacional é transformado em constituinte de plenos poderes, que sob pressão dos militares promulgou a constituição de 1967 legalizando os governos armados.

No entanto, as influências militares não cessaram, e do ano de 1967 a 1969 os Ministros militares no exercício da Presidência da República alteram a Constituição e assumiram o poder pleno do Governo. Manifestava-se nesse instante a diferença evidente entre o primeiro golpe militar do Brasil, que visava à república democrática, e o golpe 1964 que acabou por transformar o comando do país em uma junta bélica autoritária que censurava, perseguia, aprisionava e torturava os que se manifestassem de maneira contrária ao regime.

Em 2011, vinte cinco anos depois do fim da ditadura foi instaurada a Comissão Nacional da Verdade, responsável por apurar todas ilegalidades e abusos cometidas no período ditatorial, e reúne diversos depoimentos de torturados, como os de Maria Amélia Teles, que foi militante do Partido Comunista Brasileiro:



Tive os meus filhos sequestrados e levados para sala de tortura, na Operação Bandeirante. A Janaina com cinco anos e o Edson, com quatro anos de idade. [...] Inclusive, eu sofri uma violência, ou várias violências sexuais. Toda nossa tortura era feita [com] as mulheres nuas. Os homens também. Os homens também ficavam nus, com vários homens dentro da sala, levando choques pelo corpo todo. Inclusive na vagina, no ânus, nos mamilos, nos ouvidos. E os meus filhos me viram dessa forma. Eu urinada, com fezes. Enfim, o meu filho chegou para mim e disse: “Mãe, por que você ficou azul e o pai ficou verde?”. O pai estava saindo do estado de coma e eu estava azul de tanto... Aí que eu me dei conta: de tantos hematomas no corpo. (Disponível em <<http://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-resistencia/maria-amelia-de-almeida-teles/index.html>>. Acesso em 03 nov 2017.)

Dirce da Silva, ex-presa política e participante da luta pela terra na região de Trombas, em depoimento à Comissão da Verdade:

Eles me bateram e disseram : Se você não disser onde esta o Porfírio mato seu marido e seu irmão. Disse: não digo porque não sei. Se soubesse também não diria. Reuni minhas forças e dei um tapa no soldado, que cambaleou. Ele me deu um telefone e eu desmaiei. Acordei toda molhada de cachaça e vomito. (Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/7-relatos-chocantes-sobre-a-tortura-na-ditadura-no-brasil/>>. Acesso em 03 nov 2017)

Abel Honorato, ex-preso político, em audiência pública realizada no auditório da Universidade Federal do Sul e Sudeste do Pará (Unifesspa):

Me prenderam em casa e me levaram para Casa Azul. Lá me bateram com vontade. Me retiraram daqui semi morto. Sai vestido numa saia pois não podia botar uma



calça [por conta dos ferimentos causados pela tortura] (Disponível em <<https://exame.abril.com.br/brasil/7-relatos-chocantes-sobre-a-tortura-na-ditadura-no-brasil/>>. Acesso em 03 nov 2017)

Todo esses depoimentos constam nos relatórios da Comissão Nacional da Verdade a fim de deixar expresso ao Estado e sociedade os abusos, torturas e crimes cometidos contra aqueles que não se calavam perante um regime autoritário e ditatorial.

2.3 Instauração da Nova República e democratização do país.

Mas, o abuso de poder e a falta de democracia levaram a população brasileira a não se acovardar diante da ditadura. E por volta de 1983-1984 diversas manifestações populares tomaram conta do Brasil com reivindicações para eleições diretas para presidente.

A pressão popular e a militância incisiva de forças políticas, políticos, artistas e intelectuais em favor da democracia resultaram na eleição indireta de Tancredo Neves (político em favor da democracia), que pouco tempo depois adoece e vem a falecer antes de sua posse. O seu então vice, Jose Sarney, assume a presidência e promove em seu Governo uma constituinte, que resultou na Constituição Federal de 1988, que garante a democracia, o pluripartidarismo e a liberdade de imprensa entre outros direitos e garantias fundamentais (nasce a democracia contemporânea). Abaixo o primeiro Título da Constituição de 1988.

Constituição da República Federativa do Brasil

TÍTULO I

Dos Princípios Fundamentais

Art. 1º - A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

- I – a soberania;
- II – a cidadania;
- III – a dignidade da pessoa humana;



IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V – o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição. (Constituição Federal do Brasil, 1988, p.x)

A democracia brasileira, agora se garante por uma nova Constituição. Sobre essa carta magna do Brasil, que vigora até os dias atuais, os Juristas William Douglas e Sylvio Motta teceram o seguinte comentário:

Constituição de 1988 – A nossa atual Constituição coroou o processo de redemocratização do Direito, inaugurando um novo regime político: a democracia participativa ou semidireta; ampliou de modo significativo, o rol de direitos fundamentais, dedicando-lhes mesmo um título inteiro; reduziu a competência do Poder Executivo, aumentando proporcionalmente as do Legislativo e do Judiciário; promoveu uma valorização sem precedentes na autonomia dos Estados e Municípios da federação; reorganizou o Sistema Tributário Nacional; disciplinou os princípios norteadores da Administração Pública e unificou o regime de vinculação dos servidores públicos civis, entre outras inovações. Morfologicamente podemos dividi-la em duas partes: uma orgânica e estável, composta de nove títulos e as disposições transitórias (...) (MOTTA; DOUGLAS, 2003, p.x)

Com o processo de redemocratização, em 1989 os brasileiros escolhiam seu presidente pós-ditadura por votos diretos. Entre os



principais candidatos disputavam Fernando Collor de Melo do PRN da coligação Movimento Brasil Novo (PRN, PSC, PTR, PST) e Luiz Inácio o Lula do PT da coligação Frente Brasil Popular (PT, PSB, PCdoB). O povo escolheu Collor, o candidato que vendia uma imagem jovem com o slogan “Caça aos marajás” e combate a corrupção.

No entanto, em seu curto Governo Fernando Collor de Mello obteve uma baixa aprovação popular e se envolveu em graves escândalos de corrupção. O que culminou com diversas manifestações pelo Brasil exigindo o seu impeachment, nesse momento à democracia brasileira gritava sem censura.

Os movimentos sociais e as denúncias resultaram no dia 29 de setembro de 1992 na decisão da câmara pelo impeachment de Collor, por 441 a 38 votos. No entanto, o presidente renuncia antes de ser condenado e o então vice- presidente Itamar Franco assume o posto até o fim do mandato.

Após a “era” Collor os brasileiros se reuniram mais uma vez, porém, não mais nas ruas, mas nas urnas para eleger em 1994 o novo Presidente. Os principais candidatos dessa disputa eram Fernando Henrique Cardoso do PSDB da coligação partidária “PSDB PFL PTB”, o sindicalista Luiz Inácio do PT da coligação “PT, PPS, PSB, PCdoB, PV, PSTU”, o médico Enéias Carneiro do extinto PRONA, sem coligação, e o advogado, administrador e jornalista Orestes Quércia do PMDB, também sem coligação. O resultado da eleição se deu no primeiro turno com vitória de FHC que recebeu 34.350.217 votos, Lula ficou o segundo colocado com 17.112.255 votos, Enéias obteve 4.670.894 votos, e Orestes Quércia ficou na quarta posição com 2.771.788 votos.

O Governo de Fernando Henrique Cardoso foi marcado por privatizações de empresas Estatais e pelo fortalecimento do Plano Real. Em seu primeiro mandato fora aprovado a reeleição pelo parlamento o que lhe rendeu uma reeleição. Em 2001 com o termino do seu segundo mandato o político Luiz Inácio Lula da Silva do PT e eleito presidente. O Governo de “Lula”, por sua vez, foi marcado por



investimentos em programas sociais, diminuição da pobreza e desigualdade sociais. Graças a sua grande aprovação popular conquistou a reeleição, seguindo seu primeiro mandato o mesmo prisma que o primeiro.

No ano de 2010 o então Presidente Luiz Inácio Lula da Silva terminou seu segundo mandato ainda com uma alta aprovação popular, o que favoreceu a candidata a presidência do PT, Dilma Rousseff. A eleição fora histórica porque terminou com a vitória da primeira mulher para presidente do Brasil, sendo que a terceira colocação, com cerca de 20 milhões de votos, também era de uma mulher: Marina Silva do PV. O Governo Dilma seguiu o mesmo prisma social que o de Lula, e fora marcado por uma boa aprovação popular em seu primeiro mandato, apesar de ter sofrido diversas manifestações do povo em 2013 contra medidas tomadas pela presidenta. Em 2014, Dilma é reeleita presidente, e seus primeiros meses de segundo mandato são marcados por fortes escândalos de corrupção envolvendo pessoas ligadas ao seu governo.

Com forte oposição e baixa popularidade o segundo Governo Dilma é alvo de um pedido de impeachment, em dezembro de 2015, proposto pelo procurador de justiça aposentado Helio Bicudo e pelos advogados Miguel Reale Júnior e Janaína Paschoal. Na ação de impedimento a presidente foi acusada de cometer improbidade administrativa e incorrer na lei de responsabilidade fiscal por atrasar repasses a bancos públicos e emitir quatro decretos de créditos suplementares sem a apreciação do Congresso Nacional.

Após aprovação do pedido de impeachmen pela camara de deputados, em 12 de maio de 2016, a presidente foi afastada do cargo por 180 dias. Nesse período, o vice-presidente Michel Temer assumiu como presidente interino, até que no dia 31 de agosto o Senado Federal julga procedente o impedimento com 61 votos favoráveis a 20 contrários, destituindo Dilma Rouseff da presidência do Brasil e constituído Michel Temer como novo presidente.

O novo Governo diminui o número de ministérios, apresenta



reformas trabalhista, previdenciária, fiscal e política. E é marcado por escândalos de corrupção e obstrução da justiça, denúncias, diversos pedidos de impeachment, baixos índices de popularidade e grande oposição popular com diversas manifestações sociais nas ruas contra o Governo.

Conclusão

Por todo exposto, a população, que se faz de um novo sujeito político, que não aceita mais ser telespectador da política, mas que quer ser protagonista emerge de movimentos sociais da internet para as ruas. Manifestando suas vontades, e efetivando, de fato, o poder do povo e a democracia. Esse novo sujeito político é marcado pela nova geração, que tem a missão de “Democratizar a Democracia”. Ele é multicêntrico, e não está ligado a figuras carismáticas, ao mesmo tempo em que aceita ser liderado é capaz de liderar. É como um arco que hora impulsiona, é como flecha que hora é impulsionada, e que juntos buscam o alvo que é “DEMOCRATIZAR A DEMOCRACIA”. A resposta para se alcançar essa democratização, quem nos dá é as ruas, os movimentos sociais e suas redes; é portanto o próprio exemplo do novo sujeito político.

Referencias

- LIMA, Oliveira. **D. JOÃO VI NO BRASIL**. Editora Topbooks, 4ª edição 2006.
- MOTTA, Sylvio & DOUGLAS, William. **Direito Constitucional**. Editora Impetus,. Rio de Janeiro, 13ª Edição 2003.
- MAIA, Maria Cláudia. **História do Direito no Brasil – os direitos humanos nas Constituições Brasileiras**. Bauru - São Paulo, Revista JurisFIB, volume III, 2012.
- FAUSTO, Boris. **História do Brasil**. Editora da Universidade de São Paulo, São Paulo, 5ª Edição 1997.



SCHWARZ, Lilia Moritz. **As Barbas do Imperador, D. Pedro II, um monarca nos trópicos**. Editora Companhia das Letras, São Paulo, 1998.

FERREIRA, Olavo Leonel. **História do Brasil**, Editora Ática, São Paulo, 17 edição .

Disponível

em:<<http://www.guiadoeleitor.com.br/eleicoes/eleicoes1994.htm>>

Acesso: 15 de agosto de 2015.

Disponível

em:

<

<http://pensador.uol.com.br/frase/MTQxNDYwMA/>> Acesso:15 de agosto de 2015.

Disponível

e:<<http://memoriasdaditadura.org.br/biografias-da-resistencia/maria-amelia-de-almeida-teles/index.html>>.

Acesso em 03 nov 2017.

Disponível

em

<<https://exame.abril.com.br/brasil/7-relatos-chocantes-sobre-a-tortura-na-ditadura-no-brasil/>>.

Acesso em 03 nov 2017



O ABUSO DE PODER NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DESCENDENTE DO PODER-DEVER DO ESTADO: ESTUDO DO DESVIO DE FINALIDADE POR PARTE DOS AGENTES PÚBLICOS

THE ABUSE OF POWER IN THE PUBLIC ADMINISTRATION DESCENDING THE POWER-DUTY OF THE STATE: STUDY OF THE DEVIATION OF PURPOSE BY THE PUBLIC AGENTS

Fernanda Veloso Canuto¹⁸⁰

Resumo

O objetivo deste trabalho reside em pesquisar uma importante temática da atualidade, que consiste no fato de se poder afirmar que são cada vez mais frequentes notícias sobre o abuso de poder por parte de agentes públicos. O presente artigo tem por finalidade, portanto, compreender a evolução dos modelos de administração pública e suas características dentro de uma temática social mutável até o atual modelo gerencial, perpassando pelos motivos e necessidades de sua implementação, levando também em consideração a forma de Estado vigente. Em um segundo momento, através da visão de alguns doutrinadores, será observado à conceituação do chamado poder-dever, a fim de entendermos o que o legitima e quais os seus limites, para enfim, ser possível construir um cenário completo de como o abuso de poder acontece e como o ordenamento lida com essa conduta imoral que viola os princípios da própria administração. Por último, a modo exemplificativo, serão

¹⁸⁰ Estudante do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, Unidade Diamantina.



apresentados exemplos concretos do abuso de poder em diferentes áreas da administração pública no Brasil.

Palavras chave: *Abuso de poder, Poder-dever, Administração pública*

Abstract

The objective of this work is to investigate an important topic of the present, which consists in the fact that it can be affirmed that there are more and more frequent news about the abuse of power by public agents. The purpose of this article is to understand the evolution of public administration models and their characteristics within a changing social thematic, up to the present managerial model, going through the motives and needs of its implementation, taking also into account the form of State in force. In a second moment, through the view of some doctrinators, it will be observed to the conceptualization of the so-called power-duty, in order to understand what legitimizes it and what are his limits, to, in the end, be possible to construct a complete scenario of how abuse of power happens and how the order deals with this immoral conduct that violates the principles of the administration itself. Finally, by way of example, concrete examples of abuse of power will be presented in different areas of public administration in Brazil.

Keywords: *Power abuse, Power-duty, Public administration*

Introdução

O Estado, segundo José dos Santos Carvalho Filho,¹⁸¹ é um ente personalizado, compondo-se como uma pessoa jurídica de direito público, capaz de adquirir direitos e contrair obrigações. Hodiernamente, o Brasil, como um Estado de Direito, traz como uma de suas características estruturais a separação dos poderes,

¹⁸¹ Cf. FILHO. José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. Editora Atlas LTDA. São Paulo, 2016



sendo sua soberania dividida entre o poder Legislativo, Judiciário e Executivo, autônomos e harmônicos entre si.¹⁸²

A divisão dos poderes foi uma ideia proposta por um contratualista. A forma de organização do Estado, seu conceito e o exercício de seu poder foram por várias vezes pauta de discussão para diversos autores. O contratualismo consiste em uma doutrina que buscou explicar e compreender os caminhos que levam as pessoas a formar governos e manter a ordem social. Suas diversas teorias eram fundamentadas na ideia de que os indivíduos abriam mão de seu estado de natureza e realizavam um contrato a fim de estabelecerem uma ordem social.

Para Nicolau Maquiavel, um dos importantes autores contratualistas, a política caracterizava-se por conquistar e manter o poder ou a autoridade. Seguindo essa ótica, Maquiavel criou na figura do Príncipe, os meios pelos quais alguns indivíduos tentaram conquistar o poder e mantê-lo,¹⁸³ enquanto Hobbes analisou a natureza humana sobre o prisma realista no seu estado natural egoísta. Por tanto, em sua concepção, era preciso que as pessoas abrissem mão de sua liberdade e conferissem poder a uma figura fictícia chamada por ele de Leviatã, representando o Estado. O Estado Leviatã, enquanto detentor de todo o poder, teria autoridade política conferida pelos próprios cidadãos, para governá-los da melhor forma.¹⁸⁴

Até aqui, é claro uma definição de um Estado todo poderoso, ditador da ordem social, e pode-se dizer que ao submeter os indivíduos à sua vontade legitimamente, seria também uma figura

¹⁸² Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário. BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

¹⁸³ Cf. MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 4ª ed. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2010

¹⁸⁴ Cf. HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. Editora Ícone. São Paulo, 2000



imprescindível para a manutenção da paz e da prosperidade, de acordo com essa linha de pensamento. Esse entendimento do poder autoritário estatal começou a ser superado com o surgimento dos movimentos iluministas e influências liberais, ideias estas, muito bem defendidas por mais dois contratualistas.

John Locke, "pai do liberalismo", criticou a teoria do direito divino dos reis. Mesmo admitindo a supremacia do Estado, Locke dizia que este deveria respeitar direitos fundamentais dos cidadãos, sendo estes o direito à vida, à propriedade e à resistência à tirania. Para ele, a soberania não residia no Estado, mas sim na população, e defendeu também a separação da Igreja do Estado e a liberdade religiosa.¹⁸⁵ Charles de Montesquieu, considerado como um dos grandes filósofos do iluminismo, se opunha ao absolutismo ao defender aspectos democráticos de governo e o respeito às leis. Propôs a divisão do poder em três, Executivo, Legislativo e Judiciário.¹⁸⁶

O âmbito político brasileiro já perpassou pelas influências das ideias de todos os contratualistas, desde o império até o Estado Democrático de Direito. E a Administração Pública esteve presente em todos esses momentos, sendo a atividade realizada pelo Estado, através do poder executivo, para realizar seus fins. Como qualquer ato humano, essa instituição pode ser vista como um evento que se adequou a cada noção de governabilidade de cada época. O objetivo deste artigo consiste em compreender o Poder-Dever do Estado exercido por agentes públicos, através de uma reconstrução histórica dos modelos de administração e de princípios legais, interligando tal poder com a possibilidade de abuso do mesmo, visualizando como este acontecimento se dá dentro do Estado e

¹⁸⁵ Cf. LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. 1ª ed. Editora Martin Claret. São Paulo, 2002

¹⁸⁶ Cf. MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. 4ª ed. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2005



verificando a existência de dispositivos legais que protejam a soberania popular.

1. A evolução dos modelos de administração pública

Antes de nos atentarmos para o atual modelo da administração pública, é preciso fazer uma retrospectiva de sua evolução. O primeiro modelo foi o patrimonialista, uma herança da época feudal, onde a administração pública deveria atender aos interesses do governante, é possível uma analogia às ideias defendidas pelos primeiros contratualistas, de um poder centralizador. Era comum a prática de nepotismo e corrupção, pois aqui o público se confundia com o privado.¹⁸⁷

Em resposta aos vícios e abusos feitos por esse modelo, a concepção liberal trazida por Locke serviu de suporte aos direitos do homem, que deixou de ser súdito e passou a ser cidadão livre. Dentro do Estado de Direito, o soberano do poder é o povo, sendo o Estado apenas seu representante, seu porta-voz. Nas palavras de José Afonso da Silva:¹⁸⁸

Na origem, como é sabido, o Estado de Direito era um conceito tipicamente liberal; daí falar-se em Estado Liberal de Direito, cujas características básicas foram: (a) *submissão ao império da lei*, que era a nota primária de seu conceito, sendo a lei considerada como ato emanado formalmente do Poder Legislativo, composto de representantes do

¹⁸⁷ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Modelos teóricos de administração pública*. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKewiK5MO8_vXWAhVIFZAKHSdRBSUQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fneparanhao.jimdo.com%2Fapp%2Fdownload%2F7306507468%2FAdm%2BP%25C3%25BAblica%2B-%2BModelos%2BTe%25C3%25B3ricos.pdf%3Ft%3D1387205708&usg=AOvVaw05tLkOKwKl_IaqcY5Hm66z> em 08 de outubro de 2017

¹⁸⁸ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 39ª ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2016



povo, mas do povo-cidadão; (b) *divisão de poderes*, que separe de forma independente e harmônica os poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, como técnica que assegure a produção das leis ao primeiro e a independência e a imparcialidade do último em face dos demais e das pressões dos poderes particulares; (c) *enunciado e garantia dos direitos individuais*. Essas exigências continuam a ser postulados básicos do Estado de Direito, que configura uma grande conquista da civilização liberal.¹⁸⁹

No entanto, o Estado Liberal não conseguiu organizar o Estado de forma definitiva. Como explanado pelo doutrinador, este sistema era baseado no princípio da legalidade e na proteção de direitos individuais, o que garantiu a ascensão da classe burguesa. Não obstante, os camponeses começaram a migrar para as cidades ingressando no trabalho fabril, compondo a nova classe social, chamada de proletária. Esta, por sua vez, não tinha uma entidade eficaz que garantisse seus direitos, característica do modelo de administração Burocrático. Fruto do Industrialismo, este se caracterizou por um formalismo exacerbado que apresentou grandes dificuldades em se adequar a casos concretos e resolvê-los.¹⁹⁰ Segundo José Afonso da Silva:

O individualismo e o abstencionismo ou neutralismo do Estado liberal provocaram imensas injustiças, e os movimentos sociais do século passado e deste especialmente, desvelando a insuficiência das

¹⁸⁹ Ibid. p.114-115

¹⁹⁰ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Modelos teóricos de administração pública*. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiK5MO8_vXWAhVIFZAKHSdRBSUQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fnepmaranhao.jimdo.com%2Fapp%2Fdownload%2F7306507468%2FAdm%2BP%25C3%25BAblica%2B-%2BModelos%2BTe%25C3%25B3ricos.pdf%3Ft%3D1387205708&usg=AOvVa_w05tLkOKwKl_IaqcY5Hm66z> em 08 de outubro de 2017



liberdades burguesas, permitiram que se tivesse consciência da necessidade da justiça social [...]»¹⁹¹

Nasce daí, a necessidade de sua substituição por uma nova concepção de Estado que representasse mais os interesses dos cidadãos e assegurasse direitos fundamentais. O Estado Social, evidenciado por uma maior ingerência do Estado, objetivou promover o bem-estar social, sendo esta sua fonte legitimadora de poder. Consequentemente, como supracitado, à administração pública caberia a realização dessa finalidade. Na vigente noção de Estado, ele constitui uma instituição política que deve estar a serviço da coletividade, devendo disciplinar as relações sociais, seja através da segurança pública, ou através da prática de atividades benéficas para a sociedade.¹⁹² Advento do modelo ainda utilizado, o gerencial, agora baseado em valores de eficiência, eficácia, competitividade, e uma maior aproximação com o cidadão.¹⁹³

Conquanto, o Estado Social foi implementado na época onde o capitalismo firmava seu espaço nas nações, e exigia poder de compra por parte das pessoas, ponto importante que deixa mais claro suas reais intenções. É em 1988, com a instauração de um novo poder originário, que o Brasil passou a ser Estado Democrático de

¹⁹¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 39ª ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2016. p.117

¹⁹² Cf. FILHO. José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. Editora Atlas LTDA. São Paulo, 2016

¹⁹³ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Modelos teóricos de administração pública*. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiK5MO8_vXWAhVIFZAKHSdRBSUQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fnepmaranhao.jimdo.com%2Fapp%2Fdownload%2F7306507468%2FAdm%2BP%25C3%25BAblica%2B-%2BModelos%2BTe%25C3%25B3ricos.pdf%3Ft%3D1387205708&usg=AOvVa_w05tLkOKwKl_IaqcY5Hm66z> em 08 de outubro de 2017



Direito,¹⁹⁴ na tentativa de superar todas as falhas e faltas estatais com os cidadãos:¹⁹⁵

A democracia que o Estado Democrático de Direito realiza há de ser um processo de convivência social numa sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I), em que o poder emana do povo, e deve ser exercido em proveito do povo, diretamente ou por representantes eleitos (art. 1º, parágrafo único) [...]¹⁹⁶

Resta-nos agora perceber até onde vai à representatividade popular. Pois mesmo estando esse Estado, submetido ao império da lei, cada agente público é empoderado pela soberania popular, e nem sempre realizam suas funções de forma fidedigna.

2. O poder-dever do agente público

Enquanto uma ficção jurídica o Estado precisa de pessoas físicas que realizem suas atividades. Essas pessoas são denominadas agentes públicos, que receberão do ordenamento poderes administrativos:

O poder administrativo representa uma prerrogativa especial de direito público outorgada aos agentes do Estado. Cada um desses terá a seu cargo a execução de certas funções. Ora, se tais funções foram por lei cometida aos agentes, devem eles exercê-las, pois que seu exercício é voltado para beneficiar a coletividade. Ao fazê-lo, dentro dos limites que a lei traçou, pode

¹⁹⁴ [...] O texto de 1988, em seus primeiros capítulos, apresenta avançada Carta de Direitos e Garantias, elevando-os, inclusive, a clausula pétrea, o que, mais uma vez, revela a vontade constitucional de priorizar os direitos e as garantias fundamentais. PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 16ª ed., rev., ampl. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2016. p.103

¹⁹⁵ Cf. SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 39ª ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2016

¹⁹⁶ Ibid. p.121



dizer-se que usaram normalmente os seus poderes. Uso do poder, portanto, é a utilização normal, pelos agentes públicos, das prerrogativas que a lei lhes confere.¹⁹⁷

Todas as pessoas dentro de um estado podem adquirir direitos e contrair deveres. Este poder a elas conferido é facultativo, contudo, para a pessoa que atua em nome da administração pública o exercício do poder que lhes é dado é obrigatório, sendo também irrenunciáveis. A obrigatoriedade é advinda de ações que sejam benéficas à sociedade, caso um administrador público se omita em uma de suas funções, essa conduta será considerada ilegal.¹⁹⁸

É devida essa conceituação que o poder do agente público é denominado de Poder-Dever. Ele possui uma maior influência para agir dentro do Estado, mas não arbitrariamente, toda e qualquer atuação deve ser realizada obrigatoriamente em prol da coletividade. Seu procedimento já será previamente estabelecido pelo governo, que irá prever as metas de cumprimento, mas por óbvio, nem sempre todas as metas são alcançáveis, dependendo de inúmeros fatores externos, entre eles a escassez financeira, são situações perdoáveis, recebendo o nome pela doutrina de *reserva do possível*.

Não se pode olvidar, que enquanto representantes da população, o ordenamento abrange toda sua forma de organização e traz em seu corpo a punição para casos de infração legal:

Quanto ao agente omissor, poderá ele ser responsabilizado civil, penal ou administrativamente, conforme o tipo de inércia a ele atribuído. Pode, inclusive, ser punido por desídia no respectivo estatuto funcional, ou ainda, ser responsabilizado por conduta qualificada como improbidade administrativa. Caso da omissão administrativa sobrevenham danos para

¹⁹⁷ FILHO, José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. Editora Atlas LTDA. São Paulo, 2016. p.48

¹⁹⁸ Cf. *Ibid.*



terceiros, têm estes ação indenizatória em face da pessoa administrativa a que pertencer o servidor inerte, respondendo este em ação regressiva perante aquela (art.37, §6º, CF).¹⁹⁹

Os poderes a cargo desses agentes lhes são emprestados, caso este não esteja no exercício de suas funções, deixa de ser autoridade e não pode se sobrepor a nenhum outro indivíduo. No entanto, nem sempre o administrador utiliza o poder da maneira correta, em muitos casos, desviando seu uso para uma causa própria. O abuso de poder é frequentemente visualizado em qualquer tipo de Estado.

2.1 Princípios da administração pública

O modo de agir da administração pública é guiado pelos princípios administrativos, representando estes, uma garantia ao administrado. Entre eles está o Princípio da Legalidade, equivale à subordinação das atitudes do profissional à lei, toda atividade deve ser autorizada pelo ordenamento, caso contrário será considerada ilícita. Tem-se também o Princípio da Impessoalidade, que garante o tratamento igualitário aos administrados, sendo vedado o direcionamento de qualquer atividade a pessoas ou grupos específicos. Além destes, temos o Princípio da Moralidade que exige do administrador preceitos éticos e a capacidade de diferir o desonesto do honesto.²⁰⁰

Dentre esses três Princípios, existem vários outros, todos objetivando direcionar a administração pública em prol da comunidade, imbuídos na tentativa de excluir as cortesias administrativas. Levando tudo isso em consideração, Hely Lopes

¹⁹⁹ FILHO. José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. Editora Atlas LTDA. São Paulo, 2016. p.50

²⁰⁰ Cf. *Ibid.*



Meirelles²⁰¹, da ênfase no que ele chama de os três principais deveres do administrador público.

O dever de Eficiência, em suas palavras, é aquele que incube ao agente a realização de suas atividades com presteza, perfeição e rendimento funcional, não se satisfaz com a observância do princípio da legalidade, exigindo resultados positivos que atendam às necessidades da sociedade. Esse dever é característica básica do modelo gerencial já mencionado, que visa uma aproximação com a população capacitando o administrador para sanar efetivamente os problemas.²⁰²

[...] a técnica é, hoje, inseparável da Administração e se impõe como fator vinculante em todos os serviços públicos especializadas, sem admitir discricionarismos ou opções burocráticas nos setores em que a segurança [...] Realmente, não cabe à Administração decidir por critério leigo quando há critério técnico solucionando o assunto. O que pode haver é opção da Administração por uma alternativa técnica quando várias lhe são apresentadas pelos técnicos como aptas para solucionar o caso em exame. Assim o princípio da eficiência, de alto significado para o serviço público em geral, deve ser aplicado em todos os níveis da Administração brasileira.²⁰³

O dever de Probidade é previsto constitucionalmente e resguarda os bens e interesses públicos, em caso de improbidade os atos administrativos podem ser anulados. Por último, o doutrinador fala do dever de Prestar Contas, que é um encargo de gerir coisas públicas, devendo o administrador repassar ao órgão legislativo

²⁰¹ Cf. MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. Editora RT. São Paulo, 1997

²⁰² Cf. MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. Editora RT. São Paulo, 1997. p.93

²⁰³ *Ibid.* p.93-94



responsável em cada Estado, através do Tribunal de Contas competente, todas as suas ações.²⁰⁴

Após a apresentação de todos esses princípios que o administrador público deve seguir, vê-se uma enorme cautela constitucional para a preservação da soberania popular, a fim de manter o interesse público acima de interesses particulares daqueles que são agraciados com o poder.

3. Abuso de poder

A ética segundo Aristóteles, é uma felicidade que se alcança ao buscar o bem, mas a virtude moral não é inata ao homem, ela se adquire através do hábito, do constante exercício. E a virtude é alcançada pelo equilíbrio das emoções e da apatia.²⁰⁵

Desde os primeiros pensadores se sabe que o ser humano não nasce ético, ele se molda em seu meio social e reproduz aquilo que sua construção pessoal o levou a ser. Veem-se na história consecutivos relatos de corrupção, sendo esta até mesmo característica de um modelo de administração pública. A transição do modelo patrimonialista para o burocrático e deste para o gerencial, não se deu através de uma drástica ruptura, mas sim por uma evolução. Isso significa que inevitavelmente um modelo carregou aspectos do outro.²⁰⁶

Não raro, se encontra características do modelo Patrimonialista dentro do atual. Um exemplo explícito é o caso de nepotismo no

²⁰⁴ Cf. Ibid.

²⁰⁵ Cf. ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1ª ed. Atlas Editora. São Paulo, 2009

²⁰⁶ Cf. OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Modelos teóricos de administração pública*. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiK5MO8_vXWAhVIFZAKHSdRBSUQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fnepmaranhao.jimdo.com%2Fapp%2Fdownload%2F7306507468%2FAdm%2BP%25C3%25BAblica%2B-%2BModelos%2BTe%25C3%25B3ricos.pdf%3Ft%3D1387205708&usg=AOvVa_w05tLkOKwKl_IaqcY5Hm66z> Acesso em 08 de outubro de 2017



Maranhão, onde a equipe do governador Jackson Kepler Lago (PDT), é composta por 23 parentes.

Neste ponto, é inegável a existência do abuso de poder, ainda que a carta maior estabeleça implícita e explicitamente sua ilegalidade. Suas formas são duas, sendo a primeira delas o excesso de poder, quando o agente atua fora dos limites de sua competência; e a segunda configura-se no desvio de poder. Tomaremos esta última modalidade como cerne do trabalho aqui proposto:

Já o desvio de poder é a modalidade de abuso em que o agente busca alcançar fim diverso daquele que a lei lhe permitiu, como bem assinala LAUBADÈRE. A finalidade da lei está sempre voltada para o interesse público. Se o agente atua em descompasso com esse fim, desvia-se de seu poder e pratica, assim, conduta ilegítima. Por isso é que tal vício é também denominado de desvio de finalidade, denominação, aliás, adotada na lei que disciplina a ação popular (Lei nº 4.717, de 29.6.1965, art. 2º, parágrafo único, “e”).²⁰⁷

O desvio de finalidade configura uma violação ideológica da lei, o administrador público sem motivo ou realizando uma ação contrária ao motivo já estabelecido, de forma secreta ou forjada de legalidade, se utiliza de motivos e meios imorais para alcançar um fim não desejado pelo legislador.²⁰⁸

O abuso de poder pode ocorrer tanto por uma atitude omissiva quanto comissiva, desse modo ferindo os direitos individuais, econômicos, sociais, e violando os fins públicos.²⁰⁹ Ele viola o

²⁰⁷ FILHO. José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. Editora Atlas LTDA. São Paulo, 2016. p.51

²⁰⁸ Cf. MEIRELLES. Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. Editora RT. São Paulo, 1997

²⁰⁹ Cf. TÁCITO, Caio. *O abuso de poder administrativo no Brasil: Conceito e remédios* In: *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 49. Disponível



princípio da moralidade, agindo o administrador de má-fé, aspecto não aceito pelo novo modelo de administração pública.

O art.37 da Constituição Federal traz em seu corpo disposições gerais sobre a administração pública, dá forma como esta se compõem até as formas de punição para o agente que viole algum dos princípios administrativos, cometendo assim, o abuso de poder. Conclui-se com isso, que a jurisprudência repudia tais tipos de comportamento, aspecto mais uma vez evidenciado na Lei nº 4,717 de 29 de Junho de 1965, uma ação popular que traz em seu art. 2º a possibilidade de anulação de atos praticados pela administração pública contendo vícios.

3.1 Abuso de poder em casos concretos

Ainda que tão bem amparado normativamente, o Brasil tem sido reconhecido como um grande desvio de finalidade. A democracia tem sido colocada à prova quando uma população inteira não se sente representada por aqueles que deveriam agir em seu nome e não sentem que seus interesses sejam prioridade.

Em abril de 2013, o Ministério Público formulou uma denúncia contra o Deputado Federal Décio Nery de Lima do Partido dos Trabalhadores. Ele fora acusado por fazer uso indevido de recursos públicos de uma Fundação Hospitalar, Hospital Santo Antônio, em proveito próprio ou alheio, quando era prefeito da cidade de Blumenau. A quantia de R\$ 380 mil que deveria ir para a saúde pública foi destinada a empresas de publicidade e emissoras de rádio. O único objetivo era que tais pessoas jurídicas fizessem elogios a sua gestão. Julgado com foro privilegiado pelo Supremo Tribunal Federal, Décio ficou livre da ação por desvio de verba pública.²¹⁰

<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/19392/18163>>

Acesso em 08 de outubro de 2017

²¹⁰ G1. *STF recebe denúncia do MP contra Décio Lima por uso indevido de verba.* Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/06/stf-recebe->



Em 2015, investigações foram iniciadas em Anápolis, pela Polícia Federal em conjunto com o Ministério Público, com o nome de “Pesos e Medidas”. A operação objetivava combater crimes de corrupção dentro do Instituto Nacional de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (Inmetro) em Goiás, foram expedidos 10 mandados de prisão, contra fiscais e empresários. Os funcionários estavam recebendo propina para ignorar as irregularidades que deveriam ser relatadas a fim de evitar prejuízos aos consumidores.²¹¹

Nos dois casos demonstrados acima, tem-se a presença do desvio de finalidade, em diferentes âmbitos da administração pública. Eles são apenas dois em meio a uma construção histórica de corrupção. Ainda hoje, o público se confunde com o privado, e o interesse do particular que deveria ser prioridade é deixado de lado, enquanto um jogo político domina a cena que frequentemente é estampada em noticiários.

Conclusão

Desde as influências liberais o direito público tem a tendência da garantia do cidadão contra o poder, mas voltando-nos para Hobbes, o estado de natureza humano é egoísta, logo ele buscará priorizar seus interesses em detrimento dos outros. Ainda que aspectos negativos do modelo patrimonialista teimem em reaparecer, é preciso ter em mente que hoje se vive em um Estado Democrático de Direito, e como tal, este traz mecanismos de defesa contra qualquer atitude imoral por parte dos administradores públicos.

Como supracitado, o poder não é pessoal, ele não pertence a um grupo ou a um indivíduo específico, ele pertence a todos e seu empréstimo a representantes eleitos é temporal. Qualquer agente público está em seu cargo enquanto funcionário da população e esta,

denuncia-do-mp-contra-decio-lima-por-uso-indevido-de-verba.htm> Acesso em 17 de outubro de 2017

²¹¹ G1. *Dez pessoas são presas em ação da PF contra fraude em fiscalizações do Inmetro em postos de combustíveis*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/06/stf-recebe-denuncia-do-mp-contra-decio-lima-por-uso-indevido-de-verba.htm>> Acesso em 17 de outubro de 2017



por sua vez, tem o poder de mudar um sistema que não seja compatível aos princípios constitucionais.

O abuso de poder existe, mas assim como ele, também existem leis vigentes para punir aquele que apresente tal conduta imoral. O agente público recebe o poder como um dever, justamente para a garantia da funcionalidade, mas seu uso só é legítimo para aquele administrador competente. Cabe a cada componente da sociedade se conscientizar de que o soberano do poder é o povo, e todo o ordenamento está ali para amparar suas necessidades.

Bibliografia

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. 1ª ed. Atlas Editora. São Paulo, 2009

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

FILHO. José dos Santos Carvalho. *Manual de direito administrativo*. 30ª ed. Editora Atlas LTDA. São Paulo, 2016

G1. *Dez pessoas são presas em ação da PF contra fraude em fiscalizações do Inmetro em postos de combustíveis*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/06/stf-recebe-denuncia-do-mp-contra-decio-lima-por-uso-indevido-de-verba.htm>>

Acesso em 17 de outubro de 2017

G1. *STF recebe denúncia do MP contra Décio Lima por uso indevido de verba*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/sc/santa-catarina/noticia/2014/06/stf-recebe-denuncia-do-mp-contra-decio-lima-por-uso-indevido-de-verba.htm>> Acesso em 17 de outubro de 2017

HOBBS, Thomas. *Leviatã: ou a matéria, forma e poder de um Estado eclesiástico e civil*. 2ª ed. Editora Ícone. São Paulo, 2000

LOCKE, John. *Dois tratados sobre o governo*. 1ª ed. Editora Martin Claret. São Paulo, 2002



MAQUIAVEL, Nicolau. *O príncipe*. 4ª ed. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2010

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 22ª ed. Editora RT. São Paulo, 1997

MONTESQUIEU, Charles. *O espírito das leis*. 4ª ed. Editora Martins Fontes. São Paulo, 2005

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Modelos teóricos de administração pública*. Disponível em:

<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwiK5MO8_vXWAhVIFZAKHSdRBSUQFggnMAA&url=https%3A%2F%2Fnepmaranhao.jimdo.com%2Fapp%2Fdownload%2F7306507468%2FAdm%2BP%25C3%25BAblica%2B-%2BModelos%2BTe%25C3%25B3ricos.pdf%3Ft%3D1387205708&usg=AOvVaw05tLkOKwKI_IaqcY5Hm66z> Acesso em 08 de outubro de 2017

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e direito constitucional internacional*. 16ª ed., rev., ampl. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2016

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 39ª ed. Editora Malheiros. São Paulo, 2016

TÁCITO, Caio. *O abuso de poder administrativo no Brasil: Conceito e remédios* In: *Temas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. v. 1, p. 49. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/viewFile/19392/18163>> Acesso em 08 de outubro de 2017



GESTÃO PÚBLICA NO BRASIL: HERANÇA DA DEFESA IRRESTRITA DE DIREITOS PRIVADOS NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

PUBLIC MANAGEMENT IN BRAZIL: INHERITANCE OF THE UNRESTRICT DEFENSE OF PRIVATE RIGHTS IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

Otávio Prado Araújo²¹²

Resumo

Pretende-se, neste artigo, explicar os motivos que fundamentam a perpetuação da sobreposição dos interesses privados sobre os públicos dos partidos políticos e das “famílias” que gerem a nossa organização administrativa. Além disso, busca-se, definir os moldes antropológicos da evolução social da população nacional, relatar como se deu a formação antropológica do povo brasileiro, bem como a construção histórica da administração pública do país. A posteriori, distinguir as fases da reforma administrativa no Brasil e, por fim, avaliar a administração nacional a partir de moldes histórico-políticos e criticar o modelo organizacional da gestão pública atual. Diante disso, será possível apresentar diretrizes para uma administração pública participada e que seja feita efetivamente para o povo brasileiro como uma coletividade e não mais para grupos privilegiados.

Palavras chave: *Administração pública, Antropologia, Reforma administrativa*

²¹² Estudante do curso de Bacharelado em Direito pela Universidade do Estado de Minas Gerais – UEMG, Unidade Diamantina.



Abstract

This article intends to explain the reasons for the perpetuation of the overlapping of private interests over the publics, made by the political parties and of the "families" that manage our administrative organization. In addition, we seek to define the anthropological molds of the social evolution of the Brazilian population, and report the anthropological formation of the Brazilian people, as well the historical construction of the country's public administration. A posteriori, distinguish the phases of the administrative reform in Brazil and, finally, evaluate the national administration from historical-political molds and to criticize the organizational model of the current public management. In view of this, it will be possible to present guidelines for a participatory public administration that is made effective for the Brazilian people as a community and not for privileged groups.

Keywords: *Public Administration, Antropology, Administrative reform.*

Introdução

A atual conjuntura política no que tange a gestão pública de nossa nação nos apresenta um problema encrustrado no cerne da formação do nosso povo. Nota-se, pois, uma herança irrestrita da defesa de direitos privados na administração pública brasileira que sobreviveu a implementação de uma república e posteriormente de uma democracia constitucional baseada na defesa de direitos e garantias fundamentais. Diante disso, fundamenta-se uma questão que deveremos responder ao longo do corpo deste trabalho que seria como romper com a perpetuação das famílias tradicionais oligárquicas que sobrevivem desde a República Velha com tendências monarquistas, e que tendem sempre a priorizar os interesses privados, quando na verdade deveriam estar representando aqueles que os elegeram, de forma a embazar-se, primordialmente, no interesse público.

Pode-se afirmar, diante disso, que são cada vez mais



frequentes os debates e discussões que enfrentam a problemática da Gestão Pública no Brasil, principalmente após o início das denúncias de corrupção e improbidade administrativa na contemporaneidade. Como disse Sergio Burque²¹³ na sua obra *Raízes do Brasil*, os elementos aristocráticos não foram completamente alijados e as formas de vida herdadas da Idade Média conservaram, em parte, seu prestígio antigo, o que subsiste até hoje em nossa realidade.²¹⁴

Essa realidade se contruiu pois a instituição social que possibilitou a formação do povo brasileiro como destaca Darcy Ribeiro²¹⁵ foi o cunhadismo. Este era um velho uso indígena de incorporar estranhos à sua comunidade ao dar-lhes dar uma moça índia como esposa. Assim que ele a assumisse, estabeleceria, de imediato, inúmeros laços que o aparentavam com todos os membros do grupo.²¹⁶ Dessa forma, ficou muito fácil para os nossos colonizadores criarem uma influencia plena entre o povo brasileiro, doutrinando-os e fazendo da administração pública o que eles bem quisessem.

1. Histórico da gestão pública no Brasil

Como destaca Maria Sylvia Zanella Di Pietro,²¹⁷ a Idade Média não encontrou ambiente propício para o desenvolvimento do Direito Administrativo, pois esta era a época das monarquias absolutistas, em que todo o poder pertencia ao soberano; a sua

²¹³ Sérgio Buarque de Holanda (1902-1982) por meio de um respeitável conjunto de obras, procurou tornar o país mais inteligível aos próprios brasileiros. Seu interesse oscilou entre a literatura e a história, sempre abordadas pelo viés da sociologia, especialmente a da escola alemã, mais precisamente a de Max Weber.

²¹⁴ Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995. p. 36

²¹⁵ Darcy Ribeiro (1922-1997) foi um antropólogo, político, educador e romancista brasileiro, conhecido por seu foco em relação aos índios e à educação no país.

²¹⁶ Cf. RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil*. 2ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995. p.81

²¹⁷ Maria Sylvia Zanella di Pietro é uma escritora, professora universitária brasileira.



vontade era a lei, a que obedeciam todos os cidadãos, justificadamente chamados servos ou vassalos. Nesse período, do chamado Estado de Polícia, assinala Merkl (1980:93) que o direito público se esgota num único preceito jurídico, que estabelece um direito ilimitado para administrar, estruturado sobre princípios segundo os quais *the king can do no wrong*, ou seja, o rei não pode fazer nada de errado.²¹⁸

Sendo assim, o rei não podia ser submetido aos Tribunais, pois os seus atos se colocavam acima de qualquer ordenamento jurídico, e foi com base nessa ideia que se formulou a teoria da irresponsabilidade do Estado, que, em alguns sistemas, continuou a ter aplicação mesmo após as conquistas do Estado Moderno em benefício dos direitos individuais.²¹⁹

1.1 Formação da administração pública na monarquia

Como já supracitado, a formação do povo brasileiro foi ligada à política do cunhadismo. Sob essa ótica, faz-se necessário analisarmos a questão antropológica desse período, para tentarmos entender o porquê dessa facilidade de imposição cultural dos portugueses sobre nós. Diante disso destaca-se a passagem de *Raízes do Brasil*, em que Sérgio Buarque afirma que a contribuição brasileira para a civilização será de cordialidade, ou seja, daremos ao mundo o “homem cordial”.

A lhanza no trato, a hospitalidade, a generosidade, virtudes tão gabadas por estrangeiros que nos visitam, representam, com efeito, um traço definido do caráter brasileiro, na medida, ao menos, em que permanece ativa e fecunda a influência ancestral dos padrões de

²¹⁸ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2016. p.1

²¹⁹ Cf. *Ibid.* p.1



convívio humano, informados no meio rural e patriarcal.²²⁰

O sistema de colonização, diante do exposto, teve que passar do cunhadismo às guerras de captura de escravos, quando a necessidade de mão-de-obra indígena se tornou grande demais. A função do cunhadismo na sua nova inserção civilizatória foi fazer surgir a numerosa camada de gente mestiça que efetivamente ocupou o Brasil. Então, para preservar seus interesses ameaçados pelo cunhadismo generalizado, a Coroa portuguesa pôs em execução, em 1532, o regime das donatárias²²¹ ou capitanias que foram distribuídas a grandes senhores, agregados ao trono e com fortunas próprias para colonizá-las, constituíram verdadeiras províncias.²²²

Em suma, vemos que no período colonial, ao tempo das capitanias, os respectivos donatários detinham em mãos poderes absolutos que lhes eram outorgados pelo monarca português e que abrangiam, sem qualquer controle, a administração, a legislação e a distribuição da justiça. No período subsequente, criou-se o governo-geral²²³ que, embora dividissem as atribuições entre o governador-

²²⁰ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995. p. 146-147

²²¹ “O donatário era um grão-senhor investido de poderes feudais pelo rei para governar sua gleba de trinta léguas de cara. Com o poder político de fundar vilas, conceder sesmarias, licenciar artesãos e comerciantes, e o poder econômico de explorar diretamente ou através de intermediários suas terras e até com o direito de impor a pena capital.” RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil*. 2ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995. p.87

²²² Cf. RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil*. 2ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995. p.81-86

²²³ “Ao tempo de Mem de Sá foi que mais se assanharam as três pragas do homem branco, representadas pelas pestes, pela guerra e pela escravização, que se abateram mortais sobre os Tupinambá. Ao final, vencidos, seus remanescentes foram compelidos até a pagar tributos na reconstrução de fortalezas ou de engenhos.” RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil*. 2ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995. p.94



geral,²²⁴ o provedor-mor²²⁵ e o ouvidor-geral,²²⁶ ainda assim o primeiro concentrava grande parte dos poderes, inclusive o de legislar e o de presidir a distribuição da justiça, a ponto de atribuir-se ao governador-geral, a partir de 1960, o título de vice-rei. Agora com o Império, há uma divisão de funções entre o Poder Legislativo, o Poder Judiciário, o Poder Executivo e o Poder Moderador, os dois últimos concentrados em mãos do Imperador.²²⁷

Sérgio Buarque afirma que a presunção de fidalguia é requerida por costumes ancestrais que, em substância, já não respondem a condições do tempo, embora persistam nas suas exterioridades.²²⁸ Segundo tal concepção, nota-se que as facções são constituídas à semelhança das famílias, precisamente das famílias de estilo patriarcal desse período colonial, onde os vínculos biológicos e afetivos que unem ao chefe os descendentes, colaterais e afins, além da camuflagem e dos agregados de toda sorte, irão se preponderar sobre as demais considerações. Formam, assim, como um todo indivisível, cujos membros se acham associados, uns aos outros, por sentimentos e deveres, nunca por interesses ou idéias, fugindo completamente dos princípios basilares da administração pública.²²⁹

À origem desse espírito de facção podem distinguir-se as mesmas virtudes ou pretensões aristocráticas que foram tradicionalmente o apanágio de nosso patriciado rural [...] Eram, pela solidez de seus estabelecimentos, considerados como a mola real da riqueza e do poder na colônia, os animadores reais da produção, do comércio, da navegação e de todas as artes e ofícios.

²²⁴ Representante direto do Rei.

²²⁵ Responsável pela captação do fisco.

²²⁶ Distribuidor da justiça.

²²⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2016. p.25-26

²²⁸ Cf. HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995. p.37

²²⁹ Cf. *Ibid.* p.79



[...] Nos domínios rurais, a autoridade do proprietário de terras não sofria réplica. Tudo se fazia consoante sua vontade, muitas vezes caprichosa e despótica.²³⁰

Este período, nas palavras de Raymundo Faoro,²³¹ em sua obra *Os donos do poder*, era caracterizado por “Cidade e campo, polarizados com a propriedade territorial e corporativa, respectivamente, se identificam numa ordem patriarcal e hierárquica.”²³²

Na monarquia patrimonial, o rei se eleva sobre todos os súditos, senhor da riqueza territorial, dono do comércio — o reino tem um dominus, um titular da riqueza eminente e perpétua, capaz de gerir as maiores propriedades do país, dirigir o comércio, conduzir a economia como se fosse empresa sua. O sistema patrimonial, ao contrário dos direitos, privilégios e obrigações fixamente determinados do feudalismo, prende os servidores numa rede patriarcal, na qual eles representam a extensão da casa do soberano.²³³

Essa realidade patriarcal e hierárquica presente no período monárquico era totalmente contrário ao que deve ser busado na administração pública. O interesse do cidadão não tinha valor algum, enquanto aquele que era o titular da riqueza comandava o país. A esperança para acabar com essa realidade se fazia no federalismo. O período que substituiria a monarquia viria permeado de ideias republicanas e federalistas, que buscavam descentralizar o poder que concentrava-se nas mãos do imperador. Não obstante, essa foi

²³⁰ Ibid. p.80

²³¹ Raymundo Faoro (1925-2003) foi um jurista, sociólogo, historiador, cientista-político e escritor da obra *Os donos do poder*, que analisa a formação sociopolítica patrimonialista do Brasil.

²³² FAORO, Raymundo; prefácio COHN, Gabriel. *Os donos do poder: formação do patronado político brasileiro*. 5ª ed. Editora Globo. São Paulo, 2012. p.32

²³³ Ibid. p.35



apenas mais uma utopia visto que os nossos federalistas queriam na verdade eram ser os “novos monarquistas” perpetuando-se no poder que agora estaria concentrado em suas mãos, dando início a República Velha.

1.2 Início da República

As chamadas oligarquias já surgem nesse início de República, com a ascensão de Floriano Peixoto ao governo, fruto da revolta da Armada e da primeira pressão pela legitimidade do poder que, consagraria, se prevalessem os cálculos da facção paulista, ansiosa a hegemonia do seu Estado, o predomínio bandeirante. Esse molde oligárquico²³⁴ é facilmente percebido, pois, no ministério está o paulista Rodrigues Alves, conselheiro da monarquia, mas da confiança do Partido Republicano, quase silencioso na Constituinte, ao lado dos antideodoristas general José Simeão, na pasta da Guerra, e contra-almirante Custódio José de Melo, na Marinha, como destaca Faoro.²³⁵

Desde aí a intervenção nos Estados encontrara a sua norma conciliatória, mediante um tácito ajuste entre eles e a União. Uma troca de atribuições e uma cessão mútua de garantias harmonizavam as diferenças. O governo federal entregava cada um dos Estados à facção, que dele primeiro se apoderasse. Contanto que se pusesse nas mãos do presidente da República, esse grupo de exploradores privilegiados receberia dele a mais ilimitada outorga, para servilizar, corromper e

²³⁴ Nada mais convincente e cômodo ao poder central, cuja oligarquização, para se consumir, e se considerar eternizada, não necessitava de mais que de ver executada a oligarquização dos Estados. FAORO, Raymundo; prefácio COHN, Gabriel. *Os donos do poder: formação do patronado político brasileiro*. 5ª ed. Editora Globo. São Paulo, 2012. p.448

²³⁵ Cf. FAORO, Raymundo; prefácio COHN, Gabriel. *Os donos do poder: formação do patronado político brasileiro*. 5ª ed. Editora Globo. São Paulo, 2012. p.435



roubar as populações.²³⁶

Diante a esta nova realidade que se forma, percebe-se como a hipótese da intervenção federal não inquietaria nunca mais estes oligarcas. O governo da União não usaria dela mais nunca, a não ser quando a quadrilha protegida a solicitasse, para ultimar, em nome da autonomia estadual, a servidão, a desonra, a pilhagem do Estado ou o que mais os oligarcas quisessem fazer de maneira, agora, legítima.²³⁷ Além disso, as nomeações, a ajuda econômica com obras federais, os cargos ministeriais cativam ainda mais as lealdades e suavizam o mando.

Os ideólogos dominantes lutam para que se oculte a essência da própria classe, universalizando-a em conceitos abstratos, ao mesmo tempo em que negam a autonomia dos interesses das outras classes. A consciência ilusória, ao se duplicar na falsa consciência, “cobre a realidade e a revela, deformando-a”:²³⁸ representa a figura do véu e da máscara.

Surge então, uma classe, cujo domínio político é exercido por uma minoria, no interesse dessa minoria, e não para interesse de toda uma classe, e que difunde-se, para que estas também se iludam, confundindo-se na sua verdadeira consciência de classe e representação. Em outro sentido, mais comum na linguagem, a ideologia significa genericamente um sistema de crenças ou de valores, utilizado na luta política para influir sobre o comportamento das massas, para orientá-las em uma direção e não em outra, para

²³⁶ Ibid. p.448

²³⁷ Cf. Ibid. p.448

²³⁸ FAORO, Raymundo; organização e prefácio COMPARATO, Fabio Konder. *A República inacabada*. 1ª ed. Editora Globo. São Paulo, 2013. p.20. apud. BOBBIO, Norberto. *Saggi sulla scienza politica in Italia*. [Bari]: Editori Laterza, 1977. p.113



dirigir o consenso, para justificar o poder,²³⁹ sendo esta política de governo chamada de “política do café com leite,”²⁴⁰ e considerada pelos historiadores o principal mecanismo de manutenção do poder no período conhecido como a “República dos Governadores.”²⁴¹

2. Evolução da administração pública

O Direito Administrativo, já reconhecido como ramo autônomo, surge no fim do século XVIII e início do XIX, o que não descarta a prévia existência de normas administrativas, pois onde quer que exista Estado existirá, em consequência, órgãos encarregados do exercício de funções reguladoras e administrativas.

Não obstante, a formação²⁴² do Direito Administrativo como um ramo efetivamente autônomo teve início juntamente com o direito constitucional e outros ramos do direito público, a partir do momento em que começou a desenvolver-se – já na fase do Estado Moderno – o conceito de Estado de Direito, estruturado sob o princípio da legalidade e sobre o princípio da separação de poderes, que tem por objetivo assegurar a proteção dos direitos individuais, não apenas nas relações entre particulares, mas também entre o Estado.

Diante dessa prerrogativas, vale destacar que este período de

²³⁹ Ibid. p.114

²⁴⁰ Termo pejorativo empregado por Vargas nos anos 30 que caracterizava o acordo entre as oligarquias de SP e MG com os seus respectivos Partidos Republicanos, que teve início com o paulista Rodrigues Alves em 1903, paulista, que indicou o mineiro Afonso Pena. Minas e São Paulo pois elas eram respectivamente as 1ª e 2ª forças políticas do Brasil e 2ª e 1ª economias cafeeiras do mundo.

²⁴¹ Período que vai de 1894 à 1930 e que tem sua base política nos municípios (oligarquias) caracterizando, assim, um “governo dos povos.” Aqui, são criados mecanismos para a manutenção do poder por 36 anos como o *Coronelismo*, a *Política dos Governadores*, a *Comissão Verificadora de Poderes* e a principal delas, a supracitada *Política do Café com Leite*.

²⁴² Cf. DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2016. p.1-2



reformas administrativas se inicia na chamada Era Vargas que se dá através da Revolução de 1930²⁴³ e a consequente ruptura do *Café com Leite*,²⁴⁴ *Crise de 1929*, *Eleições de 1930* e *Assassinato de João Pessoa*, e termina nos dias atuais em que temos em vigência a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a chamada Nova Administração.

2.1 Primeira reforma administrativa

Em 1930 inicia-se o período da chamada Reforma Burocrática de Getúlio Vargas, que toma o poder com uma revolução pós assassinato de João Pessoa,²⁴⁵ vice de Vargas que morre devido rivalidades regionais e cria o estopim para a revolução. “Da revolução à Constituição,” Foi assim o governo do então presidente, marcado pelo poder pessoal, não respeito a constituição vigente, personificação do poder e outros fortes traços do populismo.

Ele resolve então ampliar o grupo minoritário que governava o país e superar o sistema de privilégios que imperava na república das oligarquias, modernizando e burocratizando a gestão pública, ao criar rígidos processos que deveriam ser seguidos pelos representantes da Administração Pública. É neste período em que é criado o DASP (Departamento de Administração do Serviço Público) que, devido a reforma administrativa de 1936, dentre outras coisas, instituiu: a) o ingresso no serviço público por concurso; b) os critérios gerais e uniformes de classificação de cargos; c) a

²⁴³ A Revolução de 30 foi uma ameaça que foi evitada pelo exercito de tornar-se um conflito, ao passo que este depõe Washington Luís e impede a posse de Prestes fazendo com que dessa forma, Vargas tome o poder.

²⁴⁴ Durante o governo de Washington Luís, paulista e último governante do café com leite, ocorre a ruptura dessa política de governo, pois, deveria ser indicado Antônio Carlos, mineiro, entretanto, indica-se Júlio Prestes, paulista, cenário que agravou as insatisfações para com as oligarquias.

²⁴⁵ Com o assassinato de João Pessoa, cria-se um clamor nacional que foi o instrumento utilizado por Vargas para forçar a sua entrada no poder com o apoio dos tenentes, através da revolução.



organização dos serviços de pessoal e de seu aperfeiçoamento sistemático; d) a administração orçamentária; e) a padronização das compras do Estado e f) a racionalização geral de métodos.²⁴⁶

Era também missão do DASP a racionalização dos métodos do serviço público e a criação do orçamento da União. O DASP tinha seções nos estados com o objetivo de adaptar as normas vindas do governo central às unidades federadas sob intervenção, culminando assim em uma dinamização da máquina pública e evita com que dentro do próprio sistema exista pessoas que possam se colocar contrários ao governo.

Para o funcionário “ patrimonial”, a própria gestão política apresenta-se como assunto de seu interesse particular; as funções, os empregos e os benefícios que deles auferem relacionam-se a direitos pessoais do funcionário e não a interesses objetivos, como sucede no verdadeiro Estado burocrático, em que prevalecem a especialização das funções e o esforço para se assegurarem garantias jurídicas aos cidadãos. A escolha dos homens que irão exercer funções públicas faz-se de acordo com a confiança pessoal que mereçam os candidatos, e muito menos de acordo com as suas capacidades próprias. Falta a tudo a ordenação impessoal que caracteriza a vida no Estado burocrático.²⁴⁷

Com o passar do tempo, portanto, a Administração pública brasileira, estruturada basicamente pelos ditames do

²⁴⁶ Cf. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SIMÕES, Raísa Carvalho. *A sobrevivência do modelo patrimonial na reforma administrativa gerencial do estado brasileiro*. In Revista Panóptica, ano 03, n. 18, mar.-jun. 2010. p.137. Disponível em:

<http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/Op_5.1_2010_127-153/287> Acesso em 10 de outubro de 2017.

²⁴⁷ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995. p.146



patrimonialismo, passou a sofrer mudanças significativas, de modo a reprimir paulatinamente a prática de favorecimento pessoal praticando dentro do Poder Público. Diante disso, com a premissa de basear-se no mérito profissional e obedecer ao princípio da hierarquia dos cargos, a administração pública burocrática foi adotada em substituição à esta patrimonialista, que não mais acompanhava a evolução nacional e mundial como um todo, diante a aparição do capitalismo industrial²⁴⁸ que demandava uma clara separação entre estado e mercado. Além disso, as democracias parlamentares surgidas naquele tempo não mais compactuavam com o favoritismo e com a corrupção, intrínsecas ao sistema oligárquico patrimonialista.

2.2 Segunda reforma administrativa

Durante o governo da Junta Militar com o seu primeiro líder, Castelo Branco, a ideologia de governo tinha como objetivo ficar um curto período no poder, apenas o tempo necessário para “limpar a casa” e posteriormente devolver aos civis. A Administração Pública, neste período, passa por novas modificações, como a ampliação da função econômica do Estado com a criação de um grande número de empresas estatais; Autoritarismo do Regime o que facilitava a implantação de novas políticas; Criação do Decreto Lei 200/67 que divide a Administração Pública em dois grandes grupos: Administração Direta e Administração Indireta.

Sob essa ótica, o DASP ganha estatus de RH, passando a cuidar prioritariamente do pessoal, sendo que as demais funções ficam com o recém criado SEMOR – Setor de Modernização da

²⁴⁸ Cf. CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SIMÕES, Raísa Carvalho. *A sobrevivência do modelo patrimonial na reforma administrativa gerencial do estado brasileiro*. In Revista Panóptica, ano 03, n. 18, mar.-jun. 2010. p.137. Disponível em: http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/Op_5.1_2010_127-153/287> Acesso em 10 de outubro de 2017.



Administração, que buscava maior eficácia da gestão pública; Padronização e normatização na áreas de pessoal, compras e execução orçamentária; Passou a basear a administração em processos e Estabeleceu cinco princípios estruturais da Administração Pública, sendo eles o planejamento, a coordenação, a descentralização, delegação de competências e o controle.

No Brasil, a administração pública burocrática predominou até a década 60, quando, durante o regime militar, o país começava a dar os seus primeiros passos contra a densa, centralizadora e burocrática gestão administrativa e rumava ao modelo gerencialista, que se inspirava numa concepção de Estado e de sociedade democrática e plural.²⁴⁹

Como afirma Luiz Carlos Bresser Pereira,²⁵⁰ a reforma iniciada pelo Decreto-Lei 200 foi uma tentativa de superação da rigidez burocrática que existiu até o período militar, podendo ser considerada como um primeiro momento da administração gerencial no Brasil. Toda a ênfase foi dada à descentralização mediante a autonomia da administração indireta, com base no pressuposto da rigidez da administração direta e da maior eficiência da administração descentralizada. Foram incorporados como princípios de racionalidade administrativa, o planejamento, o orçamento, a descentralização e o controle de resultados, sendo que nas unidades descentralizadas foram utilizados empregados celetistas, submetidos ao regime privado de contratação de trabalho.²⁵¹

²⁴⁹ BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil*: para uma nova interpretação da América Latina. Editora 34. São Paulo, 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=696>> Acesso em 16 de outubro de 2017.

²⁵⁰ Luiz Carlos Bresser-Pereira (1934) é economista, cientista político, cientista social brasileiro, administrador de empresas, formado em direito, professor e foi ministro da Fazenda do Brasil em 1987.

²⁵¹ Cf. BRESSER PEREIRA, L. C. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Revista do Serviço Público, v. 120, n.1, 1996. p.7. Disponível em



2.3 Terceira reforma administrativa

Por fim, a terceira Reforma Administrativa, também chamada de Reforma Gerencial, trás consigo uma nova forma de Gestão Pública, lembrando que nenhuma das reformas extingue totalmente aquela que se passou. Iniciada do Governo Fernando Henrique Carodoso e inserida no contexto da reforma do Estado, a Reforma Gerencial teve como instrumento básico a criação do PDRAE²⁵² – Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado, que tinha o intuito de reestruturar o aparelho do estado para combater a cultura burocrática.

Outro ponto relevante dessa reforma, versa no que tange os políticos e funcionários públicos que passam a ter um grau limitado de confiança. Já o ramo da estratégia, segue um ideal de incentivo à criatividade e inovação, passando a ser mais descentralizado. Além disso, passou a utilizar o contrato de gestão como instrumento de controle dos gestores públicos.

Falando sobre a constitucionalização do Direito Administrativo, Marçal Justen Filho acrescenta que “[...] a evolução recente importou alterações radicais nas instituições e nas concepções vigentes. A função e o conteúdo da Constituição foram impregnados por princípios e valores democráticos, o que se afirma com ainda grande relevância no Brasil – cuja vivência democrática é muito limitada. Todas essas modificações não ingressaram integralmente no Direito Administrativo. O conteúdo e as interpretações do Direito Administrativo permanecem vinculados e referidos a uma realidade sociopolítica que há muito

<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaaagerenci.al.pdf>> Acesso em 10 de outubro de 2017.

²⁵² O PDRAE dividiu o aparelho do Estado em 4 grandes setores, sendo eles um Núcleo Estratégico, um setor de Atividades Exclusivas, um de Serviços Não-Exclusivos e por fim um de Produção de Bens e Serviços para o Estado.



deixou de existir. O instrumental do Direito Administrativo, é, na sua essência, o mesmo de um século atrás”.²⁵³

O Direito Administrativo, Como destacou Marçal Justen Filho²⁵⁴ na citação acima, “continua vinculado às concepções filosóficas, políticas e constitucionais que vigoravam na primeira metade do século XX”.²⁵⁵ A evolução radical do constitucionalismo do final do século XX permaneceu, portanto, ignorada pelo Direito Administrativo.

3. Crítica ao modelo organizacional da gestão pública atual

Na contemporaneidade, devido a herança supracitada que persiste desde o período monárquico brasileiro e mesmo com a tentativa de uma organização por três vezes frustradas, o Brasil ainda hoje permanece com uma ideologia da perpetuação da defesa irrestrita de direitos privados quando na verdade o que deveria estar ocorrendo era uma gestão pública para o povo e não para a maquina pública.

No Brasil, pode dizer-se que só excepcionalmente tivemos um sistema administrativo e um corpo de funcionários puramente dedicados a interesses objetivos e fundados nesses interesses. Ao contrário, é possível acompanhar, ao longo de nossa história, o predomínio constante das vontades particulares que encontram seu ambiente próprio em círculos fechados e pouco acessíveis a uma ordenação impessoal. Dentre esses círculos, foi sem dúvida o da família aquele que

²⁵³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2016. p.5. apud. FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed., rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2008. p.67

²⁵⁴ Marçal Justen Filho é um jurista brasileiro e professor universitário.

²⁵⁵ FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed., rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2008. p.67



se exprimiu com mais força e desenvoltura em nossa sociedade.²⁵⁶

Uma dos grandes motivos que deram nascimento à essa tese do autoritarismo do Direito Administrativo é a teoria da *puissance publique* elaborada no século XIX que apontou a existência de prerrogativas e privilégios do Estado diante do particular, criando uma posição de verticalidade ou de desigualdade entre Administração Pública e cidadão, como apresenta Maria Sylvia Zanella di Pietro.²⁵⁷ Mesmo dentro desses “direitos” filiados ao referido sistema europeu existem diferenças que vale a pena assinalar, uma vez que, “quanto menos desenvolvido o Direito Administrativo, maior e a aplicação do direito privado nas relações jurídicas de que participa o Estado”.²⁵⁸

No fundo, o próprio princípio de hierarquia nunca chegou a importar de modo cabal entre nós. Todos sabem que toda a hierarquia funda-se necessariamente em privilégios, e a verdade é que, bem antes de triunfarem no mundo as idéias revolucionárias, portuguesas e espanhóis parecem ter sentido vivamente a irracionalidade específica, a injustiça social de certos privilégios, sobretudo dos privilégios hereditários, como destaca Buarque de Holanda.²⁵⁹

“No Brasil”, escrevia em 1885 o naturalista norte-americano Herbert Smith, “ vigora quase universal a idéia de que é desonroso para uma pessoa abandonar seu partido; os que o fazem são estigmatizados como traidores.” E acrescentava: “Ora, esse espírito de

²⁵⁶ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995. p.146

²⁵⁷ Cf. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2016. p.5

²⁵⁸ *Ibid.* p.3

²⁵⁹ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995. p.35



fidelidade é bom em si, porém mau na aplicação; um homem não age bem quando deserta de um parente, de um amigo, de uma causa nobre; mas não age necessariamente mal quando se retira de um partido político: às vezes o mal está em apegar-se a ele”.²⁶⁰

Essa citação retirada da Obra *Raízes do Brasil* mostra de forma esplêndida como o histórico brasileiro coloca as relações políticas em um patamar elevado ao destacar que é desonroso uma pessoa abandonar o seu partido, que acaba por se tornar uma verdadeira família, aos moldes das *famiglias* que compõem a máfia siciliana que faz destes traidores, sendo que o verdadeiro mal seria apegar-se tanto a ele, o que acaba por gerar um vínculo particular que sobrepõe o verdadeiro sentido de “representantes do povo” que estes políticos deveriam ser.

Conclusão

Inicialmente, como destaca Celso Antônio Bandeira de Mello,²⁶¹ haviam certos atos que não se alocavam satisfatoriamente em nenhuma das clássicas três funções do Estado, sendo elas o executivo, o legislativo e o judiciário. Tais atos, integram, então, uma função que se poderia apropriadamente chamar de “função política” ou de “governo”.²⁶² O autor destaca, ainda, que, em vários países europeus, sustenta-se que os atos políticos ou de governo são infensos a controle jurisdicional, entendimento este verdadeiramente inaceitável que se mostra totalmente incompatível com o Estado de Direito, constituindo-se em “lamentável resquício do absolutismo monárquico”.²⁶³

²⁶⁰ Ibid. p.80

²⁶¹ Considerado um dos maiores juristas do direito público brasileiro, Celso Antônio Bandeira de Mello é advogado, escritor e professor universitário.

²⁶² Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 27ª ed. Rev., atual. Editora Malheiros. São Paulo, 2010. p.36-37

²⁶³ Cf. Ibid. p.36-37



Dessarte, observa-se que o Estado de Direito é, ou pelo menos deveria ser, um modelo de organização social que absorve para o mundo jurídico, uma concepção política, além de traduzir estes em preceitos concebidos expressamente para a montagem de um esquema de controle do Poder.²⁶⁴ O que podemos perceber diante disso, é que o Estado de Direito se mostra na verdade é um gigantesco projeto político, juridicizado, de contenção do Poder e de proclamação da igualdade de todos os homens, não sendo difícil perceber que a supremacia da lei, tem sua raiz no princípio da igualdade, pois resulta da formulação da vontade geral, através dos seus representantes, e porque a lei propõe-se a ser geral e abstrata, precisamente para que todos os homens sejam tratados sem casuísmos, embargando-se, dessa forma, perseguições e favoritismos, o que compõe exatamente a realidade brasileira.²⁶⁵

De resto, a história política da humanidade é a história da luta dos membros da coletividade contra os detentores do poder, e não faltam exemplos para reconhecermos isto. Ao se perpassarem as várias conquistas políticas do corpo social e os momentos culminantes do Direito Público, o que se vai encontrar é exata e precisamente a instauração progressiva de garantias do indivíduo contra aqueles que exercem o Poder.²⁶⁶

As teorias econômicas, sociais, políticas e, portanto, também as jurídicas, não surgem do nada, elas são a face visível de interesses concretos que fermentam no seio da Sociedade. Correspondem muitas vezes tão-só a uma forma lapidada de interesses de determinados segmentos, no nosso caso, dos coronéis oligarcas, das famílias políticas tradicionais, apresentada sob a forma de proposições concatenadas e até blindadas com o rótulo de “científicas”, para captarem os créditos de uma pretensa

²⁶⁴ Cf. *Ibid.* p.49

²⁶⁵ *Ibid.* p.49

²⁶⁶ *Ibid.* p.50



neutralidade.²⁶⁷

Bibliografia

BRESSER PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise econômica e reforma do Estado no Brasil: para uma nova interpretação da América Latina*. Editora 34. São Paulo, 1996. Disponível em: <<http://www.bresserpereira.org.br/view.asp?cod=696>> Acesso em 16 de outubro de 2017.

BRESSER PEREIRA, L. C. *Da administração pública burocrática à gerencial*. Revista do Serviço Público, v. 120, n.1, 1996. Disponível em

<<http://www.bresserpereira.org.br/papers/1996/95.admpublicaburocraticaagerencial.pdf>> Acesso em 10 de outubro de 2017.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; SIMÕES, Raísa Carvalho. *A sobrevivência do modelo patrimonial na reforma administrativa gerencial do estado brasileiro*. In Revista Panóptica, ano 03, n. 18, mar.-jun. 2010. p.127-153. Disponível em: <http://www.panoptica.org/seer/index.php/op/article/viewFile/Op_5_1_2010_127-153/287> Acesso em 10 de outubro de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 29ª ed. Rev., atual. e ampl. Editora Forense. Rio de Janeiro, 2016.

FAORO, Raymundo; organização e prefácio COMPARATO, Fabio Konder. *A República inacabada*. 1ª ed. Editora Globo. São Paulo, 2013

FAORO, Raymundo; prefácio COHN, Gabriel. *Os donos do poder: formação do patronado político brasileiro*. 5ª ed. Editora Globo. São Paulo, 2012

FILHO, Marçal Justen. *Curso de direito administrativo*. 3ª ed., rev. e atual. Editora Saraiva. São Paulo, 2008

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 26ª ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito*

²⁶⁷ Ibid. p.1067-1068



administrativo. 27^a ed. Rev., atual. Editora Malheiros. São Paulo, 2010

OLIVEIRA, Gustavo Justino de. *Modelos teóricos de administração pública*. In Administração Pública. Campinas, SP: IESD, 2010. Disponível em:

<https://admpub.files.wordpress.com/2013/04/oliveira_2010.pdf>

Acesso em 10 de outubro de 2017.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: A formação e o sentido do Brasil*. 2^a ed. Editora Companhia das Letras. São Paulo, 1995.



O DIVÓRCIO À LUZ DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 66 DE 13 DE JULHO DE 2010

Enilza de Fátima Fernandes Cunha (UCAM)
Alan Ricardo Pereira (UFMG/CAPES/UEMG/FAC)

Resumo:

Trata-se de um artigo que se debruça sobre a problemática atinente à Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010, que trata do instituto do divórcio. Mais especificamente intenta saber se a emenda 66/2010 desestabilizou o casamento (ao fomentar o divórcio) ou não. Para tanto, apropria-se do debate corrente e, frente aos que pensam de modo contrário, sustenta o caráter positivo da referida emenda, pois mais conformada à sociedade atual, que é assaz plural.

Palavras-chave: Família. Divórcio. Casamento. Emenda 66/2010.

1. Introdução

Teria a Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010 desestabilizado e/ou enfraquecido o instituto do casamento? Existem posições tanto favoráveis quanto desfavoráveis concernente à referida pergunta. No que nos concerne, acreditamos que a Emenda Constitucional nº 66 apresenta um novo cenário para o direito de famílias e para a sociedade. Portanto, em meio à grande divergência doutrinária, defenderemos, aqui, que ela representa, na verdade, um avanço para a atual configuração da sociedade do século XXI.

Neste sentido, faremos uma análise acerca do instituto jurídico do divórcio a partir da Emenda Constitucional 66 de 13 de Julho de 2010, levando em consideração as divergentes posições doutrinárias. Para tanto, buscaremos explorar a conceituação do instituto jurídico do Divórcio, suas características e pressupostos;



traçaremos, em seguida, um percurso histórico acerca do Divórcio, analisando as Constituições que positivaram referido instituto, bem como as leis criadas com o mesmo pressuposto; analisaremos, por fim, de maneira minuciosa, a Emenda Constitucional 66 de 2010, sua promulgação e a sua repercussão no cenário jurídico.

2. Aspectos históricos e contextualização do instituto do divórcio

O presente trabalho justifica-se perante a sua atualidade. Pois há um intenso debate sobre a questão aqui levantada, qual seja, saber se a Emenda Constitucional nº 66 de 13 de julho de 2010 desestabilizou ou não o instituto do casamento.

De acordo com uma parcela da doutrina – oferecemos aqui, a título de exemplo, a posição do importante doutrinador Ives Gandra Martins – a emenda em questão teria enfraquecido o instituto do casamento. Para outra parcela porém – tal é a posição sustentada por Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, dentre outros – tal emenda em nada enfraquecera o instituto do casamento.

Neste contexto, o objetivo deste trabalho é primeiramente buscar a devida interpretação da nova Emenda Constitucional diante do seu impacto sobre o hodierno sistema dissolutório do casamento.

O instituto da família, sem dúvida, foi um dos institutos que mais sofreu alteração nas últimas décadas. O casamento que antes era eterno, hoje cede ao apelo social de readaptar-se diante dos novos formatos familiares, além da intensa busca pela felicidade nas relações. Por diversos motivos sociais e antropológicos, o padrão tradicional da família tem sido alterado pelo surgimento das diversas entidades familiares.

Estudar o Divórcio se apresenta como algo importante, sobretudo, quando se tem em vista sua relevância para o atual cenário da sociedade. Na realidade, o estudo da família sempre esteve presente no horizonte da pesquisa quer de psicólogos, filósofos, antropólogos, ou juristas.



O instituto do Divórcio, ao contrário do que muitos pensam, não é um tema novo na seara do direito, mas, ao contrário, sempre foi tema/objeto de interesse e discussão de muitos. Neste sentido, Jorge Luiz de Almeida, desembargador aposentado do Tribunal de Justiça de São Paulo, em sua dissertação de Mestrado da USP, em 1978, já tratava do referido instituto do Divórcio:

O **Divortium** (de *divertere*, significando separar-se, andar em caminhos diferentes) já era previsto no Código de Hamurabi, admitido a pedido de qualquer dos cônjuges. Se culpada fosse a mulher porque “cometeu loucuras, desorganizou a casa e descuidou do marido”, perdia o dote e até a liberdade, passava a escrava do marido. (ALMEIDA, 2011, p. 509)

Desta maneira, podemos entender que o tema do divórcio, na realidade, sempre existiu na sociedade, sendo utilizado em determinadas épocas e retirada em outras, mas não é um tema novo. Tratando do mesmo tema, o referido autor continua a apresentar a repercussão do divórcio em diversos momentos da sociedade:

Entre os hebreus, dispunha a lei mosaica, só ao marido era assegurado o “repúdio”. Os gregos também conheceram o instituto. Na primitiva Índia, a ele se refere Oliveira e Silva como inscrito na porta principal de Agra: “No ano I do Reinado do rei Julef, duas mil separações voluntárias entre marido e mulher, foram decretadas pelos magistrados. O rei, indignado, aboliu o divórcio. No ano seguinte, houve 3000 casamentos a menos do que nos anos antecedentes e 7.000 adultérios a mais. Trezentas mulheres foram queimadas vivas, por terem envenenado seus maridos e 75 maridos foram queimados vivos por terem assassinado suas mulheres. Os móveis quebrados e destruídos, no interior das casas, subiram à soma de três milhões de rupias. O imperador restabeleceu o divórcio”. Em Roma a



mulher por interferência da Igreja, deixou de ser coisa, de ser propriedade do marido: “companheira te dou e não escrava”, diz o Divino Mestre. Plutarco atribuiu ao próprio Rômulo, fundador de Roma, a lei reguladora do “repúdio” da mulher pelo marido. No direito romano clássico, aparece legislação extremamente permissiva do divórcio. Era ele admitido por mútuo consentimento (**bona gratia**) ou pela vontade de um dos cônjuges (**repudium**). (ALMEIDA, 2011, p. 509)

O divórcio na realidade sempre foi um tema polêmico e complicado, não era um meio de exercício da autonomia ou da liberdade, ou mesmo da dignidade da pessoa, muito pelo contrário, como se pode notar, era um poder inerente ao homem, isentando a mulher de exercer o direito de se divorciar.

Podemos notar com bastante clareza que a Igreja sempre exerceu papel importante na história, em relação às questões de família, e claro, sobre a dissolução do casamento, reconhecido pela Igreja como indissolúvel. Assim, a igreja sempre se manifestou, no sentido de negar a possibilidade de dissolução do sacramento do matrimônio, já que a união teria sido realizada por Deus.

Com isso, em determinados períodos da história era possível o exercício do divórcio, mas em outros momentos, o poder autoritário e pressionador da Igreja tornava o matrimônio indissolúvel, “*quos Deus conjunxit, homo non separat*” (o que Deus uniu, o homem não separa).

Analisando o Código de Direito Canônico, podemos perceber como a igreja conceitua o matrimônio, bem como seus efeitos perante a sociedade:

Cân. 1055 - §1. O pacto matrimonial, pelo qual o homem e a mulher constituem entre si o consórcio de **toda a vida**, por sua índole natural ordenador ao bem dos cônjuges e à geração e educação da prole, entre



batizados foi por Cristo Senhor elevado à dignidade de sacramento. (**grifo nosso**).

Cân. 1134 – Do matrimônio válido origina-se entre os cônjuges um vínculo que, por sua natureza, é **perpétuo e exclusivo**; além disso, no matrimônio cristão, os cônjuges robustecidos e como que consagrados, com sacramento especial, aos deveres e à dignidade de seu estado. (**grifo nosso**)

Podemos identificar no Código de Direito Canônico, em alguns cânones, a visão da igreja em relação ao matrimônio e ao divórcio. Na realidade, a Igreja sempre demonstrou seu poder e sua autoridade ao longo da história, expulsando e condenando aqueles que se mostrassem contrários as ideias da Igreja.

A instituição do matrimônio passou por enormes mudanças no decorrer do tempo, seja devido aos anseios da sociedade que mudam e transformam no transcurso do tempo, seja pelas transformações ocorridas em se tratando das expectativas do ser humano. A trajetória do Divórcio no Brasil sofreu diversas mudanças. De fato, as Constituições brasileiras ora permitiam ora proibiam o divórcio.

O Brasil teve oito Constituições ao longo da sua história como país independente. Nas Constituições brasileiras sempre tiveram um espaço destinado a tratar dos Direitos Fundamentais. Esse espaço foi sendo desenvolvido a cada nova Constituição, de forma progressiva, de expansão e inserção de novos direitos fundamentais, acompanhando as mudanças que foram ocorrendo no cenário mundial.

A primeira Constituição brasileira outorgada em 1824, pelo imperador D. Pedro I, considerada autoritária, dispunha dos direitos e garantias fundamentais, entretanto, não tratou de disciplinar nada sobre a família e o casamento, exceto sobre a família imperial e sua sucessão no poder.



A Constituição brasileira de 1891 previa de forma completamente inovadora – como preleciona Marco Antônio Villa, em seu livro intitulado, “A história das Constituições brasileiras” – um projeto de divórcio.

Em 1894, aproveitando também a separação da Igreja do Estado, o deputado Érico Coelho apresentou o primeiro projeto de divórcio na história da República. Depois de muita discussão e da mobilização contrária da Igreja Católica – que chegou a confeccionar um abaixo-assinado com milhares de assinaturas –, o projeto acabou derrotado por 78 votos contra e apenas 35 a favor. (VILLA, 2011, p. 25)

O referido projeto fora considerado inovador demais para aquela época, no entanto, já vislumbrava-se ideias ousadas, capazes de dar uma nova roupagem para a instituição familiar daquele momento. Contudo, diante da derrota, Villa descreve o sentimento do deputado Érico, apoiador do projeto de instituir o Divórcio, lamentando o resultado: “Contra o divórcio – quem diria? – Votaram muitos deputados - Naturalmente bem casados; Alguns arrependem-se algum dia...” (VILLA, 2011, p. 26)

A Carta Constitucional de 1934 merece algumas considerações da nossa parte especialmente no que concerne ao tratamento dispensado à corrente divorcista quando da aprovação do divórcio. Segundo Villa, a Constituição foi marcada pela limitação da imigração, pois tinha como pressuposto a melhoria da raça. Desta forma, Villa afirma que a constituição se pautava em “*estimular a educação eugênica*”, “*cuidar da higiene mental e incentivar a luta contra os venenos sociais*”. (VILLA, 2011, p. 37)

A constituição de 1934 pautou-se em disciplinar um texto constitucional em que priorizava uma educação social eugênica. Como proposta, tal educação tinha como pressuposto, a expansão progressiva dos homens fisicamente e mentalmente sadios e a diminuição dos fracos, doentes e degenerados, perfazendo, dessa



maneira, para a composição de uma sociedade mais saudável, composta de indivíduos fortes e belos. Assim, na concepção dessa educação eugênica, o divórcio dava margem a formação de famílias degeneradas e anormais.

A eugenia foi associada à formação da família que é “constituída pelo casamento indissolúvel”. A lei civil “regulará a apresentação pelos nubentes de prova de sanidade física e mental, tendo em atenção as condições regionais do país”. A pequena corrente divorcista foi esmagada pela maioria defensora da indissolubilidade do casamento. O constituinte Anes Dias, também médico, disse que “mesmo aqueles que se orgulham de uma ascendência símia são levados a considerar a monogamia como a forma normal de associação sexual humana”. E concluiu: “Libertando o divórcio aos dois cônjuges, vai a lei dar a estes tarados, viciosos e criminosos, carta branca para fundarem novas famílias, para a Constituição das quais só poderão levar as suas taras, os seus crimes, os seus vícios. E ao invés de punir esses criminosos e viciados, a lei divorcista lhes dará a autorização para repetirem o mal que motivou o divórcio. Que bela conquista da eugenia! E chama-se a isso estabilizar a família!” (VILLA, 2011, p. 37)

A Constituição de 1937 reafirmou a concepção de que a família é constituída pelo casamento indissolúvel, sem se referir à sua forma (art. 124). A mesma cláusula foi repetida nas constituições de 1946 e de 1967.

Quanto à Carta Cidadã de 1988, destaca-se que esta disciplina em seu artigo 226 que o casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio, desde que cumpridos alguns requisitos, tais como: 1) que a separação judicial fosse precedida por mais de um ano nos casos expressos em lei, ou, 2) que fosse comprovada separação de fato por mais de dois anos.



3. Sobre a emenda constitucional 66 de 2010 e a fragilização do instituto do divórcio

A Emenda Constitucional 66 de 2010 tem sido objeto de controvérsias. De acordo com Ives Gandra Martins, ela “*fragiliza ainda mais a família, alicerce da sociedade*”. Neste sentido, pensando de modo contrário aos que defendem a positividade da emenda em questão, Gandra acredita que ela contribui significativamente para desestabilizar o casamento, tornando o divórcio relâmpago, além de acarretar insegurança e fragilidade nas famílias.

Doutrinador positivista e fiel aos princípios familiares, Gandra acredita que a forma na qual o divórcio se amolda, suprimindo requisitos, como a prévia separação judicial, por mais de 1 ano ou de comprovada separação de fato por mais de 2 anos, gera desestabilidade a instituição familiar, criando um ambiente bastante vulnerável para os cônjuges e para a sociedade.

Ainda tratando do tema “divórcio” após a Emenda Constitucional 66 de 2010, ele continua a fazer pontuações criticando sua forma:

Na medida em que os mais fúteis motivos puderem ser utilizados para que a dissolução conjugal chegue a termo, sem qualquer entrave burocrático, possivelmente, não possibilitando nem o aconselhamento de magistrados e nem o de terceiros para a tentativa de salvar o casamento, o divórcio realmente será relâmpago. (FILHO, 2010)

Continua ainda o doutrinador Gandra:

gera insegurança familiar, em que os maiores prejudicados serão sempre, em qualquer separação, os filhos, que não contribuíram para as desavenças matrimoniais, mas que viverão a turbulência da divisão dos lares de seus pais, não podendo mais ter o



aconchego e o carinho, a que teriam direito – por terem sido por eles gerados ou adotados – de com eles viverem sob o mesmo teto. (FILHO, 2010)

Assim, podemos ver que a posição do Ives Gandra é de total insatisfação, na medida em que ele acredita que a dissolução de um vínculo afetivo como o casamento, deveria ter medidas e critérios que tornassem sua dissolução mais difícil, com o fim de preservar tal entidade, visto que em sua visão o artigo 226, da Constituição Federal da República, quando criado pelo legislador tinha como pressuposto, “*que o Estado prestará especial proteção à família*”. (FILHO, 2010)

A desaprovação da Emenda Constitucional 66 por parte de alguns doutrinadores, se consubstancia no sentido de que ela não representa um avanço para a atual sociedade, mas que a falta de critérios fragiliza as relações.

Os doutrinadores que adotam uma posição desfavorável em relação à referida emenda e que são adeptos à manutenção da separação de direito no sistema jurídico, são: Mário Luiz Delgado, Luiz Felipe Brasil Santos, João Baptista Villela, Regina Beatriz Tavares da Silva, Gustavo Tepedino, Maria Celina Bodin de Moraes e Heloísa Helena Barboza.

Nesta esteira, Regina Beatriz Tavares da Silva, demonstrando total insatisfação, em relação a questões como culpa e lapso temporal, afirma:

Isso pode ocorrer, em casos semelhantes, se prevalecer a corrente de pensamento, pautada na imoralidade e na irresponsabilidade, segundo a qual teriam desaparecido as várias espécies dissolutórias do casamento, como aquela em que deve ser apurada a culpa, passando a existir somente uma espécie — divórcio sem culpa —, com a Emenda Constitucional 66, que modificou o artigo 226, parágrafo 6º da Constituição Federal, dando-lhe a seguinte redação:



“O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio”.
(SILVA, 2010)

De acordo com o entendimento de Silva, percebe-se que o casamento tem como pressuposto a aquisição de direitos e contrair obrigações, e quando uma das partes agir no sentido de descumprir alguma das obrigações concernentes a vida conjugal, o descumpridor deveria ser responsabilizado e sofrer as sanções cabíveis.

O casamento é um contrato do qual decorrem deveres, como o respeito pela integridade física e moral do cônjuge e a fidelidade (Código Civil, artigo 1.566). Aquele ou aquela que descumpre gravemente os deveres conjugais deve continuar a sujeitar-se a receber sanções, como a perda do direito aos alimentos. (SILVA, 2010)

Entende Silva que seria bem vinda a Emenda Constitucional 66, se ela pudesse manter as duas possibilidades de divórcio - com e sem culpa.

Com olhar voltado para a proteção da dignidade humana, que é princípio constitucional (artigo 1º, inciso III), só é possível entender como bem-vinda a facilitação do divórcio, no que concerne à eliminação de requisitos para seu requerimento, se ao divórcio forem aplicadas as duas espécies: com e sem culpa. (SILVA, 2010)

E continua:

Com isso, o cônjuge que sofre agressões físicas ou morais, ou mesmo a traição, poderá requerer a decretação da culpa e a perda pelo culpado do direito à pensão alimentícia. Aquele ou aquela pessoa casada, que não é vitimada por tais atos, dentre outros, poderá requerer a decretação do divórcio sem culpa. (SILVA, 2010)



O cenário que o Direito brasileiro merece, após a aprovação da Emenda Constitucional em tela, é o de que ao divórcio apliquem-se as modalidades que antes existiam somente na separação judicial, de modo a facilitar o término do casamento, mas sem deixar de proteger a dignidade dos membros de uma família. (SILVA, 2010)

4. A importância da emenda constitucional 66 de 2010 face à nova sociedade

Quanto aos que se posicionam de forma favorável à promulgação da Emenda Constitucional 66 de 2010, podemos identificar, dentre outros, Pablo Stolze e Rodolfo Pamplona Filho, que afirmam:

Nesse contexto, o reconhecimento do divórcio, desapegado dos grilhões religiosos que ao Direito não se afirmam mais, é imperativo para um Estado que se proponha a consagrar um sistema jurídico efetivamente democrático e propiciador de uma necessária ambiência de promoção da dignidade da pessoa humana. Com isso, todavia, não se conclua que estamos a pregar o incentivo ao divórcio. (STOLZE; FILHO, 2012. p. 456).

Com isso, eles entendem que a promulgação da Emenda Constitucional 66/2010, na realidade, representa um verdadeiro desapego frente às questões religiosas. Ela é própria de uma sociedade verdadeiramente atual e em constante evolução. Asseguram, outrossim, que a adoção da tese do divórcio no Brasil nos moldes da Nova Emenda, de forma alguma representa um incentivo ao divórcio, mas, ao contrário, consiste num apoio para a dissolução de um vínculo afetivo já fracassado.



Ainda tratando do mesmo tema, Stolze e Pamplona corroboram a posição favorável à emenda aqui em pauta quando dizem:

A formação e conservação de um núcleo familiar, como um espaço para compartilhar afeto e respeito, deve ser sempre a prioridade do investimento individual e social, inclusive com o apoio institucional para o cumprimento desse desiderato. O que não aceitamos são os entraves legislativos anacrônicos, burocráticos e, por que não dizer, impiedosos, que forcem a manutenção de uma relação falida, entre pessoas que não se amam mais e percebem que não vale mais a pena investir em uma situação irremediável. E, agravando ainda mais esse contexto de análise, não podemos olvidar as significativas mudanças por que passou a sociedade brasileira (e mundial) nas últimas décadas, quer sob o prisma axiológico — da flexibilização de valores tradicionais tidos como imutáveis — quer sob o viés eminentemente econômico, psicológico, enfim, sociocultural. (STOLZE; FILHO, 2012. p. 456).

A sociedade atual não mais está disposta a se manter presa e estagnada em um passado sombrio em que as pessoas eram forçadas a se manterem presas em relacionamentos falidos e fracassados. “A família aos moldes do passado, não se preocupava com o afeto e a felicidade das pessoas que formavam seu núcleo, pois as mesmas tinham como principal objetivo os interesses de ordem econômica”. (MADALENO, 2011, p. 05).

A sociedade atual não mede esforços para viver intensamente a felicidade e o afeto em suas relações, e desta forma, Stolze, exprimindo sua satisfação em relação a edição da Emenda Constitucional nº 66/2010, faz as seguintes ponderações:

Hoje em dia, a velocidade com que os relacionamentos começam e acabam, incrementada, sobretudo, pela velocidade da informação e dos meios,



em geral, de interação social, não justifica mais um modelo superado de fossilização do casamento falido, impeditivo da formação de outros arranjos familiares. Somos, nesse diapasão, defensores do constitucional direito à busca da felicidade, na perspectiva eudemonista de um Direito de Família que efetivamente respeite o princípio matricial da dignidade da pessoa humana”. (STOLZE, 2012. p. 457).

Afirmando que nossa atual sociedade deve se pautar pela intervenção mínima do Estado, assim também as relações afetivas – casamentos – deveriam competir única e exclusivamente aos cônjuges a autonomia para contrair casamentos como também para promover a sua dissolução.

Stolze e Pamplona dizem que a sociedade está preparada e madura suficientemente para a Emenda Constitucional 66 e, desta forma, citam as palavras do senador Demóstenes Torres, da Comissão de Constituição e Justiça, quando da análise da referida Emenda a qual recebeu parecer favorável:

Ora, o Estado atual é bem menos tutelar que o de trinta anos atrás, e, quanto à sociedade hodierna, as dúvidas e temores que acometeram diversos segmentos dos anos 70 do século passado estão, hoje, todos dissipados, inclusive o de que, “no dia seguinte à aprovação do divórcio, não restaria, no País, um só casamento”. O que se observa é que a sociedade brasileira é madura para decidir a própria vida, e as pessoas não se separam ou divorciam apenas porque existem esses institutos. Portanto, não é a existência do instituto divórcio que desfaz casamentos, nem a imposição de prazos ou separações intermediárias que o impedirá. (STOLZE; FILHO, 2012. p. 477)

Um dos questionamentos mais debatidos por diversos doutrinadores, em se tratando da desaprovação acerca da referida



emenda constitucional, diz respeito à supressão de qualquer requisito para se requerer o divórcio. Assim, para alguns doutrinadores adeptos da manutenção da separação judicial, os quais desaprovam os termos da referida emenda, precipuamente em relação ao lapso temporal, afirmam que a presença de determinados requisitos, exemplo do lapso temporal, em que seriam importantes para que os cônjuges pudessem fazer um juízo de valor acerca do casamento, optando pela não dissolução.

Outra questão que fora abolida pela Emenda Constituição 66 diz respeito à culpa, que era uma das questões pontuais da separação, onde, em processo judicial, procurava-se verificar o verdadeiro culpado da falência do instituto familiar; já com a referida Emenda, não mais existe o critério de busca por culpados, mas tão somente busca-se a dissolução do vínculo. Assim, encontra-se o doutrinador Paulo Lôbo, que de forma favorável, afirma:

Do mesmo modo, a nova redação da norma constitucional tem a virtude de pôr cobro à exigência de comprovação da culpa do outro cônjuge e de tempo mínimo. O divórcio, em que se convertia a separação judicial litigiosa, contaminava-se dos azedumes e ressentimentos decorrentes da imputação de culpa ao outro cônjuge, o que comprometia inevitavelmente o relacionamento pós-conjugal, em detrimento, sobretudo, da formação dos filhos comuns. O princípio do melhor interesse da criança e do adolescente dificilmente consegue ser observado, quando a arena da disputa é alimentada pelas acusações recíprocas, que o regime de imputação de culpa propiciava. (LOBO, 2011, p. 153)

O artigo 226 da Constituição Federal, de forma clara e precisa em sua nova redação não faz menção a culpa, eis que esta deixa de ser requisito para a dissolução do vínculo familiar. Desta forma, entendemos que a culpa não faz parte e jamais deveria fazer



parte do contexto do divórcio, pois, assim, como pontua Lobo, não faz parte da justiça encontrar culpados.

Quando o Poder Judiciário, mobilizado pelo cônjuge que se apresentava como abandonado e ofendido pelo outro, investigava a ocorrência ou não da causa alegada e da culpa do indigitado ofensor, ingressava na intimidade e na vida privada da sociedade conjugal e da entidade familiar. A Constituição (art. 5º, X) estabelece que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas”, sem qualquer exceção ou restrição. Ora, nada é mais íntimo e privado que as relações entretidas na convivência familiar. Sob esse importante ângulo, não poderia a lei ordinária excepcionar, de modo tão amplo, a garantia constitucional da inviolabilidade, justamente no espaço privado e existencial onde ela mais se realiza. (LOBO, 2011, p. 153).

Lôbo afirma que o papel do judiciário não é de entrar na intimidade dos cônjuges, pois estaria violando um direito fundamental do ser humano. Razão pela qual, tentar encontrar culpados e erros seria entrar na intimidade e violar o artigo 5º da Constituição Federal.

Não há culpado, no divórcio, nem responsável pela ruptura. Se tiver havido ofensas ou danos morais ou materiais, os cônjuges devem discuti-los em processo próprio, segundo as regras comuns da responsabilidade civil, mas nunca em razão do divórcio. Se algum cônjuge sentir-se enganado pelo outro e ficar caracterizado o erro essencial sobre a pessoa deste, então será a hipótese de ação de anulação do casamento. (LOBO, 2011, p. 155).

A Emenda Constitucional 66, como Lôbo entende, não tem o condão de buscar culpados, mas tão somente de romper com o vínculo matrimonial, permitindo um novo casamento aos cônjuges



divorciados. Neste mesmo entendimento Stolze e Pamplona comungam:

O que estamos a defender é que o ordenamento jurídico, numa perspectiva de promoção da dignidade da pessoa humana, garanta meios diretos, eficazes e não burocráticos para que, diante da derrocada emocional do matrimônio, os seus partícipes possam se libertar do vínculo falido, partindo para outros projetos pessoais de felicidade e de vida. (STOLZE, 2012. p. 472- 473)

A Emenda Constitucional 66 de 2010 exclusiva e unicamente tem o pressuposto de dissolver o casamento, retirando dele questões consideradas irrelevantes como tempo e culpa. *“Aliás, causa, existe somente uma para a separação: o fim do amor! E é todo descabido tentar imputar a somente um a responsabilidade pelo fim do sonho do amor eterno”*. (DIAS, 2011).

Os processos de separação, muitas vezes, se arrastavam por anos, com enormes prejuízos ao par e principalmente aos filhos. Previsíveis os danos emocionais e afetivos ao tomarem conhecimento que um dos seus genitores foi declarado culpado. Claro que o sabor de vitória do “vencedor” leva-o a desconstruir a imagem do outro, perante a família e a própria sociedade. Parece que ninguém se dá conta que todos perdiam. (DIAS, 2011).

Diante da valorização da Separação de Corpos prevista no art. 1.562 do Código Civil de 2002, tais elementos serão significativos na identificação de situações de violação de direitos do cônjuge e, mesmo, dos filhos menores. (PEREIRA, 2014. p. 231).

Conclusão

Diante do exposto, precisamos concluir. Seremos breves. Para a realização deste trabalho analisamos as doutrinas brasileiras com o intuito de entender os fundamentos através dos quais os



doutrinadores perfilham seus respectivos posicionamentos, seja de forma favorável ou desfavorável em relação à promulgação da Emenda Constitucional número 66 de 13 de julho de 2010.

Desta maneira, a proposta de trabalho aqui foi tratar do instituto do Divórcio, perpassando por seu percurso histórico no Brasil, bem como das leis que trataram do assunto, suas características e pontos principais, além de tratar do desenrolar da promulgação da Emenda Constitucional 66, bem como, o Código Civil de 2002.

A pesquisa aqui proposta teve como pressuposto em um primeiro momento tratar do instituto do Divórcio, seus aspectos históricos e evolutivos, além de maneira bastante criteriosa fazer uma análise acerca do posicionamento doutrinário favorável em relação à Emenda Constitucional 66 de 13 de Julho de 2010.

Dentro desta perspectiva, buscamos analisar os pontos considerados importantes para a aceitação da supramencionada Emenda, isto é, seus pontos positivos.

Em um segundo momento, tratamos da segunda corrente doutrinária a qual se posiciona de forma contrária a referida Emenda Constitucional. Aqui, tivemos como foco demonstrar os critérios definidos pelos doutrinadores para demonstrar a sua desaprovação em relação à referida Emenda.

Por fim, realizamos uma confrontação entre as correntes, mostrando os pontos centrais de cada corrente doutrinária. Finalizamos o trabalho nos posicionando do lado daqueles que são favoráveis à implementação da emenda nº 66 de 2010.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Jorge Luiz. *O divórcio* – In: Francisco José Cahali e Yussef Said Cahali. (Org.). DOUTRINAS ESSENCIAIS - FAMÍLIA E SUCESSÕES. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, v. 4, p. 509-509.



CÓDIGO DE DIREITO CANÔNICO. 2ª Edição. Edições Loyola. São Paulo. 2002.

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 05 DE OUTUBRO DE 1988.

DIAS, Maria Berenice. Retirado de: **A Pec do Casamento**. [http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/\(cod2_778\)a_pec_do_casamento.pdf](http://www.mariaberenice.com.br/manager/arq/(cod2_778)a_pec_do_casamento.pdf). Acessado em 16/05/2016.

LÔBO, Paulo. *Direito Civil – Famílias*. 4ª Edição. Editora Saraiva. São Paulo. 2011.

MADALENO, Rolf. *Direito de família e o novo Código Civil*. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.

MADALENO, Rolf. *Curso de Direito de Família*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MARTINS, Ives Gandra. *O Divórcio Relâmpago Fragiliza Ainda Mais a Família*. Retirado de: <http://www.tex.pro.br/artigos/33-artigos-jul-2010/3648-o-divorcio-relampago-fragiliza-ainda-mais-a-familia>. Acessado em 20 de setembro de 2015.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – Volume V – Direito de Família*. 22ª Ed. Revista e atualizada por Tânia da Silva Pereira. Editora Forense. Rio de Janeiro. 2014.

SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Nova Lei do Divórcio não protege a família*. Retirado de: Acessado em 27/09/2015.

STOLZE, Pablo Gagliano, FILHO, Rodolfo Pamplona. *Direito Civil- Famílias – Novo Curso de Direito Civil*. 2ª Edição revista, atualizada e ampliada. Editora Saraiva. 2012.

TARTUCE, Flávio. *Manual de Direito Civil*. 5ª Edição, revista, atualizada e ampliada. Editora Método. 2015.

VILLA, Marco Antônio. *A história das Constituições Brasileiras: 200 anos de luta contra o arbútrio*. Editora Biblioteca do Exilado. São Paulo. 2011.



AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO E A LUTA CONTRA A CORRUPÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

THE PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIPS IN THE PENITENTIARY SYSTEM AND THE FIGHT AGAINST THE CORRUPTION OF HUMAN RIGHTS

Geraldo Lucas Lopes Ferreira²⁶⁸

Resumo

O artigo visa analisar a atual situação do Sistema Penitenciário Brasileiro, que sofre uma crise crônica. As facções criminosas, e condições subumanas e degradantes presentes dentro das unidades de cumprimento de pena, influenciam na não ressocialização de apenados e no aumento de reincidentes. A possibilidade de aplicação do modelo administrativo das parcerias público-privadas no referido sistema, pode contribuir para a efetivação absoluta dos fundamentos legitimados pelo Estado Democrático de Direito e os princípios elencados pelos Direitos Humanos. Diante disso, é necessária, a mutação da gestão de políticas de governança administrativa do Sistema Penitenciário, para que este cumpra a sua função exclusiva, que é recuperar detentos e reintegra-los no meio social.

Palavras Chaves: *Falência; Penitenciária; PPPs; Privatização.*

²⁶⁸ Estudante de Direito na Universidade do Estado de Minas Gerais. Contato: glucaslopes@icloud.com



Summary

The objective of the article is to analyze the current situation of the Brazilian Penitentiary System, which faces a chronic crises. The criminal syndicates, and the subhuman and degrading conditions within the complexes designed for serving sentences, have an influence in the resocialization of the convicted and in the increased number of reincidentes. The possibility of application of an administrative model of public-private partnerships in the referred system, could contribute to the absolute effectiveness of foundations legitimated by the Democratic State of Law and principles listed by the Human Rights. Based on that, it is necessary a change in gestation of political administrative governance of the Penitentiary System, so this agency could exercise its exclusive function, which is to recover and reintegrate the convicted to the society.

Key words: *Bankrupt; Penitentiary; Public-private partnership; Privatization.*

Introdução

O ambiente carcerário tem características de hostilidade, desde sua fundação, como explicita Michel Foucault em sua grande obra, *Vigiar e Punir*. As características do ambiente de cumprimento de pena se perpetuam até hoje no território nacional, sem ainda apresentar soluções plausíveis e aceitas por todos os entes da federação.

O presente estudo buscará apresentar um novo modelo que tem grandes possibilidades de recuperar um sistema que esta desencadeando para possível falência e sofrer com a corrupção dos Direitos Humanos, a chamada, parceria público-privada, prescrita pela lei nº 11.079/2004. Essa nova modalidade, trás consigo várias objeções e críticas, àqueles que não acreditam na sua possibilidade de cura das penitenciárias, dizem que pode se tratar de um modelo de privatização e ferir três obstáculos primordiais: os éticos, jurídicos e políticos.



Ao longo do estudo, mostram-se os dois lados, entre a possível privatização e a inconstitucionalidade do modelo de PPP, com a finalidade de se chegar, em consenso, legal e legítimo e que não fere os princípios constitucionais da administração pública e amenize as tensões que rodeiam o ambiente penitenciário, principalmente na falta de direitos.

1 Origens do Sistema Penitenciário

O sistema penal, do século XII, até o ano de 1854, era baseado no princípio de crime absolutamente contrário aos interesses da comunidade, preceito aceitável e normal em qualquer nação politicamente organizada. O ambiente carcerário era hostil, existia uma multiplicidade de presos, que se misturava em uma “cerimônia” de sofrimento e a arquitetura possuía repartições maciças.

Dada à dimensão deste “espetáculo público”, ficou comum a vinda de pessoas a cadeias para assistir ao desfile da notoriedade e da vergonha. Tal atitude como dizia Michel Foucault, proporciona a “raça diferente que tem o privilégio de povoar os campos de trabalhos forçados e as prisões”²⁶⁹, ocasionado injúrias, ameaças, sinais de ódio aos prisioneiros, a também movimentos a favor dos prisioneiros conhecidos e que são saudados.

Em junho de 1837, as cadeias da França foram substituídas, por uma máquina bem elaborada, uma espécie de carruagem que era concebida como prisão ambulante. O transporte dos presidiários durava no entorno de setenta e duas horas, a vigilância era composta por dois guardas armados, que faziam reger o regulamento interno da “carruagem”, os presos vivam com base na alimentação de pão e água.

²⁶⁹ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes. 1996 [1975]. p. 286.



Na visão moral Foucault, ainda entendeu a mudança da cadeia pela carruagem, ainda como um suplício horrível, que perpetuou por oitenta anos a detenção penal:

Breve história a da carruagem panóptica. Entretanto, a maneira como ela substituiu a cadeia e as razões dessa substituição resumem todo o processo pelo qual em oitenta anos a detenção penal tomou o lugar dos suplícios: como uma técnica pensada para modificar os indivíduos. A carruagem celular é um aparelho de reforma. O que substituiu o suplício não foi um encarceramento maciço, foi um dispositivo disciplinar cuidadosamente articulado. Pelo menos em princípio”.²⁷⁰

A prisão, conseqüentemente, ao invés de devolver à liberdade dos indivíduos corrigidos, espalha no corpo social, delinquentes perigosos, agentes dos diversos crimes, fazendo das prisões fabricas de delinquentes, principalmente pelo seu tratamento, eles ficam “isolados nas celas, ou que lhes seja imposto um trabalho inútil, para o qual não encontrarão utilidade, é de qualquer maneira não pensar no homem em sociedade; é criar uma existência contra a natureza inútil e perigosa”²⁷¹. As prisões também fabricam delinquentes quando lhes impõem limitações violentas.

2 A Corrupção dos direitos humanos dentro das prisões

A superlotação é um dos grandes problemas enfrentados pelo sistema, tal situação acarreta a violência em suas varias vertentes, as doenças em série, como a AIDS que se proliferam e drogas apreendidas nos presídios crescem a cada ano, demonstrando assim,

²⁷⁰ FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: história da violência nas prisões. Petrópolis: Vozes. 1996 [1975]. p. 250.

²⁷¹ Ibid. p. 293.



uma falência do sistema penitenciário. Segundo o Portal CNJ atualmente, “os presos Brasileiros que se encontram cumprindo penas no país em regime de encarceramento mais ou menos rígido fazem com que o país seja a terceira maior população prisional do mundo, em termos absolutos²⁷²”.

Segundo dados recentes publicados, no site G1 há superlotação em todas as unidades federativas, o site contabilizou a superlotação em 69,2 %, um índice extremamente alto, haja vista, que no Brasil temos um número de presos igual a 668.182 para 394.835 vagas²⁷³.

São várias as consequências da superlotação dos presídios, segundo Marcos Rolim:

O Brasil, como a grande maioria dos países latino-americanos, assiste imobilizado ao desenvolvimento de uma crise crônica em seu sistema penitenciário. Especialmente nesta última década, os indicadores disponíveis a respeito da vida nas prisões brasileiras demonstram de maneira incontestemente um agravamento extraordinário de problemas já muito antigos como a superpopulação carcerária, a escalada de violência entre os internos, as práticas de abusos, maus tratos e torturas sobre eles, a inexistência de garantias mínimas aos condenados e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios dos Direitos Humanos²⁷⁴.

²⁷² Conforme Balanço divulgado pelo *portal do CNJ*. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>> Acesso em: 16 de agosto de 2017.

²⁷³ Conforme balanço divulgado pelo *portal G1 de São Paulo*. Disponível em: < <http://especiais.g1.globo.com/politica/2017/raio-x-do-sistema-prisional/> > Acesso em: 14 de agosto de 2017.

²⁷⁴ ROLIM, Marcos. *Prisão e Ideologia: Limites e Possibilidades Para Reforma Prisional no Brasil*. Revista de Estudos Criminais n° 12. Rio Grande do Sul, 2003. p.121.



Ademais a superlotação prejudica o trabalho de ressocialização dos detentos, pois havendo um número exorbitante de presos ao que uma instalação pode fornecer, torna-lhe o ambiente inadequado para as atividades profissionais, já que muitos presos ficam sem espaço para realizar as atividades de ressocialização.

2.1 Facções criminosas

No início de 1990, se implodiu um movimento no interior das prisões paulistas, o chamado PCC (Primeiro Comando da Capital), também conhecido como, Partido, Quinze e Família, tinha como objetivo central do, inicialmente, contestar o tratamento dado aos presos e exigir melhores condições no sistema carcerário. “Com o tempo, o PCC passou a atuar no tráfico de drogas e a desempenhar ações criminosas dentro e fora das prisões²⁷⁵”, tendo como novo ideal, a paz entre os ladrões e a guerra contra a polícia.

A principal diferença do PCC para outras facções criminosas, e que este Comando conseguiu atingir números nunca alcançados antes por uma facção, segundo a antropóloga Karina Biondi:

Hoje está presente em aproximadamente 90% das instituições penais existentes em São Paulo, bem como na maior parte das zonas urbanas do estado. Sua expansão como vem apontando há alguns anos (Biondi, 2007a, 2007b, 2008), foram acompanhados pela queda acentuada dos homicídios, não só percebida por presos e moradores das regiões que eram consideradas mais violentas (ou seja, aqueles que poderiam ter matado ou que poderiam ter

²⁷⁵ WELLE. Deutsche. *Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios*. Carta Capital. Disponível em: < <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-tem-pelo-menos-83-faccoes-em-presidios> > Acesso: 20 de agosto de 2017.



morrido), como também mensuradas pelos índices oficiais²⁷⁶.

Além disso, Biondi comenta que a propagação do Comando não se atrelava exclusivamente aos seus integrantes (membros oficiais), ela diz:

Eu via o PCC em atividade mesmo em lugares onde não havia nenhum irmão, como são chamados os seus integrantes. Essa questão tornou central em minha dissertação. A descrição de como o PCC era produzida independentemente de seus integrantes trouxe para o centro de meu argumento os efeitos de Igualdade para a formação do Comando²⁷⁷.

Fica evidente com isso que o PCC e outras facções que se originaram de dentro das prisões contribuem ainda mais para a falência desse sistema, seja na falta de segurança e o aumento de violência dentro dos presídios, que não atinge apenas os detentos, mas os funcionários que trabalham nas respectivas unidades de detenção.

Michel Foucault, tumultuado a falência da penitenciária em seu livro *Vigiar Punir*, em uma passagem do seu livro ele, afirma que as revoltas dos detentos, por volta do ano de 1945, influenciaram na criação dos princípios fundamentais da condição penitenciária, que vigem em parte até hoje nas Constituições de vários países, incluindo a do Brasil. Algumas delas são:

Ora, esses princípios, de que ainda hoje se esperam efeitos tão maravilhosos, são conhecidos: constituem há quase 150 anos as sete máximas universais da boa “condição penitenciária”. 1) A detenção penal deve então ter por função essencial a transformação do

²⁷⁶ BIONDI, Karina. *Etnografia no movimento: território, hierarquia e lei no PCC*. São Carlos. UFSCar, 2014. p.13.

²⁷⁷ *Ibid.*, p. 14.



comportamento do indivíduo (...) 2) Os detentos devem ser isolados ou pelo menos repartidos de acordo com a gravidade penal de seu ato, mas principalmente segundo sua idade, suas disposições, as técnicas de correção que se pretende utilizar para com eles, as fases de sua transformação (...). 3) As penas, cujo desenrolar deve poder ser modificado segundo a individualidade dos detentos, os resultados obtidos, os progressos ou as recaídas (...). 4) O trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos (...). 5) A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento. Só a educação pode servir de instrumento penitenciário (...). 6) O regime da prisão deve ser, pelo menos em parte, controlado e assumido por um pessoal especializado que possua as capacidades morais e técnicas de zelar pela boa formação dos indivíduos.(...) em todo estabelecimento penitenciário funciona um serviço social e médico-psicológico (Princípio do controle técnico da detenção). 7) O encarceramento deve ser acompanhado de medidas de controle e de assistência até a readaptação definitiva do antigo detento. Seria necessário não só vigiá-lo à sua saída da prisão, mas prestar-lhe apoio e socorro (...) ²⁷⁸.

Entretanto é importante frisar que, as revoltas não tem o mesmo objetivo que as facções criminosas, aquela, buscar melhores condições dentro do ambiente penitenciário, e esta, atua no tráfico de drogas e realiza ações criminosas dentro e fora das prisões.

3 Parceria Público-Privada e Sistema Penitenciário

²⁷⁸ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e punir: história da violência nas prisões*. Petrópolis: Vozes. 1996 [1975] p. 295/298.



Este atual contexto de falência que vive o sistema prisional, sem infraestrutura, péssimas condições de higiene, precariedade no serviço de saúde, superlotação, facções criminosas e outros fatores, demonstram um total abandono dos apenados e uma urgência na mudança do modelo de administração das penitenciárias. Uma das alternativas mais discutidas no final do século 90 e que persiste ainda nos dias atuais, se trata da implantação do modelo de parceria público-privado (PPP) nas penitenciárias nacionais.

Sobre o conceito de PPP, Di Pietro afirma que:

(...) é o contrato administrativo de concessão que tem por objeto (a) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, remunerada mediante tarifa paga pelo usuário e contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (b) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, com ou sem execução de obra e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público²⁷⁹.

Feito isso, nota-se que, as PPPs é modalidade de *concessão especial de serviço público*, do gênero *delegação de serviço público*, da Lei nº 11.079/2004 e é uma termo que, segundo Justen Filho, “ingressou no cenário jurídico pátrio por influência europeia, especialmente da Grã-Bretanha e França”²⁸⁰.

Acerca das influências positivas da parceria em alguns países do mundo, Marcos Nóbrega, afirmar:

As parcerias público-privadas têm sido adotadas com sucesso em diversos ordenamentos jurídicos, como, entre outros, os de Portugal, Espanha, Inglaterra e Irlanda, e apresentam como justificativa dois pontos

²⁷⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Parcerias na Administração Pública*. 5ª ed. Editora. Atlas. 2005. p. 321.

²⁸⁰ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 826.



fundamentais, sobretudo em relação aos países ainda em desenvolvimento: a falta de disponibilidade de recursos financeiros e a eficiência da gestão do setor privado. Por outro lado, são instrumentos adequados para investimentos no setor privado, além de servirem para importantes ações de infraestrutura²⁸¹.

Se modelo será produtivo ou não no Brasil, como é nestes países, só o tempo irá trazer tal resposta e é também através desse tempo a forma como irá conduzir-se a Administração pública na aplicação do instituto. O que se tem é mais uma das tentativas apresentadas para que o Poder Público obtenha do setor privado parcerias, recursos e formas de gestão na intenção de executar atividades estatais e prestar serviços públicos, de qualidade, como é aclamado no sistema prisional, para o exercício de tarefas nas quais o Estado, sozinho, tem fracassado.

Em termos conceituais, é a própria lei das PPPs (Lei nº 11.079/2004) que oferece a definição do instituto:

Art. 2º Parceria público-privada é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa.

§ 1º Concessão patrocinada é a concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei no 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada dos usuários contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado²⁸².

§ 2º Concessão administrativa é o contrato de prestação de serviços de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva

²⁸¹ MARCOS NÓBREGA, *Direito da infraestrutura, Quartier Latin*, 2011, p. 60.

²⁸² Lei nº 11.079/2004. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>.

Acesso em: 25 de Set. 2017.



execução de obra ou fornecimento e instalação de bens²⁸³.

Segundo, Fábio Medina Osório, inicialmente, deve ser priorizado pelos gestores dessa nova modalidade de contrato administrativo, Estado e a atividade privada, os seguintes tópicos e diretrizes:

1. Criação de novas vagas;
2. Vinculação dos recursos públicos utilizados para a continuidade do sistema prisional;
3. Cumprimento da pena e guarda provisória, dispostos na LEP;
4. Gerenciamento das unidades prisionais, de forma a permitir que o Estado cumpra sua função indelegável nas questões de execução penal²⁸⁴.

O surgimento dessa nova modalidade não tem como objetivo retirar do poder público a possibilidade de se construir e administrar com exclusividade seus presídios, esta parceria da administração PPP, servirá como amparo na resolução de conflitos que permeiam o sistema de cumprimento de pena, como foi demonstrado no tópico anterior.

No que tange as atribuições desse novo padrão de gestão pública, a iniciativa privada, Osório, acredita que ele pode realizar as seguintes atividades:

²⁸³ Lei n° 11.079/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/111079.htm>.

Acesso em: 20 de Set. 2017.

²⁸⁴ OSÓRIO, Fábio Medina; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. *Sistema penitenciário e parcerias público-privadas: novos horizontes*. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n° 882, 2 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7643>>. Acesso em: 13 set. 2017. p. 5.



1. Construção de novos presídios;
2. Execução de serviços em novas unidades e nas já existentes, com a conservação dos prédios e acessórios e a execução de reparos e reformas necessárias;
3. Fornecimento de alimentação aos internos; prestação de assistência social, médica, odontológica, psicológica e psiquiátrica aos internos.
4. Realização de cursos profissionalizantes aos internos, estabelecimento, se necessário convênio com entidades públicas ou privadas;
5. Incentivo a pratica de esportes e recreação aos internos²⁸⁵.

Já os resultados/benefícios imediatos alcançados pela implantação e efetivação dos tópicos anteriores, contribuirão, para além da recuperação do sistema, e também nas questões ligadas, “a redução do déficit de vagas carcerárias existentes no Estado, desoneração do orçamento, com a atração de investimentos de curto prazo e planejamento de longo prazo”²⁸⁶.

As PPPs, conforme Annunziato, surgem como objetivo de auxiliar o Poder Público, na efetivação de obras públicas e serviços públicos, como é o caso das penitenciárias, que requerem gastos custosos para os caixas públicos, tornando sua execução demorada, incompleta e no fim ineficiente:

A PPP acompanha a tendência atual de diminuição da atuação estatal no campo econômico. O Estado pretende utilizar a iniciativa privada para ajudá-lo na prestação de serviços que exigem grande infraestrutura, mas que ele não possui condições de realizar por conta da ausência de recursos próprios e, em alguns casos, de disponibilidade de capacidade

²⁸⁵ Ibid., p. 6.

²⁸⁶ Ibid., p. 8.



técnica. A parceria constitui, portanto, um instrumento de cooperação mútua e gestão compartilhada²⁸⁷.

O sistema de PPPs é uma excepcional forma de acréscimo para a consecução de obras e serviços públicos, isso pode ser justificado, pela casa prisional de “Ribeirão das Neves, onde o processo licitatório foi observado, inclusive mediante consulta pública”²⁸⁸. Desse modo, as condições legais, não oferecem dificuldades na aplicação de PPP na evolução, reforma, prestação e gestão dos estabelecimentos penitenciários nacionais, tendo em vista que, o princípio da legalidade, presente no *caput* do artigo 37, da Constituição Federal de 1988, em termos procedimentais, isto é, o devido processo administrativo licitatório, estaria sendo reparado e, portanto, é autorizado pela concessão especial.

4 A possível inconstitucionalidade da PPPs

Como toda nova ideia trás ao seu lado uma controvérsia, não poderia ser diferente em relação á PPP no sistema prisional. Alguns críticos argumentam que PPP é uma espécie de privatização, existindo apenas uma troca de nomenclatura que não altera seu conteúdo. José Luiz Quadros de Magalhães é um desses críticos, é considera a “privatização” como inconstitucional, segue sua afirmação:

²⁸⁷ ANNUNZIATO, Eduardo Sprada. *Licitações nas Parcerias Público-Privadas*. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10563>. Acesso em: 17 set. 2017.

²⁸⁸ MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. Edital de Licitação; concorrência nº 01/2008 - SEDS/MG: exploração mediante concessão administrativa da construção e gestão do complexo penal, em conformidade com a Lei Federal nº 11.709/04 e a Lei Estadual nº 14.868/03. **Jornal Minas Gerais** (Diário Oficial Estadual): Belo Horizonte, 18 jul. 2008. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/edital_e_anexos/Corpo%20do%20Edital%2001.2008.pdf>. Acesso em: 15 out. 2017.



A privatização da execução penal é a privatização de uma função republicana, que pertence ao Estado enquanto tal. Privatizar o Estado significa acabar com a república, com a separação dos poderes, com a democracia republicana.

Privatizar a execução penal e qualquer outra função essencial republicana do estado significa ignorar não apenas um dispositivo ou princípio constitucional; significa também, agredir todo o sistema constitucional. A nossa Constituição é uma Constituição Social, e não uma Constituição Liberal [...]. Para privatizar o Estado e suas funções essenciais privatizando, por exemplo, a execução penal, teríamos que fazer uma nova Constituição²⁸⁹.

A privatização ainda pode passar, por três ordens, segundo Araújo Junior: “no Brasil à ideia da privatização de prisões, existem obstáculos de três ordens: obstáculos éticos, jurídicos e políticos”²⁹⁰.

Os éticos estão ligados ao fato de uma pessoa, exercer seus poderes sobre o outro, tirando vantagem econômica do trabalho dos presos, isto é, ao princípio ético da liberdade individual, que corresponde à garantia constitucional do direito à liberdade, na qual, nenhum homem pode exercer sobre outro qualquer domínio, pois a única coação moralmente válida é a exercida pelo Estado através das sanções. Desse modo, se torna inconstitucional o ato do Estado, transferir a uma pessoa, natural ou jurídica, o poder de coação. Finaliza Araújo Junior:

É de destacar também que do ponto de vista ético será intolerável que um indivíduo, ademais de exercer o domínio sobre outro, aufera vantagem econômica, do

²⁸⁹ MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Privatizar o sistema carcerário?* Estudos de execução Criminal: Direito e Psicologia. 2009, p. 73-76.

²⁹⁰ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Privatização das prisões*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 12.



trabalho carcerário. Tal trabalho faz parte da natureza da pena, manifestação do poder soberano do Príncipe²⁹¹.

Os Jurídicos consistem na proibição, pela Lei de Execuções Penais nº 7.210 de 1984 (LEP), na qual o trabalho carcerário não seja executado pelo setor privadas e a delegação da gestão penitenciária aos particulares, ou seja, se isso ocorrer haverá a violação da indelegabilidade da atividade jurisdicional.

Conforme nos esclarece Araújo Junior:

As amplas atribuições cometidas ao juiz pela LEP não guardam paralelo em qualquer outro diploma anterior. Sem necessidade de aludir a pormenores, é oportuno destacar que o controle jurisdicional contínuo e integrado com a administração visa a eliminar os graves inconvenientes que são frutos do descompasso entre as proclamações de segurança individual contidas na Constituição e na lei, e as vicissitudes e omissões do sistema²⁹².

Por fim, no que tange aos aspectos políticos, haverá, segundo Araújo Junior, com a adoção da privatização das prisões, um choque com o obstáculo político-criminal, pois para ele “privatizar prisões significa consagrar um modelo penitenciário que a ciência revelou fracassado e considerado violador dos direitos fundamentais do Homem”.²⁹³

Após a amostragem do lado contrário as PPPs, deve-se apresentar o real conceito doutrinário da privatização. Em sentido restrito, privatização abrange, segundo Di Pietro, “a transferência de ativos ou de ações de empresas estatais para o setor privado. É

²⁹¹ Ibid., p. 13.

²⁹² Ibid., p.14.

²⁹³ Ibid. pp. 12,13,14,15.



sinônimo de desestabilização”²⁹⁴, ou seja, é o ato de “venda” da empresa estatal. O que acontece é que, muitas vezes, a palavra privatização não é utilizada em seu sentido restrito, mas no sentido amplo, que segundo Di Pietro:

designa todos os instrumentos adotados para diminuir o aparelhamento do Estado, compreendendo, entre outras medidas, a *desregulação* (diminuição da intervenção do Estado no domínio econômico), a *desmonopolização* de atividades econômicas, a *desnacionalização* ou *desestabilização* (venda de ações e de atividades de empresas estatais ao setor privado), a *concessão* de *serviços* públicos, os *contracting out* (celebração de acordos de variados tipos para concretizar diferentes formas de parceria com a iniciativa privada), aí inserido o instituto de *terceirização*²⁹⁵.

As PPPs ao contrário é o contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa. A primeira caracteriza-se pelo fato de o concessionário perceber recursos de duas fontes, uma decorrente do pagamento das respectivas tarifas pelos usuários, e outra, de caráter adicional, oriunda de contraprestação pecuniária devida pelo poder concedente ao particular contratado (art. 2º, § 1º). A segunda modalidade é a concessão administrativa, assim considerada a prestação de serviço “de que a Administração Pública seja a usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens” (art. 2º, § 2º).

Portanto, as concessões são contratos de investimento, onde o privado (empresas) realiza investimentos em bens ou serviços públicos, viabilizando a oferta de uma determinada comodidade para

²⁹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Administração Pública – Legislação*. São Paulo: Pc Editorial Ltda, 2000. p. 362.

²⁹⁵ *Ibid.*, p. 362.



os cidadãos e sendo remunerado para tanto. O objeto da concessão é um serviço público passível de exploração lucrativa pelo parceiro privado. Di Pietro denomina isso, como serviço público comercial ou industrial, ou seja, “aquele que a Administração Pública executa, diretamente ou indiretamente, para atender às necessidades coletivas de ordem econômica”²⁹⁶. No entanto, as PPPs admitem que o Poder Público possa pagar diretamente ao concessionário pelos serviços, exemplo seria, a hipótese de gestão de uma unidade hospitalar), portanto o ato de adotar o modelo de PPPs não é privatizar e não fere a Constituição Federal vigente.

Considerações finais

Verificou-se que o Brasil de fato está vivendo uma falência no sistema penitenciário, desencadeado pela corrupção dos direitos humanos, no que tange a violência entre os internos e os funcionários, facções criminosas, superlotação, práticas de abusos e maus tratos, inexistência de garantias mínimas de convivência e o desrespeito sistemático e institucional à legislação ordinária e aos princípios elencados pelos Direitos Humanos.

Uma solução alcançável para essa atual conjuntura que demonstra um descaso com os apenados é a aplicação da lei nº 11.079/2004, no sistema. Entretanto, a aplicação da PPPs neste sistema é ainda motivo de dúvida e críticas por alguns estudiosos, temem que a mesma se refere ao ato de privatização, mas não é, como foi demonstra no último tópico com os estudos de Di Pietro.

É verdadeiramente legal e legítimo é exigir do Estado e de seus representantes, o cumprimento da política para mudar o modelo carcerário e a estrutura do que existe hoje, afim de um melhoramento na governança pública, satisfazendo o principio da eficiência e da supremacia do interesse público, que não se restringe a apenas uma parcela da população, e sim, ao todo. Ficando ao encargo do Estado

²⁹⁶ DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 104.



optar sim ou não pela implantação de uma PPP e não tratar esta como nomenclatura do modelo de privatização.

Referencias Bibliográficas:

ANNUNZIATO, Eduardo Sprada. **Licitações nas Parcerias Público-Privadas**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em:

<http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10563>. Acesso em: 10 set. 2017.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Privatização das prisões**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

BIONDI, Karina. **Etnografia no movimento: território, hierarquia e lei no PCC**. São Carlos. UFSCar, 2014.

Conforme Balanço divulgado pelo **portal do CNJ**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios>> Acesso em: 13 de agosto de 2017.

Conforme balanço divulgado pelo **portal G1 de São Paulo**. Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/politica/2017/raio-x-do-sistema-prisional/>> Acesso em: 14 de agosto de 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na Administração Pública**. 5ª ed. Editora. Atlas. 2005.

_____. **Administração Pública – Legislação**. São Paulo: Pc Editorial Ltda, 2000.

_____. **Direito administrativo**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Petrópolis: Vozes. 1996 [1975].

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.



Lei nº 11.079/2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/l11079.htm>. Acesso em: 20 de Set. 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. **Privatizar o sistema carcerário?** Estudos de execução Criminal: Direito e Psicologia. 2009.

MARCOS NÓBREGA, **Direito da infraestrutura**, Quartier Latin, 2011.

MINAS GERAIS. Secretaria de Estado de Defesa Social. Edital de Licitação - concorrência nº 01/2008 - SEDS/MG: exploração mediante concessão administrativa da construção e gestão do complexo penal, em conformidade com a Lei Federal nº 11.709/04 e a Lei Estadual nº 14.868/03. Jornal Minas Gerais (Diário Oficial Estadual): Belo Horizonte, 18 jul. 2008. Disponível em: <http://www.ppp.mg.gov.br/images/documentos/Projetos/concluidos/Complexo_Penal/edital_e_anexos/Corpo%20do%20Edital%2001.2008.pdf>. Acesso em: 14 set. 2017.

OSÓRIO, Fábio Medina; VIZZOTTO, Vinicius Diniz. Sistema penitenciário e parcerias público-privadas: novos horizontes. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 10, nº 882, 2 dez. 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/7643>>. Acesso em: 13 set. 2017.

ROLIM, Marcos. **Prisão e Ideologia: Limites e Possibilidades Para Reforma Prisional no Brasil**. Revista de Estudos Criminais nº 12. Rio Grande do Sul, 2003.

WELLE. Deutsche. **Brasil tem pelo menos 83 facções em presídios**. Carta Capital. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/sociedade/brasil-tem-pelo-menos-83-faccoes-em-presidios>> Acesso: 20 de agosto de 2017.



POLÍTICA E VIOLÊNCIA: A CRISE NAS REPÚBLICAS CONTEMPORÂNEAS

Paulo Roberto de Oliveira (UEMG)
Cássio Malta Scuccato (UEMG)

Resumo:

Nossa pesquisa pretende abordar dois temas que se conectam na problemática do Estado Contemporâneo, primeiro a decepção no ideal republicano proclamado desde a Revolução Francesa, tendo como base estrutural a deficiência dos modelos democráticos, principalmente nos países mais pobres. Ademais, vemos a correspondência da violência nesses mesmos lugares. Neste sentido, o Estado permite a prática da violência, devido o esquema global da corrupção.

Palavras-Chaves: *Violência, Corrupção, Estado Contemporâneo.*

Introdução

A violência é a grande causa da crise das repúblicas contemporâneas. O Estado, muitas vezes corrupto não é capaz de conter a criminalidade, gerando caos e sofrimento para as pessoas.

É importante notar que a própria república moderna, surgiu no contexto de violência e guerra, a Revolução Francesa não foi feita pacificamente, pois com armas. Portanto, o Estado moderno já nasceu com a matriz da violência.

Nosso trabalho consiste em analisar a violência no Estado através de uma estrutura antropológica, que possa também prever as condições da política e do Estado, ou seja, seus limites e suas mazelas.



1- Apresentação do Estudo sobre a condição humana e os limites do poder do Estado

Quando nos referimos ao termo *Estado*, temos a tentação de realizar uma referência a ideia geral da política, sendo essa uma ação pragmática e teórica que serve como expansão da própria ética. Desse modo, a esfera do Estado é uma forma objetiva das ações políticas, tratado dentro da própria política.

Podemos perceber que o Estado revela a condição política do homem, mas essa não é a sua condição por essência ou final, mas, totalmente contingente.

Portanto, nossa pesquisa se dirige em torno da noção da política e do Estado, tendo como escopo a antropologia, tanto na visão clássica, como nas considerações da política moderna, colocando em evidência a ideia central das teorias contratualistas dos pensadores modernos.

A princípio, partiremos da teoria sobre a natureza social do homem, através da filosofia social e política de Aristóteles. Através dessa teoria, Aristóteles colocou pela primeira vez o problema da origem do Estado como princípio natural, isto é, o Estado como uma realidade empírica, cuja existência é incontrovertível. A natureza do Estado, além de ser uma extensão da vida virtuosa, é também a continuidade de outras formas políticas, que são por vezes, naturais, como a família:

Tendo visto, então, que o Estado é composto de famílias, antes de falar do Estado devemos falar da administração de uma família. As partes dessa administração correspondem às pessoas que formam a família, e uma família completa consiste de escravos e de homens livres (ARISTÓTELES, 2000, p. 147)

A noção familiar do Estado, sustenta a ideia de que o Estado é a forma exemplar da política, ou seja, as discussões sobre o poder ocorrem na esfera estatal. A política centra-se na figura do Estado



soberano, natural e igualitário. Logicamente, que a ideia de igualdade no sentido clássico é restrito, mas, neste sentido, a igualdade sobrepõe à outros princípios importantes, como a própria liberdade.

Ademais, Aristóteles coloca a função do Estado e da família através da noção básica da natureza da política. Neste sentido, o Estado tem a missão administrativa, isto é, a produção da riqueza e a sua manutenção não são atribuições imediatas do poder familiar ou político:

Claro está, então, que na administração da casa as pessoas têm uma importância muito maior do que os bens materiais e são mais consideradas do que os bens que tornam ricas as famílias; também os homens livres são mais considerados que os escravos (ARISTÓTELES, 2000, p. 165)

Fica bastante definido a configuração do Estado nas teorias do Estado natural ou ontológico. Em Aristóteles o ser do Estado está concomitante ao ser do próprio homem, pois, faz parte da essência humana ser social.

Em Marx a linguagem ontológica sobre a política é reprimida e elabora-se uma teoria empírica do Estado, porém, de modo absoluto.

Também para Marx, como para Aristóteles, excluída a linguagem idealista (sustentada por Hegel), o Estado deve sua origem à própria natureza das coisas (não a pactos convencionais ou a precarizações contra qualquer ordem sobrenatural): deve sua origem à própria natureza do homem, que é feita de tal modo que lhe é consentido satisfazer-se as suas necessidades mais elementares de sobrevivência somente com a ajuda, concurso ou com a assistência de outros homens (MONDIN, 2006, p. 138).



Nessa perspectiva, podemos perceber que fora do Estado não existe vida humana, a política é a atividade mais perfeita do homem. As formas de governo estabelecidas ao longo da história são oriundas das arbitrariedades do próprio homem, isto é, os meios de produção e o capital são formas dialéticas da historicidade da própria ordem política e econômica.

Cabe ressaltar o caráter contraditório da filosofia social de Marx, pois, ao estabelecer princípios de conduta política de modo apriori, Marx estabelece um tipo de filosofia transcendental, na qual, qualquer comportamento humano só poderá ser interpretado politicamente, não há, neste caso, o indivíduo, mas, a sociedade.

Tais princípios políticos não são apenas antigos, mas se encontram em diversas teorias sobre o Estado na contemporaneidade. As teorias políticas do Estado Natural se consolidam pela sua forma absoluta, ilimitada, onde o igualitarismo sobrepõe à todas as formas individuais de manifestação. Devemos relatar também que a formação do *Deus Estado* não é proveniente apenas dessa perspectiva (origem natural do Estado), mas, também de teorias contratualistas modernas, como a tese de Hobbes sobre a fortificação do Estado. Contudo, até mesmo essa ideia deve ser bem esclarecida, pois, o Estado forte deve existir no plano da segurança individual, levando em consideração a natureza humana.

Diante desse panorama, devemos entender a condição humana que possa favorecer a constituição do Estado pela dimensão política. Para tanto, a Hanna Arendt, em sua obra *A Condição Humana*, estabelece as condições de vida do homem na Terra, a saber: o labor, o trabalho e a ação; nas condições da vida, da mundanidade e da pluralidade.

A pluralidade é a condição humana da ação, sobretudo da política. Arendt destaca tal condição, pois, ela não necessita de intermediários objetivos, mas das relações humanas. Essa ideia é importante para a nossa discussão acerca dos limites do poder do Estado, pois, as condições humanas, inclusive a política, são contingentes. Neste sentido, não podemos falar sobre a essência



humana, Arendt não trata disso, mas das formas de manifestação da humanidade, isto é, como homem se encontra jogado no mundo:

Por outro lado, as condições da existência humana – a própria vida, a natalidade e a mortalidade, a mundanidade, a pluralidade e o planeta Terra – jamais podem explicar o que somos ou responder a perguntas sobre o que somos, pela simples razão de que jamais nos condicionam de modo absoluto (ARENDDT, 2003, 19).

Tanto a política e ainda mais o Estado são nessa perspectiva, apenas uma das muitas formas de *victa activa*. Devemos também dizer que a ação e o discurso são formas de vida humana irrenunciáveis na Terra. Arendt afirma que o homem pode renunciar o trabalho, mas não pode deixar o discurso e a ação sem perder a sua característica humana.

Portanto, sabendo que as condições humanas são contingentes e não ontológicas e que a ação é uma condição maior que a vida política, podemos afirmar que o Estado, sendo apenas uma prática humana, possui limites, em vista da própria ação e do discurso, sendo eles mesmos esse limite.

A ideia de ação é a base para a política, no sentido da liberdade. Em todo caso, estamos no plano da liberdade, base essencial dos atos políticos. Contudo, anterior à liberdade, encontramos a libertação. O senso comum não conseguiu distinguir essas duas realidades humanas.

Quando falamos em libertação, estamos tratando do *Oikos*, isto é, do trabalho, cujo objetivo é a sobrevivência. A política e a filosofia clássica nos remetem para essa prerrogativa, ou seja, antes de pensar é preciso sobreviver. Portanto, a liberdade só acontece quando já nos satisfazemos de todas as necessidades e carências primárias, nos libertamos de todos os constrangimentos biológicos.

Podemos neste sentido encontrar um primeiro limite entre o indivíduo e o Estado, pois, se a princípio as ações estatais dependem



dos atores políticos, estes dependem da supressão das carências originárias. Talvez, o bom político seja aquele que possua a consciência dessa facticidade e já tenha suprido inclusive suas imperfeições psíquicas e morais.

Na racionalidade moderna, como já falamos, confunde-se o político com o trabalho, isto é, a política como a soma das necessidades. A política, inclusive para Habermas, é uma ação comunicativa, que depende da liberdade da razão e do pensamento. Diante disso encontramos fortemente o liberalismo, ao afirmar que a economia nos traz a liberdade.

A significação antropológica da política e do Estado é fundamental para compreendermos a funcionalidade do Estado e os seus objetivos. Os limites do Estado aqui apresentados são postos pela ideia pura de política através de uma análise do próprio ser político: o homem.

1.2 – O Contrato Social e os limites das ações do Estado

As diversas teorias sobre o contrato social nos mostram que o Estado não é constituído de forma absoluta, abstrata e natural. A política é uma ação humana que nasce do discurso lógico, mas que depende exclusivamente da consciência individual, capaz de criar um consciente coletivo, neste sentido o Estado tem um segundo limite: o indivíduo. A passagem para a sociedade e posteriormente para o Estado, seguramente requer um esforço de superação egológica e egocêntrica. Essa concepção é visível nas concepções políticas de Hobbes. Vejamos:

No que se refere aos pensamentos do homem, considerá-los-ei primeiro isoladamente, e depois em cadeia, ou dependentes uns dos outros. Isoladamente, cada um deles é uma representação ou aparência de alguma qualidade, ou outro acidente de um corpo exterior a nós, o que comumente se chama um objeto. O qual objeto atua nos olhos, nos ouvidos, e em outras



partes do corpo do homem, e pela forma diversa como atua produz aparências diversas (HOBBS, 2000, p. 31)

No trecho acima, Hobbes introduz sua ideia cognitiva, mostrando que as formas de conhecer primárias e originárias são subjetivas, individuais no sentido da formulação dos juízos e das ideias. Neste caso, a política como ciência ou filosofia é uma grande abstração que já superou grandiosamente as formas sensíveis dos processos mentais.

Antes de trabalhar o tema do Estado, Hobbes analisa a condição humana, no seu estágio natural. A forma egoística de consciência do mundo pelo homem é demonstrada através da primeira e mais forte impressão sensível e racional: os desejos. Acabamos de demonstrar no trecho acima que para Hobbes essas impressões sensíveis geram uma representação maior na mente humana, neste sentido, o desejo é maior que a própria moralidade, condição de existência do homem político.

O interessante é que o primeiro impulso para superar essa condição natural se dá mediante essas mesmas formas sensíveis, pelas paixões:

As paixões que fazem os homens tender para a paz são o medo da morte, o desejo daquelas coisas que são necessárias para uma vida confortável, e a esperança de consegui-las através do trabalho. E a razão sugere adequadas normas de paz, em torno das quais os homens podem chegar a acordo. Essas normas são aquelas a que por outro lado se chama leis de natureza. (HOBBS, 2000, p.111).

Percebe-se então que Hobbes não abandona inteiramente a ideia de natureza na consciência humana, mas aperfeiçoa tal noção. A partir dessa ideia de natureza, as leis são articuladas por uma espécie de acordo, um contrato social, um pacto, no qual a sociedade



fornece os princípios e as leis para uma vida pacífica, de direito. A passagem do mundo da força para o direito é uma transposição racional da moralidade, isto é, exige um ultrapassamento das ações instintivas para atos virtuosos. Agora, a racionalidade da vida moral em Hobbes não abandona, como já vimos, a percepção das condições para a sobrevivência, ou seja, o senso de vida.

Portanto, encontramos na teoria contratualista de Hobbes uma limitação do poder estatal, ora pela exigência da vida correta, ou pelo objetivo maior do Estado: a segurança.

Neste sentido, o Estado tem o dever de tutelar a vida humana, não extingue definitivamente a lei natural da liberdade, garantindo o direito à vida pela criação da normatividade.

A base de sustentação da teoria hobbesiana é o Estado de natureza do homem, a sua condição primitiva. Como já vimos, o homem no estado natural rude, irracional, deixa-se levar pelo instinto, é egoísta e no máximo tenta proteger a sua própria família. No estado civil, percebe-se que o instinto cede lugar à razão, instrumento primaz para a constituição cultural das sociedades humanas. Contudo, a matriz egológica permanece no interior do inconsciente e se nutre das formas culturais e também do próprio instinto. Podemos exemplificar essa teoria através das ideias de honra, poder e glória, do mesmo modo do Estado de Natureza, o homem necessita sobreviver no mundo cultural, sem deixar de lado as necessidades e bens primários.

Essa argumentação antropológica ganha influência e força na teoria psicanalítica de Freud. O instinto de morte definido pelo autor é a principal fonte de toda a problemática que envolve a vida do homem em sociedade. Pelos efeitos devastadores do comportamento da humanidade devido à essa forma instintiva, a comunidade humana buscou superar o instinto de morte através da ética, conteúdo basilar do superego cultural.

Freud destaca a euforia e a confiança da humanidade nessa condição social instituída:



O superego cultural desenvolveu seus ideais e estabeleceu suas exigências. Entre estas, aquelas que tratam das relações dos seres humanos uns com os outros estão abrangidas sob o título de ética. As pessoas, em todos os tempos, deram o maior valor à ética, como se esperassem que ela, de modo específico, produzisse resultados especialmente importantes (FREUD, 1997, p. 108).

A ética é neste sentido um processo que visa livrar o homem de todos os desejos que são considerados prejudiciais para a aspiração da civilização. Tal processo tem como finalidade a ilusória concepção de felicidade, como se essa fosse alcançável pelo homem.

Neste sentido podemos encontrar mais um problema acerca do conceito da política e do próprio estado, isto é, a busca do bem comum, como uma forma de superar a consciência egológica e encontrar a plena felicidade. Também Karl Marx possuía essa decepcionante conotação ao estabelecer a existência do fim histórico, da total liberdade e felicidade. Desse modo, somente um Estado totalmente irreal e utópico poderá considerar esse ideal.

Na realidade, a luta ética contra o instinto, criando formas e instituições civilizatórias como o Estado, não obteve o sucesso esperado pela consciência humana. Daí é que surge o mal estar na civilização, uma náusea produzida pelo paradoxo civilizatório; de um lado a supressão das realidades instintivas de forma brutal e incoerente e por outro lado a permanência da violência e de outras formas irracionais de comportamento humano que são repudiadas pela humanidade:

A questão fatídica para a espécie humana parece-me ser saber se, e até que ponto, seu desenvolvimento cultural conseguirá dominar a perturbação de sua vida comunal causada pelo instinto humano de agressão e autodestruição. Talvez, precisamente com relação a isso, a época atual mereça um interesse especial. Os homens adquiriram sobre as forças da natureza um tal



controle, que, com sua ajuda, não teriam dificuldades em se exterminarem uns aos outros, até o último homem (FREUD, 1997, p. 112)

A contribuição da psicanálise freudiana em nosso estudo é de extrema importância, pois, o Estado, mesmo insuficiente, deve impedir ao máximo essa autodestruição da humanidade, dos indivíduos. Contudo, percebemos que essa tarefa não está sendo exercida, uma contradição, pois, se o estado não consegue objetivar as suas demandas originais, como ele poderá ter outras atribuições? Como por exemplo ditar normas para a vida privada, civil.

Por último, a teoria de Montesquieu sobre a divisão de poderes no contrato social coloca questões importantes para a nossa análise.

Primeiramente, a divisão dos poderes é de suma importância para a concretude do tão difundido Estado de Direito Democrático, pois, cada poder limita o poder do outro, fazendo com que os direitos possam ser garantidos. É muito comum, em Estados de tendência totalitária, ocorrem tentativas de extinção de alguma forma de poder, sobretudo o judiciário.

Dessa forma, o Estado se auto limita na tentativa de formar um Estado Democrático de Direito.

Podemos perceber ainda a ideia de liberdade no pensamento político de Montesquieu, como uma forma objetiva do Estado, isto é, a política é o lugar do exercício e da garantia das liberdades.

A liberdade para Montesquieu é o Direito de poder fazer aquilo que a lei permite. Neste sentido somos livres por obedecer as leis que nós mesmos fazemos e essa lei é a condição da nossa liberdade. O direito constitucional e civil nasce dessa teoria sobre a liberdade na sua relação com o direito.

Enfim, o Estado é uma forma de exercer a política, porém, a ideia de bem comum e de felicidade são estruturas abstrativas de nossa consciência que podem não se concretizarem.

2- Aspectos da Violência nas Repúblicas



A relação entre política e violência deveria ter como característica principal a superação da própria violência, na medida em que a ideia do bem comum não admite tais práticas.

Filosoficamente a violência é um mal, desse modo, o bem produzido pelo Estado (ou que deveria ser produzido), mostra mais uma vez a contradição dessa temática. Contudo, vimos que antropológicamente o Estado possui limites antropológicos, portanto, a violência é um limitador importante.

Mas, como podemos caracterizar a violência antropológicamente?

Para responder essa questão, podemos seguir a proposta de Kant, através da tríade conceitual: o mal radical, a religião e a moral.

O mal radical é um escândalo moral, a própria moralidade e a imoralidade pressupõem para Kant a totalidade da vontade e da liberdade humana. Ora, a moralidade é uma representação do próprio mundo à maneira do homem, o sentido existencial de todas as coisas que fazem parte da humanidade. Neste sentido o mal pode ser considerado da mesma forma que o bem, sendo, como já demonstramos, o seu contrário:

O mal é radical no homem, ele é inextirpável, a sua possibilidade estando fundada na natureza mesma do homem; mas é igualmente inextirpável e imperdível a possibilidade do bem, permanecendo a lei moral em toda a sua pureza e severidade imediatamente presente ao espírito do homem que se perverteu a si mesmo, que se sabe pervertido e que, por isso, não pode não se julgar (PERINE, 1987, p. 91).

A tentação da imoralidade possui uma causalidade ontológica na antropologia, pois, o homem, sendo finito, já nasce com a possibilidade de não obedecer à razão e a lei moral, mas seguir suas próprias representações através dos desejos mais profundos do seu



ser. Na sua liberdade, as escolhas imorais, podem fazê-lo perder a própria liberdade.

Segundo Kant estes são apenas aspectos fenomênicos e empíricos da realidade humana, porém, é necessário uma análise mais profunda, das condições do mal, isso só é viável através de uma ontologia, que possa conceituar o mal como sendo radical, inerente à natureza humana.

O recurso utilizado por Kant neste estudo é a análise crítica da religião. Com as ideias de Deus, trindade, juiz, criação e salvação, o mal radical torna-se o sinônimo mais adequado para o conceito de queda. Neste caso, estamos novamente diante da finitude ontológica do homem.

Podemos dizer que temos consciência necessária sobre o mal na vida humana, para entendermos que toda cultura e suas instituições estão à mercê do mal radical do homem, tudo aquilo que é humano se corrompe em suas próprias mãos.

É preciso advertir que toda essa análise teórica é imprescindível para que possa ter um estudo autêntico sobre a política atual. Pode até mesmo parecer estranho esse estudo em um texto de ciência prática, porém, devemos ir no cerne da questão colocada, isso só pode ser feito filosoficamente.

O critério da racionalidade não é o único mediador para o estabelecimento da moralidade, mas é o mais importante. Devemos ainda entender qual é o tipo de racionalidade que podemos aceitar para a vida ética, pois, a contemporaneidade através da razão instrumental conseguiu objetivar as atrocidades mais terríveis do inconsciente humano, revelando diversos aspectos da violência. Kant fundamenta a moralidade através da razão transcendental, seguindo essa linha, mas considerando estruturalmente a linguagem, Habermas formulou a ideia da Razão Comunicativa, estabelecendo assim os parâmetros da ética do discurso.

Neste sentido o Estado teria uma função pré-política, isto é, através da educação social, racionalizar moralmente os cidadãos.



Porém, tal prerrogativa pode parecer absurda nos tempos atuais, primeiramente pela cultura contemporânea do relativismo e do subjetivismo, na medida em que qualquer regra ou lei moral, por mais racional e principlológica que seja, não pode universalizar-se, mas permanece no âmago das consciências individuais.

O Estado, desde os primórdios da civilização, sempre foi a principal fonte de violência, contra os seus próprios súditos ou destruindo outras nações. A explicação para tal fenômeno pode ser encontrada por diversos caminhos, podemos citar no mínimo dois importantes que categoricamente estão interligados.

O Estado é formado por pessoas, como vimos, o mal é radicalizado no homem, portanto, nenhuma civilização por mais avançada que seja, não pode desconsiderar a possibilidade da barbárie. Esse pressuposto simples ecoa em um outro caminho para a violência propagada pelo Estado que é a manutenção do poder nas ideologias imaginárias. O filósofo francês, Henri Bergson, afirma que a razão, quando não está enraizada na realidade, fabula, cria fantasias. Podemos chamar essas criações fabulosas de ideologias, cuja matriz é histórica, ou seja, através das narrativas históricas, sustentamos imagens ideológicas para explicar o presente e fundamentar o futuro. A Alemanha Nazista e o Socialismo Soviético são exemplos a razão fabuladora, criadora de ideologias que se disseminam na consciência das pessoas como um vírus.

A Violência nas repúblicas contemporâneas revelam um dado importante para a nossa reflexão: o crescimento da criminalidade em países em pleno desenvolvimento. A pobreza extrema diminui em muitos países da América Latina, como por exemplo, o Brasil; contudo, diversas pesquisas mostram que a violência aumentou consideravelmente nos últimos anos. Portanto, a causa principal da violência não pode ser a pobreza.

A explicação para tais fenômenos está nas práticas corruptivas do Estado. Mesmo que não esteja ligado imediatamente com o crime, o Estado não possui credibilidade e condição moral



para dissecar o crime organizado. Na maioria das vezes o Estado demonstra características de uma facção criminosa.

A racionalidade estratégica do Estado é uma outra fonte erros. Os governos preocupam-se com estatísticas, gráficos. Dessa forma, a violência torna-se um problema para o Estado somente quando Ele começa a ser afetado negativamente por ela. Podemos afirmar que existe um sistema estatal que permite a violência para coibi-la depois.

Realizamos aqui uma breve análise da violência na Política contemporânea, logicamente que tais análises revelam muitos aspectos e conceitos que não podem ser tratados completamente em apenas um artigo. Nossa tendência é continuar aprofundando no tema para que possamos dissecar a maior questão social da humanidade: a violência.

Conclusão

O poder de um Estado é limitado primeiramente pela sua gênese: a política. Comumente, as pessoas reduzem as noções do Estado com as noções políticas, cabe dizer que as práticas políticas vão além da ideia de Estado.

A condição humana é o maior limite do Estado, utilizamos diversos autores da moral e da política para mostrar que o contratualismo é limitado, nenhum contrato civil, político ou jurídico é insuperável ou perfeito.

A natureza humana, neste sentido, revela a violência como eco do mal radical que é intrínseco ao homem. Com essa analítica podemos estudar a violência no Estado de uma forma mais autêntica e menos ideológica.

Nos países a América do Sul a violência cresce mediante a falta de racionalidade e compreensão da vida como um dinamismo existencial importante. Importa para todos o PODER, as instituições e o Estado são corrompidos pelo PODER que gera dinheiro e dependência. Como sempre estamos diante de um ciclo vicioso,



difícil até mesmo de ser detectado, mediante as formas ideológicas que fabulam no imaginário pessoal.

Bibliografia

ARISTÓTELES. *Política*. São Paulo: Editora Nova Cultura: Coleção Os Pensadores. 2000.

ARENDT, Hannah. *A Condição Humana*. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2003

FREUD, S. *O Mal estar na civilização*. Rio de Janeiro: IMAGO. 1997.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Editora Nova Cultura: Coleção Os Pensadores. 2000.

MONDIN, B. *Introdução á Filosofia*. São Paulo: Paulus, 2006.

PERINE, Marcelo. *Filosofia e Violência*. São Paulo: Edições Loyola, 1987.



BIOPIRATARIA NO CERRADO BRASILEIRO: O COMÉRCIO ILEGAL DA BIODIVERSIDADE E SUAS CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS

Katiany Aparecida Otoni Dayrell Pinto (UEMG)
Silvana Regina Paslausk (UEMG)

Resumo:

O presente artigo busca identificar os efeitos jurídicos a serem empregadas no controle à biopirataria no cerrado brasileiro e apontar prováveis recursos para o seu combate à luz da Lei da Diversidade Biológica, promulgada em 20 de maio de 2015. Para tanto, utilizou-se de referências bibliográficas, bem como análise da legislação pertinente. O tema possui relevância acadêmica e social, à medida que deseja buscar saídas para problemas até hoje não superados e que se encontram fora dos critérios da ética. Trata-se de um estudo de interesse jurídico, ambiental e socioeconômico sobre biopirataria envolvendo a “Espinheira Santa”, um caso típico de planta nativa do cerrado brasileiro patenteada pela empresa japonesa Nippon Mektron KK, JP (EP0776667) em 1997.

Palavras-chave: *Biopirataria, Cerrado Brasileiro, Comércio Ilegal, Biodiversidade.*

1. Introdução

A Biopirataria pode ser caracterizada como toda apropriação e uso não autorizados de material biológico e/ou de conhecimentos tradicionais associados, para fins de desenvolvimento e comercialização de produtos, podendo ou não envolver obtenção de direitos de propriedade intelectual. A região do cerrado brasileiro dispõe de riquíssima biodiversidade, que atrai pessoas de todo o



mundo, muitas destas, com intuito de furtar amostras ou conhecimentos dos povos nativos para favorecimento ilícito de indústrias e laboratórios. O presente artigo busca compreender o processo da biopirataria no cerrado brasileiro e apontar possíveis soluções para o seu combate, bem como, definir seu conceito, debater normas existentes e abordar sua aplicação.

Com intuito de aperfeiçoar os recursos genéticos e de ser o primeiro país a divulgar e apresentar inovações com grandes repercussões sociais, países desenvolvidos ignoram princípios e acordos internacionais para extrair ilegalmente matéria-prima em qualquer parte do mundo, o que caracteriza a biopirataria, que está enraizada à história do Brasil que, por sua biodiversidade tem sido alvo de ambição de outros povos, desde a colonização, com a exploração do pau-brasil.

Para elaboração deste trabalho utilizou-se de referências bibliográficas e análise da legislação pertinente. Observa-se a importância do estudo do problema no meio econômico, cultural, científico e social, tendo em vista que sua solução pode permitir o desenvolvimento sustentável do país.

Segundo o Instituto Brasileiro de Direito do Comércio Internacional da tecnologia da Informação de Desenvolvimento (CIITED), biopirataria consiste no ato de ceder ou transferir recurso genético ou conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem a expressa autorização do Estado de onde fora extraído o recurso ou da comunidade tradicional que desenvolveu e manteve determinado conhecimento ao longo dos tempos. A biopirataria envolve ainda a não-repartição justa e equitativa entre Estados, corporações e comunidades tradicionais dos recursos advindos da exploração comercial ou não dos recursos e conhecimentos transferidos. Isso significa apropriação de conhecimento e de recursos genéticos de comunidades de agricultores e comunidades indígenas por indivíduos ou por instituições que procuram o controle



exclusivo do monopólio sobre esses recursos e conhecimentos.²⁹⁷

Biopirataria é a coleta da biodiversidade, com ou sem o uso de conhecimentos tradicionais associados. Sem o consentimento prévio e informado dos países de origem e das populações detentoras do conhecimento tradicional, para identificar os princípios ativos e depois patentear-los e explorá-los, sem qualquer repartição de benefícios com os países detentores da biodiversidade ou com a população detentora do conhecimento tradicional associado (NASCIMENTO, 2010. p. 45).²⁹⁸

Os investimentos públicos em pesquisa para proporcionar maior conhecimento de nossa biodiversidade são ainda muito poucos em relação ao seu tamanho e importância e, a falta de fiscalização coloca o país a mercê do interesse de pesquisadores internacionais, sobretudo das indústrias farmacológicas em busca de novos medicamentos e, como consequência, vítimas da biopirataria.

No Brasil concentra-se a maior parte da biodiversidade do planeta, cerca de 20%. Segundo o Ministério do Meio Ambiente o Cerrado é o segundo maior bioma da América do Sul, ocupando uma área de 2.036.448 km², cerca de 22% do território nacional.²⁹⁹ Com o objetivo de garantir a conservação da biodiversidade, a CDB - Convenção da Diversidade Biológica instituiu regras e princípios

²⁹⁷ Instituto Brasileiro do Direito do Comércio, Tecnologia da Informação e Desenvolvimento (CIITED) é uma ONG formada por professores e pesquisadores, que visa a tornar-se um centro de referência no estudo e aplicação do direito do Comércio Internacional e da Tecnologia da Informação, colaborando para o Desenvolvimento Social, Político e Econômico.

²⁹⁸ NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do Nascimento. Biopirataria na Amazônia: uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Curitiba: Juruá, 2010.

²⁹⁹ Ministério do Meio Ambiente. Disponível em:
<http://www.mma.gov.br/biomas/cerrado>



para proteger a diversidade biológica dos países que fazem parte, lembrando que, em seus territórios, os países têm soberania sobre a biodiversidade. Em termos gerais, conceitua-se a biopirataria como a exploração e manipulação de recursos biológicos de um determinado país ou dos conhecimentos tradicionais associados a tais recursos, em desacordo com os princípios propostos pela CDB.³⁰⁰ A Biopirataria trata-se de tráfico de animais, plantas e material genético para fins comerciais e científicos que geram riqueza a outros.

A escolha do tema justifica-se pela sua importância social, pois a biopirataria é considerada uma ameaça, visto que hoje é a terceira maior atividade ilícita mundial, fazendo o país deixar de arrecadar milhões de dólares por ano que poderiam ser investidos em saúde, educação, segurança, entre outros.

Por ser um problema que afeta a todos, à medida que atinge o meio econômico, cultural, científico e social, o tema escolhido torna-se relevante, pois sua solução poderá ocasionar o desenvolvimento sustentável para todo o país.

2. Biopirataria

Quando o assunto é biodiversidade, pode-se dizer que o Brasil é um país dos mais beneficiados, isso porque possui uma ampla biodiversidade, distribuída entre seus vários biomas.

A diversidade biológica segundo PASLAUSKI e ANDRADE “é de fundamental importância para o Brasil. Representa parcela significativa das riquezas nacionais e com significado estratégico, com quantidade imensurável de plantas, animais, micro-organismos e minerais, distribuídos em todo o território nacional”.³⁰¹

³⁰⁰ CDB – Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: <<http://www.cdb.gov.br>>. Acesso em: 2 nov. 2009.

³⁰¹ PASLAUSKI, Silvana Regina; ANDRADE Fábio Luiz de. Capítulo 7: Os Conceitos de Ética e Responsabilidade teorizados por Karl-Otto Apel e suas possíveis



Nesse contexto é de suma importância compreender melhor a relevância do estudo da biopirataria. Para tanto, devemos saber primeiramente defini-la.

Biopirataria é a exploração ilegal de recursos naturais – animais, sementes e plantas – e a apropriação e monopolização de saberes tradicionais dos povos da floresta, visando lucro econômico.

Silva informa que para o Instituto Brasileiro de Direito do Comércio Internacional, da Tecnologia da Informação e Desenvolvimento – CIITED:

Biopirataria consiste no ato de aceder a ou transferir recurso genético (animal ou vegetal) e/ou conhecimento tradicional associado à biodiversidade, sem a expressa autorização do Estado de onde fora extraído o recurso ou da comunidade tradicional que desenvolveu e manteve determinado conhecimento ao longo dos tempos (prática esta que infringe as disposições vinculantes da Convenção das Organizações das Nações Unidas sobre Diversidade Biológica). A biopirataria envolve ainda a não-repartição justa e equitativa - entre Estados, corporações e comunidades tradicionais - dos recursos advindos da exploração comercial ou não dos recursos e conhecimentos transferidos.³⁰²

Maria Helena Diniz afirma que:

“a biopirataria é o uso de patrimônio genético de um país por empresas multinacionais para atender fins industriais, explorando, indevidamente e clandestinamente, sua fauna ou sua flora, sem efetuar

aplicações pelo Poder Público na proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. 2014. p. 133.

³⁰² SILVA, Carina Elguy da. Biopirataria no Brasil e a proteção interna e externa através da legislação. 2010, p. 36-37



qualquer pagamento por essa matéria-prima³⁰³. Em outros termos, biopirataria é o desvio ilegal das riquezas naturais e do conhecimento das populações tradicionais sobre a utilização dos mesmos.³⁰³

Desde o seu descobrimento, o Brasil tem tido sua biodiversidade ameaçada pela ambição de outros povos que exploravam os conhecimentos dos povos tradicionais, bem como os produtos naturais roubados do nosso litoral, o que ocasionou enormes prejuízos sociais, culturais, financeiros e educacionais. E também difundiu a ideia errônea da posse de nossa biodiversidade com outros povos de diversas partes do globo.

Grande é o número de produtos retirados de material contrabandeado que foram patenteados por laboratórios estrangeiros. Estatísticas do IBGE revelam que nosso país já deixou de arrecadar centenas de milhões de dólares com registros no exterior de novas patentes fundamentadas em espécies vegetais brasileiras pelo fato de não dispormos de mecanismos eficientes de defesa do nosso patrimônio genético.

Um dos biomas brasileiros mais ricos em biodiversidade é o cerrado. Nele encontram-se enorme variedade de espécies vegetais que são utilizadas para fins terapêuticos em todo o mundo. Seu patrimônio genético possui grande importância para o desenvolvimento da indústria farmacológica mundial, tendo sido, desde sempre, alvo de anseio de outros povos.

A região do Cerrado brasileiro reúne um grande número de plantas detentoras de elementos essenciais para fabricação de fármacos, cosméticos e outros produtos. Com o objetivo de obter lucros, muitos países exploram essa matéria-prima de forma ilegal. Quando os laboratórios estrangeiros retiram os princípios ativos de uma planta ou utilizam os conhecimentos tradicionais de um povo, patenteiam-no, obrigando os outros países a pagarem royalties, caso

³⁰³ DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.



desejem utilizar-se desses produtos. Assim sendo, não existe qualquer divisão de benefícios e o país detentor da matéria-prima perde o domínio de suas pesquisas e perde de ser referência internacional, dentre outros fatores negativos.

Segundo ALMEIDA e COIMBRA Cientistas estrangeiros, portando visto de turista, desembarcam no Brasil, entram nas comunidades tradicionais ou nas reservas indígenas com fito de estudar os usos das espécies de vegetais e animais. Depois de estudos, recolhem amostras e aplicam tais conhecimentos nas indústrias de fármacos e cosméticos.³⁰⁴

A biopirataria constitui forte ameaça aos saberes das populações brasileiras, modifica o bem comum local transformando-os em uma propriedade privada de acesso restrito, pago e lucrativo.

Com intuito de proteger a biodiversidade brasileira alguns dispositivos para proteção do meio ambiente foram criados, tais como o Decreto 2.519 que regulamenta a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), a Medida Provisória 2.186/2001, o Decreto 4.339/, o Decreto 4.340 que regulamentou a Lei 9.985/00, o Decreto 4.703 a Lei 13.123, Lei da Diversidade Biológica que expõe em seu artigo Art. 3º:

O acesso ao patrimônio genético existente no País ou ao conhecimento tradicional associado para fins de pesquisa ou desenvolvimento tecnológico e a exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo desse acesso somente serão realizados mediante cadastro, autorização ou notificação, e serão submetidos à fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições estabelecidos nesta Lei e no seu

³⁰⁴ ALMEIDA, Luciana de Oliveira; COIMBRA, Ronaldo Rodrigues. Biopirataria. 2010. Disponível em: <http://nead.uesc.br/arquivos/Biologia/modulo_8bloco_1/uni_biopirataria/material_apoio/modulobiopirataria.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2017.



regulamento.³⁰⁵

A Lei da Biossegurança (11.105/2005), em seu art. 28, incrimina as condutas de utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso. A Lei dos crimes ambientais (9.605/1998) tipifica em seus artigos 38 a 53 condutas que serão penalizadas com detenção ou multa, dentre elas: destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, vegetação primária ou secundária, bem como causar dano direto ou indireto às Unidades de Conservação, receber ou adquirir, para fins comerciais ou industriais, outros produtos de origem vegetal, destruir, danificar, lesar ou maltratar o meio ambiente, desmatar, explorar, degradar e comercializar.³⁰⁶

Porém, todas elas foram ineficazes, tendo em vista que não há na lei penal tipificação para essas condutas, e, não estando descrito na lei, não há que se falar em crime, restando assim a absolvição do agente, o que motiva a prática de novas condutas.

Assim, a elaboração de uma norma específica que incrimine a biopirataria é medida necessária para a preservação do meio ambiente.

A biopirataria pode se manifestar de diversas maneiras. Silva a classifica em três grandes grupos: “Da flora, da fauna e da cultura”.³⁰⁷

Nesse trabalho, porém, nos cumpre falar sobre a biopirataria relacionada à cultura e à flora.

2.1 Biopirataria dos Conhecimentos Tradicionais

Conhecimento tradicional é definido em lei (MP 2186-16, 2001) como sendo “informação ou prática individual ou coletiva de

³⁰⁵ Lei do Desenvolvimento Sustentável. LEI No 9.985, DE 18 DE JULHO DE 2000.

³⁰⁶ Lei da Biossegurança. Lei nº 11.105 - Planalto

³⁰⁷ SILVA, Carina Elguy da. Biopirataria no Brasil e a proteção interna e externa através da legislação. 2010, p. 1



comunidade indígena ou de comunidade local, com valor real ou potencial, associada ao patrimônio genético”.

Segundo definição da WIPO, conhecimentos tradicionais são, em uma noção multifacetada, aqueles que envolvem alguns componentes, referidos por termos como “conhecimento indígena”, “folclore”, “conhecimento de medicina tradicional”, dentre outros, que necessariamente não são conhecimentos antigos, por estarem sendo criados a cada dia, e desenvolvidos como resposta de pessoas e comunidades aos desafios postos por seu meio social e físico.³⁰⁸

Segundo CLEMENT existem três tipos de conhecimento tradicional associado (CTA) à biodiversidade: o conhecimento sobre usos de espécies, os recursos genéticos agrícolas, e o conhecimento sobre a criação e manejo de ecossistemas. Cada qual com suas pressuposições culturais e suas práticas associadas.³⁰⁹

O conhecimento tradicional está relacionado a cada povo que mantém relações diferenciadas com a natureza tornando-se componente de investigação pelas principais indústrias de fármacos e cosméticos.

Os benefícios de plantas empregados há séculos pelos povos tradicionais em sua alimentação, combate natural de pragas, rituais e tratamentos medicinais, representam valiosas trilhas para que cientistas localizem substâncias potencialmente convenientes para a biotecnologia.

As disposições da Convenção sobre Diversidade Biológica visam garantir que os países que cedem permissão aos seus recursos genéticos necessitam assegurar suas remunerações oriundas dos benefícios advindos de quaisquer novidades valoráveis comercialmente, que sejam provenientes destas fontes.

³⁰⁸ VILLAMAR, Arturo Argueta. Biodiversidade, Justiça e Ética. Brasília: Revista Centro de Estudos Judiciários. CEJ n. 8, mai/ago 1999.

³⁰⁹ CLEMENT, C. R.; HIGUCHI, N. A floresta amazônica e o futuro do Brasil. Ciência e Cultura, v.58, n.3, p.44-49, 2006.
<http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v58n3/a18v58n3.pdf>. p. 206.



O Brasil tornou-se membro da Convenção sobre Diversidade Biológica em 1994, e, em 1995, através de um projeto de lei, elaborou a primeira tentativa de regular o acesso aos recursos genéticos. A partir daí diversas discussões acerca do tema começaram a acontecer.

A Convenção sobre Diversidade Biológica aborda a questão da proteção aos conhecimentos tradicionais em seu artigo 8j. Segundo o aludido artigo, cada parte signatária deve:

“em conformidade com sua legislação nacional, respeitar, preservar e manter conhecimento inovações e práticas das comunidades locais e populações indígenas com estilo de vida tradicionais relevantes à conservação e à utilização sustentável da diversidade biológica e incentivar sua mais ampla aplicação com a aprovação e a participação dos detentores desse conhecimento, inovações e práticas; e encorajar a repartição equitativa dos benefícios oriundos da utilização desse conhecimento, inovações e práticas”.³¹⁰

O conhecimento tradicional possibilita a efetividade dos primeiros investimentos, reduzindo o tempo entre o início do desenvolvimento tecnológico e a comercialização de um produto.

2.2 Biopirataria da Flora: A Espinheira Santa

A Espinheira Santa, também conhecida como espinheira-divina, espinho de deus, maiteno, sombra de touro, salva-vidas, erva cancerosa, cancorosa e congorça é uma pequena árvore da família Celastraceae. Em áreas externas pode chegar a até 3 metros de altura, em vasos, pode atingir até 1 metro. É nativa da América do Sul, e no Brasil, pode ser encontrada entre os estados de Minas Gerais e Rio Grande do Sul, na região do cerrado.

A planta foi objeto de múltiplos estudos científicos devido ao

³¹⁰ Convenção sobre Diversidade Biológica. www.cdb.gov.br/CDB



fato de ser muito popular na medicina brasileira por sua especialidade terapêutica. A Espinheira Santa se mostra eficiente nos tratamentos dos males do aparelho digestivo, podendo também, ser empregada como remédio antitumoral. Na Argentina, é usada como antisséptico e bronco dilatador e no Paraguai era utilizado como método anticonceptivo pelas comunidades rurais. A partir de uma pesquisa realizada na Faculdade de Medicina do Paraná, pelo professor Aluísio França no tratamento da úlcera, a Espinheira Santa revelou-se ao universo da medicina.

“A UNIFESP (Universidade Federal de São Paulo) buscou deixar mais restrita a pesquisa sobre a erva, que foi comandada pelo professor Elisaldo Carlini, desde a década de 80. Entretanto, no ano de 1977, a partir de dados publicados pela CEME (Central de Medicamentos), do Ministério da Saúde, no “Journal of Ethnofarmacology”, provocou interesse em uma indústria japonesa, Nippon Mektron, que patenteou o produto, antecipando-se assim da Universidade, que só entrou com solicitação de patenteamento em 1999”.³¹¹

Seu nome científico é *Maytenus ilicifolia* e pode ser comprada em algumas farmácias e lojas de produtos naturais na forma de cápsulas. A Espinheira Santa é uma planta medicinal muito útil no combate às dores de estômago, gastrite, úlcera, azia e queimação, devido às propriedades medicinais que possui. Entre estas propriedades também se incluem ação cicatrizante, anti-inflamatória, anti ulcerosa, calmante, analgésica, tonificante, antisséptica, diurética e laxante.

As partes utilizadas da Espinheira Santa são as suas folhas, casca e raízes. A planta pode causar sensação de boca seca e náusea e é contraindicada durante a gravidez e lactação.

³¹¹ UNIVERSIA. Alvos da biopirataria. Universia, 07 out. 2003.



3. Mecanismos de Proteção Ambiental

Quando o indivíduo assenhora-se do conhecimento tradicional associado ou da biodiversidade, e emprega esse material, dolosa ou culposamente, comete o delito de biopirataria. Entretanto, é impossível atribuir ao agente a conduta criminosa, pois não há que se falar em crime, quando a conduta não está descrita como tipo penal, assim sendo, resta a absolvição do agente, o que o ocasiona a prática de novos atos.

Para proteger a biodiversidade brasileira foram criados alguns dispositivos para proteção do meio ambiente: em 1998 foi promulgado o Decreto 2.519 que dispôs sobre a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB), a Medida Provisória 2.186/2001 que regulamenta sobre o acesso ao patrimônio genético e ao conhecimento tradicional em território nacional; o Decreto 4.339/2002 instituiu a Política Nacional da Biodiversidade, em 2003, o Decreto 4.703 dispôs sobre o Programa Nacional de Diversidade Biológica (PRONABIO) e a Comissão Nacional da Biodiversidade, a Lei dos crimes ambientais nº 9.605, de 1998, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, a Lei da Biossegurança nº 11.105 de 2005 e, recentemente, em 20 de maio de 2015, foi promulgada a Lei 13.123, e, por fim a Lei da Diversidade Biológica.

A Constituição da República, em seu artigo 225 impõe ao Poder Público e à coletividade o dever de proteger e preservar o meio ambiente para as presentes e as futuras gerações. No seu § 3º lista atividades e condutas que são consideradas nocivas ao meio ambiente que sujeitam os infratores a sanções penais.

A Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada durante a Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento realizada no Rio de Janeiro, no período de 5 a 14 de junho de 1992 estabelece que:

“Os objetivos desta Convenção, a serem cumpridos de acordo com as disposições pertinentes, são a



conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da utilização dos recursos genéticos, mediante, inclusive, o acesso adequado aos recursos genéticos e a transferência adequada de tecnologias pertinentes, levando em conta todos os direitos sobre tais recursos e tecnologias, e mediante financiamento adequado.³¹²

Ainda sobre a CDB, em seu artigo 12, que trata da Pesquisa e Treinamento, prevê que as partes deverão levar em conta as necessidades especiais dos países em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, estabelecendo e mantendo programas de educação e treinamento científico e técnico sobre medidas para a identificação, conservação e utilização sustentável da diversidade biológica e seus componentes, bem como promover e estimular pesquisas que contribuam para a conservação e a utilização sustentável da diversidade biológica e, ainda, promover e cooperar na utilização de avanços científicos da pesquisa sobre diversidade biológica para elaborar métodos de conservação e utilização sustentável de recursos biológicos.

A Convenção sobre a Diversidade Biológica, promulgada pelo Decreto 2.519/98, assegura a soberania dos Estados quanto aos recursos naturais, competindo à legislação nacional regular o acesso à biodiversidade.

A Medida Provisória 2.186/01 institui em seu art. 2º que o acesso ao patrimônio genético existente no país será feito unicamente mediante autorização da União e terá o seu uso, comercialização e aplicação para quaisquer finalidades submetidas à fiscalização, restrições e repartição de benefícios nos termos e nas condições previstos nela.

O art. 30 desta Medida Provisória prevê que os agentes infratores estão sujeitos a sanções, se violadas as regras quanto ao

³¹² Convenção sobre Diversidade Biológica. Art. 1º



acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado.

O Decreto 4.340 regulamenta artigos da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza – SNUC.

Decreto 4.703 estabeleceu sobre o Programa Nacional de Diversidade Biológica (PRONABIO) e a Comissão Nacional da Biodiversidade, que tem por objetivo orientar a elaboração e a implementação da Política Nacional da Biodiversidade, mediante a promoção de parceria com a sociedade civil para o conhecimento e a conservação da diversidade biológica, a utilização sustentável de seus componentes e a repartição justa e equitativa dos benefícios derivados de sua utilização.³¹³

A Lei nº 9.605, lei dos crimes ambientais, de 1998, em seus artigos 38 a 53 trata dos Crimes contra a Flora e tipifica diferentes condutas a serem penalizadas.

Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção.

Já a Lei da Biossegurança nº 11.105 de 2005, que estabelece entre outras coisas sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB traz em seu artigo 28 condutas que são, em virtude desta lei, criminalizadas tais como utilizar, comercializar, registrar, patentear e licenciar tecnologias genéticas de restrição do uso.

E, por fim a Lei 13.123, Lei da Diversidade Biológica que, em seu artigo 1º, dispõe sobre bens, direitos e obrigações relativos: ao acesso ao patrimônio genético do País, bem de uso comum do povo encontrado em condições in situ, ao conhecimento tradicional associado ao patrimônio genético, ao acesso à tecnologia e à transferência de tecnologia para a conservação e a utilização da

³¹³ Decreto 4.703, art. 2º



diversidade biológica, à exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, à repartição justa e equitativa dos benefícios derivados da exploração econômica de produto acabado ou material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado, à remessa para o exterior de parte ou do todo de organismos, vivos ou mortos, de espécies animais, vegetais, microbianas ou de outra natureza, que se destine ao acesso ao patrimônio genético; e à implementação de tratados internacionais sobre o patrimônio genético ou o conhecimento tradicional associado. E ainda completa em seu § 1º que o acesso ao patrimônio genético ou ao conhecimento tradicional associado será efetuado sem prejuízo dos direitos de propriedade material ou imaterial que incidam sobre o patrimônio genético ou sobre o conhecimento tradicional associado acessado ou sobre o local de sua ocorrência.³¹⁴

O artigo 8º versa sobre a proteção dos conhecimentos tradicionais associados ao patrimônio genético de populações indígenas, de comunidade tradicional ou de agricultor tradicional contra a utilização e exploração ilícita.

“Os benefícios resultantes da exploração econômica de produto acabado ou de material reprodutivo oriundo de acesso ao patrimônio genético de espécies encontradas em condições in situ ou ao conhecimento tradicional associado, ainda que produzido fora do País, serão repartidos, de forma justa e equitativa, sendo que no caso do produto acabado o componente do patrimônio genético ou do conhecimento tradicional associado deve ser um dos elementos principais de agregação de valor, em conformidade ao que estabelece esta Lei”.³¹⁵

³¹⁴ Lei 13.123, Lei da Diversidade Biológica. art 1º

³¹⁵ Lei 13.123, Lei da Diversidade Biológica. art 17



O problema da biopirataria está intimamente ligado à falta de fiscalização pelos órgãos estatais que têm o dever de exercer o controle quanto à instituição e atuação das organizações não governamentais em território brasileiro.

Assim, a elaboração de uma norma específica que incrimine a biopirataria é medida necessária e urgente para a preservação do meio ambiente.

Conclusão

A presente proposta de trabalho concluiu que urge tipificar a prática da biopirataria no Brasil. Pois, como não há previsão no Código Penal, a biopirataria é tratada apenas como uma questão ética, o que acaba contribuindo para a sua prática. Pois, a biopirataria traz prejuízos diversos para a população do cerrado, bem como para todo o país. Exemplo disso, é que o lucro obtido com o comércio de medicamentos e cosméticos produzidos à custa da nossa biodiversidade não fica nem de longe no nosso país.

Faz-se necessário uma troca entre países ricos em biodiversidade e países ricos em tecnologias, para que os países em desenvolvimento não fiquem dependentes de pagamento de royalties e passem a ter participação nos resultados de pesquisas e na transferência de tecnologia.

A atual circunstância demanda que os mercados globais resguardem uma parcela do lucro para propiciar o desenvolvimento sustentável das populações, que haja uma troca concreta entre as áreas ricas em biodiversidade e os países desenvolvidos. O equitativo pagamento de valor de mercado pela utilização da matéria-prima e recursos da biodiversidade empregados.

Referências Bibliográficas

ALMEIDA, Luciana de Oliveira; COIMBRA, Ronaldo Rodrigues. Biopirataria. 2010. Disponível em: <
http://nead.uesc.br/arquivos/Biologia/modulo_8-



[bloco_1/uni_biopirataria/material_apoio/modulo-biopirataria.pdf](#)>.

Acesso em: 01 nov. 2017.

ALVARENGA, Jane Batista Correa de Faria. Biopirataria: defesa jurídica da diversidade biológica no Brasil. 2010. Monografia (pós graduação “Lato Sensu” em Direito Ambiental). Universidade Candido Mendes – Centro II, Rio de Janeiro.

ARQUIVOS BLOG DE SUPORTE AO BLOG BIODIESEL – Disponível em:

<http://arquivosbrasilbio.blogspot.com.br/2008/06/plantas-e-produtos-brasileiro.html>. Acesso em 13 de junho de 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado, 1988.

_____. Lei n 13.123. Lei da Diversidade Biológica. Brasília, DF, 2015.

_____. Medida Provisória nº 2.186-16, de 23 de agosto de 2001. Lex:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm>.

Acesso em: 01 out. 2017.

_____. Decreto nº 5.459, de 7 de junho de 2005. Lex: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20042006/2005/Decreto/D5459.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017.

_____. Lei nº 9.279, de 14 de maio de 1996. Lex: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19279.htm>. Acesso em: 03 nov. 2017

_____. Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1998. Lex: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19605.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

CAIXETA, Faise Carolina. Análise da legislação aplicável no combate à biopirataria na Amazônia. Monografia (Graduação em Direito) - Centro Universitário de Patos de Minas.

CLEMENT, C. R.; HIGUCHI, N. A floresta amazônica e o futuro do Brasil. Ciência e Cultura, v.58, n.3, p.44-49, 2006. <http://cienciaecultura.bvs.br/pdf/cic/v58n3/a18v58n3.pdf>

Convenção sobre Diversidade Biológica. Disponível em: www.cdb.gov.br/CDB. Acesso em: 01 nov. 2017



DINIZ, Maria Helena. O estado atual do biodireito. São Paulo: Saraiva 2001.

DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico. 3 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2008.

NASCIMENTO, Danilo Lovisaro do Nascimento. Biopirataria na Amazônia: uma proposta jurídica de proteção transnacional da biodiversidade e dos conhecimentos tradicionais associados. Curitiba: Juruá, 2010.

PASLAUSK, Silvana Regina; ANDRADE, Fábio Luiz de. REIS. Os Conceitos de Ética e Responsabilidade teorizados por Karl-Otto Apel e suas possíveis aplicações pelo Poder Público na proteção aos conhecimentos tradicionais associados à biodiversidade. In: BOAS Émilien Villas. Entre a Filosofia e o Ambiente: bases filosóficas para o Direito Ambiental. (Org.) Belo Horizonte: 3 i Editora. 2014. Pág. 133 - 156

PLANTAS MEDICINAIS E FITOTERAPIA – Disponível em: <http://www.plantasmedicinaisefitoterapia.com/espineira-santa/>. Acesso em 23 de maio de 2017.

SILVA, Carina Elguy da. Biopirataria no Brasil e a proteção interna e externa através da legislação. [S.I.], 201?. Disponível em: <<http://www.ensino.eb.br/portaledu/conteudo/artigo8497.pdf>>. Acesso em: 30 out. 2017.

UNIVERSIA. Alvos da biopirataria. Universia, 07 out. 2003. Disponível em: <<http://noticias.universia.com.br/cienciatecnologia/noticia/2003/10/07/546967/alvosda-biopirataria.html>>. Acesso em: 20 out. 2017.

VILLAMAR, Arturo Argueta. Biodiversidade, Justiça e Ética. Brasília: Revista Centro de Estudos Judiciários. CEJ n. 8, mai/ago 1999.



DIAMANTES – ALÉM DO QUE SE VÊ

Alanna Maria de Souza (UEMG- Diamantina)
Alana Machado Costa (UEMG- Diamantina)
Silvana Regina Paslauski(UEMG- Diamantina)

Resumo:

Fato é que o mineral diamante é alvo de cobiça por todo o mundo, sendo que a beleza de tal pedra é inquestionável, porém, após a sua lapidação, devido a sua supervalorização, ela se torna inacessível para muitos, principalmente para aqueles responsáveis por sua extração. Neste sentido, o principal objetivo deste trabalho é mostrar o lado obscuro dessa pedra tão cobiçada, fazendo observações sobre as condições de trabalho as quais os garimpeiros são submetidos, a mercê de doenças, exploração e outros tipos de violência, sobre os impactos ambientais provenientes da extração do diamante, dentre outros fatores relevantes sobre o tema, para tanto, falaremos também da CFEM e da Certificação de Kimberley, institutos diretamente ligados a extração dos diamantes, mas que na maioria das vezes não atingem os seus principais objetivos.

Palavras-chave: *diamantes, garimpo, desigualdade, impactos ambientais, CFEM.*

1. Introdução

Conhecida como a pedra mais preciosa e clássica, não há dúvidas de que o diamante é alvo de cobiça da grande maioria das pessoas, em especial, as mulheres. E de fato, não há como negar a beleza de um diamante lapidado, envolvido em um anel ou colar.

Ademais, além da grande beleza estética, o diamante também possui alto valor agregado em torno de si, sendo comercializado em



todo o mundo por valores extremamente altos, sendo uma jóia totalmente inacessível a população menos favorecida economicamente, a massa trabalhadora responsável pela extração do diamante em sua forma bruta, daí podemos fazer a correlação com a origem do seu nome, já que deriva de uma palavra grega que significa “inconquistável”.

Na geologia, diamantes são conhecidos por gemas transparentes ou críticos compostos de carbono, consistindo no objeto mais duro encontrado na terra, devido a sua formação, neste sentido, torna-se válido frisar os aspectos da rigidez locacional onde tais preciosidades são extraídas, além dos problemas ambientais provenientes de tal extração, problemas estes que são muitas vezes decorrentes da ausência de licenciamento ambiental.

Sabe-se que no Brasil existem reservas gigantescas de diamantes, contudo é válido observar o lado não tão glamuroso da extração e comercialização desse mineral, já que reúnem milhares de pessoas em busca do sonho de se tornarem ricos, e por isto se sujeitam a condições degradantes de trabalho, com muito sofrimento, solidão, doenças, violências, dentre outras mazelas, tudo em nome da ilusão de que chegarão a riqueza por este caminho.

Porém, é importante que não nos deixemos enganar, uma vez que é alta a diferença entre o valor agregado a jóia lapidada e o mineral retirado em bruto. Estudos demonstram que um diamante no garimpo pode ser comercializado por em média até dois milhões de reais em forma bruta, mas depois de lapidada, pode chegar a ser vendida por até vinte milhões de reais.

Neste contexto de alta exploração dos territórios brasileiros visando a extração do Diamante e outros minerais preciosos, a Constituição Federal estabeleceu que as jazidas e os depósitos minerais constituem bens da União, distinguindo a propriedade do solo à do subsolo. Dessa forma, para o desenvolvimento da atividade de mineração, foi previsto o aproveitamento econômico do produto de lavra através das concessões. Foi aí que surgiu a CFEM (Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais),



que consiste em uma constraprestação paga à União pelo aproveitamento econômico desses recursos minerais, incluindo os diamantes. Todavia, devido ao grande número de garimpos ilegais, fica difícil constatar a origem dos diamantes extraídos, tão logo, não há como se cobrar a devida contribuição de forma eficiente.

Visando ainda regulamentar a exportação de diamantes, afim de evitar que conflitos sejam financiados por meio de seu comércio, foi criada em 2002 a Certificação de Kimberley, da qual o Brasil é signatário, contudo, este acordo contém algumas incontroversas.

Destarte, este trabalho tem como principal objetivo fazer um estudo aprofundado sobre a preciosidade que é o Diamante, não se restringindo a demonstrar apenas o glamour decorrente de tal mineral, e sim transcorrer pelos caminhos que tal pedra percorre até se chegar as mais caras joalheiras, demonstrando a forma como é extraída, os problemas decorrentes de sua extração, tanto ambientais como sociais, além da discrepância entre os valores que são agregados a sua forma bruta e a sua forma lapidada, que chega as joalheiras não poucas as vezes de forma ilegal, através do comércio irregular. Além de fazer uma análise sobre o que é a CFEM, além de fazer um breve análise do Processo de Certificação de Kimberley

2. O diamante

Um dos minerais mais cobiçados do mundo, visto por muitos como símbolo de poder e sofisticação, conhecido como um bem eterno e indestrutível, baseado na noção de que “um diamante é para sempre“, esta raridade esta disseminada nos meios e costume de inúmeras sociedades e culturas, ao passo que a mídia é fator determinante dessa disseminação, associando o diamante a temas de filmes, romances ideais, glamour, celebração de datas especiais como formaturas, aniversários de casamento, dentre tantos outros aspectos considerados de suma relevância para praticamente todos os indivíduos.

Acrescenta-se ainda que tanto os índices de extração, bem como de produção de diamantes em laboratórios são altíssimos em



todo o território mundial, porém, diferente do que muitos pensam esses diamantes não são utilizados apenas na produção de jóias, sendo utilizados para os mais variados fins, como ressaltou Worcman (1998):

O diamante é utilizado para cortar, modelar e polir. Penetra em tudo, e nada consegue riscá-lo, a não ser outro diamante. As sondas de perfuração de poços de petróleo usam cristais na ponta. As brocas que nos fazem sofrer no dentista têm diamante. A ponta de brilhante de certos bisturis cirúrgicos está sempre limpa e afiada porque ele repele a água, o sangue e os tecidos molhados. (WORCMAN, 1998).

Acrescenta-se ainda que devido a resistência à alta temperatura e a sua transparência tornam esse mineral ideal para compor janelas de espaçonaves. Além de serem utilizados na produção do mais modernos microchips, já que devido a condutividade térmica dos diamantes, eles prometem que os supercomputadores não iram esquentar, assim sendo, podemos concluir que as máquinas do futuro poderão ter muito mais potência e velocidade.

É válido frisar que mencionamos apenas um rol de coisas em que o diamante pode ser utilizado, tendo em vista que ele esta presente em nossa vida em objetos que nem se quer imaginamos, o que demonstra a forma como tal mineral encontra-se enraizado na nossa sociedade.

2.1 Formação

Conhecido como uma pedra indestrutível, por ser a substância natural mais dura conhecida pelo homem, os estudiosos apontam que os primeiros diamantes se formaram há aproximadamente 2,5 bilhões de anos, sendo que tal preciosidade é formada por um único elemento químico, o carbono.

O diamante é uma das várias modificações cristalográficas do



carbono, cujo nome provém do grego “adamas” (αβαμας), ou seja, “invencível”, refletindo sua excepcional dureza mecânica e resistência química (Orlov 1977).³¹⁶

De acordo com o entendimento científico, diamantes constituem amostras diretas dos processos físico-químicos que atuaram no interior da Terra, sendo estáveis em condições de intemperismo.

No local de sua formação, a temperatura ultrapassa os 1000°, a mais de 160 quilômetros da superfície, da crosta terrestre, com uma pressão muito grande, também. Depois de formados, os diamantes são “estocados” em um “depósito”, até serem ejetados para cima por conta de erupções vulcânicas profundas. Os detritos, que são pedaços rochosos, magma e minerais que são expelidos, um cano condutor começa a ganhar forma. Tais canos são conhecidos por kimberlito. É praticamente um sinal que indica a presença de diamantes na área, sendo isso procurado pelas grandes mineradoras.³¹⁷

Outra teoria assevera que os diamantes seriam formados pela colisão de meteoritos e asteroides, sendo que os asteroides e meteoritos são corpos celestes que comumente passam ao redor da Terra, ao passo que alguns desses meteoritos entram todos os dias na atmosfera terrestre, enquanto os asteroides já bombardearam e podem bombardear novamente o planeta Terra, sendo válido ressaltar que a extinção dos dinossauros esta ligada a ocorrência de um episódio desse último fenômenos.

Segundo estudiosos no assunto, a pressão e alta temperatura criadas pelos eventos acima mencionados podem facilitar no aparecimento de diamantes.

³¹⁶ <http://www.bibliotecadigital.ufmg.br/dspace/bitstream/handle/1843/MPBB-6VQHLM/cap.v.pdf?sequence=8>

³¹⁷ Capítulo V. Biblioteca Digital da UFMG. Disponível em: <
<http://www.culturamix.com/cultura/curiosidades/como-se-formam-os-diamantes/>>.
Acesso in: 07-06-2017



Acrescenta-se que devido ao alto valor desse mineral, tem se tornado cada vez mais comum a “criação” de diamantes sintéticos. Esses diamantes são muito semelhantes aos diamantes verdadeiros, ao passo que alguns artificiais chegam a ter mais brilho do que os naturais.

Os materiais disponíveis para se recriar um diamante artificialmente são o zircônio cúbico e a moissanite, sendo essa última a tecnologia mais nova e mais realista, por se assemelhar mais ao diamante e ter um nível de dureza maior que o zircônico cúbico. Esse tipo de diamante é feito buscando atender aquelas pessoas que querem um brilho semelhante de um diamante natural, mas que não possuem condições financeiras para pagar o valor exigido por tal pedra.

Os diamantes sintéticos são produzidos sob condições bem similares às condições naturais, a saber - pressões muito elevadas e altíssimas temperaturas. Entretanto, no Laboratório ou na fábrica, é difícil manterem-se essas condições extremas pelo período de tempo necessário para o desenvolvimento de cristais grandes e, no futuro que nos é dado antever, o diamante sintético estará limitado a cristais bem pequenos que são usados como partículas abrasivas, paralelamente ao boart natural britado no tamanho equivalente.³¹⁸

Ressalta-se ainda, que também existem diamantes feitos a partir de materiais orgânicos, como as cinzas de um corpo ou de cabelo, nesse caso, esse tipo de diamante serve mais como uma lembrança de alguém querido.

Os primeiros diamantes foram descobertos na Índia, por volta de 3.500 a.C, em depósitos aluvionares na região de Golconda, e logo começou a se desenvolver o garimpo naquela região para extração de tais preciosidades, que desde são alvos de grande cobiça.

Dentre as jazidas mais importantes do mundo, podemos destacar as que se localizam na Austrália, Botswana, Canadá, África

³¹⁸ História do Diamante. “O que são diamantes e qual a sua origem”. Disponível em: <http://www.royalldiamond.com/diamante/>. Acesso in: 05-06-2017



do Sul, República Democrática do Congo, Serra Leoa, Congo, Gabão, Rússia, Angola, Gana, e no nosso Brasil.

2.2 Valor do Diamante

Este mineral geralmente se apresenta como incolor, ou amarelo pálido, porém, também pode ser encontrado com as tonalidades vermelho, rosa, azul, verde e laranjado, sendo que aqueles que portam cores mais fortes são os mais procurados e mais caros, em decorrência da sua beleza e raridade. Contudo, independente da maneira como é encontrado, independente da sua coloração, fato é que os diamantes tem agregado um valor altíssimo por todo o mundo, desde a sua descoberta, sendo que nesta época tal mineral era diretamente associado ao bens que eram acessíveis apenas a realeza. Neste sentido, “Plínio,o Velho“ (23-79 d.C), escreveu em seu livro “História Naturalis”:

O diamante é a substância de maior valor, não apenas entre as pedras preciosas, mas de todas riquezas humanas, um mineral que **durante um longo tempo foi conhecido apenas por reis, e por poucos deles**”.(grifo nosso).

Como bem observa o autor, não eram nem se quer todos os reis que tinham acesso a esse tipo de riqueza, a partir disso, podemos concluir que esta ideia de que o diamante é uma pedra inacessível surgiu junto com o seu descobrimento, ressaltando que o alto valor do diamante era conhecido desde essa época.

Hoje, os diamantes são uma das pedras mais valiosas do mundo, vendidos nas mais caras e famosas joalheiras, os grandes magnatas e sheiks chegam a pagar fortunas para terem essas pedras raras, sendo que os valores são inestimáveis para um mineral, muitas vezes, com proporções tão pequenas.

Já ficou constatado que o diamante esta entre as 10 pedras mais caras do mundo, ocupando o primeiro lugar no ranking, com o tão conhecido e cobiçado “Red Diamonds“, o diamante vermelho, ao



passo que poucas pessoas tiveram a oportunidade de apreciar a sua beleza, o seu brilho e cor viva do vermelho arroxeadado. Ele é considerado o diamante mais caro do mundo, e a sua extração é de origem australiana, e o seu preço médio é 2,5 milhões de dólares por quilate, o que hoje equivale há aproximadamente 05 milhões de reais.

Acrescenta-se ainda que não é apenas o diamante vermelho que possui valor agregado tão alto, sendo certo que todas as espécies de diamantes são vendidos por valores extremamente altos, e tais valores são determinados principalmente pelo tamanho da pedra, sua cor, sua pureza e a lapidação, ao passo que em principio quanto maior, mais escura e uniforme a pedra for, mais valiosa ela será.

Outro fator determinante é a forma como a pedra é lapidada. De acordo com Svizzero, a lapidação é o processo pelo qual a pedra bruta é talhada segundo um modelo geométrico previamente escolhido, com a finalidade de ressaltar atributos como transparência, cor, brilho, e efeitos ópticos especiais, entre outros, sendo que a lapidação visa, sobretudo, melhor aproveitar a pedra em bruto.

O processo de lapidação é uma sequência ordenada de atos, em que primeiramente a pedra é estudada, para que se possa constatar eventuais defeitos. Após, o diamante é clivado ou serrado, torneado e em seguida montado para o processo de facetamento.

Atualmente, os principais centros de lapidação estão concentrados em Nova York, Antuérpia, Amsterdam, Tel-Aviv, Hong Kong, Bombaim e Tóquio, que também são os principais centros comerciais dessas preciosidades. Contudo, é de suma importância que saibamos reconhecer que por trás de todo o glamour e beleza desse mineral tão cobiçado, muitas mazelas se escondem nas vitrines das joalherias, passando despercebidas as atrocidades cometidas em nome dessa pedra, sendo válido ressaltar o ensinamento de Álvaro Opperman, em seu artigo intitulado “Diamantes, lama e sangue”:



Diamantes embelezam os dedos das mulheres que podem se dar ao luxo de usá-los, mas já levaram embora as mãos de milhares de crianças africanas – vítimas de conflitos financiados com o dinheiro da exploração diamantífera. Fascinante, belo, sangrento, misterioso, inescrupuloso: todas essas qualidades já foram aplicadas ao multifacetado diamante.³¹⁹

Ressalta-se que o autor fez menção aos conflitos financiados com o dinheiro da exploração diamantífera, todavia, este é apenas um dos absurdos decorrentes da exploração de tal pedra até que ela chegue nas joalheiras famosas, ao passo que a exploração começa desde a sua extração, causando danos irreparáveis ao meio ambiente, bem como para as pessoas que trabalham nos garimpos, que são submetidas às condições de vida e trabalho, no mínimo precárias.

3. Além do que se vê

3.1 A extração de Diamantes

Mesmo após milhares de anos da descoberta dos diamantes, ainda hoje, debaixo de vários solos repousam muitos dolares em diamante bruto.

E por isto, ávidos por dinheiro, com o sonho de que um dia ficaram milionários, os caçadores de diamante estão espalhados pelo mundo inteiro, trabalhando em minas em um processo de extração de um dos minérios mais valiosos do planeta. Alguns em locais determinados por geólogos que têm uma compreensão da gênese dos diamantes (conhecimento de como os diamantes são criados ou formados), por meio das mais modernas tecnologias, outros adotando métodos mais rudimentares, contando com a própria sorte, contudo, em ambos os casos, conscientes de que a mineração de

³¹⁹ OPPERMAN, Álvaro. Em: *Diamantes, lama e sangue*. Disponível em: <<http://super.abril.com.br/cultura/diamantes-lama-e-sangue/>>. Acesso in: 04-06-2017



diamantes não é um processo/trabalho com resultados instantâneos, pelo contrário, é um trabalho que envolve muita habilidade e trabalho duro.

O modo como os diamantes são extraídos varia de acordo com a natureza e a estrutura do minério, sendo que a posição de onde esta pedra tem de ser extraída é um dos fatores determinantes, ao passo que ela pode estar em um depósito secundário, como um leito de um rio, ou enterrada em um tubo vulcânico solidificado. Dependendo desses fatores, existem dois processos principais de mineração de diamantes, que são chamados de "tubo de mineração" e "mineração aluvial".

3.1.1 Tubo de Mineração

Como o próprio nome faz menção, a extração de minérios pelo processo de mineração de tubos se dá quando o diamante encontra-se solidificado em chaminés vulcânicas. Este magma solidificado, que é a rocha ígnea azulada, é chamada de kimberlito.

Estes tubos de kimberlito ocorrem nas “bocas“ das crateras vulcânicas de vulcões inativos.

Ademais, frise-se que o kimberlito é apenas um tipo de rocha ígnea vulcânica que tem diamantes, mas existem muitas coisas, que ocorrem com diferentes combinações química, porém, o kimberlito é a mais conhecida e uma das que mais produzem diamantes preciosos.

3.1.2 Mineração de aluvião

Os diamantes podem ser extraídos pelo método conhecido como aluvião, que é a prática mais usual. Existem alguns depósitos secundários de diamantes que são criados pela erosão da camada superior do solo, a partir de sites vulcânicos.

Ao longo dos anos, esses minérios de diamante ficam depositados e incorporados no fundo do mar e nos leitos dos rios. E para extrair os diamantes, um separador de areia ou represa artificial é criado, contendo água em volta. Em seguida, o leito do mar ou rio



é manual ou mecanicamente escavado, e os minérios são enviados para uma refinaria para extração.

3.2 Condições de trabalho nas minas

O trabalho nas minas de diamante é algo que perdura em nosso meio há vários séculos, contudo, as minas de diamantes nunca foram locais agradáveis para se trabalhar.

No caso do Brasil, por exemplo, quando os diamantes foram descobertos nas minas de Minas Gerais, o trabalho escravo predominava, com condições de trabalho mais degradantes possíveis, e quando os trabalhadores eram suspeitos de roubos, eram trancados e acorrentados nus por dias a fio, num cubículo sem luz ou ventilação, água ou comida.

Contudo, o trabalho nos garimpos de diamante, apesar de muito sofrido, não é algo que ficou no passado, uma vez que, milhares de trabalhadores se sujeitam a trabalhar nas minas, ou por falta de opção, ou sob a ilusão de que alcançaram o sonho de ficarem milionários. Ocorre que, o que muito se vê é que, como as minas não poucas as vezes se localizam em locais isolados, os trabalhadores abandonam sua família sob a ânsia de se alcançar uma vida melhor, abandonando quase que por completo o convívio social.

Ademais, as condições de trabalho são totalmente escassas, sendo que os garimpeiros são submetidos aos mais diversos tipos de risco. A poeira das minas, por exemplo, pode causar cancer de pulmão, dentre outros problemas respiratórios.

De acordo com a Organização Internacional do Trabalho (OIT) o setor de mineração é o mais perigoso do mundo para se trabalhar atualmente. Os profissionais da área atestam que a indústria extrativa é a que mais oferece risco de acidentes e até mesmo de vida, por ser a que menos oferece medidas de segurança aos trabalhadores. Aduzem ainda que trabalhar em uma mina é quase garantia de ter seus direitos desrespeitados também em termos de piso salarial, jornada de trabalho e abusos físicos por parte dos empregadores.

Importante frisar que todos os anos, importantes organizações



internacionais como a ONU e a OIT divulgam relatórios denunciando a situação precária dos trabalhadores em minas, em especial as minas de diamante. A mídia também reporta com frequência acidentes nos quais mineradores morrem. Ou seja, fato é que o trabalho nas minas é muitas vezes desumano, principalmente devido a existência de várias minas ilegais, sem nenhuma fiscalização, o que viabiliza ainda mais o uso de mão de obra infantil e a falta de proteção aos trabalhadores.

3.2.1 Diamantes de sangue

Nesse mesmo contexto de exploração de diamantes não poderíamos deixar de mencionar o filme *Diamantes de Sangue*, estreiado em 2006, sob a direção de Edward Zwick, compondo o elenco principal o ator Leonardo DiCaprio e Jennifer Connelly.

O filme se passa no contexto da guerra civil em Serra Leoa e termina com uma conferência feita sobre os diamantes de sangue, também conhecidos como diamantes de conflitos. Sendo que esta Conferência Final remonta ao encontro realizado em Kimberly, na África do Sul, no ano de 2000, ao passo que o objetivo principal era estabelecer um procedimento voltado a certificação da origem dos diamantes brutos, afim de evitar que conflitos armados fossem financiados por seu comércio.

É importante destacar este filme, tendo em vista que Serra Leoa é um dos grandes produtores mundiais de diamantes, símbolo de ostentação e fortuna. Contudo, é um dos lugares mais miseráveis do mundo, ocupando o último lugar no índice de desenvolvimento humano da ONU. Arrasada por uma guerra civil, mais da metade da população vive abaixo da linha da pobreza, e o filme retrata muito bem essa realidade, demonstrando todo esse cenário de pobreza e exploração incluindo a exploração de mulheres e crianças.

Os diamantes de sangue são conhecidos como diamantes de conflito por definição da própria ONU, sendo aqueles diamantes oriundo de áreas controladas por facções ou grupos que se rebelam contra governos reconhecidos internacionalmente. Neste contexto, as



pedras são usadas para financiar ações miliares contra esses governos ou em qualquer ação condenada pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas.

Ressalta-se que a utilização de diamantes em conflitos armados veio à tona no final da década de 1990, justamente durante a guerra civil em Serra Leoa, sendo que, quando tudo isto veio à tona a atenção global se voltou para tal tema, não apenas para a relação entre diamantes e conflitos, como também para as condições desumanas nas jazidas e em todo o processo de exploração e exportação de diamantes.

Ademais, com o transcorrer do tempo ficou evidente que os diamantes não financiavam os conflitos somente em Serra Leoa, como também em outros países africanos como a Angola, República Democrática do Congo, Libéria, Costa do Marfim, dentre outros, por isto, com a intenção de regular o comércio desse mineral tão valioso e como forma de impedir que diamantes vendidos na Europa e Estados Unidos estivessem financiando grupos rebeldes, foi iniciado o Processo Kimberley, o qual é referenciado no final do filme *Diamantes de Sangue*.

3.2.2 Processo Kimberley

Em maio de 2000, países e organizações internacionais juntaram-se na cidade de Kimberley, na África do Sul, para discutir como impor regulamentações rígidas ao comércio de diamantes. Com apoio da ONU, um esquema internacional de certificação para diamantes brutos foi finalmente implementado em 2003 e denominado Processo de Certificação Kimberley, ou Processo Kimberley. Atualmente, 81 países participam do KP – o correspondente à 99,8% da produção mundial da pedra. Países como Venezuela e Iraque recusam-se a aderir ao acordo.³²⁰

³²⁰ ALT, Vivian. Em: “A falácia da certificação dos Diamantes de Sangue”. Disponível em: <http://politike.cartacapital.com.br/a-falacia-da-certificacao-dos-diamantes-de-sangue/> Acesso in: 07-06-2017



Com a Certificação de Kimberley, os países participantes necessitam comprovar que os seus diamantes cumprem as exigências da Certificação, para que dessa forma consigam o certificado e consequentemente serem aceitos no mercado internacional legal de pedras preciosas.

Contudo, é interessante notar que as exigências para a emissão da certificação é bastante limitada, uma vez que não há menção à regulação das condições de trabalho, como salários ou procedimentos de segurança dos mineradores, uso de violência nas jazidas, ou mesmo utilização dos diamantes para financiar governos autoritários, e por isto, a Certificação de Kimberly é considerada por muitos como uma das maiores farças dos acordos internacionais.

A grande crítica reside no fato de que, ao invés de monitorar o comércio de diamantes, garantindo condições de emprego decentes e seguras aos mineradores, o Processo Kimberley legitima a exploração dos garimpeiros, ajudando a acobertar o que de fato se passa no mercado de diamantes, como por exemplo, o não cumprimento de leis trabalhistas, incluindo a falta de segurança dos mineradores.

Ressalta-se que é proibida a importação ou exportação de diamantes brutos, cuja origem seja de país que não seja partícipe do Processo de Kimberley.

3.2.3 Processo Kimberley no Brasil

O processo de Kimberley foi instituído no Brasil em 2003, por intermédio da Lei n 10.743 de 09 de Outubro de 2003, sendo que os responsáveis por essa implatação foram a Secretari da Receita Federal, Secretaria de Comércio Exterior e o Departamento Nacional de Produção Mineral.

Esse processo tem por objetivo impedir, na importação, a entrada de remessas de diamantes brutos sem o Certificado do Processo de Kimberley do Brasil, já na exportação, visa impedir as remessas de diamantes brutos extraídos de áreas de conflitos ou qualquer área não legalizada perante o Brasil.



De acordo com o art. 4 da Lei supramencionada, os objetivos do Processo de Kimberley são: I - assegurar o acesso da produção brasileira de diamantes brutos ao mercado internacional; II - impedir a entrada, no território nacional, de diamantes brutos originários de países não-participantes do Processo de Kimberley, bem como daqueles originários dos países participantes, mas que estejam desacompanhados de documentação compatível com aquele Sistema; e III - impedir a saída do território nacional de diamantes brutos desacompanhados do Certificado do Processo de Kimberley.

Importante salientar que para a exportação de diamantes brutos produzidos no Brasil se faz necessário que estes estejam acompanhados do Certificado do Processo de Kimberley (CPK), emitido pelo Departamento Nacional de Produção Mineral. É obrigatória apresentação de uma cópia por ocasião do licenciamento não-automático pelo departamento mencionado.

O art. 6 da Lei 10.743-13 dispõe sobre o referido certificado, fazendo a ressalva de que, se necessário, em decorrência de ação fiscal aduaneira realizada no curso do despacho, deverá ser expedido certificado pelo Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, após examinar se os lotes de diamantes brutos estão em conformidade com o conteúdo do CPK que os acompanha.

As penalidades para aqueles que infringirem o que a referida Lei dispõe, estão descritas no artigos 9 e 10 da mesma Lei. Sendo que essas penalidades consistem no perdimento da mercadoria ou em multa de cem por cento.

Com fulcro no art. 9 aplica-se a pena de perdimento da mercadoria: I - submetida a procedimento de despacho aduaneiro, sem amparo do Certificado do Processo de Kimberley; e II - na posse de qualquer pessoa, em zona primária de portos, aeroportos e pontos de fronteira alfandegados, sem amparo do Certificado do Processo de Kimberley. Já o art. 10 dispõe sobre a multa de cem por cento do valor da mercadoria: I - ao comércio internacional de diamantes brutos, sem amparo do Certificado do Processo de Kimberley verificado em procedimento de ação fiscal aduaneira de



zona secundária, com base em registros assentados em livros fiscais ou comerciais; e II - à prática de artifício para a obtenção do Certificado do Processo de Kimberley.

4. Garimpos de Diamante no Brasil

A história do garimpo de diamante brasileiro iniciou-se no século XVIII, historiadores apontam que em 1729 o governador da capitania de Minas Gerais, Dom Lourenço de Almeida, noticiou oficialmente a existência de minas em Minas Gerais. Nesse tempo, somente quem se aventurava na clandestinidade que enriquecia.

A Coroa ficou ciente da então produção à época no Arraial do Tijuco, hoje denominada Diamantina, Minas Gerais, e assim o Brasil ganhou impulso e liderou o comércio mundial de diamante. Entretanto, em 1867, na África do Sul, foi descoberto um diamante nos arredores de Kimberley fazendo com que o Brasil perdesse a hegemonia, ficando pra trás na produção global, permanecendo até os dias atuais.

Atualmente, o projeto de Diamantes do Brasil tem revelado várias áreas com possibilidade de se obter diamantes primários. As jazidas de diamantes primários são aquelas onde há a extração do diamante bruto diretamente da rocha que o gerou.

Contudo, enquanto não se estuda profundamente essas jazidas de diamantes primários, aquelas de diamantes secundários os garimpeiros continuam encontrando-as. As regiões de Coromandel e Diamantina, em Minas Gerais e as regiões dos estados do Pará, Roraima e Goiás têm muitas jazidas desse tipo de diamante.

Em 2016, aconteceu a exploração da primeira jazida de diamantes primários no Brasil, no município baiano chamado Nordestina. Em 2015, o Brasil produziu em torno de 31,8 mil quilates de diamante, totalizando US\$1,5 milhão. Ainda em 2015, o Brasil exportou cerca de 34,7 mil quilates ao valor total de US\$5,7 milhões aproximadamente, sendo que a exportação mundial foi de 351,4 milhões de quilates ao valor de US\$ 42,4 bilhões.

Essa descoberta na Bahia, se considerar o pico de produção



na mina de Nordestina, em 2020, fará com que o Brasil alcance o 11 lugar na produção global de diamante. Até 2015 o Brasil não produzia diamante primário, mas em meados de 2016 essa realidade mudou.

A produção de diamantes do Brasil, em sua maioria, é exportada para os Emirados Árabes Unidos, Estados Unidos e Israel. Segundo a Revista Época, o Brasil já liderou a produção global de diamante no século XVIII, porém hoje representa 0.02% do mercado, ficando a 19ª posição do ranking.

4.1 Garimpeiros ilegais de diamante

O Brasil é um país continental imenso e de imensa riqueza tanto na superfície quanto em suas profundidades. Fato é que milhares de pessoas, muitas vezes por se encontrarem em situação financeira difícil, acabam indo em busca do sonho de se tornarem ricos com o garimpo, submetendo a muito sofrimento, doenças e violência.

As condições desses garimpeiros são desumanas, vivendo perigosamente e vulneravelmente em meio às matas, explorando ilegalmente os diamantes - com emprego de violência - para alimentar o mercado clandestino de diamantes e tentarem, principalmente, realizarem o sonho da grande maioria: enriquecer. Apesar de ser um trabalho duro e o retorno incerto, muitos de aventuram infringindo a lei.

Sabe-se que em reservas indígenas, apesar de não ser divulgado com muita precisão, existem enormes jazidas, contudo, conforme a Carta Magna e FUNAI, essas áreas são preservadas. Essas áreas se encontram principalmente nos estados de Pará, Amazonas, Rondônia e Mato Grosso.

Apesar das áreas indígenas serem preservadas por lei, existe quem ainda explore as referidas terras. Para a repressão desses garimpos ilegais, tanto em terra indígena quanto áreas onde não é permitida a atividade exploratória, o novo marco regulatório vem para incentivar a formalização e conscientização dos garimpeiros.



O Governo conta com ação conjunta com o Ibama, Polícia Federal e Instituto Chico Mendes, entre outros órgãos, para tentar dar conta da repressão ao garimpo clandestino, que tanto traz malefícios para o Meio Ambiente, destruindo comunidades indígenas e o próprio Meio Ambiente.

Um exemplo de garimpo ilegal em reservas indígenas foi o pico da corrida ao diamante na Roosevelt em 2004, quando havia mais de 5.000 garimpeiros naquela região. Houve conflito, ameaças de indígenas a garimpeiros e vice-versa. Essa área foi abandonada depois do referido conflito que resultou em uma chacina de 29 garimpeiros, porém foi retomada com garimpeiros armados extraindo os diamantes, apesar de ter sido objeto operação da Polícia Federal.

Essa área trata-se de uma terra indígena que não pode ser estudada e nem lavrada até a aprovação de uma lei com regulamentação específica. Em Março de 2015 havia pelo menos 500 garimpeiros armados na área de Roosevelt e enfrentando todos os índios, um quadro mais grave que em 2004 à época do conflito mencionado anteriormente.

Contudo, apesar da proibição e tentativa de fiscalização, o garimpo ilegal se mantém. À medida que o garimpo ilegal vai avançando, a floresta vai desaparecendo. O impacto ambiental é enorme e isso é inquestionável. É possível ver nesses garimpos enormes crateras em um horizonte sem fim. O Mato Grosso e Minas Gerais são as principais rotas de lavagem do diamante ilegal.

4.2 Valores do diamante bruto e depois lapidado

Diferente do que muitos pensam, os diamantes perfeitos e brilhantes encontrados nas joalherias não são encontrados de tal maneira na natureza. Na natureza encontramos o diamante bruto, sendo que pessoas leigas podem até confundir a pedra com um pedaço de vidro.

Nas joalherias ele já está lapidado. O processo de lapidação do diamante é feito de forma artesanal, para além de aperfeiçoá-lo em



sua forma, serve para poli-lo. Essa lapidação, para o mercado do diamante, é essencial para determinar o valor da joia, sendo que tal processo dá brilho e beleza à pedra. Hoje em dia, graças ao surgimento do laser, os diamantes podem ser lapidados em diversas formas: gotas, navete, baguete, coração, estrela, lua, entre outros.

Fato é que o processo de lapidação valoriza e muito o diamante. Na sua forma bruta, o diamante é comercializado por aproximadamente 2 milhões de reais, todavia, quando lapidado esse valor pode chegar a 20 milhões de reais.

5. Os impactos ambientais decorrentes da exploração de diamantes

As jazidas se encontram onde as condições geológicas são favoráveis para sua formação, essa condição é denominada de rigidez locacional da jazida. Ao identificar o local favorecido, dá-se início ao garimpo e, conseqüentemente, traz consigo os inúmeros impactos ambientais.

Os impactos ambientais podem ser associados de acordo com as diversas fases da exploração: abertura da cava (retira-se vegetação, escava, movimenta a terra, modifica a paisagem local), uso de explosivos no desmonte de rocha (vibração do terreno, poeira, ruídos), transporte (poeira), afetando a água, o solo e o ar, além da população local.

O mais perceptível para todos e mais característico impacto ambiental causado pela atividade garimpeira é a alteração da paisagem natural de todo o local em que um garimpo se instala. Fato é que esse impacto ocasionado por um grupo de pessoas resulta em prejuízo para toda a população, uma vez que todos fazem uso do Meio Ambiente e precisam deste para ter uma boa qualidade de vida.

Ainda, a poeira é uma das maiores vilãs para os habitantes próximos do garimpo e até mesmo para aqueles que trabalham no garimpo, essa advém tanto da exploração das rochas quanto dos transportes da produção.



6. Compensação Financeira pela exploração de recursos minerais (CFEM)

Trata-se de uma contraprestação pela utilização econômica dos recursos minerais em seus respectivos territórios, ou seja, uma contraprestação aos municípios, estados e União.

O art. 20 da Constituição Federal em seu parágrafo 1 assegura que os estados, DF, municípios, bem como órgãos da administração da União, têm participação no resultado da exploração de recursos minerais no respectivo território, plataforma continental, mar territorial ou zona econômica exclusiva, ou compensação financeira por essa exploração.

A CFEM é administrada pelo DNPM, Departamento Nacional de Produção Mineral. Ele baixa e exerce fiscalização sobre as arrecadações da CFEM. Essa cobrança é exercida por quem exerce exploração de atividade de mineração ou de recursos naturais. “O fato gerador da compensação financeira é a saída por venda do produto mineral das áreas da jazida, mina, salina ou outros depósitos minerais. E, ainda, a utilização, a transformação industrial do produto mineral (...)”.

As leis número 7990-90 e 8001-90 e a CF-88 instituíram a CFEM, essa regulamentada pelo Decreto número 01-91.

O decreto definiu que a CFEM incide sobre o faturamento líquido, no caso da venda do minério bruto e beneficiado, ou no custo intermediário de produção, quando o produto mineral é consumido ou transformado em um processo industrial.

As alíquotas da CFEM foram previstas em lei e aplicadas por substância da seguinte forma: 3% - Para o minério de alumínio, manganês, sal-gema e potássio; 2% - Para ferro, fertilizante, carvão e demais substâncias; 1% - Para ouro; e 0,2% - Para pedras preciosas, pedras coradas lapidáveis, carbonatos e metais nobres.

Os recursos arrecadados podem ser aplicados em projetos que revertam em benefícios da comunidade local, melhorias na infraestrutura, qualidade ambiental, saúde e educação, não podendo



ser aplicados em pagamento de dívida ou no quadro de permanente de pessoal.

A distribuição desses recursos é realizada da seguinte maneira: 12% - Destinados a União e distribuídas entre o DNPM, Ibama e MCT/FNDCT; 23% - Repassados ao Estado de origem da extração; 65% - Destinados ao município onde ocorre a extração.

Conclusão

Os diamantes estão entre as joias mais caras e mais cobiçadas do mundo, neste sentido, são completamente inacessíveis para a maioria das pessoas, principalmente pela classe menos favorecida, que são os responsáveis por sua exploração.

Neste sentido, podemos aduzir que por trás de toda a beleza dessa pedra lapidada, devemos observar seu lado obscuro, tendo em vista que inúmeras pessoas se submetem a condições de trabalho degradantes em busca do sonho de enriquecer, e por isto ficam sujeitos a vários tipos de doenças e grande exploração.

Ademais, tendo em vista que a maioria das regiões que são exploradas visando a extração de diamantes não são licenciadas, estas áreas estão sujeitas a grande degradação ambiental, principalmente devido a alta rigidez locacional dessas regiões.

Além disso, os diamantes sendo considerados propriedade da União, foi criada e regulamentada a CFEM (Compensação Financeira pela Exploração de Recursos Minerais), sendo esta uma contraprestação aos municípios, estados e União pela exploração econômica dos recursos naturais. A distribuição desses recursos é realizada da seguinte maneira: 12% - Destinados a União e distribuídas entre o DNPM, Ibama e MCT/FNDCT; 23% - Repassados ao Estado de origem da extração; 65% - Destinados ao município onde ocorre a extração, contudo, a arrecadação referente a exploração dos diamantes é irrisória, ademais, com a existência do grande número de garimpos ilegais a arrecadação se torna muito difícil, uma vez que não há como saber a origem das referidas pedras.



Ressalta-se ainda que os diamantes tão cobiçados, também são utilizados para financiar muitos conflitos, e com a intenção de acabar com esta prática foi criada a Certificação de Kimberley, que determina que os países participantes necessitam comprovar que os seus diamantes cumprem as exigências da Certificação, para que dessa forma consigam o certificado e conseqüentemente serem aceitos no mercado internacional legal de pedras preciosas. Porém, as exigências para a emissão da certificação é bastante limitada, uma vez que não há menção à regulação das condições de trabalho, como salários ou procedimentos de segurança dos mineradores, uso de violência nas jazidas, ou mesmo utilização dos diamantes para financiar governos autoritários, e por isto, a Certificação de Kimberly é considerada por muitos como uma das maiores farças dos acordos internacionais.

Destarte, podemos aferir que o diamante, além de todo o glamour visto nas joalheiras e exposto pela mídia apresenta um lado negro que a maioria das pessoas desconhece.

Referências Bibliográficas

ASSAD, Thatyana Weinfurter. Em: Diamantes de sangue: os aspectos aduaneiros na legislação brasileira. Disponível em: <<https://canalcienciascriminais.jusbrasil.com.br/artigos/311025784/diamantes-de-sangue-os-aspectos-aduaneiros-na-legislacao-brasileira>>. Acesso in: 03-06-2017

ALIANÇAS, Reisman. Em: Diamante ou Brilhante? Qual a diferença? Disponível em: <<https://www.reisman.com.br/blog/diamante-ou-brilhante-qual-a-diferenca/>>. Acesso in 07-06-17.

ALT, Vivian. Em: Mineração é a maior responsáveis por mortes no trabalho ao redor do mundo. Disponível em:<<http://politike.cartacapital.com.br/mineracao-e-a-maior-responsavel-por-mortes-no-trabalho-ao-redor-do-mundo/>>. Acesso in: 06-06-2017

ALT, Vivian. Em: A falácia da certificação dos diamantes de sangue.



Disponível em: <<http://politike.cartacapital.com.br/a-falacia-da-certificacao-dos-diamantes-de-sangue/>>. Acesso in: 07-06-2017

BRANCO, Renata. Em: Processo de mineração de diamantes. Disponível

em:<<http://www.manutencaoesuprimentos.com.br/conteudo/4360-processo-de-mineracao-de-diamantes/>>. Acesso in: 25-05-2017

Produção de diamantes no Brasil pode crescer até 10 vezes.

Disponível em> <<http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/12/producao-de-diamantes-no-brasil-pode-crescer-ate-10-vezes-1>>. Acesso in: 01-06-17.

LUCAS, Adriano. Em: Top 10 pedras preciosas mais caras do mundo. Disponível em: < <http://top10mais.org/top-10-pedras-preciosas-mais-caras-mundo/>>. Acesso in: 05-06-2017.

SILVA, Sara. Em: Quais as pedras preciosas mais caras. Disponível em: <<https://artes.umcomo.com.br/artigo/quais-as-pedras-preciosas-mais-caras-9960.html>> . Acesso in: 28-05-2017.

GROBLER, John; SHARIF, Khadija. Em: O mercado de diamantes de sangue ainda existe – e prospera. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/digital/134/o-mercado-de-diamantes-de-sangue-ainda-existe-e-prospera/>>. Acesso in: 05-06-2017

O GLOBO. Em: Brasil de volta ao clube dos grandes produtores de diamante. Disponível

em: <<http://epocanegocios.globo.com/Economia/noticia/2017/02/brasil-de-volta-ao-clube-dos-grandes-produtores-de-diamante.html>>.

Acesso in: 03-06-17.

SILVA, Luis Felipe. Em: O garimpo ilegal numa das maiores reservas de diamante do planeta. Disponível em:

<<http://www1.folha.uol.com.br/ilustrissima/2015/09/1686420-o-garimpo-ilegal-numa-das-maiores-reservas-de-diamantes-do-planeta.shtml>>. Acesso in: 04-06-17.

SILVA, João Paulo Souza. Em: Impactos ambientais causados por mineração. Disponível em: <<http://www.registro.unesp.br/sites/museu/basededados>>. Acesso em 28-05-17.



UMA ANÁLISE DA ESTABILIDADE PROVISÓRIA DA GESTANTE NO DIREITO BRASILEIRO

Wanilde Líbia da Costa Santos (UEMG)
Mariana Aparecida Adalberto de Carvalho
(UEMG/FAC)

Resumo:

O Presente artigo tem por escopo analisar a importância da proteção da maternidade à luz do Direito Brasileiro, destacando a estabilidade provisória da gestante na efetivação da dignidade da pessoa humana, no atual paradigma do Estado Democrático de Direito. Neste sentido, busca-se aferir a eficácia da estabilidade provisória da gestante, enfatizando, frente às relações de trabalho, a necessidade de se ater às condições físicas e biológicas específicas da mulher, tendo em vista, a finalidade para a qual o instituto da estabilidade provisória da gestante foi criado, visando a igualdade de forma isonômica e a não discriminação da mulher no mercado de trabalho.

Palavras-chave: *Estabilidade provisória, Trabalho da Mulher, Discriminação, Gestante.*

1. Introdução

A Estabilidade Provisória tem o intuito de proteção à maternidade, retirando do empregador a vontade unilateral de despedir a empregada em estado gravídico. Tal proteção visa à efetivação da dignidade da pessoa humana, tanto da gestante como também do nascituro.



No contexto atual, depois de desbravar os grandes obstáculos ao longo da história, a mulher vem, cada vez mais, ocupando lugar no mercado de trabalho, numa busca incessante de direitos e garantias que resultem na igualdade de direitos quando comparada à classe masculina.

A mulher, por possuir condição biológica peculiar relacionada à maternidade, e que tem como privilégio a missão de gerar a descendência, perpetuando a humanidade, necessita de amparo ainda maior, propiciando o respaldo legal para proteção da maternidade assim como do nascituro, efetivando a dignidade da pessoa humana.

Desta forma, o presente artigo visa, através de pesquisa sistemática, aferir a eficácia da estabilidade provisória da gestante à luz do direito brasileiro, desenvolvido através de pesquisa bibliográfica em matérias publicadas em livros, revistas e redes eletrônicas, tais como: doutrinas, jurisprudências e legislações.

2. A Estabilidade Provisória da Gestante

A garantia de emprego destinada às gestantes é um direito que visa dar proteção aos nascituros, para que a mulher ao se reestabelecer do parto tenha condições de oferecer o devido cuidado à criança nos seus primeiros dias de vida.

Tendo em vista que a mulher no seu estado gravídico passa por um período sensível e de uma série de mudanças na sua vida e rotina de trabalho, dispõe o artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias sobre a estabilidade provisória diante o poder de dispensa arbitrária do empregador, que assegura essa garantia desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto:

Até que seja promulgada lei complementar a que se refere o artigo 7º, I, da Constituição: (...)

II- fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:



b) a empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. (BRASIL, 1988)

Quanto à comprovação da gravidez, o Tribunal Superior do Trabalho entende que independe de confirmação de gravidez para poder desfrutar dessa garantia, conforme Súmula 244, inciso I, “O desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade (art. 10, II, “b” do ADCT)”.

A estabilidade provisória da gestante tem influência no âmbito internacional na Organização Internacional do Trabalho (OIT) com a lei acerca da proteção à maternidade na Convenção de nº 103, de 1953 que foi revista pela convenção de nº 183 de 1999, que amplia a proteção destinada à maternidade alcançando as trabalhadoras domésticas estabelecendo 14 semanas para o período de licença maternidade, podendo ainda ser estendido esse período nos casos de doenças proveniente da gestação.

No âmbito nacional, com Constituição da República de 1988, o artigo 7º, inciso XVIII, vem ampliar o período de licença maternidade para 120 dias, ultrapassando a duração estabelecida pela convenção de nº 183 da OIT.

Já em 09 de Setembro de 2008, a Lei de nº 11.770 cria o programa empresa cidadã com o objetivo de ampliar a licença maternidade por mais 60 dias que poderá ser solicitada pela empregada gestante até o término do primeiro mês depois do parto, caso a empresa tenha aderido ao referido programa.

Assim, a estabilidade provisória da gestante vem promover o bem estar do nascituro e da gestante, assegurando a esta a proteção de emprego para nos primeiros meses se dedicar com exclusividade à maternidade, período em que é fundamental a presença da mãe para o desenvolvimento saudável da criança, assegurando a vida desde a concepção, sem distinção e violação de direitos de qualquer natureza.



2.1. Estabilidade Provisória da Gestante e o Aborto

A garantia de emprego destinada às gestantes alcança as mulheres trabalhadoras que por uma fatalidade natural enseja a interrupção da gestação, ou seja, o aborto não poderá ser decorrente de um ato ilícito para que haja apenas a suspensão do seu contrato de trabalho.

De acordo com Corrêa (1999) a doutrina atualmente define o aborto:

como a interrupção da gravidez antes da viabilidade fetal. O conceito de viabilidade fetal é discutível. No momento de acordo com a Organização Mundial de Saúde, consideram-se inviáveis fetos com menos de 200 gramas de idade gestacional ou peso inferior a 500 gramas. Excepcionalmente fetos com essas características sobrevivem (CORRÊA, 1999, p.290).

Adverte a CLT no artigo 395, “em caso de aborto não criminoso, comprovado por atestado médico oficial, a mulher terá um repouso remunerado de 2 (duas) semanas, ficando lhe assegurado o direito de retornar à função que ocupava antes de seu afastamento. Martins (2008) leciona acerca desta garantia da trabalhadora gestante elucidando que:

Se o aborto não é criminoso, a empregada tem direito a duas semanas de descanso (artigo 395 CLT). Quem faz o pagamento é a previdência social. Trata-se, portanto de interrupção do contrato de trabalho, pois conta-se o tempo de serviço para todos os efeitos. Se o aborto for, criminoso, haverá a suspensão do contrato de trabalho, pois nenhum efeito gerará para a empregada. (MARTINS, 2008, P.318)



Portanto, por força do artigo 131, inciso II, da Consolidação do Trabalho, essa garantia de emprego assegura o emprego à mulher não entendendo como falta ao serviço a sua ausência durante o licenciamento compulsório da empregada por motivo do aborto, visa o bem estar da mulher, considerando essa ausência legal.

2.2. Estabilidade Provisória da Gestante e a Adoção

Para usufruir dos benefícios da Estabilidade Provisória da Gestante é necessário que haja a confirmação da gravidez, e como a finalidade dessa garantia é o desenvolvimento saudável da criança, a legislação vem ampliando as garantias decorrentes do estado gravídico para as mães adotivas.

Inicia-se essa trajetória estendendo à mãe adotiva a licença maternidade de 120 dias estabelecendo um critério de proporcionalidade de acordo com a idade da criança a ser adotada, artigo 392-A da CLT com redação dada pela lei 10.421 de 2002,

À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392, observado o disposto no seu § 5º.

§ 1º No caso de adoção ou guarda judicial de criança até 1 (um) ano de idade, o período de licença será de 120 (cento e vinte) dias.

§ 2º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 1 (um) ano até 4 (quatro) anos de idade, o período de licença será de 60 (sessenta) dias.

§ 3º No caso de adoção ou guarda judicial de criança a partir de 4 (quatro) anos até 8 (oito) anos de idade, o período de licença será de 30 (trinta) dias.

§ 4º A licença-maternidade só será concedida mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã.

Barros elucida que a Lei 10.421 de 2002 “equiparou ao parto o ingresso da criança adotada no lar, fixando os limites de idade com



referência às exigências fixas e efetivas do adotado”. (BARROS, 2016, P.713).

Em 2013 houve uma considerável alteração na forma de concessão da licença maternidade, a Lei 12.873 revogou os parágrafos 1º, 2º e 3º retirando os critérios de proporcionalidade estendendo à mãe adotiva os 120 dias não mais importando a idade da criança.

Essa ampliação da licença maternidade alcançou as mães adotivas trabalhadoras rurais, domésticas, trabalhadoras avulsas e autônomas quando amparadas pela Previdência Social, se estendendo às trabalhadoras de empresas que aderiram ao programa Empresa Cidadã, ampliando a licença maternidade de forma proporcional conforme artigo 1º da lei 11.770 de 09 de setembro de 2008:

É instituído o Programa Empresa Cidadã, destinado a prorrogar: (Redação dada pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

I - por 60 (sessenta) dias a duração da licença-maternidade prevista no inciso XVIII do caput do art. 7º da Constituição Federal; (Incluída pela Lei nº 13.257, de 2016) (Produção de efeito)

II - por 15 (quinze) dias a duração da licença-paternidade, nos termos desta Lei, além dos 5 (cinco) dias estabelecidos no § 1º do art. 10 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Portanto, as garantias estendidas à estas trabalhadoras gestantes tem por finalidade promover, com dignidade e de forma isonômica, o mínimo existencial ao recém-nascido.

2.3. Estabilidade Provisória da Gestante e a Barriga de Aluguel

A barriga de aluguel ou como também é conhecida, maternidade substituta, ocorre quando a mulher empresta seu útero, trazendo no seu ventre o embrião em fase gestacional de outra



mulher que por alguma alteração biológica não conseguiria levar a diante essa gestação.

Conforme os ensinamentos de Martins (2008): “várias mulheres por problemas hormonais, ou até mesmo físico não podem ter filhos e acabam optando pelo método chamado mãe de aluguel”(MARTINS, 2008, p.408).

No Brasil, por força da resolução do Conselho Nacional de Medicina de nº 2.121/2015 só é permitida a barriga de aluguel nos casos de infertilidade, ou seja, a mãe doadora do material genético não possui condições de gerar filhos.

Quanto aos direitos decorrentes da maternidade, a doutrina reconhece que a mãe que gerou terá os seus direitos resguardados, ou seja, desfrutará da estabilidade provisória prevista no artigo 10, II, alínea “b”.

Desse modo, diante da omissão da legislação Trabalhista onde não se encontra prescrição legal acerca dos direitos da mãe de aluguel, tem se aplicado por analogia os benefícios concedidos na adoção á aquelas que adotam, assim como para os que colocam seu filho para adoção.

2.4. Estabilidade Provisória da Gestante e o Natimorto

A garantia de emprego destinada a trabalhadora gestante, assim como a licença maternidade não se afasta pelo fato de seu filho ter nascido sem vida sendo a lei omissa nesse sentido, Barros assim esclarece:

O fato de a criança ter falecido não elide a pretensão. É que o dispositivo Constitucional pertinente, o artigo 392 consolidado e a lei previdenciária não exigem que a criança nasça com vida, para que a empregada tenha direito á licença maternidade e a garantia de emprego. Logo, onde o legislador não distingue, não cabe ao interprete fazê-lo. (BARROS, 2016, p.715)



Salienta Martins: “se houve parto, mesmo que a criança tenha nascido morta, há garantia de emprego, porque houve gestação e parto. A Constituição não faz distinção. Tanto a empregada necessita de proteção, como seu filho” (MARTINS, p.408).

Logo, não há que se questionar os direitos inerentes à maternidade mesmo quando essa não lhe tenha concedido o privilégio de ter um filho com vida, visto que houve gestação e parto, então poderá gozar da garantia de emprego que assegura cinco meses de estabilidade após o parto, como também dos 120 dias de licença maternidade, já que a gestante também precisa de cuidados.

2.5. Outros Direitos decorrentes da Estabilidade Provisória da Gestante

A trabalhadora gestante é amparada legalmente em todo o período gestacional e irá desfrutar dos direitos inerentes a maternidade. Ela terá direito a transferência de função no emprego, quando este oferecer riscos a sua saúde, conforme dispõe o artigo 392, § 4º, inciso I da CLT, sendo resguardado o direito a consultas médicas pré-natais sem prejuízo do seu salário, e a todos os exames necessários para o acompanhamento do período gestacional.

Essa garantia se estende até depois do nascimento do bebê com ampliação do período de descanso que de acordo com o artigo 392 § 2º da CLT, “Os períodos de repouso, antes e depois do parto, poderão ser aumentados de duas semanas cada um mediante atestado médico”.

A trabalhadora, após o nascimento da criança terá dois intervalos para amamentação, segundo o artigo 396 da CLT: “para amamentar o próprio filho, até que este complete seis meses de idade, a mulher terá direito durante a jornada de trabalho, a dois descansos especiais, de meia hora cada um”. Em vista disso, o aleitamento materno tem como finalidade propiciar o desenvolvimento saudável da criança.



3. O Rompimento do Contrato de Trabalho e a Estabilidade Provisória da Gestante

Como já exposto, a trabalhadora gestante desfruta da estabilidade provisória de acordo com a previsão legal do artigo 10, inciso II, alínea “b” dos Atos da Disposição Constitucionais Transitórias, que se aplica desde a confirmação da gravidez até 5 meses após o parto independentemente da forma contratual, proibindo a dispensa da trabalhadora gestante de forma arbitrária, ou seja, o empregador não pode rescindir um contrato com a empregada gestante sem justa causa.

Segundo Delgado (2016), essa garantia constitucional é de caráter objetivo, contando-se desde a confirmação efetiva da gestação. Neste sentido, desde a concepção independentemente da ciência do fato pelo empregador e até mesmo pela própria trabalhadora. (DELGADO, 2016, p.1222)

De acordo com Barros (2016) “considera se dispensa arbitrária a que não se fundar em motivo disciplinar, econômico ou financeiro, por força da aplicação analógica do artigo 165 da CLT” (BARROS, 2016, p. 724).

A Constituição da República no Art. 7º, inciso I prescreve que é direito do trabalhador a “relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, nos termos de lei complementar, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos”.

3.1. Direito à Reintegração da Gestante ou Indenização Correspondente

Embora a empregada gestante goze da estabilidade provisória, ainda há casos que se percebe a dispensa arbitrária, podendo então a mesma pleitear perante a justiça competente a reintegração ao trabalho ou a indenização correspondente.



De acordo com Martins (2008), a reintegração é uma garantia Constitucional, e caso essa não seja mais viável que haja a indenização, como se ler a seguir:

A Constituição assegura o emprego á gestante (artigo 7º XIII) e não indenização como costumam pedir na prática nas ações trabalhistas. O pedido de indenização só devido no caso de não ser mais possível a reintegração, pelo término da garantia de emprego, desde que a empresa tivesse ciência da gravidez da empregada. (MARTINS, 2008, p. 408).

Conforme Barros (2016) “a garantia de emprego á gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade”.

Posiciona-se o TST neste mesmo sentido com súmula 244, inciso II: “a garantia de emprego á gestante só autoriza a reintegração se esta se der durante o período de estabilidade. Do contrario, a garantia restringe se aos salários e demais direitos correspondentes ao período de estabilidade”.

Dispõe o artigo 496 da CLT:

Quando a reintegração do empregado estável for desaconselhável, dado ao grau de incompatibilidade resultante do dissídio, especialmente quando for o empregador, pessoa física, o tribunal do trabalho poderá converter aquela obrigação em indenização devida nos termos do artigo seguinte.

Esclarece Delgado (2016) que a trabalhadora gestante quando tem seu período de estabilidade interrompido terá direito a indenização de acordo com o período correspondente:

No que tange aos demais empregados revestidos de garantias de emprego (gestante e acidentado, por exemplo), não pode haver dúvida razoável de que também faz jus á indenização pelo período de



frustração de sua estabilidade provisória (DELGADO, 2015, p.1404).

De acordo com a disposição legal do artigo 496 da CLT, ocorrendo a dispensa arbitrária o trabalhador que tem a garantia de emprego, goza da proteção desse direito caso haja sua violação tem como reflexo indenização ou reintegração no trabalho.

Desse modo, quando configurada a dispensa arbitrária a trabalhadora gestante deverá ser reintegrada ou quando não puder mais voltar a executar seu serviço será exigido do empregador o pagamento de indenização correspondente ao período de estabilidade.

3.2. Do Contrato por prazo Determinado

O contrato por prazo determinado ou contrato a termo, como também é conhecido, é aquele que tem um prazo fixado para seu início e término pactuado entre empregado e empregador.

Martinez (2016) define os contratos de emprego por tempo determinado como:

Aqueles ajustes cuja vigência depende de termo prefixado, da execução de serviços especificados ou, ainda, da realização de certos acontecimentos suscetíveis de previsão aproximada. Em suma; os ajustes por tempo determinado são assim intitulados porque produziram efeitos até o advento de um termo final ou até o momento em que sejam atingidos os propósitos neles inseridos. (MARTINEZ, 2016, p.300)

Trata-se de uma exceção, pois a regra nos contratos de trabalho é duração indeterminada, prevalecendo o princípio da continuidade das relações empregatícias.

Os contratos por tempo determinado se classificam em: Contrato de experiência, Contrato de Safra, Contrato de Obra certa, contrato por temporada, contrato de aprendizagem e contrato provisório.



Delgado (2016) conceitua o contrato de experiência como, “acordo bilateral firmado entre empregado e empregador, com prazo máximo de 90 dias, em que as partes poderão aferir aspectos subjetivos, objetivos e circunstâncias relevantes à continuidade ou extinção do vínculo empregatício.” (DELGADO, 2016, p.616).

O contrato de Safra para Delgado “é o pacto empregatício rural a prazo, cujo termo final seja fixado em função das variações estacionais da atividade agrária” (DELGADO, 2016, p.622).

Continua Delgado em seus ensinamentos conceituando as modalidades de contratos por tempo determinado:

Contrato de obra certa é o pacto empregatício urbano a prazo, qualificado pela presença de um construtor em caráter permanente no polo empresarial da relação e pela execução de obra ou serviço certo como fator ensejador da prefixação do prazo contratual. (DELGADO, 2016, p.625).

Por sua vez, o contrato por temporada “são pactos empregatícios direcionados à prestação de trabalho em lapsos temporais específicos e delimitados em função da atividade empresarial.” (DELGADO, 2016, p. 627).

A CLT trás o conceito legal do contrato de Aprendizagem no artigo 428 *caput*:

Contrato de aprendizagem é o contrato de trabalho especial, ajustado por escrito e por prazo determinado, em que o empregador se compromete a assegurar ao maior de 14 (quatorze) e menor de 24 (vinte e quatro) anos inscrito em programa de aprendizagem formação técnico-profissional metódica, compatível com o seu desenvolvimento físico, moral e psicológico, e o aprendiz, a executar com zelo e diligência as tarefas necessárias a essa formação.



O artigo 443, § 2º elenca as hipóteses de validação dessas modalidades contratuais:

Art. 443 O contrato individual de trabalho poderá ser acordado tácita ou expressamente, verbalmente ou por escrito e por prazo determinado ou indeterminado.

(...)

§ 2º. O contrato por prazo determinado só será válido em se tratando:

De serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo;

De atividades empresarias de caráter transitório;

De contrato de experiência.

Em 22 de janeiro de 1998, a lei de nº 9601, trouxe mudanças significativas no contrato por prazo determinado, dispensando as hipóteses de validação do artigo em análise, trazendo novas hipóteses de pactuação, que de acordo com Delgado (2016) inviabiliza os efeitos de alguns princípios do direito do trabalho:

O novo diploma não apenas diminuiu as restrições à pactuação dos contratos a termo- o que, por si só, compromete de modo grave a eficácia de alguns princípios fundamentais do Direito do Trabalho (em particular, os princípios da norma mais favorável e da continuidade da relação de emprego). A nova lei teve a preocupação, ainda, de aprofundar a carência de direitos trabalhistas já características dessa espécie contratual. (DELGADO, 2016, p.631)

No que tange à garantia de emprego, a nova lei de nº 9601/98 dos contratos a termo, no seu artigo 1º § 4º, define no sentido de que são garantidas as estabilidades provisórias durante a vigência do contrato por prazo determinado, que não poderá ser rescindindo antes do prazo estipulado entre as partes.

A garantia de emprego que se destina à trabalhadora gestante nos contratos por prazo determinado vem ao longo dos anos sendo



discutida entre a doutrina e jurisprudência. Martins (2008) se posiciona que “nos contratos por tempo determinado, o período de suspensão ou interrupção do contrato de trabalho não influenciará em nada no término do referido pacto, pois as partes sabiam de antemão quando haveria a cessação do citado ajuste” (MARTINS, 2008, p.343).

Concorda Vianna (2012, p. 638) que argumentando:

Quando do término normal de contrato por prazo determinado, inclusive contrato de experiência, o desligamento do empregado será possível no último dia do contrato, sem qualquer ônus para a empresa empregadora, em face de não se tratar de dispensa imotivada, mas de desligamento decorrente da extinção normal do contrato. O empregado, portanto, que se submeter a situações geradoras de estabilidade durante a vigência do contrato por prazo determinado não gozará de estabilidade, uma vez que, quando de sua admissão, lá se determinou o prazo de vigência contratual. Desta forma, e por representar o contrato uma pactuação a termo, e dada a transitoriedade do vínculo empregatício existente, a despedida do empregado não gera qualquer direito à reintegração ou pagamento de indenização pelo empregador. (VIANNA, 2012, p. 638)

Essa aplicação de garantia à trabalhadora gestante extrapola a esfera que visa à proteção ao trabalho feminino, haja vista que essa proteção se estende ao nascituro, que é sujeito de direito independentemente da modalidade contratual de trabalho.

Percebe-se que a súmula 244 do TST, em seu inciso III, trás um viés de proteção social, na medida em que cria exceção ao regramento dos contratos de trabalho por tempo determinado, para alcançar a proteção do período gestacional da trabalhadora. Entretanto, cabe refletir se a amplitude de alcance desta garantia não



gera sumariamente uma desvantagem às mulheres no momento de contratação pelo empregador.

4. Práticas Discriminatórias Contra a Mulher

A atuação da mulher no mercado de trabalho ao longo do tempo vem sendo construída em um contexto de discriminação e inferioridade, marcas que persistem até os dias atuais, sendo necessário um tratamento diferenciado por parte do Estado visando tutela especial às mulheres. De acordo com Treviso (2008) “a imagem da mulher era como a de uma pessoa frágil, um ser inferior ao homem, que teria se tornado totalmente dependente dele, necessitando assim de proteção especial conferida pelo Estado” (TREVISIO, 2008, p.539-544).

As normas protecionistas á mulher ganham força no âmbito internacional com a Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra as mulheres, aprovada em 1979, como elucida Piovesan (2011) “a Convenção objetiva não só erradicar a discriminação contra a mulher e suas causas, como também estimular estratégias de promoção de igualdade” (PIOVESAN, 2011, p. 258).

As diferenças entre homens e mulheres implicam maior proteção as mulheres, na tentativa de equipará-los, mas essa tutela pode incidir em discriminação, conforme se extrai dos ensinios de Martinez (2016): “as disparidades que extremam homens e mulheres garantem a estas algumas proteções, que, entretanto, por ato reflexo, podem ensejar discriminação de gênero” MARTINEZ, 2016, p.1295).

Contudo, a Constituição diante dessa discriminação na seara trabalhista feminina, buscou eliminá-la expressamente em seu artigo 5ºcaput, inciso I:

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:

I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição;

Ampliou a Constituição a tutela ao trabalho da mulher, com o artigo 7º, inciso XX com a “proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei.”

Comungando com essa proteção, em 24 de outubro de 1989 a lei 7855, revoga normas discriminatórias instituídas nos artigos da CLT, 374, 375, 378 a 380, 387 e 446 que limitavam o trabalho das mulheres nos horários noturnos, em condições insalubres, perigosas e penosas nas minerações, em subsolo, pedreiras e obras de construções públicas ou particulares.

As mulheres não poderiam exceder a carga horária nos serviços que exigiam o uso da força, de acordo com o artigo 376 CLT que foi revogado pela lei 10.244 de 27 de junho de 2001.

Barros (2016), afirma que mesmo tendo a revogação dos artigos que destinavam a proteção da mulher na tentativa de eliminação de tratamento diferenciado, persiste a igualdade formal, ou seja, aquela prevista em leis, já a igualdade substancial aquela que tratar os desiguais de forma desigual para alcançar a igualdade não produzem seus efeitos imediatos:

A remoção desses obstáculos, ou seja, a revogação da legislação tutelar acompanhada de uma política administrativa capaz de eliminar ou reduzir riscos reprodutivos ocupacionais ou riscos ocupacionais, poderá contribuir para uma igualdade formal da mulher, tornando mais flexível a utilização da mão de obra feminina, mas não cremos que possa obter efeitos imediatos de igualdade substancial (BARROS, 2016, p. 710)



Elucida Martinez (2016) que o trabalho feminino tem um ônus maior para o empregador quando comparada ao homem, por isso enseja proteção especial para que não se enquadre na discriminação.

A assunção das diferenças referidas por parte do empregador, obviamente, faria com que o trabalho da mulher se transformasse em algo mais caro do que o trabalho do homem e que, com isso, fosse produzida discriminação, situação que, aliás, preocupou o legislador constituinte originário na medida em que previu, entre direitos das trabalhadoras, a “proteção do mercado de trabalho da mulher” (art. 7º,XX). (MARTINEZ, 2016, p.1322)

Prossegue Barros (2016) a contratação da mulher, é permeada por desigualdades não apenas por existir leis especiais de proteção às mulheres, o fator relevante é o período gestacional que gera um custo maior para o empregador:

A experiência tem demonstrado que o tratamento desigual atribuído às mulheres não é apenas uma decorrência de legislação proibitiva ou de preconceito contra elas, mas do fato de que sua contratação, em geral, aumenta os custos para o empregador, os quais estão mais relacionados com a maternidade e com os cuidados dos filhos. Entretanto, as tradições culturais presidem os comportamentos podem reforçar a discriminação. (BARROS, 2016, P.710)

Para Barros (2016) ainda permanece a influência da cultura em que o papel da mulher é cuidar da casa e dos filhos, fatores esses que criam um obstáculo para admissão de mulheres, assim como as garantias de emprego às mulheres que elevam os custos para o empregador:

A distribuição de papéis sociais influencia as condutas, ao lado de outros dados relativos à



educação, em sentido amplo, como por exemplo, a religião, os costumes, os fatores históricos, as relações entre os homens. Esses obstáculos culturais acabam por afetar a estrutura ocupacional das mulheres, associadas a fatores como legislação protecionista, a força muscular, os custos da mão de obra feminina, principalmente onde a taxa de natalidade é alta, o absenteísmo, a maior rotatividade da mão de obra feminina, durante os primeiros anos de vidados filhos, a falta de formação profissional apropriada e permanente, sobretudo na área técnica, científica e política. (BARROS, 2016, p. 740)

Nascimento (2011) salienta que a limitação do poder de dispensa nos casos que desfrutam da estabilidade, essa se torna um óbice na hora da contratação.

Sob o ângulo empresarial, não seria demasiado argumentar que realmente a estabilidade representa uma restrição ao poder de comando do empregador, já que se vê tolhido de agir livremente, dispondo do empregado no momento em que julgar oportuno e sem maiores entraves de ordem legal. (...) .Em outras palavras, se o empregador sabe que dificilmente poderá rescindir o contrato individual de trabalho do empregado, não terá estímulos para a admissão de empregados; porém, se sabe, de antemão, que quando não puder manter o empregado em seus quadros não terá dificuldades legais para a sua dispensa, terá maior estímulo para admitir empregados. (NASCIMENTO, 2011, p. 1161)

Barros (2016) entende que “a discriminação funda-se em fatores de cunho psicossocial, educacional ou econômico; daí a dificuldade de elimina-la” (BARROS, 2016, p.734). Em razão de tudo isso, mesmo com a crescente atuação da mulher no mercado de trabalho, esta relação trabalhista ainda é permeada por tratamentos desiguais que, com várias leis destinadas à sua proteção, tem como



reflexos contratações que podem gerar custos mais elevados para o empregador o que acaba sendo economicamente inviável.

Desse modo, no que tange à estabilidade empregatícia da gestante, subsiste a dúvida se esta efetivamente produz a garantia destinada a proteção do trabalho da classe feminina, que custou longo período de lutas pelo seu reconhecimento no mercado de trabalho, ou se, em contrapartida, tal garantia fomenta ainda mais as práticas discriminatórias para com a mão de obra feminina.

Conclusão

No atual paradigma do estado democrático de direito, a mulher se torna cada vez mais participativa no sustento da casa. Diferentemente do que por muito tempo predominou na estrutura familiar, hoje a mãe de família é também o arrimo do lar juntamente como o marido.

Conforme demonstrado, a estabilidade provisória da gestante é um instituto criado com a finalidade de proteger a mulher empregada e o nascituro no período de gestação e pós-parto, momento este em que ocorrem diversas mudanças na estrutura física, psíquica e emocional da mulher.

Atualmente, mesmo com a presença expressiva da mão de obra feminina no mercado de trabalho e os avanços significativos na legislação trabalhista, a mulher ainda é vítima de inúmeras formas de discriminação e desigualdade. As várias leis destinadas à sua proteção acabam por gerar contratações mais onerosas para o empregador.

É certo que para atingir a igualdade entre homens e mulheres no ambiente de trabalho, se faz necessário regramento diferenciado conforme as especificidades de cada gênero. Entretanto, no caso específico da estabilidade provisória da gestante, percebe-se que *a priori* esta pode gerar indiretamente discriminação no ato de contratação de empregados.

Portanto, a estabilidade provisória da gestante não deve ser encarada apenas como uma obrigação trabalhista por parte do



empregador, pois, tal proteção ultrapassa o âmbito das relações de trabalho, ela objetiva assegurar a saúde tanto da gestante como do nascituro, e não somente isto, é uma garantia fundamental, constitucionalmente tutelada, às presentes e futuras gerações na busca da efetivação da dignidade da pessoa humana.

Referências Bibliográficas

BARROS, Alice Monteiro de. *A mulher e o direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 1995.

_____. *Curso de Direito do Trabalho*. 10^a ed., São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, 05 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acessado em 19 de maio de 2017.

BRASIL. Decreto nº 21.417, de 17 de maio de 1932. Regula as condições do trabalho das mulheres nos estabelecimentos industriais e comerciais. Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/imprensa/versao-integral-do-decreto-1.htm>> Acesso em: 23 maio, de 2017

_____. Decreto nº. 58.820, de 14 de julho de 1966. Promulga a Convenção nº 103 sobre proteção à maternidade. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D58820.htm> Acesso em 22 de maio de 2017.

CORRÊA, Mário Dias. *Noções Práticas de Obstetrícia*. 12 ed. Rio de Janeiro: Editora Médica e Científica, 1999.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 15^a ed., São Paulo: LTr, 2016.

MARTINEZ, Luciano, *Curso de Direito do Trabalho*, 7^o edição, São Paulo, Saraiva, 2016.



_____. *Curso de direito do trabalho: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho*. São Paulo: Saraiva, 2010.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*, 24 edição, São Paulo, editora Atlas 2008.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 22^a ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 12^a ed., Saraiva, 2011.

VIANNA, Cláudia Salles Vilela, *Manual prático das relações trabalhistas*, 11^a ed. São Paulo: LTR, 2012.

TREVISIO, Marco Aurélio Marsiglia. *A discriminação de gênero e a proteção à mulher*. LTr Suplemento Trabalhista. Ano 44. São Paulo, 2008, p.539-544.



ANAIS DO IV SIMPÓSIO DE HISTÓRIA DO DIREITO
Universidade do Estado de Minas Gerais – Unidade
Diamantina, 22 a 24 de novembro de 2017.
ISSN 2359-6260

