

The cover features a bald eagle in profile, looking to the right, with its wings partially visible. The eagle is set against a dark blue background. A white grid pattern, resembling a wireframe or mesh, curves across the bottom right corner of the cover. The title 'Águia' is written in a large, yellow, stylized font. Below the title, the text 'Revista Científica da FENORD' is written in white, and 'V. 08, 2018' is written in white inside a white arrow-shaped box. The ISSN number 'ISSN 2236-501X' is located in the top right corner.

ISSN 2236-501X

Águia

Revista Científica
da FENORD

V. 08, 2018

2018. v. 08. ISSN 2236-501-X

ÁGUIA
REVISTA CIENTÍFICA DA FENORD

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Teófilo Otoni

Águia: Rev. Científica da FENORD	Teófilo Otoni	v. 08	248 p.	Março/2018
----------------------------------	---------------	-------	--------	------------

Águia Revista Científica da FENORD

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

As opiniões emitidas em artigos são de exclusiva responsabilidade dos respectivos autores.

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Rua Teodolindo Pereira, 111

CEP 39800-151 Teófilo Otoni MG Brasil

Telefone: 33 3522 2745 – www.fenord.edu.br

aguia@fenord.edu.br

Revisão gramatical: Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli
Geraldo Barbosa do Nascimento

Revisão bibliográfica: Maria José Pereira Cordeiro

PEDE-SE PERMUTA
PIDEJE CANJE
MAN BITTET UM AUSTAUSCH
WE ASK FOR EXCHANGE
ON DEMAND L'ÉCHANG
SI RIQUIERE LO SCAMBIO

Águia: Revista Científica da FENORD / Fundação Educacional
Nordeste Mineiro. v. 1 (2011-). – Teófilo Otoni : FENORD, 2015.

Periodicidade: semestral

ISSN 2236-501X

1. Ciências Humanas 2. Ciências Sociais e Aplicadas 3. Direito 4.
Administração I. Periódicos II. Fundação Educacional Nordeste Mineiro.

CDU 34:658

Elaboração: Maria José Pereira Cordeiro - CRB/6-1945

2018. v. 08 ISSN 2236-501X

ÁGUIA
REVISTA CIENTÍFICA DA FENORD

FUNDAÇÃO EDUCACIONAL NORDESTE MINEIRO

Teófilo Otoni

Águia Revista Científica da FENORD

DIRETOR EXECUTIVO

Ronaldo Pereira Lins

COORDENADOR GERAL IESI/FENORD

Gustavo Alves de Castro Pires

COORDENADORA DO NIC

Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli

CONSELHO EDITORIAL

Prof. Me. Alisson Silva Martins (FENORD)

Prof. Me. Giuliano Fernandes (UNIFEMM)

Prof. Me. Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli (FENORD)

Prof. Geraldo Barbosa do Nascimento (FENORD)

Prof. Me. Gustavo Alves de Castro Pires (FENORD)

Prof. Me. Hálisson Rodrigo Lopes (FENORD)

Bibliotecária Maria José Pereira Cordeiro (FENORD)

Prof. Me. Maria Thereza Nóbrega Pereira Teixeira (FENORD)

Prof. Dr. Mauro Augusto dos Santos (UFMG)

Prof. Dr. Rosângelo Rodrigues de Miranda (PUC-SP)

Profa. Dra. Sueli Siqueira (UFMG)

Prof. Me. Weber Bezerra Novais (FENORD)

EDITORIAL

A Revista *Águia* representa para toda a comunidade acadêmica o suporte necessário não só para o estímulo à pesquisa, mas também para circulação e divulgação dos resultados obtidos. O oitavo número desta revista cumpre o desafio da manutenção de um espaço dialógico que envolve tanto as diferentes áreas do direito, como também das ciências humanas e sociais.

Buscamos garantir a periodicidade e qualidade das nossas publicações, estimulando a pesquisa acerca do inusitado, de outra forma, buscamos estimular o questionamento acerca do que se tem de pronto para que o conhecimento acerca do novo seja estimulante e ao mesmo tempo desafiador.

Neste número, vários temas são apresentados e a interdisciplinaridade aparece em alguns trabalhos de forma materializada. Destacamos a natureza crítica do estudo da Pena e sua finalidade; a abordagem do direito ambiental com vistas aos Direitos Fundamentais; do Direito de trabalho frente às alterações legislativas; a problematização do acesso ao conteúdo de conversas em celular apreendido durante flagrante; a abordagem do letramento nas produções escritas acadêmicas; a discussão entre os conceitos de Política, Ideologia Política, Ideologia Religiosa.

Como se pode ver, nosso leitor poderá se deliciar com textos que trazem abordagens atuais de temas extremamente relevantes. Esperamos que os resultados das pesquisas empreendidas até aqui suscitem em você, leitor, novos questionamentos que demandem para novas produções!

A todos, desejamos uma proveitosa leitura!

Cibele Maria Diniz Figueirêdo Gazzinelli

Editora Chefe do Conselho Editorial

SUMÁRIO

A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLÓGICAMENTE EQUILIBRADO.....8

Jomar de Oliveira Ramos

ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA ACERCA DA GESTANTE NO AMBIENTE INSALUBRE DE TRABALHO.....39

Beatriz Mariotti Azevedo

Daniel Scapellato Pereira Rodrigues

Thaniggia Petzold Fonseca

A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR.....68

Luciana Andrezza de Oliveira

Anna Silvia Ali Scofield

LETRAMENTO(S) ACADÊMICO(S): PRODUÇÃO ESCRITA NA UNIVERSIDADE.....125

Alda da Silva Barreiros

André Manteufel Ferreira

O ACESSO AO CONTEÚDO DE CONVERSAS EM CELULAR APREENDIDO DURANTE FLAGRANTE PELA POLÍCIA.....147

Luara Martins Soares

Gylliard Matos Fantecelle

Amanda Rosa Santos

PENA E SUA FINALIDADE. UMA DISCUSSÃO CRÍTICA SOBRE TEORIAS PENALIZADORAS.....169

Geraldo Barbosa do Nascimento

POLÍTICA, IDEOLOGIA POLÍTICA E IDEOLOGIA RELIGIOSA
.....192

Flávio Henrique Salomão Neto

RECURSO ORDINÁRIO E O NOVO CPC - O PEDIDO DE EFEITO
SUSPENSIVO À LUZ DA LEI 13.256/2016.....228

Celso Luiz Macedo Souza

Edmar Oliveira da Silva

A FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE E O DIREITO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

Jomar de Oliveira Ramos¹

RESUMO: A temática dos Direitos Fundamentais tem sido uma discussão incessante. Em que pese todo o esforço contemporâneo dos entes governamentais e da própria sociedade, ainda não foram capazes de diminuir o desrespeito cotidiano à dignidade da pessoa humana. Em seguimento à tendência de humanização do Direito, a Constituição da República de 1988 dispôs que a propriedade deveria ter seu uso condicionado ao bem-estar social e a ter assim uma função social e ambiental. Nestes termos, objetiva-se o reconhecimento de um direito humano que pode e deve atuar como um remédio à delicada situação ambiental, que na atualidade tomou enormes proporções. Assim sendo, pugna-se que o direito fundamental a um ambiente sano e ecologicamente equilibrado visa garantir a manutenção e a geração de condições necessárias ao entorno ambiental para o desenvolvimento da dignidade humana, e de todos os direitos humanos que tem nela suas bases.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Humanos. Ambientalismo. Direito de Propriedade. Função Socioambiental. Sustentabilidade.

ABSTRACT: The theme of Fundamental Rights has been an incessant discussion. Despite all the contemporary efforts of government entities and society itself, they have not yet been able to reduce daily disrespect for the dignity of the human person. Following the tendency to

1RAMOS, Jomar de Oliveira. Mestre em Tecnologia, Ambiente e Sociedade pela UFVJM. Professor de Processo Civil e História do Direito da FENORD e de Direitos Humanos da Faculdade PITÁGORAS. Gestor Ambiental da SEMAD. E-mail: jomar.advogado@gmail.com.

humanize the law, the Constitution of the Republic of 1988 established that property should have its use conditioned to social welfare and thus have a social and environmental function. In these terms, the objective is the recognition of a human right that can and should act as a remedy to the delicate environmental situation, which at present has taken on enormous proportions. Thus, it is argued that the fundamental right to a healthy and ecologically balanced environment aims to ensure the maintenance and generation of the necessary conditions for the environmental environment for the development of human dignity, and of all the human rights that have their bases in it.

PALAVRAS-CHAVE: Human Rights. Environmentalism. Property Right. Socio-environmental Function. Sustainability.

1 INTRODUÇÃO

As declarações de direitos humanos começaram a aparecer efetivamente a partir do final da Idade Média, sobressaindo-se, dentre outros, a Magna Carta da Inglaterra (1215), a *Petition of Rights* (1628), o *Habeas Corpus Amendment* (1679) e *Bill of Rights* (1688). Seguiram-se os documentos datados da época da Revolução Francesa (1789) e da Independência dos Estados Unidos da América (1776), até se chegar à Declaração Universal dos Direitos Humanos adotada pela Organização das Nações Unidas (1948).

Dentro do contexto do Constitucionalismo, as constituições pátrias, cada uma a sua maneira, foram incorporando novos direitos e garantias nas ordens jurídicas respectivas. Aliás, bom dizer que ditos direitos não podem ser considerados senão do ponto de vista dinâmico, porque em constante evolução.

Com a promulgação da atual Constituição da República Federativa do Brasil (1988), consolidou-se no país a proteção da dignidade humana e a colocou como fundamento indelével da República. Delinearam-se como objetivos fundamentais, entre outros, a erradicação da pobreza e da marginalização a fim de reduzir a desigualdade social e regional. E, finalmente, no artigo 225 proclamou o direito de todos a ter um meio ambiente equilibrado e sadio.

Nos termos do artigo 225 da Constituição de 1988, todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo, portanto, reconhecido o direito a se ter um meio ambiente sadio, que não pode ser prejudicado por atos poluentes ou abusivos de proprietários irresponsáveis, quer rurais, quer urbanos.

Assim, pode-se incluir o meio ambiente saudável e equilibrado como um dos direitos fundamentais humanos, mas infelizmente tem-se visto ainda grandes violações dos direitos humanos no Brasil, inserido aí a degradação do meio ambiente, o que tem repercutido negativamente no cenário mundial, mostrando que ainda se tem um grande e difícil caminho a percorrer.

Neste diapasão, pugna-se que na atualidade o direito de propriedade não é absoluto, devendo o proprietário utilizá-lo de forma a atender os fins sociais, não prejudicando terceiros, bem como não produzindo nenhuma ação danosa que afete o seu vizinho ou a coletividade, obedecendo ainda as restrições e imposições de caráter ambiental, uma vez que o direito a um ambiente equilibrado e sadio é previsto na Constituição, sendo inegável assim, a necessidade da propriedade observar a sua função social e ambiental.

Com efeito, objetiva-se demonstrar que o progressivo desenvolvimento do direito de propriedade, correlata à evolução dos direitos humanos fundamentais, aponta cada vez mais para uma perfeita e harmoniosa utilização da propriedade, visando fundamentalmente o respeito ao meio ambiente, enquanto garantia constitucional indelével.

2 HUMANISMO E AMBIENTALISMO NO CURSO DA HISTÓRIA DO DIREITO

O Humanismo é o pensamento que tem como determinação da essência do homem (REALE, 2004, p. 3). No âmbito do pensamento filosófico, se constitui em geral numa doutrina que possui como fundamento uma determinação da essência humana, a natureza de sua humanidade, cuja finalidade é formar o homem de acordo com esta sua natureza, a fim de promover a sua liberdade (REALE, 2004, p. 4). Efetivamente tem-se diversos tipos de humanismos, conforme as diferentes concepções de natureza humana e de liberdade, assim como vários caminhos para a sua concretização. Todavia, apesar de suas possíveis diferenças, todas as doutrinas humanistas concordam com o fato de buscar uma determinação da essência humana.

É possível, por conseguinte, determinar genericamente o Humanismo em uma dupla vertente: como movimento artístico e cultural de resgate, renascimento, da educação clássica e como doutrina filosófica ou antropológica que tem como fundamento uma determinação já assente da essência do homem. Este movimento deu origem ao que se chama de direitos individuais, entendidos como inerentes ao homem e oponíveis ao Estado. Tais direitos surgiram em fins do século XVIII, com as declarações de direitos na França e nos Estados Unidos (ALMEIDA, 1996, p. 12).

Não existiram na Antiguidade, não obstante a referência estoicista às ideias de dignidade e igualdade. A *polis* grega e a *civitas* romana absorviam o homem na sua dimensão individual, não se manifestando a liberdade como direito autônomo: livre era o cidadão que gozava de capacidade para se integrar no Estado, participando das decisões políticas.

Na Idade Média, o crescimento do Cristianismo é apontado como marco inicial dos direitos fundamentais, manifestados nas

parábolas de Jesus sobre o reino dos céus: “a César o que é de César e a Deus o que é de Deus”. Os direitos fundamentais do homem foram pregados por Jesus. No seguimento da tradição cristã, o poder temporal deixa de submeter o poder espiritual, tornando-se um poderio limitado, em contraposição ao totalitarismo da polis.

Na Inglaterra medieval, os direitos fundamentais foram marcados pelo pragmatismo e significaram concessões ou privilégios para a Igreja, nobreza, corporações, não se reconhecendo direitos universais, mas concretos, em relação aos que os subscreviam: a Magna Carta (1215) se obrigava a respeitar alguns direitos, como o direito à vida, a administração da justiça, garantias do processo criminal, dentre outros (AZEVEDO, 2007, p. 145).

Foi, no entanto, na Modernidade, com a Revolução Francesa de 1789 que os direitos fundamentais ganharam universalidade, pois as declarações de direitos, que inclusive constavam de documento à parte do texto da Constituição, eram fundadas em bases filosóficas e teóricas, destacando-se o Contrato Social de Rousseau e as concepções jusnaturalistas (CICCO, 2006, p. 167).

Surge então, na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, onde se afirma, no seu artigo 16, que *"toda sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos fundamentais nem estabelecida a separação de Poderes não tem Constituição"*, verificando-se aí uma íntima conexão entre os direitos fundamentais e o princípio da separação de Poderes, e o caráter de universalidade e permanência dos direitos naturais: *"Todos os homens nascem livres e iguais em direitos"*.

Também as declarações de direitos surgem nos Estados Unidos, na Virgínia, Pensilvânia e Maryland, todas de 1776, e, depois, as das primeiras nove emendas da Constituição de 1787.

Historiadores do Direito (COMPARATO, 2010, p. 63) costumam ressaltar a influência que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, adotada pela Assembleia Constituinte francesa

em 1789, sofreu da Revolução Americana, especialmente da Declaração de Virgínia, já que ela precedeu a Carta dos Direitos, contida nas dez primeiras emendas à Constituição norte-americana, que foi apresentada em setembro de 1789. Na verdade, não foi assim, pois os revolucionários franceses já vinham preparando o advento do Estado Liberal ao longo de todo o século XVIII. As fontes filosóficas e ideológicas das declarações de direitos americanas como a francesa são europeias, admitindo que os franceses de 1789 somente tomaram de empréstimo a técnica das declarações americanas, mas estas não eram, por seu turno, senão o reflexo do pensamento político europeu e internacional do século XVIII dessa corrente da filosofia humanitária cujo objetivo era a liberação do homem esmagado pelas regras caducas do absolutismo e do regime feudal.

Com o advento do Estado Social após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), os direitos humanos, agora positivados como direitos fundamentais sofreram profundas alterações com as restrições ao direito de propriedade, para atender à sua função social e, em terrenos genéricos, à intervenção do Estado do domínio econômico e social (ALMEIDA, 1996, p. 43).

A concepção liberal-burguesa do homem abstrato e artificial foi substituída pelo conceito do homem em sua concretude histórica, socializando-se então os direitos humanos. O Estado deixa de ser ausenteísta para assumir uma postura ativa, de quem são exigidas prestações para que sejam assegurados os direitos sociais (habitação, moradia, alimentação, segurança social, dentre outros).

Nos países totalitários, estabelece-se o primado do econômico e do social sobre o individual, com a coletivização dos meios de produção, buscando-se a igualdade material como condição da liberdade. Enfim, predomina uma concepção transpersonalista dos direitos fundamentais.

Paralelamente a essa evolução histórica, e como decorrência das violações dos direitos humanos, inicia-se após a Segunda Guerra Mundial (1939-1945) a internacionalização dos direitos fundamentais.

Segundo Fabio Konder Comparato (2010, p. 68) a Declaração Universal dos Direitos Humanos, foi redigida sob o impacto das atrocidades cometidas durante a Segunda Guerra Mundial, e cuja revelação só começou a ser feita após o encerramento das hostilidades. Este documento representa a culminância de um processo ético que, iniciado com a Declaração de Independência dos Estados Unidos e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, da Revolução Francesa, levou ao reconhecimento da igualdade essencial de todo ser humano em sua dignidade de pessoa, isto é, como fonte de todos os valores, independentemente das diferenças de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição, como se promulga em seu artigo II.

Nesse desiderato, a Declaração, retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I.

Ainda segundo Comparato, tecnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) é uma recomendação, que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros. Costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante. Esse entendimento, todavia, peca pelo excesso de formalismo. Reconhece-se hodiernamente que a vigência dos direitos humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito à dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não.

O texto da Declaração se inicia com a proclamação de três princípios axiológicos fundamentais em matéria de direitos humanos:

liberdade, igualdade e fraternidade. O princípio da igualdade essencial do ser humano, não obstante as múltiplas diferenças de ordem biológica e cultural que os distinguem entre si, é afirmado no artigo II. O princípio da liberdade compreende tanto a dimensão política, quanto a individual. A primeira vem declarada no artigo XXI e a segunda nos artigos VII a XIII e XVI a XX. Por sua vez, o princípio da solidariedade está na base dos direitos econômicos e sociais, que a Declaração afirma nos artigos XXII a XXVI.

Outrossim, é importante pontuar o reconhecimento do primeiro e mais fundamental dos chamados direitos da humanidade, aquele que tem por objetivo a constituição de uma ordem internacional respeitadora da dignidade humana. Eis o teor do artigo XXVIII, *in verbis*: “Toda pessoa tem direito a uma ordem social e internacional em que os direitos e liberdades estabelecidos na presente Declaração possam ser plenamente realizados”.

Em 1966, são votados os Pactos Internacionais de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e de Direitos Cívicos e Políticos, em vigor desde 1976. E, em 1969, os Estados americanos assinam, em São José da Costa Rica, a Convenção Americana dos Direitos do Homem, para citar alguns exemplos.

Discute-se, contudo, em Direito Internacional, a eficácia dessas declarações, alguns entendendo que elas mesmas teriam apenas valor de direito costumeiro. No Brasil, tais declarações, depois de ratificadas, passam a obrigar no território nacional (§ 2º do artigo 5º da C.F.).

Dalmo de Abreu Dallari (1998) leciona que a democracia representativa se consolidou durante o processo histórico caracterizado pelo reconhecimento de três gerações de direitos humanos: os relativos à cidadania civil e política, os relativos à cidadania social e econômica e os relativos à cidadania pós-material, caracterizados pelo direito à qualidade de vida, a um meio ambiente saudável e à tutela dos interesses difusos. O Estado institucionaliza estas categorias ao seu

redor objetivando justificar sua atuação, intervindo assim sobre os interesses particulares.

A primeira geração representa uma conquista dos cidadãos contra o despotismo governamental, procurando enquadrá-lo por meio da promulgação de uma ordem constitucional asseguradora das garantias fundamentais e das liberdades públicas.

Na segunda geração, o Estado passa a ser considerado instrumento de mediação dos conflitos coletivos, onde sua atuação se faz presente na economia, na proteção dos trabalhadores e na implementação de políticas que fomentem o desenvolvimento social.

A terceira geração incentiva o fortalecimento das prerrogativas e do poder de polícia administrativa das instituições encarregadas de promover a proteção do patrimônio histórico, cultural e ambiental, legitimada a reprimir os danos ambientais por meio do discurso da preservação ambiental.

Eis que, contemporaneamente, tem-se discutido uma terceira geração de direitos, como o direito à paz, ao desenvolvimento, à coparticipação do patrimônio comum do gênero humano – chamados de direitos de solidariedade – e ao meio ambiente (FERNANDES, 2010, p. 237). Tais direitos decorreriam do Direito Internacional (tratados e declarações internacionais), estando também presentes em algumas Constituições, como a Constituição da República Federativa de 1988, que revê, em seu artigo 30, como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil, a garantia do desenvolvimento nacional e, em seu artigo 225, o direito ao meio ambiente.

Nesse contexto, a Constituição de 1988, conhecida como a Constituição Cidadã, na expressão de Ulisses Guimarães, presidente da Assembleia Nacional Constituinte que a produziu, porque teve ampla participação popular em sua elaboração e especialmente porque se volta decididamente para a plena realização da cidadania (BASTOS, 2001, p. 13).

A Constituição de 1988 consagrou direitos individuais e sociais geralmente reconhecidos como direitos fundamentais da pessoa humana, que poderão ser gozados por todos, ainda que com desigualdade. Entre esses, há direitos referentes às relações de trabalho e outros relativos ao acesso aos serviços essenciais, como educação, saúde e proteção judicial, sendo necessário um esforço constante para a garantia desses direitos a fim de que sejam gradativamente reduzidas as agressões à dignidade humana. Há outros direitos, que são indispensáveis para que as camadas mais pobres da população, com apoio de organizações sociais dedicadas aos direitos humanos, possam atuar politicamente e ter acesso aos meios judiciais de proteção, visando assegurar todos os direitos constitucionalmente proclamados.

O conteúdo da Constituição de 1988 revela a prevalência da orientação humanista, devendo-se atentar para o fato de que nos artigos 60 e 70 estão presentes os direitos consagrados nos Pactos de Direitos Humanos aprovados pela ONU em 1966 (MORAES, 2007, p. 14). Em outros capítulos e artigos, também se refletem claramente muitas normas que integram instrumentos internacionais de afirmação e defesa de direitos humanos, mencionando-se expressamente, no artigo 1º, a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República.

É evidente que a simples existência de uma Constituição, não é suficiente para que os direitos humanos sejam efetivamente respeitados e usados. Por vários motivos, é previsível a ocorrência de dificuldades, mas sem dúvida é melhor ter urna Constituição mais favorável à promoção e proteção da dignidade humana, pois a partir daí fica mais fácil a mobilização social de sentido democrático e humanista.

No que tange às questões ambientais é sabido que começaram a ser discutidas no Brasil na década de 1970, quando eclodiu no mundo um conjunto de manifestações, incluindo levantes contra o autoritarismo político na América Latina, em resposta às exigências de organização democrática dos povos em busca de seus direitos à

liberdade, ao trabalho, à educação, à saúde e à definição participativa de seus destinos.

Neste período histórico, fortaleceu-se o processo de implementação de modelos de desenvolvimento fortemente neoliberais, regidos pela norma do maior lucro possível no menor espaço de tempo. Com o pretexto da industrialização acelerada, apropriava-se cada vez mais dos recursos naturais e humanos.

No âmbito da ciência, ocorreram algumas descobertas que ajudaram a perceber a emergente globalidade dos problemas ambientais. A construção de uma ciência global também começava a se consolidar, sendo que grande parte dos conhecimentos atuais dos sistemas ambientais foi gerada nesse período.

Com o notável avanço da ecologia e de outras ciências correlatas, grande parte do conhecimento existente sobre o meio ambiente, que era suficiente para satisfazer às necessidades do passado, passou a ser insuficiente para embasar a tomada de decisões na organização ambiental da época.

Nesse contexto, o Ambientalismo passou a abranger quase todos os aspectos do meio natural associados ao interesse humano, tanto no plano da comunidade, como das necessidades individuais de vida e subsistência, destacando-se a relação entre os ambientes artificiais e naturais. (MILARÉ, 2007, p. 73).

O movimento conservacionista anterior, de proteção à natureza, interessava-se em proteger determinados recursos naturais contra a exploração abusiva e destruidora, alegando razões de prudência ética ou estética. O novo movimento ambiental, sem descartar essas motivações, superou-as, estendendo seu interesse a uma variedade maior de fenômenos ambientais. Alegava-se que a violação dos princípios ecológicos teria alcançado um ponto tal que, no melhor dos casos, ameaçava a qualidade da vida e, no pior, colocava em jogo a possibilidade de sobrevivência, a longo prazo, da própria humanidade (LANFREDINI, 2002, p. 21).

Na década de 1980 ocorreu uma profunda crise econômica que afetou o Brasil, com consequente agravamento dos problemas ambientais. As relações entre a economia e a ecologia levam à necessidade de adoção de um novo sistema de contabilidade ambiental e novos indicadores de bem-estar social e econômico. Realiza-se a crítica ao Produto Nacional Bruto (PNB), postulando-se um novo indicador: o benefício social líquido, que inclui o bem-estar econômico, social, individual e global e a noção de qualidade de vida. (ANTUNES, 2002, p. 64).

Neste período é instituída a Política Nacional do Meio Ambiente, definida por meio da Lei 6.983/81, que, por sua vez, situou a Educação Ambiental como um dos princípios que garantem "a preservação, melhoria e recuperação da qualidade ambiental propícia à vida, visando assegurar no país condições ao desenvolvimento socioeconômico, aos interesses da segurança nacional e à proteção da dignidade da vida humana" (BRASIL, 1981).

No final dessa década, foi promulgada a vigente Constituição da República (1988), que trouxe em seu arcabouço os princípios fundamentais que regem todas as demais normas ambientais e estabelece uma série de obrigações às autoridades públicas, dentre elas: a) a preservação e recuperação das espécies e dos ecossistemas; b) a preservação da variedade e integridade do patrimônio genético; c) a educação ambiental em todos os níveis escolares e a orientação pública quanto à necessidade de preservar o meio ambiente; d) a definição das áreas territoriais a serem especialmente protegidas; e) a exigência de estudos de impacto ambiental para a instalação de qualquer atividade que possa causar significativa degradação ao equilíbrio ecológico; f) a proteção à fauna e à flora, sendo vedadas as práticas que coloquem em risco a sua função ecológica, provoquem a extinção de espécies ou submetam os animais a crueldades, etc. (SILVA, 1997).

Assim como a defesa do consumidor, a competência para legislar sobre meio ambiente e sobre a responsabilidade por danos

causados ao meio ambiente foi definida como sendo da União (abrangência nacional), dos Estados (competência residual) e dos Municípios (abrangência local), cada um com sua esfera de atuação.

Na década de 1990, foi realizada no Brasil, a Conferência Rio-92, cuja grande preocupação se centrou nos problemas ambientais globais e nas questões do desenvolvimento sustentável. Nesta conferência ficou estabelecido uma proposta de ação para os próximos anos, denominada Agenda 21. De acordo com os preceitos desse documento, deve-se promover, com a colaboração apropriada das organizações não-governamentais, inclusive as organizações de mulheres e de populações indígenas, todo tipo de programas de educação de adultos para incentivar a educação permanente sobre meio ambiente e desenvolvimento, centrando-se nos problemas locais. Várias organizações estaduais do meio ambiente implantam programas de Educação e Gestão Ambiental e os municípios criam as secretarias municipais de meio ambiente. (UNIFESP, 2015).

Em 2012 foi editado um novo Código Florestal (Lei 12.651/2012) visando garantir o direito fundamental a um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Entre as principais mudanças estão a ampliação das Áreas de Preservação Permanente (APPs) e as alterações no âmbito da Reserva Legal (RL), com o intuito de garantir a preservação da biodiversidade local e conter o desmatamento e a pressão da agropecuária sobre as áreas de florestas e vegetação nativa. Assim, o legislador inseriu no referido diploma os parâmetros de sustentabilidade que vêm sendo implementados para melhorar a situação mundial para que, no mínimo, se deixe um ambiente razoavelmente habitável para as gerações futuras.

Destarte, pode-se afirmar que, na atualidade, que as relações entre a sociedade civil organizada e instituições governamentais responsáveis pela gestão ambiental tem tentado caminhar juntas para a construção de uma cidadania ambiental sustentável, baseada na participação, justiça social e democracia consciente.

3 FUNÇÃO SOCIOAMBIENTAL DA PROPRIEDADE E LIMITES AO EXERCÍCIO DO DIREITO À PROPRIEDADE PRIVADA

A palavra propriedade deriva do latim *proprius* correspondendo a aquilo que é próprio de uma determinada pessoa, no seu conceito parte da ideia de senhoria, domínios, mando ou poder (DINIZ, 2009, p. 114).

Na história do Direito, não existe uma precisão acerca do momento em que surgiu a propriedade privada, pelo menos da forma a qual se conhece hoje, até porque a ciência jurídica transfere tal questão para outras ciências humanas, como a sociologia ou filosofia que podem propiciar explicações mais convincentes sobre a origem os diversos fatores que influenciaram e continuam influenciando este instituto de grande importância na vida do homem em sociedade.

O momento histórico mais rico em que se pode analisar sobre a evolução da propriedade foi no império Romano, que segundo Walter Nascimento (2004, p. 67) há fortes indícios da existência no início da civilização deste império, de uma forma de propriedade coletiva ou Estatal, onde não existia a figura da propriedade particular. Observa-se que nesta época o homem já encontrava num considerável estágio social vivia da agricultura e do comércio, iniciava-se o processo de urbanização. Mais tarde, os romanos se convenceram da necessidade de haver uma relação mais exclusiva com o bem, principalmente aquelas terras que eram do Estado e geralmente ficavam ociosas e abandonadas, eram concedidas aos cidadãos a título precário para que lavrassem o imóvel rural num lapso razoável de tempo em que pudesse plantar e colher a suas plantações então realizada a colheita, era o imóvel devolvido ao verdadeiro dono o Estado. Porém, começaram a haver reiterada utilização do mesmo imóvel pela mesma pessoa ou família, criando um certo conflito e forçando a dispensar aqueles

indivíduos o direito de permanecerem nestas áreas como proprietários tornando essas terras particulares e garantindo com isso a paz social entre os romanos (NASCIMENTO, 2004, pg. 70).

Com a crise do império romano, culminando em sua ruína e fragmentação, nasce um novo sistema político e jurídico, que foi o período feudal, em que a propriedade ou posse era legitimada pela forte relação de fidelidade entre o senhor feudal e suserano, deixando de haver uma exclusividade para uma forma sobreposta hierarquicamente, havendo uma delegação de poderes de fato a um indivíduo e não a obtenção de direito. Porém com o passar do tempo, começaram a aparecer um descompasso muito grande entre os senhores feudais, donos das terras, com os servos ou não proprietários gerando sérios atritos de interesses que mais tarde patrocinaria a revolução francesa que fulminou com o antigo regime.

Com a Revolução Francesa e o Código Napoleônico, teve o ressurgimento do caráter exclusivo de propriedade, concentrando em uma única pessoa, bem como o fim da natureza política e jurisdicional que detinha este no antigo sistema feudal, criava-se uma noção simplesmente econômica, houve uma notável restrição da intervenção do Poder Público frente aos direitos individuais, passando a ter o indivíduo o direito, protegido por lei, a utilizar de forma plena os seus direitos fundamentais, entre eles destaca-se a liberdade contratual e de gozar absoluto ao direito de propriedade. Desenvolveu-se uma ideia jurídica de repúdio a presença estatal na economia ou, seja, a consolidação do direito de propriedade, acarretando com isso uma completa falta de preocupação com os possíveis efeitos sociais advindos desta relação jurídica entre o titular da propriedade com o seu meio social (CICCO, 2006, p. 179-180).

Não tardou o aparecimento dos abusos que comprometeram a paz pública, causada pelas graves diferenças sociais produzidas por esse modelo econômico individualista, necessitando mais uma vez fazer presente o Estado, intervindo assim na economia, bem como

também na coordenação do exercício do direito de propriedade, principalmente nos bens que desempenham um papel de maior destaque na sociedade, como o imóvel rural.

Hodiernamente, o direito de propriedade segue uma tendência mais de direito público, ou talvez uma certa socialização, pelo menos no que tange as obrigações sociais exigidas por lei. Acontece que tal direito era regulado exclusivamente pelo ramo do Direito Civil, houve então um considerável avanço por ter sofrido uma nova classificação deste direito, confirmando assim o seu enquadramento no âmbito do Direito Constitucional.

Na legislação pátria, a propriedade por ser um direito real, é criada e protegida mediante lei, a norma prescreve a faculdade ou direito do proprietário de usar, gozar e dispor da coisa, noção esta derivada do antigo sistema romano *ius utendi, ius fruendi, ius abutendi*. Pode-se observar, que a legislação não conceitua, apenas prescreve os poderes do seu titular, informando que o proprietário pode usar o bem da forma que quiser, gozar de seus frutos seja qual for a sua espécie natural ou civil. O que mais caracteriza a plenitude deste direito é que o poder de dispor o seu bem, vendendo, doando ou até podendo destruí-lo, além disto existe o direito de reivindicar o seu bem, estando ele injustamente no poder de terceiros (ROSEVALD, 2007, p. 174-175).

Como se pode perceber a legislação civil, principalmente o antigo Código Civil de 1916, inegavelmente influenciado pelo individualismo e patrimonialismo do Código de Napoleão, não trouxe qualquer referência a funcionalização da propriedade, limitando-se a indicar os poderes do proprietário, detendo-se, portanto, no aspecto estrutural do domínio, como prescrevia o seu artigo 524 (caput): “A lei assegura ao proprietário o direito de usar, gozar, e dispor de seus bens, e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua”.

Tradicionalmente a legislação pátria antes, da promulgação da Constituição de 1988, tinha uma visão estritamente privada, só reconhecendo a existência nesta relação do sujeito ativo – proprietário

– e do objeto ou bem. Era uma clara herança romanística do antigo *pater familias* do Direito Romano, acrescentado do individualismo liberal, não levando em conta os prováveis interesses jurídicos dos não proprietários, tendo somente como normas delimitadoras deste direito, apenas algumas leis de vizinhança de conotação negativista.

Acontece que direito de propriedade tem um conteúdo positivo de usar, gozar e dispor dos bens, e que corresponde aos mesmos atributos da propriedade romana: *jus utendi, fruendi et abutendi*, cujo conjunto constitui a propriedade perfeita — *plena in re potestas*. (ROSENVALD, 2007, p. 181).

Compreendo o direito de propriedade, o fato de usar, evidentemente, implica na faculdade de exigir todos os serviços que a coisa possa prestar, sem alterar-lhe a substância. O direito de gozar, versa sobre a capacidade de fazer frutificar a coisa, auferindo-lhe os frutos. O direito de dispor, é sem sombra de dúvida o mais importante dos três, consiste em poder consumir a coisa, de aliená-la, de gravá-la de ônus ou de submetê-la ao serviço de outrem.

O Código Civil vigente (2002) trouxe significativa alteração no contexto de utilização da propriedade, demonstrando um visível acréscimo de ônus ao proprietário, em especial ao proprietário de imóvel, e pontualmente ao proprietário de imóvel rural.

Conforme preceitua o artigo 1.228 do Código Civil, o proprietário tem o direito de usar e dispor de seus bens e de reavê-los do poder de quem quer que injustamente os possua; o que a princípio leva a crer que há um direito absoluto de utilização. Mas não é assim, mesmo porque é sabido que o direito como um todo não é absoluto, pois quando seu exercício passa a incomodar terceiros esbarra no direito alheio, ante o seu caráter bilateral, não fugindo à regra o direito de propriedade, pois o uso normal da propriedade implica em não extrapolar os seus limites, havendo hodiernamente restrições à sua utilização, as quais se pode dividir principalmente em administrativas, cíveis e ambientais.

Eis que na esfera cível encontram-se os limites impostos pela função social da propriedade (artigo 5º, XXIII da CRFB), sendo certo que esta função não traz uma limitação concreta, mas representa uma utilidade da propriedade, que cada vez mais tem que ser útil, mormente pelo fato do crescimento da pobreza e devido ainda ao mau gerenciamento administrativo que ocorre há décadas, gerando contingentes de desabrigados e, conseqüentemente, grandes movimentos populares com objetivos de assentamentos, forçando assim a mudança da compreensão da amplitude do conceito de propriedade.

Com efeito, a propriedade, que se constitui no direito real matriz, não pode mais ser concebida como uma instituição única, existindo uma multiplicidade de modalidades, acolhendo-se a teoria de que há uma reconstrução do direito de propriedade, sofrendo não apenas limitações externas negativas, inerentes apenas ao seu exercício, mas, dependendo da natureza do bem, experimentando compressões endógenas na própria senhoria; seja perfilhando-se a orientação de que os bens submetidos ao *dominus* são bens de uso controlado, recebendo, em graus diversos, a intervenção do poder público, o fato incontroverso é que hodiernamente não se pode admitir a mesmidade do conteúdo do direito de propriedade nos bens de uso, nos bens de consumo e nos bens de produção. (ROSENVALD, 2007, p. 175-177).

Paulo Lopo Saraiva (1993) leciona que “sem uma mudança estrutural do conceito e das bases da propriedade, jamais haverá desenvolvimento e justiça social”.

Por conseguinte, o que foi marcante para o remodelamento da propriedade privada foi o surgimento do instituto da função social, sendo considerado pela doutrina especializada como um verdadeiro marco, transformando o conceito jurídico do antes ilimitado e absoluto direito da propriedade privada, que visava apenas os interesses apenas do proprietário passando a ser exigido o cumprimento de obrigações

positivas cogentes e com fins sociais. E esse novo instituto nasceu sob a influência também de vários fatores econômicos e políticos que se passaram no final do século IXX e início do século XX, principalmente com a criação da nova concepção de Estado que deixou de ser apenas um mero fiscal para se tornar um verdadeiro promotor do bem-estar-social.

A função social é um conceito que dá a propriedade um atributo coletivo, não apenas individual. Significa dizer que a propriedade não é um direito que se exerce apenas pelo dono de alguma coisa, mas também que esse dono exerce em relação a terceiros. Ou seja, a propriedade, além de direito da pessoa, é também um encargo contra essa, que fica constitucionalmente obrigada a retribuir, de alguma forma, ao grupo social, um benefício pela manutenção e uso da propriedade.

A função social da propriedade consiste na correta utilização econômica da terra e na sua justa distribuição, de modo a atender ao bem-estar da coletividade, mediante o aumento da produtividade que deve ser conseguida pela promoção da justiça social. (BASTOS, 2001, p. 187)

Eis que a função social da propriedade, que corresponde a uma concepção ativa e comissiva do uso da propriedade, faz com que o titular do direito seja obrigado a fazer, a valer-se de seus poderes e faculdades, no sentido do bem comum. (ROSEVALD, 2007, P. 198-199).

Alexandre de Moraes (2007) explica que com o advento da Constituição Federal de 1988, a propriedade passou a ter seu uso condicionado ao bem-estar social e a ter assim uma função social e ambiental, conforme consta dos seus artigos 5º, XXIII, 170, III e 186, II.

Dispõe o artigo 186, II, da Constituição, que a função social da propriedade rural só é cumprida quando utilizados adequadamente os recursos naturais disponíveis e havendo preservação do meio ambiente.

Assim, a Constituição não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de todos os usos possíveis e imagináveis de sua propriedade.

Portanto, cabe ao princípio da função socioambiental da propriedade, enfim, dar a estabilidade necessária à propriedade privada, tutelando sua integridade jurídica e procurando tornar sua existência sensível ao impacto social e ambiental do exercício dos poderes concedidos ao titular do domínio.

No âmbito de sua função ambiental, o direito de propriedade sofre restrições em virtude das instituições como, por exemplo, de áreas de preservação como dos parques nacionais e estações ecológicas e da constituição da reserva legal obrigatória nos imóveis rurais (Código Florestal). Restrições estas que impõem limitações ao exercício do direito de propriedade em vista da preservação das florestas, as quais são considerados bens de interesse comum a todos.

Quanto aos imóveis urbanos também devem ter sua função ambiental, pois atualmente tem-se entendido que o meio ambiente está dividido em meio ambiente natural, artificial, cultural e do trabalho. O ambiente artificial ou antrópico (construído pelo homem) como as cidades, por fazer parte integrante do meio ambiente deve ser preservado. Além disso, não podemos esquecer que nos termos do artigo 225 da Constituição Federal todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo, portanto, reconhecido o direito a se ter um meio ambiente sadio, que não pode ser prejudicado por atos poluentes ou abusivos de proprietários irresponsáveis, quer rurais, quer urbanos.

Assim, a propriedade, vista sob ângulo constitucional, não comporta o seu entendimento como direito absoluto, oponível contra todos e tudo. É por isso que está ela sujeita a uma dada função social. Sem deixar de ser privada, a propriedade se socializou, com isso significando que deve oferecer à coletividade uma maior utilidade, dentro da concepção de que o social orienta o individual.

Isto mostra que a progressiva evolução do direito de propriedade aponta cada vez mais para uma perfeita e harmoniosa utilização da propriedade, visando ao respeito ao meio ambiente.

Destarte, o direito de propriedade, nos regimes constitucionais modernos e democráticos, tem sempre um conteúdo social e ambiental. Esse se expressa pela fórmula, universalmente adotada, da função social da propriedade, gerida na convicção, hoje incontestável, de que a propriedade não pode ser usada em detrimento da sociedade.

4 DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL AO MEIO AMBIENTE ECOLOGICAMENTE EQUILIBRADO

A Constituição da República Federativa do Brasil (1998), em seu artigo 225, caput, dispõe que o meio ambiente sadio e equilibrado é um bem de uso comum do povo, insuscetível de apropriação por quem quer que seja. Também, dispõe o artigo 186, inciso II, que a função social da propriedade rural só é cumprida quando utilizados adequadamente os recursos naturais disponíveis e havendo preservação do meio ambiente. Assim, a Lei Maior não confere a ninguém o direito de beneficiar-se de todos os usos possíveis e imagináveis de sua propriedade.

Portanto, cabe ao princípio da função socioambiental da propriedade dar a estabilidade necessária à propriedade privada, tutelando sua integridade jurídica e procurando tornar sua existência sensível ao impacto social e ambiental do exercício dos poderes concedidos ao titular do domínio.

Daí uma grande indagação, que tem atormentado os teóricos do Direito Ambiental Brasileiro: uma vez descaracterizada a função socioambiental da propriedade, em virtude de dano ocasionado ao meio ambiente, será viável a desapropriação por interesse público?

A desapropriação é a grau máximo de intervenção ordinatória e concreta do Estado na propriedade privada. Constitui-se na transferência compulsória de um bem, da esfera patrimonial do particular, para o domínio estatal, o qual poderá, ainda, em casos excepcionais, atribuí-lo a outrem. Por ser medida extremamente invasiva, a desapropriação só poderá ser utilizada pelo Poder Público em casos previamente definidos pelo legislador, os quais, no Brasil, enquadram-se nas hipóteses de necessidade ou utilidade públicas e interesse social (ROSENVOLD, 2007, p. 329).

Dessa forma, a desapropriação constitui-se em um modo de aquisição de bens pelo Poder Público. Em outras palavras, é um instrumento de que se vale o Estado para retirar a propriedade de um particular e incorporar ao patrimônio público, indenizando o ex-proprietário (MORAES, 2007, p. 194).

A Constituição estabelece tipos de desapropriação: por necessidade pública, quando é indispensável o bem particular for usado para uma finalidade pública; por utilidade pública, quando não é indispensável, mas é conveniente que determinado bem seja usado de atividade pública; por interesse social, que é um argumento vasto, mas dentro do qual cabem aqueles que sustentem que a propriedade, por qualquer motivo, será mais bem aproveitada se transferida ao patrimônio público do que se mantida sob o poder do particular; por descumprimento da função social ou desapropriação confiscatória (Lei 8.629/93 e artigo 243 da CRFB).

A indenização há de ser justa, o que implica dizer que o preço a ser recebido pelo particular desapropriado deverá corresponder ao que ele receberia se vendesse a propriedade. Além de justa, há que ser prévia, ou seja, antes de o Estado passar para o seu patrimônio a propriedade do particular, este já deve ter sido indenizado.

Ademais, a produtividade da terra não pode ser sobrepor ao cumprimento dos demais itens norteadores da função social e ambiental da propriedade, que acima de tudo deve qualificar-se como

em sintonia com a vida e não com a instituição propriedade, fonte de poder, controle e, por vezes meio de alienação.

Assim sendo, propugna-se que além do tradicional instituto de desapropriação por necessidade ou utilidade pública um outro e extraordinário surge. Trata-se da desapropriação-penalidade, com fulcro na Constituição, em decorrência de não estar o titular promovendo o adequado aproveitamento do imóvel.

A questão, genericamente, é de função socioambiental da propriedade imobiliária, sendo tanto de direito urbano (artigo 182, § 4º, inc. III) como de direito agrário (artigos 184, 185 e 186).

Quanto aos imóveis urbanos também devem ter sua função ambiental, pois atualmente tem-se entendido que o meio ambiente está dividido em natural, artificial, cultural e do trabalho. O ambiente artificial ou antrópico como as cidades, por fazer parte integrante do meio ambiente deve ser preservado. Além disso, não se pode esquecer que nos termos do artigo 225 da Constituição Federal todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, sendo, portanto, reconhecido o direito a se ter um meio ambiente sadio, que não pode ser prejudicado por atos poluentes ou abusivos de proprietários irresponsáveis, quer rurais, quer urbanos.

No âmbito da aceitação da tese de que o domínio não se reveste mais do caráter absoluto, é bom ressaltar que, entre os direitos associados à propriedade, não está o poder de transformar o estado natural do bem ou de destruí-lo. Nenhum proprietário tem direito ilimitado de alterar a configuração natural da sua propriedade, dando-lhe características que antes não dispunha, carecendo para tal do concurso do Poder Público. Assim, por exemplo, não integra o rol dos atributos do direito de propriedade do dono de uma área pantanosa a possibilidade de, a seu querer, aterrará-la, modificando seu estado natural e função ecológica.

Assevera-se que o direito de propriedade não é absoluto, devendo o proprietário utilizá-lo de forma a atender os fins sociais, não

prejudicando terceiros, bem como não produzindo nenhuma ação que afete a coletividade, obedecendo ainda as restrições e imposições de caráter ambiental, redundando aí uma clara necessidade da propriedade observar também a sua função ambiental.

Assim sendo, pugna-se que a Constituição promulga que toda propriedade deve cumprir a sua função tanto social quanto ambiental. E o não atendimento deste comando resulta na ilegitimidade e possibilidade de desapropriação da propriedade particular por interesse público.

Tudo isso demonstra que a progressiva evolução do direito de propriedade aponta cada vez mais para uma perfeita e harmoniosa utilização sustentável da propriedade, visando o respeito ao meio ambiente.

Como exposto, o meio ambiente é contemplado pela Lei Maior, mas para sua proteção é necessária uma sistemática legal e eficaz, bem como uma fiscalização concreta na execução das políticas ambientais e na execução de obras que demandem depredação ao meio ambiente.

Neste diapasão, é importante que seja permitida a provocação e consequente atuação do Judiciário na repreensão dos transgressores para que seja mantida a ordem pública ambiental. Tais medidas necessárias encontram respaldo no ordenamento jurídico pátrio.

Ademais, é possibilitada a participação popular na apresentação de projetos de leis nos âmbitos Federal, Estadual e Municipal. Assim, as entidades ambientais e os cidadãos podem iniciar o processo legislativo participando efetivamente na elaboração de leis de proteção ambiental. Também podem participar na fiscalização e na execução de obras e na política ambiental em discussão pública, quando da elaboração do Estudo de Impacto Ambiental (EIA) e seu Relatório de Impacto Ambiental (RIMA), peças fundamentais e obrigatórias nas obras com potencial de degradação ao meio ambiente. Dessa forma, a sociedade pode também participar e exercer um controle ambiental na execução de obras que demandem custo ecológico.

E, para que se possa efetivamente barrar qualquer iniciativa predatória ao meio ambiente, podem as entidades sociais, provocar a atuação jurisdicional do Estado, dispondo para isso: da ação direta da inconstitucionalidade de lei ou ato normativo; da ação civil pública; da ação popular constitucional para o fim de anular ato lesivo ao patrimônio público; do mandado de segurança coletivo (entidades associativas, partidos políticos e sindicatos) para defender interesses transindividuais, e ainda, do mandado de injunção, no caso de ausência de norma regulamentadora a agasalhar um direito reconhecido.

Por conseguinte, há, no ordenamento jurídico brasileiro, normas jurídicas suficientes para que a sociedade como um todo possa participar na criação de leis ambientais, na fiscalização das atividades danosas ao meio ambiente, bem como proteger este com medidas jurídicas eficazes, conforme normas abaixo relacionadas.

Eis que basta a boa vontade dos diversos atores sociais, aliada a uma conscientização da importância da preservação da natureza, sendo este o mais rico legado que se pode deixar às próximas gerações.

Confúcio disse, há cerca de 5 mil anos, que se alguém quisesse mudar o mundo, teria de começar por si próprio, pois mudando a si próprio, sua casa mudaria. Mudando sua casa, a rua mudaria. Mudando a rua, o bairro mudaria. Mudando o bairro, mudaria o município e assim por diante, até mudar o mundo.

Portanto, o grande desafio do homem do nosso tempo, não é outro senão o de provocar, através da conscientização ambiental, uma grande mudança de atitude, materializada pelo resgate do senso ancestral de proteção do meio ambiente que, em última análise, é o depositário da vida no planeta, bem como, intentar todos os esforços no sentido da criação de condições e da composição de soluções, para que a propriedade, mesmo privada, cumpra a sua função ambiental, sendo economicamente útil e produtiva, atendendo o desenvolvimento econômico e os reclamos de justiça social, sem que tais iniciativas atentem contra o patrimônio comum da humanidade.

E, apesar de muitos se empenharem em defender a natureza, ainda é preciso que mais pessoas se conscientizem da importância dessa tarefa, não só se preocupando em não deixar ninguém poluir ou destruir a natureza, como também se esforçando para modificar os hábitos e comportamentos que levam ao desperdício de recursos naturais ou prejudicam o meio ambiente, afinal de contas todo cidadão tem sua parcela de responsabilidade.

5 CONCLUSÃO

O rápido crescimento da civilização, pautado pelas arcaicas concepções de desenvolvimento e falta de reflexão sobre os direitos humanos fundamentais, também influenciados por desmedidos interesses econômicos, cada vez mais ávidos por novas fontes de lucro e de poder, determinaram a destruição dos ambientes naturais e antrópicos, sob o pretexto de um inevitável desenvolvimento.

Ocorre, porém, que o desenvolvimento contemporâneo, nos moldes em que está sendo imposto, tem demonstrado a sua fragilidade e insustentabilidade. Daí a importância de uma nova visão ambiental, em se compreender o homem não como responsável pela natureza ou como seu agressor, mas como parte de um complexo ecossistema.

A ideologia da defesa do meio ambiente, neste diapasão, se torna um sinal do máximo alcance da consciência ambiental humana, através da pressão política sobre as discussões inerentes à causa e a interferência direta nas agressões ao meio ambiente como um todo.

Como exposto, ao longo da presente discussão, é perfeitamente possível enquadrar o meio ambiente saudável e equilibrado como um dos direitos humanos fundamentais. Contudo, infelizmente, ainda se tem visto grandes violações dos direitos humanos no Brasil, inserido aí a degradação do meio ambiente, o que tem repercutido negativamente

no cenário mundial, mostrando que há um tortuoso caminho a se percorrer.

Nesse desiderato, pugna-se que não é consentido ao proprietário de um imóvel, seja rural ou urbano, atuar de maneira aleatória e indiferente em relação aos bens ambientais. Deve ele, ao revés, em atitude ética e socialmente responsável, internalizar no processo produtivo todos os custos, inclusive ambientais, empregando os avanços tecnológicos a serviço da sociedade, mas em harmonia com o meio ambiente. Deve, ainda, evitar e prevenir condutas lesivas ao meio ambiente, como também empregar mecanismos eficazes na restauração de eventuais danos ambientais.

Não se trata de cercear a atividade econômica da propriedade que tem como meta a satisfação das necessidades e aspirações humanas. Pois, reconhece-se que no mundo contemporâneo milhares de pessoas ainda sofrem de males primários, como fome e analfabetismo, vindo, por vezes, a óbito quando lhes são negados o acesso à infraestrutura básica na área da saúde.

Eis que muito ainda há a ser feito de forma a plasmar a dignidade do ser humano, não sendo concebível o sobrestamento de novas tecnologias, ou a estagnação no desenvolvimento de uma sociedade estruturada em economia de mercado. Não obstante, esse desenvolvimento deve ser sustentável, ou seja, deve ser implementado mediante uma visão holística e sistêmica, inserida no complexo indissociável que une o ser humano ao meio ambiente, concretizando entre ambos um convívio sóbrio e saudável, ecologicamente equilibrado, propiciando ao homem de hoje e ao de amanhã, uma sadia qualidade de vida.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Barcellos de. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2002.

AZEVEDO, Luiz Carlos de. **Introdução à História do Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 3.071, de 1º de janeiro de 1916. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3071.htm. Acesso em: 27 de jan. de 2018.

BRASIL. **Código Civil**. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2002/110406.htm. Acesso em: 28 de jan. de 2018.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Promulgada em 5 de outubro de 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao. Acesso em: 15 de jan. de 2018.

BRASIL. **Lei 6.938, de 31 de agosto de 1981.** Política Nacional do Meio Ambiente. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6938. Acesso em: 25 de fev. de 2018.

BRASIL. **Lei 12.651, de 25 de maio de 2012.** Código Florestal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651. Acesso em: 22 de fev. de 2018.

CICCO, Cláudio De. **História do Pensamento Jurídico e da Filosofia do Direito.** São Paulo: Saraiva, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos.** São Paulo: Saraiva, 2010.

CUSTÓDIO, Helita Barreira. **Legislação Ambiental no Brasil.** Revista de Direito Civil, São Paulo, 1996, v.76/58.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos Humanos e Cidadania.** São Paulo: Moderna, 1998.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. **Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris.** 10 dez. 1948. Disponível em: <http://www.dudh.org.br/wpcontent/uploads/2014/12/dudh.pdf>. Acesso em: 17 jan. 2018.

DIMENSTEIN, Gilberto. **Democracia em Pedacos: direitos humanos no Brasil.** São Paulo: Cia das Letras, 1996.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro: Direito das Coisas**. v. 4 . São Paulo: Saraiva, 2009.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LANFREDI, Geraldo Ferreira. **Política Ambiental: busca de efetividade de seus instrumentos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. **Direito Ambiental Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 1999.

MILARÉ, Édis. **Direito do Ambiente: a gestão ambiental em foco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

MORAES, Alexandre de. **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Atlas, 2007.

NASCIMENTO, Walter Vieira do. **Lições de História do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

REALE, Giovanni. **História da Filosofia: do Humanismo a Descartes**. São Paulo: Paulus, 2004.

ROSENVOLD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves. **Direitos Reais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

SARAIVA, Paulo Lopo. **A Constituição deles não é a nossa**. Natal: Cooperativa Cultural, 1993.

SÉGUIN, Elida. **O Direito Ambiental: nossa casa planetária**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

SILVA, José Afonso. **Direito Ambiental Constitucional**. São Paulo, Malheiros, 1997.

ANÁLISE EPISTEMOLÓGICA ACERCA DA GESTANTE NO AMBIENTE INSALUBRE DE TRABALHO

Beatriz Mariotti Azevedo¹

Daniel Scapellato Pereira Rodrigues²

Thaniggia Petzold Fonseca³

RESUMO: A presente pesquisa tem como objetivo analisar a gestante no ambiente insalubre de trabalho, tendo em vista às recentes alterações legislativas autorizando o trabalho exercido pela gestante em ambiente insalubre de trabalho em grau médio e mínimo. Para tanto, o estudo inicialmente apresentará os princípios norteadores do trabalho da mulher, quais sejam, da proteção ao hipossuficiente, da irredutibilidade salarial, da isonomia e da dignidade da pessoa humana. Após, será abordado a proteção à mulher na Consolidação das Leis trabalhistas de 1943 no que tange a permissão legislativa em ter que trabalhar em local insalubre durante todo o período gestacional. Bem como, fará uma análise após a reforma trabalhista em 2017, além de abordar as mudanças apontadas com a Medida Provisória n° 808. Para que, no fim, seja exposto o princípio da proteção *versus* a nova tutela do trabalho da mulher grávida em ambiente insalubre de trabalho vigente no ordenamento jurídico pátrio.

PALAVRAS-CHAVE: Ambiente Insalubre. Gestante. Reforma Trabalhista. Medida Provisória n° 808.

1 Acadêmica do curso de Direito do IESI/FENORD.

2 Mestre em Ciências das Religiões, especialista em Direito do Trabalho, professor de Direito do Trabalho do IESI/FENORD.

3 Mestra em Ciências das Religiões, especialista em Direito do Consumidor, professora de Tópicos de Direito Penal e Processo Penal, Legislação Penal Especial e de Direito Empresarial do IESI/FENORD;

ABSTRACT: The present study aims to analyze the pregnant woman in the unhealthy workplace, considering the recently legislative changes about the permission of pregnant woman in the unhealthy workplace in mid-level and minimum level. To this, at first, the study will present the guiding principles of women's work, which are, to protection of hyposufficiency, the impossibility of salary reduction, the principle of equality and the principle about the dignity of the human person. After, will be approached about the protection of woman in the Consolidation of Labour Laws from 1943 with regard to legislation permission about the labour in unhealthy place during the whole gestational period. As well, will be analysis the labor reform of 2017, approaching all the changes provided by Provisional Measure number 808. For that, in the end, will be exposed the principle of the protection versus the new labour guardianship of the pregnant woman in the unhealthy workplace, currently presents in our brasilian legal order.

KEYWORDS: Unhealthy Workplace. Pregnant. Labor Reform. Provisional Measure number 808.

1 INTRODUÇÃO

A gestante no ambiente insalubre de trabalho foi tema de recente alteração legislativa e discussão doutrinária acerca da possibilidade do afastamento da mulher em estado gestacional ou da permanência da mesma em ambiente insalubre de trabalho.

Assim, a Carta Magna de 1988, no seu artigo 5º, inciso I, veda a prática de qualquer medida discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção.

Nesse mesmo sentido, com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) em 1943, estabelece capítulos específicos que

contém natureza de proteção mais efetiva à maternidade, em seus artigos 391 a 400 na seção V – Da Proteção à Maternidade.

Contudo, a CLT formulada em 1943 assegurava, inicialmente, a sua estabilidade provisória no emprego desde a concepção até cinco meses após o parto, bem como, previa a licença maternidade, que compreende o afastamento remunerado da mulher em estado gravídico com duração de 120 dias, mas era silente em relação ao afastamento ou permanência da mulher gestante no ambiente insalubre de trabalho.

Razão pela qual, em maio de 2016, foi promulgada e publicada a Lei nº 13.287/2016, que acrescentou o artigo 394-A à Consolidação das Leis do Trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres, estabelecendo o seu afastamento desses locais, enquanto durar a gestação e a lactação, devendo exercer suas atividades em local salubre.

Dessa forma, percebe-se que o objetivo desse artigo 394-A, da CLT foi proteger a gestante e lactante, o feto e a criança nos períodos de gestação e lactação, proibindo o trabalho da empregada em atividades, operações ou locais insalubres de trabalho, sem, contudo, delimitar quais as hipóteses e graus de insalubridade que ensejaria o afastamento da gestante do seu ambiente de trabalho.

Por outro lado, em 2017, com a reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017, houve alteração na dicção do dispositivo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, vindo a flexibilizar o que estava disposto na antiga lei, qual seja, a Lei 13.287/2016, mitigando, portanto, o trabalho das grávidas em ambientes insalubres, já no tocante as lactantes o legislador nada mencionou acerca do assunto.

Assim, o legislador reformista passou a permitir que empregadas gestantes e lactantes laborem em local insalubre, sendo que a empregada só será afastada se preenchidos os requisitos nos incisos do artigo 394-A, da CLT, conforme será abordado no decorrer da pesquisa.

Em contrapartida, em 11 de novembro de 2017 foi editada a Medida Provisória nº 808, publicada pelo Presidente da República, determinando ajustes na reforma trabalhista, e, um dos pontos mais polêmicos das regras originalmente aprovadas no Senado Federal no que tange ao exercício de trabalho insalubre por grávidas e lactantes foi ajustado pela MP 808/2017.

Logo, o novo texto determina que gestantes sejam automaticamente afastadas, “enquanto durar a gestação”, de atividades ou locais insalubres. Além disso, a empregada gestante exercerá suas atividades em local salubre, excluído, neste caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

Sendo assim, como a Medida Provisória nº 808/2017 teve vigência de 120 (cento e vinte dias) para que o Congresso Nacional pudesse recepcioná-la em definitivo ou não. Contudo, como não passou pelo Congresso, a redação fornecida pela MP valeu somente até dia 25/04/2018, tendo, portanto, a sua queda e passando a vigor no ordenamento jurídico prático o texto integral estabelecido pela Lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista.

Diante de todo o abordado, cumpre salientar que a presente pesquisa acadêmica analisará, por fim, a gestante no ambiente insalubre de trabalho à luz do princípio da proteção, para fins de compreensão da atual conjuntura da tutela do trabalho da mulher no mercado trabalhista.

Mediante o exposto, faz-se o seguinte questionamento, “Houve afronta ao princípio da proteção à mulher as alterações realizadas pela Reforma Trabalhista no artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho? ”

Para tanto, objetiva-se com esse estudo, analisar epistemologicamente as hipóteses em que a gestante será afastada ou permanecerá no ambiente insalubre de trabalho, após a recente reforma trabalhista brasileira.

Metodologia: Os documentos utilizados para a pesquisa foram livros de grandes autores, cujas obras possibilitam uma maior compreensão acerca dos princípios norteadores do trabalho da mulher e a proteção concedida pela Consolidação das Leis do Trabalho. Também foi analisada a Lei nº 13.267/2016, a Lei nº 13.467/2017 e Medida Provisória nº 808/2017, bem como aos comentários de pesquisadores e doutrinadores especificamente no que concernem as alterações sobre a gestante no ambiente insalubre de trabalho.

2 PRINCÍPIOS NORTEADORES DO TRABALHO DA MULHER

Inicialmente, cumpre abordar os princípios norteadores do trabalho da mulher, uma vez que, segundo Miguel Reale (2003) aduz que:

Princípios são enunciações normativas de valor genérico, que condicionam e orientam a compreensão do ordenamento jurídico, a aplicação e integração ou mesmo para a elaboração de novas normas. São verdades fundantes de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da práxis (REALE, 2003, p. 37).

Razão pela qual, faz-se necessário abordar os princípios específicos que dizem respeito à saúde e segurança da mulher no local de trabalho.

2.1 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO AO HIPOSSUFICIENTE

O ordenamento jurídico brasileiro, em sua Carta Magna determina, através da inteligência do art. 5º, caput, dispõe que "Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza" (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Nessa esteira, tendo em vista a relação empregado/empregador, o princípio da proteção ao hipossuficiente, segundo Américo Plá Rodriguez (1992), citado por Bastos (2015, p. 01), "(...) o princípio da proteção ou tutelar é peculiar ao processo do Trabalho. Ele busca compensar a desigualdade existente na realidade socioeconômica com uma desigualdade jurídica em sentido oposto".

Urge destacar, que segundo Sérgio Pinto Martins (2005) o princípio da proteção ao hipossuficiente é o princípio mais importante do direito do trabalho, como o único princípio do direito do trabalho, do qual os demais derivam. Considerando que há, no direito do trabalho, uma verdadeira rede de proteção ao trabalhador, abrangendo desde a elaboração das normas trabalhistas, passando pela interpretação jurídica e culminando em presunções próprias capazes de proteger o hipossuficiente.

Dessa forma, percebe-se que como a relação jurídica laboral guarda um desequilíbrio natural entre as partes, o direito do trabalho, ao proteger o empregado, tenta balancear, de forma mais justa, o liame, para que a diferença entre a classe patronal e operária seja diminuída consideravelmente.

2.2 PRINCÍPIO DA IRREDUTIBILIDADE SALARIAL

A irredutibilidade de salários encontra-se alçada ao patamar constitucional, expressamente assegurada no inciso VI, do artigo 7º, da Constituição Federal, o qual prevê:

Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo de trabalho. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Assim, consoante Loureiro Júnior (2015), esse princípio não é só uma norma constitucional, a irredutibilidade salarial traduz-se em um princípio de fundamental importância para as relações individuais de trabalho, assegurando aos trabalhadores o direito de não sofrer decréscimos em seus salários por imposição unilateral dos empregadores.

Esse direito constitucional do trabalhador, conforme o supramencionado autor, visa a assegurar sua própria subsistência e, muitas vezes, da sua família, possuindo, assim, caráter eminentemente alimentar, daí porque sua previsão na Constituição Federal como um direito fundamental do trabalhador.

Correia (2017) acrescenta e defende que esse princípio veda a redução (diminuição) dos salários dos trabalhadores, exceto por convenção ou acordo coletivo, assim, para que essa redução salarial seja válida, há necessidade da participação do sindicato dos trabalhadores.

2.3 PRINCÍPIO DA ISONOMIA

O princípio da isonomia ou igualdade nas relações trabalhista decorre do preceito constitucional previsto no artigo 5º, caput, o qual, determina que, “ todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Ademais, o inciso I, do artigo 5º, da Constituição Federal, veda a prática de qualquer medida discriminatória e limitativa para efeito de acesso à relação de emprego ou sua manutenção, prevendo que, “I - homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição” (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

No direito do trabalho, consoante Silva (2009), o princípio da isonomia surgiu como consequência de que a liberdade de contrato entre pessoas com poder e capacidade econômica desiguais conduzidas a diferentes formas de exploração, inclusive mais abusivas e iníquas. Para tanto, o legislador, através do princípio da isonomia, na tentativa de buscar medidas para garantir uma igualdade jurídica que desaparecia diante da desigualdade econômica no direito do trabalho, busca-se uma justiça real, concreta ou material.

Assim, nota-se que o princípio trabalhista da isonomia garantido na Constituição Federal é amplo e assegura ao indivíduo o direito de insurgir-se contra o arbítrio e a discriminação no ambiente de trabalho.

2.4 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Inicialmente, cumpre abordar que a dignidade humana está diretamente ligada à imperiosa necessidade de trabalho, pois esta é vista como a principal forma de valorização do indivíduo e uma das mais razoáveis maneiras de se alcançar a melhoria da hodierna conjuntura social (ANDRADE, 2015).

Nesse diapasão, Andrade (2015) complementa que nenhum pretexto de ordem econômica deve sobrepor-se aos preceitos jurídicos atinentes aos direitos sociais, pois estes se caracterizam como essenciais para a valorização do trabalho, a consequente promoção do bem comum e a elevação da própria condição humana. Dessa forma, se os ajustes econômicos e jurídicos não forem suficientes para assegurar uma existência digna a todos, não se pode conceber como solução o rebaixamento do patamar civilizatório e a redução da dignidade de cada trabalhador.

No tocante a esse entendimento, Gabriela Neves Delgado assevera que, “onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com o respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva” (DELGADO, 2006, p. 207).

Cumprе salientar que a Constituição Federal de 1988 que em seu preâmbulo instituiu que “o Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem estar, e desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Assim, percebe-se que a República Federativa do Brasil instituiu como um de seus fundamentos a dignidade da pessoa humana

e possui como seus objetivos fundamentais “construir uma sociedade justa e solidária, promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Sendo assim, cristalino é que qualquer relação de trabalho deve ser baseada nos limites constitucionais sob o risco de afrontar os direitos e garantias fundamentais do empregado, o que leva ao entendimento de que é a Constituição Federal o vetor central para que se alcance de fato a dignidade da pessoa humana.

3 PROTEÇÃO À MULHER NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO

Diante dos princípios abordados que orientam a aplicação das normas trabalhistas percebe-se claramente a intenção protecionistas do legislador brasileiro.

E, em 1943 com o advento da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) é possível verificar capítulos específicos que contém natureza de proteção mais efetiva à maternidade, em seus artigos 391 a 400 na seção V – Da Proteção à Maternidade.

Artigos esses, segundo Albuquerque (2017), são de extrema importância para o pleno andamento do trabalho da mulher e anteparo a maternidade, e acrescenta:

A aplicação de tal norma resguarda a maternidade sob óptica da mulher, para conservar seu físico, pois traz dentro de si uma nova vida, que ao longo dos meses de gestação seu corpo passa por infinitas transformações, no qual é importante a trabalhadora e empregador adequar-se em conformidade com que determina a legislação. (ALBUQUERQUE, 2017, p. 12).

Assim, observa-se que os direitos que asseguram a maternidade tranquila não são voltados apenas para as gestantes, mas para toda a sociedade. Diante disso, passa-se a abordar os principais aspectos de proteção à mulher previsto na Consolidação das Leis do Trabalho.

a) Da estabilidade da gestante

Correia (2017) leciona que a gestante possui estabilidade ou garantia provisória de emprego, que no qual, veda que o empregador dispense arbitrariamente ou sem justa causa a empregada gestante, desde a confirmação da gestação, ou seja, desde a concepção do embrião ao óvulo, até 5 (cinco) meses após o parto.

Cumprido informar que o desconhecimento do estado gravídico pelo empregador não afasta o direito ao pagamento da indenização decorrente da estabilidade, prevista no artigo 10, inciso II, alínea b, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, conforme estabelece a Súmula nº 244, item I, do Tribunal Superior do Trabalho.

Além disso, a gestante possui essa estabilidade provisória mesmo na hipótese de admissão mediante contrato por tempo determinado (Súmula nº 244, item III, do TST), bem como na vigência do aviso prévio, seja ele trabalhado ou indenizado (artigo 391-A, da CLT).

A gestante só perderá o direito à estabilidade provisória se cometer falta grave, prevista no artigo 482, da CLT. Sendo, nessa hipótese, segundo Correia (2017), desnecessário o ajuizamento de inquérito judicial para a apuração de falta grave de empregada.

Contudo, se a gestante for dispensada durante o período da gestação, a empregada poderá pleitear a reintegração ao trabalho, pois essa dispensa será irregular (CORREIA, 2017). E, caso já tenha

exaurido o período de estabilidade e a gestante não for reintegrada ao emprego ela terá direito a receber os salários do período compreendido entre a data da despedida e o final do período de estabilidade, consoante preceitua a Súmula nº 396, do Tribunal Superior do Trabalho.

Por outro lado, Correia (2017) preceitua que a gestante poderá pedir demissão a qualquer momento, pois não há obrigatoriedade que ela permaneça prestando serviço só pelo fato de estar em estado gravídico. Assim, nesse caso, ela receberá as verbas trabalhistas decorrentes do pedido de demissão.

b) Licença-Maternidade

Após o parto da gestante ela terá direito a licença-maternidade que compreende o afastamento remunerado da mulher em estado gravídico com duração de 120 dias. Sendo que, esse direito é resguardado na Constituição Federal de 1988 em seu artigo 7º, inciso XVIII, o qual dispõe:

Art. 7º: São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...) XVIII – Licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Correia (2017) assevera que essa licença não está condicionada ao nascimento da criança com vida, porque nesse caso, a empregada terá o repouso de 120 dias para se recuperar do trauma.

Além da empregada gestante, tem direito à licença-maternidade a empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção,

mediante apresentação do termo judicial de guarda à adotante ou guardiã (MENEZES, 2015, p. 342).

Ademais, cumpre salientar que o artigo 18, § 3º da Lei nº 13.301/2016, estendeu o prazo da licença-maternidade para 180 dias para as mães de crianças acometidas por sequelas neurológicas de doenças transmitidas pelo *Aedes Aegypti*, como no caso de microcefalia. (BRASIL, LEI Nº 13.301, 2016).

Por fim, Menezes (2015) leciona que caso a empregada venha a falecer no parto ou durante a licença-maternidade, o marido ou companheiro poderá usufruir da licença integralmente (120 dias) ou pelo período restante.

c) Proteção à maternidade

A conduta da empresa em não admitir mulheres casadas ou gestantes configura ato discriminatório, à luz do artigo 391, parágrafo único da Consolidação das Leis do Trabalho.

Além disso, durante a gravidez é garantida à empregada gestante a dispensa do horário de trabalho pelo tempo necessário para a realização de, no mínimo, seis consultas médicas e demais exames complementares (artigo 391, § 4º, inciso II, da CLT).

Também é assegurado, a transferência de função, quando as condições de saúde o exigirem, tendo garantia a retomada da função anteriormente exercida logo após o retorno ao trabalho (artigo 391, § 4º, inciso I, da CLT).

Ademais, o ordenamento jurídico trabalhista no seu artigo 389, da CLT, dispõe que os estabelecimentos com pelo menos 30 mulheres com mais de 16 anos de idade terão local apropriado onde seja permitido às empregadas guardar sob vigilância e assistência os seus filhos no período de amamentação. Contudo, o empregador, tem a

opção de manter convênio com entidades públicas ou privadas para suprir a exigência da creche no próprio estabelecimento (art. 389, § 1º e 2º, da CLT). Além disso, esses locais devem ser equiparados com berçário, saleta de amamentação, cozinha dietética e instalação sanitária, consoante preceitua o artigo 400, da CLT.

Outra garantia dada à mulher, mesmo após a gestação, é amamentar o próprio filho, até que este complete 6 (seis) meses de idade durante a jornada de trabalho a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um (artigo 396, da CLT).

Nesse aspecto, Correia (2017, p. 342) leciona que, “há discussão doutrinária acerca da remuneração desse intervalo e da inserção na jornada de trabalho da empregada. Prevalecendo o posicionamento de que esses dois intervalos são remunerados e inseridos na jornada de trabalho”.

Ademais, urge salientar que em maio de 2016, foi promulgada e publicada a Lei nº 13.287/2016, que acrescentou o artigo 394-A à Consolidação das Leis do Trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres, prevendo que:

Art. 394-A, CLT: A empregada gestante ou lactante será afastada, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, devendo exercer suas atividades em local salubre. (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO, 2016).

Por fim, Melo (2017) ressalta que o objetivo desse artigo 394-A, da CLT foi proteger a gestante e lactante, o feto e a criança nos períodos de gestação e lactação, proibindo o trabalho da empregada em atividades, operações ou locais insalubres, que deveria nesses períodos exercer suas atividades em locais salubres, livres dos respectivos riscos, considerando que a Consolidação das Leis do Trabalho de 1943 foi

silente quanto à possibilidade ou não da gestante permanecer a exercer o seu trabalho em ambientes insalubres durante todo o estado gravídico, motivo em que, esse supramencionado artigo foi alterado com a reforma trabalhista, onde passa-se a expor.

4 REFORMA TRABALHISTA

Insta salientar, que o artigo 394-A, da CLT, fornecido pela Lei nº 13.287/2016, não evidencia o grau de insalubridade e quais os agentes nocivos as gestantes e lactantes estariam proibidas de serem expostas no seu ambiente de trabalho, aparato esse, consoante Albuquerque (2017) proíbe expressamente o grau na qual a mulher estaria exposta, uma vez que pelo mínimo grau de exposição já poderia gerar risco a gestante e ao seu filho.

Todavia, em 2017, com a reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017, houve alteração na dicção do dispositivo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho, vindo a flexibilizar o que estava disposto na antiga lei, qual seja, a Lei 13.287/2016, mitigando, portanto, o trabalho das grávidas em ambientes insalubres, já no tocante as lactantes o legislador nada mencionou acerca do assunto, conforme pode ser observado pela seguinte redação:

Art. 394-A. Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

I - atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

II - atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

III - atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 1º (VETADO) (Redação dada pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017)

§ 3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento. (Incluído pela Lei nº 13.467, de 2017). (BRASIL, CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS, 2017).

Assim, pode-se perceber que o legislador reformista passou a permitir que empregadas gestantes e lactantes laborem em local insalubre, sendo que a empregada só será agastada se preenchidos os requisitos nos incisos do artigo supramencionado, veja-se as hipóteses:

Primeiro, em relação à gestante, que labore em atividades consideradas insalubres no grau máximo será inteiramente proibido seu labor, devendo ser afastada destas condições. No entanto, segundo Piccolo (2017) a empregada poderá ser deslocada para atividades de grau médio ou mínimo, tendo em vista que não há vedação para os outros graus de insalubridade.

Segundo, caso a gestante ou lactante labore em atividades insalubres de grau médio ou mínimo poderá trabalhar em local insalubre, sendo autorizado seu afastamento quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gravidez, para que demonstre a real necessidade de seu interregno de tempo até seu retorno na sua atividade regular.

Doneda (2017) citada por Albuquerque (2017) destaca que:

No que tange a apresentação de atestado o legislador não deixa claro que médico poderá assinar tal atestado, somente elencou que poderá ser de sua confiança, ao analisar essa prerrogativa pode-se expor que esse médico que irá decidir se a gestante pode ou não continuar exercendo suas atividades em locais insalubres, que por muitas vezes expostas a ruídos, trocas elevadas de temperaturas entre outras atividades que ocasionam risco a gestante e ao nascituro (DONEDA, 2017, p. 28 *apud* ALBUQUERQUE, 2017, p. 23).

Assim, percebe-se que o profissional médico ao emitir um atestado afirmando que a mulher poderá trabalhar em local insalubre sem risco para ela e para o nascituro estará assumindo grande responsabilidade, inclusive no âmbito civil e penal.

Terceiro, cumpre informar que quanto às lactantes, o legislador reformista passa a permitir o labor em qualquer grau de insalubridade, salvo quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende seu afastamento.

Urge ressaltar que em qualquer das hipóteses supra abordadas, a gestante ou lactante, não terá prejuízo em sua remuneração, ou seja, mesmo com seu afastamento da atividade insalubre continuará recebendo o adicional de insalubridade (PICCOLO, 2017).

Nesse sentido, o § 2º do artigo 394-A, da CLT estabelece que cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade da trabalhadora durante o período de afastamento, mediante regime de compensação, observados os limites constitucionais. Entretanto, conforme leciona Piccolo (2017), poderá a empresa fazer deduções de valores quando do recolhimento previdenciário, nos limites legais.

Por outro lado, § 3º, do artigo 394-A dispõe que caso a gestante não possa laborar em local insalubre, tampouco em local salubre, sua gravidez será considerada de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade.

Nesse caso, ainda segundo Piccolo (2017), a empregada terá que requerer o salário-maternidade nos termos da Lei nº 8.213/1991, sendo que o valor consistirá numa renda mensal igual a remuneração integral da gestante.

Por fim, vale complementar que as previsões contidas no artigo 394-A, da CLT não poderão ser objeto de supressão ou redução por meio de acordo coletivo ou convenção coletiva de trabalho, tampouco por acordo individual, conforme teor do novo artigo 611-B, inciso XXX, da Consolidação das Leis do Trabalho (dado pela Lei nº 13.467/2017).

Assim, diante do explanado, percebe-se que o Congresso Nacional ao aprovar a reforma trabalhista e o Presidente da República ao sancionar a lei sem qualquer restrição ignorou o objetivo primordial da Lei 13. 287/2016, que é a promoção da proteção da gestante, lactante, feto e da criança o contato ao trabalho em ambientes insalubre que lhe são prejudiciais à sua saúde.

Razão pela qual, em 14 de novembro de 2017, o Presidente da República publicou a Medida Provisória nº 808, alterando o artigo 394-A, da recente Lei nº 13.467/2017, que passa a expor.

4.1 MUDANÇAS APONTADAS PELA MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808/2017

A Medida Provisória nº 808, publicado pelo Presidente da República, determina ajustes na reforma trabalhista, entrando em vigor desde 11 de novembro de 2017. E, um dos pontos mais polêmicos das regras originalmente aprovadas no Senado Federal no que tange ao exercício de trabalho insalubre por grávidas e lactantes foi ajustado pela MP 808/2017.

A nova redação fornecida pela Medida Provisória previa que:

Art. 394-A. A empregada gestante será afastada, enquanto durar a gestação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres e exercerá suas atividades em local salubre, excluído, nesse caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

§ 2º O exercício de atividades e operações insalubres em grau médio ou mínimo, pela gestante, somente será permitido quando ela, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no exercício de suas atividades.

§ 3º A empregada lactante será afastada de atividades e operações consideradas insalubres em qualquer grau quando apresentar atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação.” (BRASIL, MEDIDA PROVISÓRIA Nº 808, 2017).

Assim, percebe-se que o novo texto determina que gestantes sejam automaticamente afastadas, “enquanto durar a gestação”, de atividades ou locais insalubres. Além disso, a empregada gestante exercerá suas atividades em local salubre, excluído, neste caso, o pagamento de adicional de insalubridade.

Ademais, quanto às profissionais lactantes serão afastadas de atividade ou local de trabalho insalubre quando apresentarem atestado de saúde emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que recomende o afastamento durante a lactação.

Por outro lado, consoante Albuquerque (2017) há uma exceção segundo a qual grávidas podem ser mantidas em trabalhos insalubres, pois o texto estabelece que a profissional gestante poderá exercer esse tipo de atividade se, voluntariamente, apresentar atestado de saúde, emitido por médico de sua confiança, do sistema privado ou público de saúde, que autorize a sua permanência no trabalho.

Logo, percebe-se claramente que a Reforma Trabalhista estabelece que a mulher pode trabalhar em locais de insalubridade média ou mínima, a menos que apresente um atestado indicando que deve ser afastada. E, com a Medida Provisória há proibição do trabalho em ambiente insalubre, a menos que a gestante apresente um atestado liberando o serviço, e quando as lactantes ficam sob a regra prevista inicialmente pela lei da reforma.

Na oportunidade, cumpre informar que a Medida Provisória nº 808/2017 teve vigência de 120 (cento e vinte dias) para que o Congresso Nacional pudesse recepcioná-la em definitivo ou não. Contudo, como não passou pelo Congresso, a redação fornecida pela MP valeu somente

até dia 25/04/2018, tendo, portanto, a sua queda e passando a vigor no ordenamento jurídico pátrio o texto integral estabelecido pela Lei nº 13.467/2017, conhecida como reforma trabalhista.

Razão pela qual, passa-se a analisar a gestante no ambiente insalubre de trabalho à luz do princípio da proteção, para fins de compreensão da atual conjuntura da tutela do trabalho da mulher no mercado trabalhista.

4.2 PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO X NOVA TUTELA DO TRABALHO DA MULHER

Diante de todo o exposto, percebe-se que na Consolidação das Leis do Trabalho, mais precisamente no capítulo III, se destacam diferentes direitos de proteção às mulheres, investidos a promover a inserção da mulher no mercado de trabalho, protegendo-as de possíveis discriminações, e aferindo condições especiais sempre observando suas características próprias, principalmente no que se refere a maternidade.

Assim, ao longo do tempo, segundo Albuquerque (2017) as regras relativas a proteção da mulher no mercado de trabalho, apresentou considerável avanço por parte do legislador. Considerando que, inicialmente, a mulher era protegida de forma demasiadamente, chegando a afetar a mesma no momento da contratação ou até mesmo na execução do trabalho. Contudo, com o passar dos anos o legislador apresentou nova conduta em relação ao contrato de trabalho da mulher retirando das normativas algumas superproteções, resguardando somente a proteção necessária e a igualdade dos sexos.

Razão pela qual, a reforma trabalhista realizada no ano de 2017 ao alterar o artigo 394-A, da CLT, objetivou delimitar e especificar quais as gestantes são carentes de afastamento do ambiente em local insalubre.

Uma vez que, conforme já abordado, a Lei nº 13.287/2016 estabelecia de forma genérica o afastamento da gestante e lactante, enquanto durar a gestação e a lactação, de quaisquer atividades, operações ou locais insalubres, obrigando ser transferida para locais salubres, sem, contudo, delimitar quais as hipóteses /graus de insalubridade que ensejava o afastamento da gestante do seu local de trabalho.

Assim sendo, com a Reforma Trabalhista ao adaptar o texto fornecido pela lei em 2016 não houve afronta ao princípio da proteção previsto constitucionalmente e supra abordado, pois, a ideia do afastamento da gestante do ambiente insalubre de trabalho é a tutela da saúde, e em caso de risco à mulher ela pode ser afastada após atestado médico, que este, inclusive pode ser elaborado pelo profissional escolhido pela própria mulher.

Dessa forma, percebe-se de forma cristalina que a Reforma Trabalhista retirou do ordenamento jurídico o afastamento inútil, ou seja, sem comprovação de efetivo risco à saúde e segurança da mulher gestante.

Diante do exposto, posiciona-se a presente pesquisa que o texto fornecido pela Lei nº 13.467/2017 (Reforma Trabalhista) então vigente no ordenamento jurídico após a Medida Provisória nº 808/2017 ter caducado, não afronta o princípio da proteção da mulher, considerando que o objetivo primordial dessa alteração no artigo 394-A, da CLT é justamente impossibilitar o afastamento inútil, delimitando portanto, o afastamento da gestante, de forma obrigatória em caso de atividades insalubres em grau máximo, e, permitindo nas hipóteses em grau médio ou mínimo, quando efetivamente, ocasionar risco à gestação, sendo comprovado através de atestado médico elaborado pelo profissional de confiança da mulher.

Logo, observa-se, atualmente há a tutela da saúde da mulher durante o período gestacional, não afrontando, portanto, o princípio da proteção à saúde e segurança da mulher no ambiente de trabalho.

5 CONCLUSÃO

À luz de todo o exposto, buscou-se analisar epistemologicamente a gestante no ambiente insalubre de trabalho, com base na tutela da saúde e segurança da mulher em estado gravídico no mercado de trabalho.

Inicialmente, objetivou-se abordar os princípios norteadores do trabalho da mulher, sob o crivo da Constituição Federal, bem como, da Consolidação das Leis do Trabalho, que nos quais, estabelecem os princípios como forma de orientar a aplicação das normas trabalhistas de maneira protecionistas à mulher.

Após, a intenção da pesquisa acadêmica foi abordar as mais diversas alterações legislativas e os posicionamentos doutrinários acerca da possibilidade do afastamento ou a permanência da mulher gestante no ambiente insalubre de trabalho.

Razão pela qual, percebe-se com essa abordagem que o ordenamento jurídico pátrio que antes era silente em relação a essa possibilidade passou-se a conceder uma superproteção à gestante, permitindo o seu afastamento de qualquer ambiente insalubre em qualquer grau, independentemente de comprovação de risco ou não para a gestante e seu feto caso permanecesse no mesmo local que exercia a sua atividade laboral.

Motivo em que, com a Reforma Trabalhista houve a adequação e delimitação dos graus de insalubridade que permite o afastamento da gestante do seu local de trabalho, tendo direito ao pagamento do adicional de insalubridade que recebia pelo seu empregador.

Contudo, com a edição da Medida Provisória nº 808/2017, o presidente da República alterou o artigo que disciplinava essa possibilidade de afastamento, estabelecendo de forma automática o direito de serem afastadas, enquanto durar a gestação desses locais insalubres, mas, excluindo a sua percepção do pagamento do adicional de insalubridade, razão pela qual, percebe-se que o que aparentava ser benéfico o afastamento automático desse ambiente, mostra-se prejudicial à gestante, pois o seu afastamento trará diminuição no valor do salário que aferia antes de engravidar.

Assim, devido ao lapso temporal de 120 dias sem que essa Medida Provisória fosse passada pelo Congresso Nacional, houve a caducidade dessa alteração presidencial, o que, conseqüentemente, passou a valer no ordenamento jurídico o texto integral fornecido pela Lei 13.467/2017 (Reforma Trabalhista), que estabelece hipóteses que permite o afastamento da mulher desses ambientes insalubres de trabalho, com a permanência do pagamento do adicional de insalubridade, mesmo estando em ambientes salubres.

Dessa forma, é o que se pretende com o presente trabalho, mostrar essas alterações legislativas, bem como, o posicionamento doutrinário acerca do artigo 394-A, da CLT (incluído pela Lei nº 13.287/2016 na Consolidação Trabalhista), que no qual, estabelece a possibilidade do afastamento da gestante e lactante de ambiente insalubre de trabalho, enquanto houver risco para a sua gravidez ou lactação.

Portanto, é de grande relevância a compreensão dessa possibilidade, conjuntamente com as hipóteses que enseja o afastamento da mulher do seu ambiente insalubre de trabalho, sob a ótica da reforma trabalhista, pois é o texto vigência que tutela a saúde e segurança da mulher no ambiente de trabalho.

Diante do exposto, conclui-se que a Lei nº 13.467/2017 não afronta o princípio da proteção da mulher, uma vez que a alteração

realizada no artigo 394-A, da CLT objetivou impossibilitar o afastamento inútil de qualquer gestante sem risco e em qualquer grau de insalubridade, delimitando, portanto, o afastamento da mulher grávida, de forma obrigatória em caso de atividades insalubres em grau máximo, e, permitindo nas hipóteses em grau médio ou mínimo, quando efetivamente, ocasionar risco à gestação, sendo comprovado através de atestado médico elaborado pelo profissional de confiança da mulher. Logo, na atual conjuntura brasileira há sim a tutela da saúde da mulher durante o período gestacional, não afrontando, portanto, o princípio da proteção à saúde e segurança da mulher no ambiente de trabalho.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Ana Paula Souza de. **A proteção da gestante no ambiente de trabalho insalubre e a aplicação do novo artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho.** São Paulo: JusNavegandi, 2017. p. 18 – 23. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62978/a-protecao-da-gestante-no-ambiente-de-trabalho-insalubre-e-a-aplicacao-do-novo-artigo-394-a-da-consolidacao-das-leis-do-trabalho> >. Acesso em: 02 de set. 2018.

ANDRADE, Renata Prince de. **A dignidade humana nas relações de trabalho.** São Paulo: JusBrasil, 2015. p. 01. Disponível em: < <https://renataprinceandrade.jusbrasil.com.br/artigos/315396992/a-dignidade-humana-nas-relacoes-de-trabalho> >. Acesso em 18 de set. de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm >
Acesso em: 02 de set. de 2018.

BRASIL, **Decreto – Lei nº 5.452**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília, DF: Senado, 1943. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm >.
Acesso em: 02 de set. de 2018.

BRASIL, **Lei nº 13.301, de 27 de junho de 2016**. Dispõe sobre a adoção de medidas de vigilância em saúde quando verificada situação de iminente perigo à saúde pública pela presença do mosquito transmissor do vírus da dengue, do vírus **chikungunya** e do vírus da **zika**; e altera a Lei nº 6.437, de 20 de agosto de 1977. Brasília, DF: Senado, 2016. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13301.htm >. Acesso em: 02 de set. de 2018.

BRASIL, **Lei nº 13.287, de 11 de maio de 2016**. Acrescenta dispositivo à Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, para proibir o trabalho da gestante ou lactante em atividades, operações ou locais insalubres. Brasília, DF: Senado, 2016. Disponível em: <
http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13287.htm >. Acesso em: 18 de set. de 2018.

BRASIL, **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Senado, 2017. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm >. Acesso em: 02 de set. de 2018.

CORREIA, Henrique. Direito do Trabalho. Salvador: Juspodivm, 2017. p. 112, 342.

DELGADO, Gabriela Neves. Direito Fundamental ao Trabalho Digno. São Paulo: LTr, 2006, p. 207.

DONEDA, Luciana Cabral. **Gravidez de muitos riscos: insalubridade no emprego aprovada por lei**. São Paulo: Colabora, 2017. p. 28. Disponível em: < <https://projetocolabora.com.br/saude/gravidez-de-muitos-riscos/> >. Acesso em 28 de out. 2017. **IN: ALBUQUERQUE, Ana Paula Souza de. A proteção da gestante no ambiente de trabalho insalubre e a aplicação do novo artigo 394-A, da Consolidação das Leis do Trabalho**. São Paulo: JusNavegandi, 2017. p. 23. Disponível em: < <https://jus.com.br/artigos/62978/a-protecao-da-gestante-no-ambiente-de-trabalho-insalubre-e-a-aplicacao-do-novo-artigo-394-a-da-consolidacao-das-leis-do-trabalho> >. Acesso em: 02 de set. 2018.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Processo do trabalho na América Latina: estudos em homenagem a Alcione Niederauer Corrêa**. São Paulo: LTr, 1992. p. 243-254. **IN: BASTOS, Frederico Silva. O Princípio de Proteção ao Hipossuficiente, o Princípio da busca da**

verdade real e o dever de imparcialidade do juiz na justiça do trabalho. São Paulo: LexMagister, 2015. Disponível em: <http://www.lex.com.br/doutrina_6235644_O_PRINCIPIO_DE_PROTECAO_AO_HIPOSSUFICIENTE_O_PRINCIPIO_DA_BUSCA_D_A_VERDADE_REAL_E_O_DEVER_DE_IMPARCIALIDADE_DO_JUIZ_NA_JUSTICA_DO_TRABALHO.aspx>. Acesso em: 17 de set. de 2018.

LOUREIRO JÚNIOR, José Roberto Fernandes. Irredutibilidade Salarial: Interpretação Constitucional. Campinas: PUC, 2015. Disponível em: <http://www.calvo.pro.br/media/file/colaboradores/jose_roberto_loureiro/jose_roberto_irredutibilidade.pdf>. Acesso em: 18 de set. de 2018.

MARTINS, Sergio Pinto. Curso de direito do trabalho. 4ª ed. São Paulo: Dialética, 2005. p. 17.

MELO, Raimundo Simão. **Reforma erra ao permitir atuação de grávida e lactante em local insalubre.** São Paulo: ConJur, 2017. p. 02.

MENEZES, Adriana. **Direito Previdenciário.** 5. ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p. 342.

PICCOLO, Natália. **Reforma Trabalhista: Gestante em local insalubre.** São Paulo: JusBrasil, 2010. Disponível em: <<https://nataliapiccolo.jusbrasil.com.br/artigos/519449995/reforma-trabalhista-gestante-em-local-insalubre>>. Acesso em: 18 de set. de 2018.

SILVA, Roberta Pappen da. O princípio da igualdade no Direito do Trabalho. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XII, n. 61, fev 2009. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=5962>. Acesso em set 2018.

REALE, Miguel. **Lições Preliminares de Direito**. 27^a ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p 37.

A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR

Luciana Andrezza de Oliveira¹

Anna Silvia Ali Scofield²

RESUMO: A penhora do bem de família do fiador decorrente de contrato de locação imobiliária é tema controvertido, tanto no âmbito jurisprudencial, quanto doutrinário. O posicionamento dos tribunais variou ao longo do tempo; ora pela inconstitucionalidade, ora pela constitucionalidade da medida. Em que pese o Superior Tribunal de Justiça ter pacificado o entendimento pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador, o Supremo Tribunal Federal, em recente e importante decisão, manifestou-se em sentido oposto, indo de encontro a posição até então defendida. A discussão doutrinária a respeito do tema também merece atenção, vez que latente. Asseveram os estudiosos que as garantias constitucionais do direito à moradia, assim como os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, conflitam com a norma infraconstitucional permissiva da penhora do bem de família do fiador; norma está inserida no art. 3º, inciso VII, da lei n. 8.009/90. Percebe-se, portanto, que o ordenamento jurídico é colidente ao afastar a impenhorabilidade do bem de família do fiador em detrimento do direito humano fundamental à moradia. Assim, objetiva-se através deste estudo, a análise dos entendimentos doutrinários e jurisprudenciais quanto ao tema em estudo, evidenciando ao final a imperativa necessidade de reexame da norma em questão.

PALAVRAS-CHAVES: Bem de família. Fiador. Penhora. Constitucionalidade.

1 Bacharel em Direito, graduada pelo IESI/FENORD, luandrezza@yahoo.com.br.

2 Mestra em Direito Empresarial, professora de Direito Empresarial e Direito Ambiental e professora orientadora do Núcleo de Práticas Jurídicas do IESI/FENORD, annascofield@hotmail.com.

ABSTRACT: The attachment of the guarantor's family property as a result of a temporary lease agreement is a controversial theme, both within the jurisprudential framework and in doctrinal. The positioning of the court varied over time; sometimes for the unconstitutionality, or for the constitutionality of the measure. In spite of the Superior Court of Justice has pacified the understanding by the constitutionality of the attachment of the guarantor's family property, the Federal Court of Justice, in recent and important decision, manifested itself in opposite sense, going against the position until then defended. The doctrine discussion about subjects also deserves attention, while latent. Scholars assert that the constitutional right to housing, as the principles of the dignity of the human person and isonomy, conflicts with the permissive infraconstitutional norm attachment of the guarantor's family property; standard inserted in the article 3, subsection VII, of law n. 8.009/90. Is perceived, therefore, that the legal system is collapsing in order to exclude unreliability of the guarantor's family property to the detriment of constitutional right to housing. Thus, the objective of this study is to analyze doctrinal understandings and jurisprudence regarding the subject studied, showing at the end the imperative need for review of the standard in question.

KEYWORDS: Family Welfare; Guarantor; Garnishment; Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O aluguel de imóveis é prática comum e bastante difundida no Brasil, tendo em vista que parte significativa da população não é

detentora de poder aquisitivo suficiente para a aquisição do imóvel próprio. É sabido que a capacidade financeira exigida para o aluguel de um imóvel é ínfima quando comparada à necessária para a aquisição de uma moradia própria.

Nesse cenário, aliado à necessidade de possuir um local para a moradia, a locação acaba por tornar-se a forma mais viável.

Considerando o relevo do assunto, o Estado editou normas destinadas à regulamentação das locações. Assim, ditou as regras dos contratos de locação, limitando a liberdade contratual das partes, a autonomia da vontade.

Exemplo do acima exposto foi a edição da Lei n. 8.009 de 1990, denominada Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família, assim como da Lei n. 8.245 de 1991, a chamada Lei Inquilinária. Tais normas infraconstitucionais podem ser tidas como exemplos da atuação do Estado para garantir o direito à moradia.

No entanto, o Estado agiu de forma desconexa ao permitir a penhora do único bem de família do fiador, quando indicado em contrato de locação. O permissivo legal em comento encontra-se insculpido no artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, estabelecido com o intuito de facilitar as locações. Nos termos do citado artigo, a impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, exceto se ocasionado por obrigação originada de fiança prestada em contrato de locação.

O conflito é manifesto, já que a Constituição Federal de 1988 garante o direito à moradia - direito social relacionado diretamente à garantia do patrimônio mínimo -, bem como à dignidade humana - princípio constitucional e fundamento da República Federativa do Brasil.

Porém, a justificativa para tal permissivo é de cunho econômico, em prol do mercado imobiliário, defendido por parte da doutrina e pela jurisprudência, que busca assegurar o direito do credor em face do inadimplemento da obrigação pelo devedor.

Nestes termos, percebe-se que o ordenamento jurídico é contraditório ao afastar a impenhorabilidade do bem de família do fiador em detrimento do direito humano fundamental à moradia, garantindo, no entanto, a impenhorabilidade do bem do devedor principal.

Questão bastante controversa e que merece especial atenção, vez que a função social do bem de família restou por afastada.

Em razão do exposto, mostra-se forçosa a realização do presente trabalho, a fim de evidenciar a controvérsia existente para, ao final, chegar à conclusão acerca da constitucionalidade/inconstitucionalidade da norma em discussão.

2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Dada a importância atribuída aos princípios constitucionais no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, imperioso se faz o estudo de tais institutos, vez que se encontram diretamente atrelados ao tema objeto da presente monografia.

A palavra *princípio* possui como definição, nos ensinamentos de Ferreira (2010, p. 557), “causa primária; origem; preceito; regra”.

Carvalho assim leciona:

Os princípios constitucionais expressam valores fundamentais adotados pela sociedade política (função axiológica), vertidos no ordenamento jurídico, e informam materialmente as demais normas, determinando integralmente qual deve ser a substancia e o limite do ato que os executam.

A indispensabilidade dos princípios constitucionais na sua função ordenadora deve ser ressaltada, não só porque harmonizam e unificam o sistema constitucional, como também porque revelam a nova ideia de Direito (noção do justo no plano de vida e no plano político), por expressarem o conjunto de valores que inspirou o constituinte na elaboração da Constituição, orientando ainda as suas decisões políticas fundamentais. Os princípios são indicativos de um valor, uma direção, um fim. (CARVALHO, 2015, p. 355).

Verifica-se, então, que os princípios constitucionais desempenham uma função ordenadora, atribuindo unidade e consistência à Constituição Federal.

Diversas são as classificações propostas para os princípios constitucionais. Dessa forma, o autor Carvalho (2015, p. 367) leciona que as classificações se orientam, em geral, pelos critérios de generalidade e positividade, começando dos princípios gerais de Direito, passando pelos que se referem a uma determinada concepção político-social, e os mais específicos, dotados de uma maior precisão.

Importante classificação, estabelecida por Silva (2013, p. 95), é a que distingue os princípios constitucionais em: a) político-constitucionais e; b) jurídico-constitucionais. Os primeiros, são os denominados princípios constitucionais fundamentais, inseridos nos arts. 1º ao 4º da Carta Magna. Constituem-se daquelas decisões políticas fundamentais concretizadas em normas conformadoras do sistema constitucional positivo, segundo o retromencionado autor. Colaciona-se:

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.

Art. 2º São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

- I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
- II - garantir o desenvolvimento nacional;
- III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
- IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios:

- I - independência nacional;
- II - prevalência dos direitos humanos;
- III - autodeterminação dos povos;
- IV - não-intervenção;
- V - igualdade entre os Estados;
- VI - defesa da paz;
- VII - solução pacífica dos conflitos;
- VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo;
- IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade;
- X - concessão de asilo político.

Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações.

Por sua vez, os princípios jurídicos-constitucionais, conforme Silva (2013, p. 95), “são informadores da ordem jurídica nacional e,

não raro, constituem desdobramentos (ou princípios derivados) dos fundamentais”.

A respeito dos princípios fundamentais constitucionais, Paulo; Alexandrino esclarecem:

O nosso constituinte utilizou essa expressão genérica para traduzir a ideia de que nesses primeiros quatro artigos já se estabelecem a forma do nosso Estado e de seu governo, proclama-se o regime político democrático fundado na soberania popular e institui-se a garantia da separação de funções entre os poderes. Também neles encontram-se os valores e os fins mais gerais orientadores de nosso ordenamento constitucional, funcionando como diretrizes para todos os órgãos mediante as quais atuam os poderes constituídos. (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 91).

Compreende-se, então, que os princípios fundamentais são dedicados a instituir as bases sociais, políticas, jurídicas e administrativas da República Federativa do Brasil, definindo as razões de sua existência a partir da condensação de valores e bens considerados fundamentais para a manutenção do Estado Brasileiro.

Por sua vez, os princípios jurídico-constitucionais, também chamados de **princípios gerais**, nos dizeres de Carvalho (2015, p. 369) “são desdobramentos menos abstratos dos princípios fundamentais”, encontram-se espalhados na Constituição, por exemplo, juiz natural; supremacia constitucional; isonomia; devido processo legal; contraditório; legalidade.

Conclui-se, portanto, que a Carta Magna é composta por um conjunto de princípios que exercem importante papel na interpretação e aplicação do direito.

2.1 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A Constituição Federal traz como fundamento da República Federativa do Brasil e, por conseguinte, do Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana.

Assim dispõe o art. 1º, inciso III, da Constituição Federal:

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:

(...)

III – a dignidade da pessoa humana.

Explanando sobre o princípio em estudo, Paulo; Alexandrino consignam que:

A dignidade da pessoa humana como fundamento da República Federativa do Brasil consagra, desde logo, nosso Estado como uma organização centrada no ser humano, e não em qualquer outro referencial. A razão de ser do Estado brasileiro não se funda na propriedade, em classes, em corporações, em organizações religiosas, tampouco no próprio Estado (como ocorre nos regimes

totalitários), mas sim na pessoa humana. Na feliz síntese de Alexandre de Moraes, “esse fundamento afasta a ideia de predomínio das concepções transpessoalistas de Estado e Nação, em detrimento da liberdade individual”. São vários os valores constitucionais que decorrem diretamente da ideia de dignidade humana, tais como, dentre outros, o direito à vida, à intimidade, à honra e à imagem.

A dignidade da pessoa humana assenta-se no reconhecimento de duas posições jurídicas ao indivíduo. De um lado, apresenta-se como um direito de proteção individual, não só em relação ao Estado, mas, também, frente aos demais indivíduos. De outro, constitui dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes. (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 94).

Segundo Bulos (2017, p. 513) “a dignidade da pessoa humana é o carro-chefe dos direitos fundamentais na Constituição de 1988. Esse princípio conferiu ao texto uma tônica especial, porque o impregnou com a intensidade de sua força”.

Nessa monta, considera-se o princípio da dignidade da pessoa humana como o núcleo ao redor do qual giram os demais direitos fundamentais, devendo nortear todas as relações existentes em uma sociedade.

O Supremo Tribunal Federal consagra a dignidade como um verdadeiro “valor-fonte da ordem jurídica”. Colaciona-se:

EM E N T A: "HABEAS CORPUS" - PROCESSO PENAL - PRISÃO CAUTELAR - EXCESSO DE PRAZO - INADMISSIBILIDADE - OFENSA AO POSTULADO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA(CF, ART.

1º, III) - TRANSGRESSÃO À GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (CF, ART. 5º, LIV) - CARÁTER EXTRAORDINÁRIO DA PRIVAÇÃO CAUTELAR DA LIBERDADE INDIVIDUAL - UTILIZAÇÃO, PELO MAGISTRADO, DE CRITÉRIOS INCOMPATÍVEIS COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - SITUAÇÃO DE INJUSTO CONSTRANGIMENTO CONFIGURADA - PEDIDO DEFERIDO. O EXCESSO DE PRAZO NÃO PODE SER TOLERADO, IMPONDO-SE, AO PODER JUDICIÁRIO, EM OBSÉQUIO AOS PRINCÍPIOS CONSAGRADOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA, O IMEDIATO RELAXAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR DO INDICIADO OU DO RÉU. (...) A duração prolongada, abusiva e irrazoável da prisão cautelar de alguém ofende, de modo frontal, **o postulado da dignidade da pessoa humana, que representa - considerada a centralidade desse princípio essencial (CF, art. 1º, III) - significativo vetor interpretativo, verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo.** Constituição Federal (Art. 5º, incisos LIV e LXXVIII). EC 45/2004. Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, ns. 5 e 6). (STF – HC 95464, Min. Relator: Celso de Mello, data de julgamento: 03/02/2009, Segunda Turma, data de publicação: 13/03/2009).

No entendimento de Bulos:

Quando o Texto Maior proclama a dignidade da pessoa humana, está consagrando um imperativo de justiça social, um valor constitucional supremo. Por isso, o primado consubstancia o espaço de integridade moral do ser humano, independentemente de credo, raça, cor, origem ou status social. O conteúdo do vetor é amplo e

pujante, envolvendo valores espirituais (liberdade de ser, pensar e criar etc.) e materiais (renda mínima, saúde, alimentação, lazer, moradia, educação etc.). Seu acatamento representa a vitória contra a intolerância, o preconceito, a exclusão social, a ignorância e a opressão. A dignidade humana reflete, portanto, um conjunto de valores civilizatórios incorporados ao patrimônio do homem. Seu conteúdo jurídico integra-se às liberdades públicas, em sentido amplo, abarcando aspectos individuais, coletivos, políticos e sociais do direito à vida, dos direitos pessoais tradicionais, dos direitos metaindividuais (difusos, coletivos e individuais homogêneos), dos direitos econômicos, dos direitos educacionais, dos direitos culturais etc. Abarca uma variedade de bens, sem os quais o homem não subsistiria. A força jurídica do pórtico da dignidade começa a espargir efeitos desde o ventre materno, perdurando até a morte, sendo inata ao homem. Notório é o caráter instrumental do princípio, afinal ele propicia o acesso à justiça de quem se sentir prejudicado pela sua inobservância. (BULOS, 2017, p. 513).

Conclui-se, portanto, que a finalidade perquirida pelo princípio em questão é a garantia do bem-estar do ser humano. Procura-se o razoável, o mínimo, para a obtenção de uma vida digna, rechaçando a pobreza como um todo, bem como as desigualdades sociais.

2.2 A ISONOMIA

Previsto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, o princípio da igualdade, também denominado princípio da isonomia, pronuncia que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”.

Encontra-se representado em variados dispositivos ao longo do Texto Maior, como: no art. 4º, inciso VIII, que trata da igualdade racial; no art. 5º, I, que versa sobre a igualdade entre homens e mulheres; no art. 5º, inciso VIII, que dispõe sobre a igualdade de crença religiosa ou convicção filosófica ou política; no art. 7º, inciso XXXII, que trata sobre a igualdade trabalhista; art. 14, que versa sobre a igualdade política; além de outros.

O princípio da igualdade determina que seja dado tratamento igual aos que se encontram em situação equivalente e que sejam tratados de maneira desigual os desiguais, na medida de suas desigualdades. Ele obriga tanto o legislador quanto o aplicador da lei (igualdade na lei e igualdade perante a lei). A *igualdade na lei* tem por destinatário precípua o legislador, a quem é vedado valer-se da lei para estabelecer tratamento discriminatório entre pessoas que mereçam idêntico tratamento, enquanto a *igualdade perante a lei* dirige-se principalmente aos intérpretes e aplicadores da lei, impedindo que, ao concretizar um comando jurídico, eles dispensem tratamento distinto a quem a lei considerou iguais. (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 122).

Pelo acima exposto, depreende-se que o princípio em comento implica que: pessoas situadas em distintas condições devem ser tratadas de forma desigual.

Em outro prisma, conforme a doutrina pátria, o princípio da igualdade também pode ser usado como instrumento para limitar o legislador (impedindo-o de criar leis em afronta a isonomia); restringir o intérprete da lei (que deverá aplicá-la tendo por base o

princípio da igualdade); bem como limitar o próprio indivíduo (apresentando condutas que não incitem o preconceito, discriminação, racismo e outras).

Para Bulos (2017, p. 560) “A igualdade constitucional mais do que um direito é um princípio, uma *regra de ouro*, que serve de diretriz interpretativa para as demais normas constitucionais”.

Deve-se, contudo, buscar não somente essa aparente igualdade formal (consagrada no liberalismo clássico), mas, principalmente, a igualdade material. Isso porque, no Estado social ativo, efetivador dos direitos humanos, imagina-se uma igualdade mais real perante os bens da vida, diversa daquela apenas formalizada em face da lei. (LENZA, 2016, p. 1172).

Denota-se, pois, que o princípio da isonomia apresenta duas vertentes: a igualdade formal e a material. Assim leciona o autor Bulos:

A igualdade jurídico-formal, presente entre nós desde o Império, é detectada pelo uso da expressão “perante a lei”. Assim, o Texto de 1988 a consagra quando diz que “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza” (art. 5, caput, primeira parte). Mas o que o princípio busca garantir é a proteção da igualdade real, material ou substancial, e não a isonomia puramente formal. *Igualdade material*, portanto, é a concretização da própria isonomia formal, que sai do papel para se realizar na prática. (BULOS, 2017, p. 561).

Sendo assim, por igualdade formal entende-se o idêntico tratamento dispensado pela lei às pessoas, submetendo todos aos

ditames da norma, sem qualquer tipo de distinção, seja de raça, cor, sexo, credo etc.

A igualdade material, por sua vez, busca nivelar os indivíduos que se encontram em situação de desigualdade.

Cunha Jr.; Novelino assim afirmam:

A abordagem do direito à igualdade exige uma metódica diferente, pois diversamente de outros direitos fundamentais que contemplam um âmbito de proteção material específico (vida, liberdade, privacidade, propriedade), este não possui nenhum conteúdo constitucional predeterminado. Por ser a igualdade um conceito *relacional*, a análise envolvendo supostas violações pressupõe uma comparação entre indivíduos, grupos, coisas ou situações atingidas pela norma. Por outro lado, a verificação da isonomia de tratamento pressupõe medidas com origem em comum, isto é, emanadas de um mesmo órgão estatal ou de um mesmo particular.

O princípio da igualdade não exige que o legislador trate todos exatamente da mesma forma, mas também não permite toda e qualquer diferenciação. A intervenção no direito a igualdade ocorre quando se confere um tratamento igual a situações essencialmente desiguais ou um tratamento desigual em situações essencialmente iguais. Para ser considerada legítima, a intervenção deve ter uma justificação constitucionalmente adequada, ou seja, é necessário que a medida adotada passe pelo teste da proporcionalidade. (CUNHA JR; NOVELINO, 2015, p. 39)

O princípio da igualdade, ou da isonomia, possui um sentido amplo, na medida em que só existirá quando o tratamento dispensado

aos indivíduos for igual. Por outra vertente, denota-se que a desigualdade imperará se houver igual tratamento aos desiguais.

3 DIREITO À MORADIA E O BEM DE FAMÍLIA

3.1 O DIREITO À MORADIA

Em harmonia com o exposto no capítulo anterior, Rizzardo (2008, p. 869) afirma que, dentre os direitos e garantias, assumem maior relevância aqueles conexos à vida e à dignidade do ser humano, envolvendo naturalmente a proteção à moradia, que deve constituir uma das principais metas políticas do próprio Estado.

Segundo Weishmeimer (2001, p. 270) “a ideia de dignidade da pessoa humana está vinculada às condições básicas da vida, sendo o direito à moradia essencial à afirmação dessa dignidade”.

Nesse sentido, o direito à moradia encontra-se atrelado ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Moradia é o lugar íntimo de sobrevivência do ser humano, é o local privilegiado que o homem normalmente escolhe para se alimentar, descansar e perpetuar a espécie. Constitui o abrigo e a proteção para si e para os seus; daí nasce o direito à sua inviolabilidade e à constitucionalidade de sua proteção (WEISHMEIMER, 2001, p. 264).

O termo *morar*, conforme dispõe Ferreira (2000, p. 471), significa “ter residência; habitar”.

No entanto, para Weishmeimer (2001, p. 268) “o direito à moradia não se limita à ocupação, a um simples direito ao teto, mas o direito de morar em um local adequado, com acesso a serviços básicos”.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece:

XXXV: Toda pessoa tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis.

Assim, conforme Freitas (2015, s.p.) o direito à moradia digna foi reconhecido e implantado como pressuposto para a dignidade da pessoa humana, desde 1948, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos, tornando-se um direito humano universal, aceito e aplicável em todas as partes do mundo como um dos direitos fundamentais para a vida das pessoas, sendo o Brasil um dos países signatários da referida Declaração.

Inserido na Carta Magna pela Emenda Constitucional n. 26, de 14 de fevereiro de 2000, o direito à moradia encontra-se previsto no art. 6º, no capítulo atinente aos direitos sociais, *in verbis*:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.

Assevera Stefaniak (2010, p. 242) que se consagrou no âmbito jurídico a afirmação do direito à moradia como direito humano e fundamental a partir de sua inclusão no rol dos direitos sociais expressamente enunciados no art. 6º da Constituição Federal.

No entanto, o direito em questão já se encontrava no Texto Maior em outras passagens, de forma direta. Colaciona-se:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

(...)

IV - salário mínimo , fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;

(...)

Art. 23. É competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

(...)

IX - promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico;

Nesse diapasão, preceituam Mastrodi; Rossi (2015, p. 179):

O Direito à Moradia necessita de uma atuação Estatal positiva e determinante nas mais diversas áreas, sendo, pela sua própria natureza, um direito prestacional por excelência. Isso ocorre porque, mesmo nos casos de uma efetivação limitada deste direito social, é indispensável uma interferência relevante do Poder Público. De fato, diante da realidade em que as pessoas, em geral, não possuem meios para conseguir sequer tetos, quanto mais moradias dignas, até mesmo quando ocorre a prestação de uma moradia indigna, essa promoção mínima do Direito à Moradia apenas ocorreu em razão de uma prestação estatal.

Percebe-se, então, que uma real efetivação do direito à moradia depende da atuação eficaz do Poder Público a partir da implantação de políticas que favorecem o gozo pleno deste direito social.

3.2 O BEM DE FAMÍLIA

Considerando que o direito à moradia é um dos núcleos que permite o atingimento da dignidade da pessoa humana, faz-se necessário o estudo do instituto do “bem de família”.

Conforme o ordenamento jurídico pátrio, a *responsabilidade* pela satisfação das dívidas é meramente patrimonial, ideia consagrada no art. 789 do Código de Processo Civil de 2015 e no art. 391 do Código Civil.

Assim, nos dizeres de Rosenvald; Farias (2017, p. 834) “embora o devedor assuma suas obrigações pessoalmente, responde por elas, apenas com seu patrimônio, presente e futuro”.

No entanto, alguns bens são protegidos pela impenhorabilidade, sendo excluídos, por conseguinte, do cumprimento das obrigações. Nessa monta, o instituto do bem de família revela exceção ao princípio da responsabilidade patrimonial.

Trata-se, conforme Rosenvald; Farias (2017, p. 834), da preservação do patrimônio do devedor, em respeito a valores mais elevados (contidos na cláusula geral de proteção da pessoa humana), de forma que a supressão patrimonial não reduza o devedor à iniquidade.

Nesta dimensão, visa o ordenamento jurídico proteger o patrimônio formado pelos bens utilizados para as pessoas se abrigarem e viverem individualmente ou no seio familiar.

Segundo Rizzardo (2008, p. 869), “há um cenário jurídico que se firmou e evoluiu através dos tempos, como o instituto do bem de família, que, ao par de outros instrumentos legais, merece o devido destaque”.

O bem de família, conforme Tartuce (2015, p. 210), pode ser definido como o imóvel utilizado para a residência do grupo familiar, em razão de casamento, união estável, entidade monoparental ou de outra origem, sendo resguardado por lei específica.

O doutrinador Gonçalves assim complementa:

Não sofre a coisa, como objeto de relação jurídica, alteração essencial na sua natureza, pois continua sendo de propriedade do instituidor ou beneficiário, mas afetada a uma finalidade e condição: ser utilizada como domicílio dos membros de família. O bem de família é, em verdade, um direito, não se confundindo com o imóvel residencial sobre o qual incide. (GONÇALVES, 2010, p. 558).

Duas são as modalidades de bem de família constantes no ordenamento jurídico brasileiro, como preceitua Rizzardo (2008, p. 870), quais sejam:

- a) voluntário ou por meio de convenção, ou ato de vontade;
- b) legal.

A respeito do bem de família voluntário, Carvalho menciona:

O Código Civil de 2002 inovou ao introduzir no direito de família o bem de família voluntário instituído pelos cônjuges, companheiros ou responsável pelas famílias monoparentais (entidade familiar), mediante escritura pública, de até um terço do patrimônio líquido existente no campo da instituição. O bem da família pode ser

instituído também por terceiros, testamento ou doação, desde que o casal ou entidade familiar aceite. (CARVALHO, 2009, p. 141).

Assim, conforme regulamentado nos artigos 1.711 a 1.722 do Código Civil, os cônjuges ou entidade familiar podem destinar parte de seu patrimônio, instituindo o bem de família, visando a proteção em face de execuções por dívidas.

Além do bem de família voluntário previsto no Código Civil, existe o bem de família legal, estabelecido pela lei n. 8.009/90, que determinou a impenhorabilidade geral das moradias familiares próprias. (CARVALHO, 2009, p. 142).

Trata-se, como assinala Pereira (2017, p. 727), de bem de família imposto pelo próprio Estado, por norma de ordem pública, em defesa da célula familiar.

Assim, alguns bens são afastados da execução por dívidas por determinação expressa em lei. Trata-se da lei n. 8.009, de 29.03.1990.

A Lei no 8.009/1990 reconheceu o bem de família legal e involuntário, mantendo-se em vigor o bem de família voluntário previsto no Código Civil, instituído por meio de escritura pública pela entidade familiar ou por testamento. O Código Civil, no art. 1.711, ressaltou que ficam “mantidas as regras sobre impenhorabilidade do imóvel residencial estabelecida em lei especial”, o que significa que permanece em vigor a Lei n. 8.009/1990. (PEREIRA, 2017, p. 719).

Conclui-se, portanto, que a proteção do bem de família decorre do direito à moradia e da dignidade da pessoa humana, ambos assegurados constitucionalmente.

3.3 A GARANTIA DO PATRIMÔNIO MÍNIMO

Retomando o argumento já exposto no item precedente, sabe-se que é garantida a proteção ao bem de família, que visa assegurar o direito de moradia através da impenhorabilidade do imóvel que reside a pessoa humana. Trata-se, dessa forma, de exemplo contundente de defesa do patrimônio mínimo.

Tartuce (2015, p. 195) salienta que os direitos da personalidade e os direitos patrimoniais são colocados no mesmo plano, fazendo surgir a teoria do *Patrimônio Mínimo*, desenvolvida pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Edson Fachin, em obra que é apontada a tendência de *repersonalização do Direito Civil*, passando a pessoa a ser o centro do Direito Privado, em detrimento do patrimônio.

Ainda conforme o mencionado autor, a teoria pode ser entendida como a garantia à pessoa de um mínimo de direitos patrimoniais para que viva com dignidade.

Em contraponto, Rosenvald; Farias (2017, p. 831), lecionam:

Não se pode formular uma conceituação precisa, científica, do que seja o direito ao mínimo existencial. Trata-se de conceito fluido, com plasticidade decorrente de diferentes fatores. Evidentemente, o reconhecimento ao mínimo existencial perpassa o campo das relações com o Estado para se impor, por igual, nas relações privadas. Com isso, através da teoria do reconhecimento do direito a um patrimônio mínimo, institutos antes vocacionados, exclusivamente, à garantia do crédito são renovados, rejuvenescidos, e utilizados na proteção da pessoa humana, como um aspecto essencial para o reconhecimento de sua dignidade.

Apesar de não possuir uma definição exata, a teoria em questão defende a garantia do patrimônio mínimo atrelado à existência de uma esfera patrimonial adequada a atender às necessidades básicas do homem, concretizando, portanto, o princípio constitucional da dignidade humana.

Relacionando a garantia de um mínimo patrimonial à dignidade da pessoa humana, percebe-se o objetivo almejado pela Constituição da República no sentido de garantir a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, funcionalizando o patrimônio como um verdadeiro instrumento de cidadania e justificando a separação de uma parcela essencial, básica, do patrimônio para atender as necessidades elementares da pessoa humana. (ROSENVALD; FARIAS, 2017, p. 830).

Nesse diapasão, Neves (2016, p. 1048) afirma ser incontestável que a regra de impenhorabilidade de determinados bens tem intensa relação com a atual preocupação do legislador em criar mecanismos

que limitem a satisfação do exequente na execução, mantendo-se a mínima dignidade da pessoa humana. Preleciona também:

“Como se nota, a impenhorabilidade de bens é a última das medidas no trajeto percorrido pela “humanização da execução”. A garantia de que alguns bens jamais sejam objeto de expropriação judicial é a tentativa mais moderna do legislador de preservar a pessoa do devedor, colocando-se nesses casos sua dignidade humana em patamar superior à satisfação do direito do exequente. É corrente na doutrina a afirmação de que razões de cunho humanitário levaram o legislador à criação da regra da impenhorabilidade de determinados bens. A preocupação em preservar o executado – e quando existente também sua família – fez com que o legislador passasse a prever formas de dispensar o mínimo necessário à sua sobrevivência digna”. (NEVES, 2016, p. 1049).

Imprescindível, portanto, reconhecer que a dignidade da pessoa humana não se efetiva sem a garantia de um patrimônio mínimo.

Forçoso afirmar, ainda, que esse reconhecimento de um patrimônio mínimo à pessoa humana não pode estar limitado à situação econômica ou social do titular. Trata-se de conceito universal, devendo ser funcionalizado a cada caso, protegendo cada uma das pessoas humanas para que venha a desempenhar suas atividades dignamente. É possível sofrer variação, portanto, de acordo com as circunstâncias pessoais de cada titular. De fato, o conceito de dignidade humana não é estanque, imutável, devendo ser talhado na concretude, buscando dinâmica nos fatos reais que tocam cada pessoa. (ROSENVALD; FARIAS, 2017, p. 832).

As normas legais, portanto, devem resguardar para a pessoa humana o mínimo de patrimônio que permita o alcance de uma vida digna. Assim sendo, a proteção conferida ao bem de família materializa a teoria do Patrimônio Mínimo.

4 O CONTRATO LOCATÍCIO E A FIANÇA

Com o escopo de melhor compreender o tema proposto na presente monografia, qual seja, “a penhora do bem de família do fiador”, mister se faz abordar os institutos do contrato locatício e da fiança.

4.1 O CONTRATO LOCATÍCIO

A locação é conceituada por Santos (2001, p. 50) como “contrato pelo qual uma pessoa dá a outra, em caráter temporário, o uso e gozo de coisa infungível, mediante remuneração”.

Por suas vezes, Farias; Rosenthal (2015, p. 981) dispõem que do aludido conceito podem ser extraídos 4 elementos constantes em qualquer contrato dessa natureza: a) cessão de uso e gozo; b) coisa infungível; c) retribuição (aluguel); d) temporariedade (prazo).

Quanto a natureza jurídica do contrato de locação, Tartuce (2015, p. 771-772), aponta as seguintes características:

- a. Contrato bilateral ou *sinalagmático*: trata de obrigações recíprocas;
- b. Oneroso: presença de remuneração;
- c. Comutativo: as partes já sabem quais são as prestações;
- d. Consensual: aperfeiçoa-se com a manifestação de vontades;
- e. Informal: não é necessária escritura pública ou forma escrita, em regra;
- f. Típico contrato de execução continuada: o cumprimento se protraí no tempo na maioria das hipóteses fáticas.

Dentre os tipos de contrato de locação, é notório que a locação de imóveis permeia o dia a dia de um grande número de pessoas. Nos dizeres de Aina (2002, p. XIX), trata-se de fato social de enorme relevância no Brasil, vez que grande parte da população não tem acesso a denominada “casa própria”.

Sendo assim, havendo a necessidade de morar e ausente meios para a aquisição do imóvel próprio, a solução mais viável, segundo a autora acima citada, apresenta-se através da locação, pois os recursos requeridos para locar um imóvel são infinitamente inferiores aos necessários para adquirir a moradia.

Em consequência da relevância dessa matéria, o tema “locação” ou “inquilinato” foi objeto de inúmeras e sucessivas leis, editadas no formato de microsistemas, apartadas da codificação civil, uma vez que não mais era eficiente para dirimir os conflitos decorrentes da disputa acirrada entre locadores e locatários. (AINA, 2002, p. XX).

Segundo Miranda (1998, p. 20), no intuito de enfrentar a grave crise habitacional pela qual o país atravessava à época, foi editada a lei n. 8.245/91, que interferiu no mundo dos fatos, dando ou pretendendo dar as locações residenciais um tratamento jurídico diferenciado, que atendesse aos justos reclamos da sociedade por uma política habitacional, respondendo aos interesses de quem necessita morar em imóvel alheio.

Conforme Carvalho; Sauma:

A Lei do inquilinato foi criada para tentar um reequilíbrio no mercado imobiliário da época. Era grande a crise na construção civil e não havia garantias eficazes para os proprietários de imóveis que os disponibilizavam cada vez menos para locação devido ao fato de terem muito prejuízo pelo grande número de inadimplência pelos inquilinos e pela falta de certeza do recebimento do aluguel e demais despesas decorrentes deste. (Carvalho; Sauma, 2010, p. 29)

Assim sendo, a mencionada norma, denominada “Lei do Inquilinato”, dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes, dividindo em três as espécies de

locação: a residencial (arts. 46 e 47), para temporada (arts. 48 a 50) e a não residencial (arts. 51 a 57).

Por seu turno, Tartuce (2015, p. 772) menciona que “esta lei trata da locação de imóveis urbanos, levando em conta a destinação do imóvel. Desse modo, se o imóvel for destinado a residência, indústria, comércio ou prestações de serviços, será regido pela lei especial”.

Compreende-se, portanto, que a Lei do Inquilinato, publicada em outubro de 1991, além de disciplinar as locações dos imóveis urbanos, buscou também regulamentar os procedimentos a elas atinentes.

4.2 O CONTRATO DE FIANÇA

Estabelece o art. 818 do Código Civil que “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra” (BRASIL, 2002).

Em consonância com o mencionado artigo, Tartuce (2015, p. 887) define que “a fiança, também denominada *caução fidejussória*, constitui uma garantia pessoal, em que todo o patrimônio do fiador responde pela dívida”.

Assim ensina o autor Barbi:

Do conceito extrai-se que a fiança é um *contrato*, ou seja, uma manifestação de *vontade*, livremente assumida entre duas partes. É um contrato acessório, pois supõe a existência de uma obrigação principal, mas com característica de se construir em uma responsabilidade *subsidiária*, já que um dos contratantes se obriga a cumprir uma obrigação apenas na hipótese em que o devedor não o faça. (BARBI, 2004, p. 139-140).

O contrato de fiança é, portanto, um contrato de garantia cujo objetivo é assegurar o cumprimento de outra obrigação, caso o afiançado não a cumpra.

Cuida-se de hipótese de responsabilidade por débito alheio, conforme asseveram Farias; Rosenvald (2015, p. 1021).

Nos dizeres de Neves:

Registre-se que o fiador, apesar de não ser o devedor principal, é considerado coobrigado perante o credor no plano do direito material, de forma que passa mesmo no plano do direito material a ter responsabilidade primária pela satisfação do crédito. Nesse caso, a questão da responsabilidade patrimonial só terá interesse diante da existência ou não do benefício de ordem, preferindo-se anteriormente o patrimônio do devedor principal ao do fiador, o que cria uma singular responsabilidade patrimonial primária subsidiária. No plano material, entretanto, ambos são considerados coobrigados perante o credor, devendo nesse caso se falar em responsabilidade patrimonial primária subsidiária do fiador. (NEVES, 2016, p. 1046).

A legislação inquilinária adotou o contrato de fiança como uma das alternativas de garantia locatícia. Dessa forma, preceitua o art. 37 da Lei n. 8.245/91:

Art. 37. No contrato de locação, pode o locador exigir do locatário as seguintes modalidades de garantia:

I – Caução;^{[1][2]}_[SÉP]

II – Fiança;^{[1][2]}_[SÉP]

III – seguro de fiança locatícia;^{[1][2]}_[SÉP]

IV -Cessão fiduciária de quotas de fundo de investimento.

Sobre a garantia em comento, leciona Aina:

À evidência, quando gratuita, esta forma de caução é preferida tanto por credores quanto por devedores, que assim nada dependem com a garantia de seu crédito ou débito; gera, entretanto, inconvenientes graves para os fiadores. Estes, com frequência, aceitaram graciosamente servir como garantes por amizade e boa-fé, comprometendo, inadvertidamente, por falta de malícia ou por ignorância, seu patrimônio familiar”. (AINA, 2002, p. XIII).

Advertem Gagliano; Filho (2014, p. 628) que “a Lei do Bem de Família (n. 8.009/90), alterada pela Lei do Inquilinato (n. 8.245/91), em seu art. 3º, VII, excepcionou a proteção legal para admitir a penhora do imóvel do fiador, na locação”.

Nesse sentido, ministram Paulo; Alexandrino:

Dentre os direitos sociais expressamente indicados no art. 6 da Constituição Federal encontra-se o direito à moradia, incluído neste rol pela Emenda Constitucional 26/2000. Em que pese essa proteção constitucional outorgada ao direito à moradia, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento de que o bem familiar, instituído na forma da lei civil, de uma pessoa que assume a condição de fiador em contrato de aluguel pode

ser penhorado, em caso de inadimplência do locatário. (PAULO; ALEXANDRINO, 2009, p. 244).

Assim, a despeito de fornecer garantias ao adimplemento do contrato de aluguel, o atual ordenamento jurídico permite que o único imóvel do fiador, ao assumir tal condição, possa ser penhorado em caso de inadimplência do locatário, afastando a proteção conferida ao bem de família pela Lei n. 8.009/90. Trata-se da exceção prevista no art. 3º, inciso VII, da mencionada lei, que dispõe ser a impenhorabilidade oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movida por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação (BRASIL, 1990).

Portanto, sendo o fiador acionado pelo locador, objetivando a cobrança de aluguéis passados, poderá ter seu único imóvel residencial executado para a quitação do débito do afiançado.

Estabelece o art. 831 do Código Civil que “o fiador que pagar integralmente a dívida fica sub-rogado nos direitos do credor” (BRASIL, 2002). Trata-se de importante e conseqüente efeito da fiança, a denominada sub-rogação legal do fiador nos direitos do credor, que ocorre com a quitação integral da dívida.

Neste caso o fiador poderá ajuizar ação regressiva, em desfavor do afiançado, para haver o que pagou em razão da fiança. Contudo, sub-rogando-se nos direitos do credor satisfeito, o fiador não terá a seu

favor a prerrogativa de penhorar o imóvel residencial do devedor afiançado, ainda que tenha sofrido tal constrição.

Nos dizeres de Farias; Rosenvald:

A incidência da penhora sobre o imóvel do fiador reflexamente comprime o benefício da sub-rogação. O âmbito da eficácia da sub-rogação pelo fiador contra o afiançado sobre uma mitigação legal no âmbito do contrato de locação. Ao fiador que adimpliu, em via de regresso, será interdita a penhora do imóvel do devedor que funcionaliza o bem de família. Incide, portanto, o óbice do inciso VII do art. 3º da Lei n. 8009/90, o bem imóvel destinado à moradia da entidade familiar é impenhorável e não responderá pela dívida contraída pelos cônjuges, pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas no art. 3º da aludida norma. Esse dispositivo excetua, em seu inciso VII, a obrigação decorrente da fiança concedida em contrato de locação, isto é, autoriza a constrição de imóvel pertencente a fiador. Os fiadores, garantidores do contrato de locação, sub-rogam-se nos direitos do locador tanto nos privilégios e garantias do contrato primitivo (CC, arts. 346 e 831) quanto em suas limitações (art. 3º, VII, Lei n. 8009/90). Assim, a transferência dos direitos inerentes ao locador em razão da sub-rogação não altera prerrogativa inexistente para o credor originário (proprietário). FARIAS; ROSENVALD (2016, p.1086-1087).

Percebe-se então que o locatário não poderá suportar constrição em seu imóvel classificado como bem de família.

Considerando, assim, a relevância do assunto, faz-se necessária a análise da constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/90, tema a ser discutido no capítulo que se segue.

5 ANÁLISE DA CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 3º, INCISO VII, DA LEI N. 8.009/90: ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS

A controvérsia atinente à possibilidade da penhora do bem de família do fiador persiste nas esferas doutrinária e jurisprudencial, evidenciando a incongruência da norma insculpida no art. 3º, VII, da lei n. 8009/90 ante a Carta Magna e as normas que amparam o bem de família.

Com o intuito de ressaltar a importância do tema em comento, é válido listar a mutação dos entendimentos ocorridos no âmbito das cortes superiores (STF e STJ) ao longo dos anos.

Em abril de 2005, o ora Ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Velloso manifestou-se, em decisão monocrática, pela inconstitucionalidade da norma prevista no art. 3º, VII, da lei n. 8.009/90, nos termos abaixo expostos:

EMENTA: CONSTITUCIONAL. CIVIL. FIADOR: BEM DE FAMÍLIA: IMÓVEL RESIDENCIAL DO CASAL OU DE ENTIDADE FAMILIAR: IMPENHORABILIDADE. Lei nº 8.009/90, arts. 1º e 3º. Lei 8.245, de 1991, que acrescentou o inciso VII, ao art. 3º, ressaltando a penhora “por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”: sua não-recepção pelo art. 6º, C.F., com a redação da EC 26/2000. Aplicabilidade do princípio isonômico e do princípio de hermenêutica: ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Recurso extraordinário conhecido e provido. (STF - RE:

352.940-SP, Relator: Ministro Carlos Velloso, Data de Julgamento: 25/04/2005, Data de Publicação: DJ 25.04.2005)

No mesmo sentido decidiu a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em agosto de 2005, tendo como relator o então Ministro Felix Fischer, *in verbis*:

RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL E CONSTITUCIONAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. IMPENHORABILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI Nº 8.009/90. NÃO RECEPÇÃO. Com respaldo em recente julgado proferido pelo Pretório Excelso, é impenhorável bem de família pertencente a fiador em contrato de locação, porquanto o art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90 não foi recepcionado pelo art. 6º da Constituição Federal (redação dada pela Emenda Constitucional nº 26/2000). Recurso desprovido. (STJ - REsp: 699837 RS 2004/0156353-2, Relator: Ministro Feliz Fischer, Data de Julgamento: 02/08/2005, T5 - QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJ 26.09.2005, p. 447).

No entanto, no ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal firmou entendimento em sentido oposto, admitindo a penhora do bem de família do fiador. Colaciona-se:

Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato

de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República. (STF - RE 407.688 SP, Relator: Ministro Cezar Peluso, Data de julgamento: 08/02/2006, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 06/10/2006)

A decisão acima exposta foi aprovada por maioria dos votos do plenário do STF (7 a 3), julgando improcedente o recurso extraordinário n. 407.688-8/SP.

Portanto, entendeu o STF, conforme lecionam Chaves; Rosendal (2015, p. 1044), que a penhora do bem de família não viola o disposto no art. 6º da CF, mas com ele se coaduna, por tratar-se de modalidade que viabiliza o direito à moradia – o qual não deve ser traduzido, necessariamente, como o direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de imóvel – porquanto, atendendo à própria *ratio legis* da exceção prevista no art. 3º, VII, da lei n. 8.009/90, facilita e estimula o acesso à habitação arrendada, constituindo reforço das garantias contratuais dos locadores, e afastando, por conseguinte, a necessidade de garantias mais onerosas, tais como a fiança bancária.

Nesse contexto, no ano de 2010, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, sendo o mérito julgado com reafirmação de jurisprudência, fixando entendimento no sentido da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador, conforme abaixo transcrito:

CONSTITUCIONALIDADE DA PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA SUPREMA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL.

1. A hipótese dos autos versa sobre a validade da penhora do bem de família do fiador de contrato de locação. O acórdão recorrido possui a seguinte ementa: “Embargos à execução. Penhora de bens do fiador em contrato de locação. Impenhorabilidade afastada. Inconstitucionalidade em face da Emenda Constitucional 26 não reconhecida. Honorários arbitrados equitativamente. Recurso desprovido”.

2. Este Tribunal, ao apreciar este recurso extraordinário, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados. Esta Corte firmou entendimento no sentido da constitucionalidade da penhora sobre o bem de família do fiador, mesmo após a EC 26/2000. Nesse sentido: RE 407.688, rel. Min. Cezar Peluso, Pleno, DJ 6.10.2006; RE 477.953-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJ 2.2.2007; RE 493.738-AgR, rel. Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 5.2.2009; AI 584.436-AgR, rel. Min. Cezar Peluso, 2ª Turma, DJe 12.3.2009; AI 693.554, rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 11.2.2008; RE 591.568, rel. Min. Ayres Britto, DJe 18.9.2008; RE 598.036, rel. Min. Celso de Mello, DJe 6.4.2009; AI 642.307, rel. Min. Marco Aurélio, DJe 26.6.2009; RE 419.161, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 9.11.2009; AI 718.860, rel. Min. Dias Toffoli, DJe 19.4.2010; e RE 607.505, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 5.3.2010. O acórdão recorrido não divergiu desse entendimento.

3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário.

(STF - RE 612360 RG/SP, Relatora: Ministra Ellen Gracie, data de julgamento: 13/08/2010, Tribunal Pleno, Data de publicação: DJ 02/09/2010).

No entanto, apesar da decisão acima exarada, ressalta-se que não houve unanimidade quanto ao pleito, evidenciando a corrente minoritária que se alinha a incompatibilidade entre a garantia constitucional à moradia e o disposto no art. 3º, VII, da lei 8.009/90.

Entenderam pela inconstitucionalidade, afirma Tartuce (2017, p. 378), os Ministros Eros Grau, Ayres Brito e Celso de Mello, asseverando o mencionado autor que o Ministro Eros Grau, em seu voto, ressaltou a grande preocupação dos civilistas em defender os preceitos constitucionais, apontando que a previsão do art. 3º, VII, da Lei 8.009/1990 viola a isonomia constitucional, já que a fiança é um contrato acessório, que não pode trazer mais obrigações que o contrato principal.

A par da minoria vencida, diversos Tribunais Estaduais manifestaram-se pela inconstitucionalidade da norma que prevê a penhora do bem de família do fiador, a exemplo do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, quando do julgamento dos Embargos Infringentes n. 1.0024.10.175565-0/002, *in verbis*:

EMENTA: EMBARGOS DE TERCEIRO. VARIOS PROPRIETARIOS DO IMOVEL CONSTANTES NA ESCRITURA PÚBLICA. COPROPRIETÁRIOS. POSSIBILIDADE DE PENHORA DO IMOVEL SOMENTE SOBRE A CONTA PARTE DO PROPRIETÁRIO-EXECUTADO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA.

De acordo com o Artigo 1.046, do CPC, os Embargos de Terceiro são a ação a ser manejada pelo proprietário ou possuidor de um bem, com o específico fim de proteger seu domínio ou posse de turbação ou esbulho, decorrente

de ato judicial. Se a penhora preserva a cota parte do terceiro possuidor/proprietário e recai tão somente sobre a cota parte do devedor, não há que se desconstituir a penhora por tal argumento. A Lei Federal 8.245 / 91, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o imóvel residencial próprio do casal à penhora. **Entretanto, a ressalva trazida pela referida lei, além de um total desrespeito à proteção constitucional da moradia e ao princípio da proteção da dignidade da pessoa humana, está ferindo de morte o chamado princípio isonômico.** V.V. (DES. MARIANGELA MEYER - RELATORA): EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES - EMBARGOS DE TERCEIRO - CONSTRICÇÃO DE BEM IMÓVEL RESIDENCIAL - CONDOMÍNIO - FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO COMERCIAL - PENHORA - POSSIBILIDADE - EXCEÇÃO CONTIDA NO ART. 3º, INCISO VII, DA LEI Nº 8.009/90 - PRECEDENTES DO STF - ACOLHIMENTO. - A constrição impugnada deve subsistir, posto que amparada na exceção prevista no art. 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, tratando-se de fração de bem imóvel pertencente a fiador de contrato de locação comercial inadimplido.

-Precedentes do excelso Supremo Tribunal Federal.

- **Embargos Infringentes acolhidos para resgatar o voto minoritário.** (TJMG - Embargos Infringentes 1.0024.10.175565-0/002, Relatora: Des(a) Mariangela Meyer , 10ª Câmara Cível, julgamento em 02/04/2013, publicação da súmula em 26/04/2013)

Ato contínuo, em sede de incidente de recursos repetitivos, em 12/11/2014, o Superior Tribunal de Justiça julgou a questão. A Segunda Seção, por unanimidade, conheceu do recurso especial e deu-lhe provimento para firmar a legitimidade da penhora realizada sobre o bem de família da recorrida, conforme julgado que se segue:

PROCESSO CIVIL. DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO. LEI N. 8.009/1990. ALEGAÇÃO DE BEM DE FAMÍLIA. FIADOR EM CONTRATO DE LOCAÇÃO. PENHORABILIDADE DO IMÓVEL. 1. Para fins do art. 543-C do CPC: "É legítima a penhora de apontado bem de família pertencente a fiador de contrato de locação, ante o que dispõe o art. 3º, inciso VII, da Lei n. 8.009/1990". 2. No caso concreto, recurso especial provido. (STJ - REsp: 1.363.368 MS 2013/0011463-3, Relator: Ministro Luiz Felipe Salomão, Data de Julgamento: 12/11/2014, Segunda Seção, Data de Publicação: DJ 21.11.2014).

Assim, no ano de 2015, foi editada pelo STJ a Súmula n. 549, nos seguintes termos: "É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação". (BRASIL, 2015).

Compreende-se então que a jurisprudência do citado tribunal é pacífica, no sentido de ser viável a penhora do bem de família do fiador, nos contratos de locação.

No entanto, em sessão realizada no dia 12 de junho do ano corrente, a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, contrariando o entendimento consolidado em 2014, outrora mencionado, decidiu pela impossibilidade da penhora do bem de família do fiador na locação comercial, dando provimento ao Recurso Extraordinário (RE) 605.709, por maioria dos votos.

No recurso em questão, o recorrente alegou que a arrematação de seu único imóvel, localizado em Campo Belo (São Paulo), em leilão realizado no ano de 2002, era nula. O demandante invocou a proteção

constitucional do direito à moradia, alegando ser o imóvel impenhorável, vez que objeto do sustento familiar.

O citado julgamento iniciou-se em 2014. Na ocasião, o ministro Dias Toffoli (relator) votou pelo desprovimento do recurso, alegando tratar-se de entendimento já pacificado no âmbito daquele Tribunal, explanando pela constitucionalidade da penhora do bem de família do fiador.

Suspense o julgamento, em razão do pedido de vista realizado pelo ministro Luiz Carlos Barroso, a pauta foi retomada somente em junho de 2018, quando o citado ministro proferiu voto alinhado ao entendimento do relator.

Esposando de forma diversa, e em conformidade com o parecer apresentado pelo Ministério Público Federal, a ministra Rosa Weber (redatora) manifestou-se pelo provimento do recurso, alegando não ser possível a penhora do imóvel, por se tratar de locação comercial.

O entendimento foi seguido por Marco Aurélio Mello, que enfatizou não haver diferença quando ao tipo de locação na lei que versa sobre a impenhorabilidade, aludindo, também, que o direito fundamental a moradia não pode ser preterida ante a livre iniciativa. No mesmo sentido manifestou o ministro Luiz Fux, sendo o recurso provido por maioria dos votos.

Afirma Tartuce (2017, p. 377) que parte da doutrina, formada principalmente pelos civilistas da nova geração, sustenta ser essa previsão inconstitucional, por violar o princípio da isonomia, uma vez

que o devedor principal (locatário) não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador (em regra, devedor subsidiário) pode suportar a constrição.

De tal modo, importa ressaltar a posição dos doutrinadores quanto ao assunto ora em revelo.

Gagliano; Filho assim concluem:

À luz do Direito Civil Constitucional – pois não há outra forma de pensar modernamente o Direito Civil –, parece-nos forçoso concluir que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia insculpido no art. 5º da Constituição Federal, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica: o contrato de locação. (GAGLIANO; FILHO, 2014, p. 629).

No mesmo sentido, posicionam-se Farias; Rosenvald:

(...) há de ser afirmada a evidente inconstitucionalidade do inciso VII do citado art. 3º da Lei no 8.009/90, acrescentado pela Lei no 8.245/91 – Lei de Locações de Imóveis Urbanos, por violar o princípio da isonomia, tratando desigualmente duas obrigações que têm o mesmo fundamento. De fato, parece ter havido um grave equívoco legislativo ao permitir que fosse penhorado o bem de família por conta da fiança prestada em contrato de locação de imóvel urbano. É que os bens – móveis ou imóveis, eventualmente existentes – do locatário (o devedor principal) não poderão ser penhorados, uma vez que incidirá sobre eles a impenhorabilidade legal, em conformidade com o art. 1º da lei protetiva. Ora, se a lei, que não permite a penhora do bem de família do devedor principal, vai permitir (inciso VII, art. 3º) a penhora do imóvel que serve de moradia para o fiador, viola flagrantemente a igualdade substancial constitucional, maculando na inteireza o inciso referido. Por isso, há

total incompatibilidade da norma legal com a Constituição Federal, seja porque a mesma é incompatível com a proteção jus fundamental à moradia, seja em razão da quebra da igualdade substancial, tratando diferentemente devedores originados pela mesma causa. (FARIAS; ROSENVALD, 2011, p. 600).

A autora Aina, assim leciona a respeito do tema:

O direito fundamental à moradia apresenta-se hierarquicamente superior à norma infraconstitucional que permite a excussão do bem de família do fiador de relação locatícia. Tal significa dizer que a penhora da moradia de uma família é que deve estar em consonância com a proteção jus fundamental à moradia e não o contrário, o seja, o direito à moradia cedendo diante da proteção pura e simples ao crédito. (AINA, 2002, p. 115).

Ainda sobre a discussão acerca do art. 3º, inciso VII, da lei n. 8.009/90, continua a mencionada autora:

O dispositivo contido no inciso VII da lei n. 8.009/90 viola também o princípio da igualdade, uma vez que trata de forma diversa indivíduos que se encontram na mesma situação de fato, quais sejam, o fiador e o locatário. O fiador, proprietário de um único bem imóvel que lhe serve de moradia, apresenta as mesmas condições de vida do locatário que também seja proprietário apenas de seu bem de família. Dessa forma, inexistem fundamentos para que sejam tratados de forma diversa pelo Legislador, o que vem ocorrendo, uma vez que o locatário não perderá seu bem de família pela sua própria dívida, mas o seu fiador sim, segundo os termos da lei. (AINA, 2002, p. 124).

Por sua vez, Gonçalves (2012, p. 598) defende que a exceção prevista no art. 3º, VII, da lei n. 8.009/90 contém uma certa incongruência. Isso porque, tendo o inquilino como impenhoráveis os bens que guarnecem sua residência, poderia seu fiador sofrer execução de seu bem de família, sua residência.

Leciona, ainda, Carli:

O absurdo jurídico ocorre quando da inadimplência do devedor, o bem do fiador torna-se objeto de penhora, e, posteriormente, objeto de execução, enquanto eventual bem do locatário, se este for também proprietário, não será objeto de constrição, pois está protegido pela Lei no 8.009/90, ou seja, é imune a penhora por dívida de natureza civil, salvo, naturalmente, as decorrentes do próprio imóvel, como IPTU, condomínio, taxa de incêndio etc. Ainda, o locador, ou investidor do ramo imobiliário, por sua vez, continuará morando em sua confortável casa, e seu móvel, objeto de locação, também continuará em seu acervo patrimonial, sendo novamente locado; enquanto o fiador e sua família estarão a mercê da sorte e de suas possibilidades financeiras. (CARLI, 2014, p. 52).

Rosseto (2015, p. 85/86) salienta que uma corrente minoritária segue a tese da exoneração da impenhorabilidade do bem de família do fiador em contrato de locação, mas, embora minoritária, o entendimento dessa corrente mostra-se válido e coerente. Embora a corrente minoritária seja vencida, mantém seu posicionamento de ser impenhorável o bem de família do fiador, sob pena de ofensa ao princípio da isonomia estabelecido no art. 5º da CF.

Colaciona-se, também, o entendimento do autor Barbugiani:

(...) se a tutela do bem de família foi instituída mais para preservar o ambiente, o bem-estar e a moradia dos membros da família do que o devedor em si, não faz muito sentido os argumentos utilizados pelo Supremo Tribunal Federal para manter a constitucionalidade da penhora do único imóvel da família, desde que oferecido voluntariamente para afiançar o contrato de aluguel de terceiro. (BARBUGIANI, 2015, p.49).

Ressaltam Paiva; Alves (2015, p. 123) que, mesmo após as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 407.688/2006 e pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.363.368/MS, acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador, prevalecem as divergências. Conclui, o mencionado autor, que o bem de família do fiador não deve figurar como exceção à impenhorabilidade, sendo inquestionável a relação de proteção do bem de família com a concretização do direito de moradia como forma de efetividade dos direitos fundamentais.

Ato contínuo, Coelho assim dispõe:

Os direitos individuais, tal qual o direito à moradia, deveriam sobrepor-se à argumentação consequencialista típica da política — no caso, política imobiliária. Não se pode sacrificar direitos fundamentais de um cidadão em prol de uma suposta vantagem para a maioria da comunidade, em um típico cálculo utilitarista. (COELHO, 2017, s.p).

Merece destaque o juízo explanado pelo doutrinador Tartuce:

Na opinião deste autor, a melhor solução é que a norma seja revogada, resolvendo-se definitivamente a questão e afastando-se a grande instabilidade que existe sobre o tema (...) De toda sorte, fixando posição doutrinária já manifestada, entende-se que a norma é inconstitucional e desequilibrada, não podendo prevalecer no sistema jurídico nacional. (TARTUCE, 2016, p. 219).

Importante ressaltar que tramitam na Câmara dos Deputados, atualmente, os projetos de lei abaixo mencionados, todos visando a produzir alterações na lei n. 8009/90, conforme o abaixo relacionado:

1. PL 987/2011: entre outras disposições, revoga os incisos V e VII do art. 3º da Lei 8.009 (situação em 20/05/2018: Aguardando Parecer do Relator na Comissão de Seguridade Social e Família)
2. PL 1358/2011 : revoga o inciso VII, do art. 3º, da lei que dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família.
3. PL 6096/2013 : altera a Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que "dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família", a fim de vedar a penhora do bem de família se o fiador não for previamente notificado do inadimplemento dos alugueres no prazo de sessenta dias da mora.
4. PL 6155/2013 : revoga o inciso VII do art. 3º da Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, que "dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família".

5. PL 2976/015: altera a redação do inciso VII do artigo 3.º da Lei n.º 8.009, de 29 de março de 1990, que "dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família", para excepcionar condições em que persista a cláusula de impenhorabilidade do bem de família do fiador nas hipóteses de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

Desta feita, é imperioso reconhecer que a discussão quanto ao tema aqui exposto está longe de alcançar um entendimento pacificado.

6 CONCLUSÃO

A exceção à impenhorabilidade acrescentada pela lei n. 8.009/90, decorrente de fiança em locação, restou por desencadear ampla discussão na doutrina e na jurisprudência em torno do assunto.

Embora o fiador se obrigue solidariamente, trata-se a fiança de um contrato acessório, sendo o fiador o terceiro que assume a obrigação de quitar uma dívida caso não seja adimplida pelo devedor principal. Dessa forma, garantir o cumprimento de uma obrigação, acessória, com seu único bem de família, conflita com o direito à moradia – importante garantia constitucional esposada no terceiro capítulo do presente trabalho –, além de tratar de forma desigual

situações semelhantes, gerando grave violação ao princípio da isonomia, mencionado no segundo capítulo.

Não seria justo privar o fiador do seu único bem de família, vez que o mesmo ônus não é imposto ao locatário, ressaltando ainda que a obrigação de ambos decorre de uma mesma causa jurídica, qual seja, o contrato de locação.

Importa esclarecer que, ao legislar sobre a impenhorabilidade do bem de família, o Estado buscou proteger os menos favorecidos financeiramente, evitando o alargamento da miséria e protegendo o instituto da família. Logo, aparente é a colisão entre o fim social almejado pela lei n. 8.009/90 e seu inciso VII, por injuriar o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, considerando ainda que o fiador não aquiesce expressamente com a possibilidade de ter seu único bem imóvel utilizado para garantir dívida inadimplida de locação.

Apesar da fiança ser um meio de garantia que torna mais fácil a locação de imóveis e, em consequência, o acesso à moradia, não se pode aceitar que o fiador seja prejudicado de forma tão drástica, suprimindo-lhe um bem que, em inúmeros casos, foi adquirido através do trabalho de longos anos.

Frisa-se que, embora a lei represente uma importante segurança ao proprietário locador do imóvel, conservando-se a eficácia e a utilidade da garantia concebida pela fiança, é impossível não ressaltar sua face negativa, já que protege de forma desarrazoada o afiançado

inadimplente em prejuízo do fiador, portador de boa-fé e que poderá suportar prejuízos e transtornos diversos.

É sabido que os direitos fundamentais ocupam posição privilegiada no ordenamento jurídico, assumindo elevada posição hierárquica em relação às demais normas legais, estabelecendo valores invioláveis da pessoa humana, essenciais, sendo afastados apenas frente a outros direitos de idêntica classe.

Nesse diapasão, à luz da Constituição Federal de 1988 e do Código Civil de 2002, o dispositivo de lei em comento viola diversos princípios garantidos à pessoa humana, motivo pela qual não há como se acolher tal regramento.

A recente decisão proferida pela 1ª Turma do STF no julgamento do RE 605.709, afastando a penhora do bem de família do fiador, reacende a discussão sobre a constitucionalidade do disposto na lei n. 8.009/90, inciso VII, demonstrando que o reexame da matéria é medida que se impõe.

Por todo o exposto, ao confrontar a possibilidade da penhora do único bem do fiador ante a Magna Carta, resta apenas o aguardo do decorrer do tempo, a fim de se estabelecer o correto entendimento a ser fixado. Dessa forma, clama-se pela certeza de validade ou não do disposto no inciso VII da lei n. 8.009/90 e pela clarificação do sentido verdadeiro do direito à moradia garantido pela Lei Maior.

REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. O fiador e o direito a moradia: direito fundamental à moradia frente à situação do fiador proprietário de bem de família. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

BARBI, Humberto Agrícola. A fiança na locação de prédios urbanos e o novo código civil. Revista da Faculdade de Direito da universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, n. 44, p. 137-151, 2004.

BARBUGIANI, Luiz Henrique Sormani. A Impenhorabilidade do Bem de Família da Lei nº 8.009/1990 e a Fiança no Contrato de Aluguel: Aspectos Relevantes na Jurisprudência Nacional. Revista Síntese Direito Imobiliário. São Paulo, n.1, p. 33-64, 2015. Disponível em: http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDI%2027_miolo.pdf. Acesso em: 17/05/2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 10 de fev. 2018.

_____. Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991. Dispõe sobre as locações dos imóveis urbanos e os procedimentos a elas pertinentes. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18245.htm>. Acesso em: 28 de abr. 2018.

_____. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm>. Acesso em: 10 de abr. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus n. 95464-SP. Impetrante: Claudinei Damascena Santos de Jesus. Min. Relator: Celso de Mello. Brasília, julgamento em 03/02/2009, Segunda Turma, publicação em: 13/03/2009. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3097398/habeas-corpus-hc-95464-sp>. Acesso em: 13/04/2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 352.940-4-SP. Recorrentes: Ernesto Gradella Neto e outra. Recorrida: Teresa Candida dos Santos Silva. Relator: Min. Carlos Velloso. Brasília, julgamento em 25/04/2005, publicação em 09/05/2005. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28352940%2ENUME%2E+OU+352940%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/y8l7cemf>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 407.688-AC. Recorrente: Michel Jacques Peron. Recorrido: Antonio Pecci. Relator: Min. Cezar Peluso. Brasília, julgamento em 08/02/2006, publicação em 06/10/2006. Disponível em: <http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28352940%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/yc55m36e>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 612360-SP. Recorrente: Nágela dos Santos Silva e Outro. Recorrido: Anastase Pandelis Gadzanis. Relator: Min. Ellen Grace. Brasília, julgamento em 13/08/2010, publicação em 03/09/2010. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28RE+E+%28612360%2ENUME%2E%29%29&base=baseRepercussao&url=http://tinyurl.com/pkmrzsq>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 699837-RS 2004/0156353-2. Relator: Min. Felix Fischer. Brasília, julgamento em 02/08/2005, publicação em 26/09/2005. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=699837&&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 1.363.368-MS 2013/0011463-3. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão. Brasília, julgamento em 12/11/2014, Segunda Seção, publicação em: 21.11.2014. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=42102066&num_registro=201300114633&data=20141121&tipo=5&formato=PDF. Acesso em: 15/05/2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Súmula n. 549. É válida a penhora de bem de família pertencente a fiador de contrato de locação. Disponível em: http://www.stj.jus.br/docs_internet/SumulasSTJ.pdf. Acesso em: 15/05/2018.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

CARLI, Ana Alice de. Bem de família, pressuposto de efetividade do direito à moradia e garantia de um patrimônio mínimo à luz do constitucionalismo contemporâneo. Revista da Faculdade de Direito. Fortaleza, v. 35, n. 2, p. 33/57, jul./dez, 2014.

CARVALHO, Dimas Messias de. Direito de família. 2. ed. atual. rev. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

CARVALHO, Eliane Rodrigues de Faria; SAUMA, Ana Sofia Rezende. A penhora do bem de família do fiador. Revista Científica do Departamento de Ciências Jurídicas, Políticas e Gerenciais do UNI-BH. Belo Horizonte, vol. III, n. 1, p. 07-40, 2010.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. Direito constitucional. 21. ed. rev. atual. amp. Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

COÊLHO, Marcus Vinicius Furtado. A relativização da proteção do bem de família do fiador. Revista Consultor jurídico. 02 jul. 2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-jul-02/constituicao-relativizacao-protecao-bem-familia-fiador>. Acesso em: 17/05/2018.

CUNHA JR, Dirley da; NOVELINO, Marcelo. Constituição federal para concursos. 6. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. Curso de direito civil 4: contratos. 5. ed. rev. amp. São Paulo: Atlas S.A, 2015.

_____. Direito Civil: Teoria Geral. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris Ltda, 2011.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. O minidicionário da língua portuguesa. 4. ed. rev. amp. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2000.

FREITAS, Helbert. Direitos sociais: direito à moradia. 2015. Disponível em: <https://helberfreitas.jusbrasil.com.br/artigos/145423551/direitos-sociais-direito-a-moradia>. Acesso em: 15 abr. 2018.

GAGLIANO, Pablo Stolze; FILHO, Rodolfo Pamplona. Novo curso de direito civil: Contratos em espécie. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Direito Civil Brasileiro: direito de família. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MASTRODI, Josué; ROSSI, Renan Alarcon. Direito fundamental social à moradia: aspectos de efetivação e sua autonomia em relação ao direito de propriedade. Revista de Direitos fundamentais e democracia, Curitiba, v. 17, n. 17, p. 168-187, 2015.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (10. Câmara Cível). Embargos Infringentes n. 1.0024.10.175565-0/002. Embargante: PIERRE LOUIS PINTO PATURLE. Embargado: JULIO CESAR MARCIANO DE OLIVEIRA e outro. Relatora: Des.(a) Mariangela Meyer, Belo Horizonte, julgamento em 02/04/2013, publicação da súmula em 26/04/2013. Disponível em: <http://www5.tjmg.jus.br/jurisprudencia/ementaSemFormatacao.do?procAno=10&procCodigo=1&procCodigoOrigem=24&procNumero=175565&procSequencial=2&procSeqAcordao=0>. Acesso em: 18 de maio de 2018.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. Manual de direito processual civil. Salvador: JusPodivm, 2016.

PAIVA, Elisa Maria da Silva; ALVES, Giselle Borges. A penhorabilidade do bem de família do fiador locatício. Revista Síntese Direito Imobiliário. São Paulo, n.1, p. 107-125, 2015. Disponível em: http://www.bdr.sintese.com/AnexosPDF/RDI%2027_miolo.pdf. Acesso em: 17/05/2018.

PAULO, Vicente; ALEXANDRINO, Marcelo. Direito constitucional descomplicado. 10. ed. rev. atual. São Paulo: Método, 2009.

PEREIRA, Caio Mario da Silva. Instituições de direito civil. 25. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

RIZZARDO, Arnaldo. Direito de Família. 6. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ROSENVALD, Nelson; FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de Direito Civil. 9. ed. rev. atual. amp. Salvador: JusPodivm, 2017.

ROSSETO, Jefferson Matos. Direito a moradia como direito fundamental e a impenhorabilidade do bem de família do fiador. Dissertação (Mestrado em Direito) - Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino Eurípides Soares da Rocha, Marília, 2015. Disponível em: <
https://sucupira.capes.gov.br/sucupira/public/consultas/coleta/trabalhoConclusao/viewTrabalhoConclusao.jsf?popup=true&id_trabalho=2365822>. Acesso em: 17/05/2018.

SANTOS, Gildo dos. Locação e despejo: comentários a lei n. 8.245/91. 4. ed. rev. atual. amp. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 37. ed. ver. atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

STEFANIAK, João Luiz. A efetividade do direito humano e fundamental à moradia. Direitos fundamentais e democracia. Curitiba, v. 8, n. 8, p. 237-256, 2010.

TARTUCE, Flávio. Direito civil: Direito de Família. 12. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2017. [L]
[SEP]

_____. Manual de direito civil. 6. ed. rev. atual. ampl. Rio de Janeiro: Método, 2015.

WEISHMEIMER, José Álvaro de Vasconcellos. Direito à moradia. Justiça do direito, Passo Fundo, v. I, n. 15, p. 257-287, 2001.

LETRAMENTO(S) ACADÊMICO(S): PRODUÇÃO ESCRITA NA UNIVERSIDADE

Alda da Silva Barreiros¹
André Manteufel Ferreira²

RESUMO: O presente estudo propõe uma reflexão sobre os dois modelos de letramento abordados por pesquisadores a partir dos anos 1960 – classificados por Brian Street como *autônomo* e *ideológico* –, bem como os impactos que ambos provocaram nos processos de letramento em língua materna em contexto escolar, tendo como pano de fundo as mudanças ocasionadas por esse letramento nos contextos socioculturais vivenciados pelos aprendizes. Em seguida, o trabalho amplia essa análise para o universo acadêmico, no qual propõe um olhar crítico sobre a relação entre o letramento iniciado na escola e as práticas de pesquisa, onde se depara com situações controversas, dentre elas o plágio. Observa-se, daí a necessidade de conjugar os letramentos do aluno anteriores à inserção na universidade com aqueles aos quais ele terá acesso a partir do contato com os gêneros acadêmicos voltados para a produção escrita.

PALAVRAS-CHAVE: Letramento acadêmico. Letramentos múltiplos. Modelo ideológico. Produção escrita.

1 Advogada, professora universitária especialista em Direito Civil e Processual Civil e mestranda em Linguística Aplicada pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

2 Jornalista, professor universitário especialista em Comunicação em Mídias Digitais e mestrando em Linguística Aplicada pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (Unisinos).

ABSTRACT: The current study proposes a reflexion on the two literacy models approached by researchers from the 1960s – classified by Brian Street as *autonomous and ideologic* – as well as the impacts that both triggered on literacy processes in mother tongue in a school context, having o background the changes caused by this literacy in sociocultural contexts experienced by apprentices. Later, the study broads this review to the academic universe, in which it proposes a critic look over the relation between the literacy started at school and the research practices, where controversial situations are faced, such as plagiarism. So , it’s observed the need to pool the student literacies preceding his/her university entrance with those which he/she will have access from the contact with the academic genders focused on written production.

KEY WORDS: academic literacy. Multiple literacies. Ideological modelos. Written production.

1 INTRODUÇÃO

Os desafios que um professor enfrenta em sala de aula vão além daqueles prescritos pela instituição à qual estão vinculados. A realidade vivenciada diretamente no contato com os alunos, qualquer que seja o nível de ensino, aponta para certas circunstâncias que não estão nos manuais de didática, a começar pela heterogeneidade naturalmente existente em qualquer sala de aula. As condições socioeconômicas, o grau de afinidade a certas disciplinas e de rejeição a outras e a própria adaptação às metodologias do professor e da instituição também são características bastante peculiares de cada aluno.

No ensino superior, essas particularidades podem ser ainda mais evidenciadas: o comportamento e o desempenho do aluno são

apenas alguns dos traços através dos quais ele manifesta boa parte do seu *DNA escolar*, revelando dificuldades com as práticas de leitura e escrita presentes neste contexto. Nota-se que muitas dessas barreiras identificadas na universidade são reveladas muito antes, ainda na formação escolar básica.

No decorrer desse processo de aquisição da linguagem em sua forma escrita, os letramentos nesse âmbito mostram-se, de fato, relevantes no que concerne ao desenvolvimento acadêmico do aluno. Mesmo em graduações fortemente vinculadas a esse tipo de prática, como são os casos do Direito, do Jornalismo e da Letras, não é tão difícil para o professor deparar com casos de pouco desenvolvimento do aluno com a escrita em língua materna.

Assim, este trabalho visa apurar o estado da arte em que se encontram os estudos e reflexões acerca das noções de letramento acadêmico e letramento do professor, envolvendo a escrita acadêmica. O objetivo, obviamente, não é o de apresentar soluções concretas e tampouco definitivas para a aquisição do letramento a um patamar acadêmico. Até porque seria mera proposição utópica qualquer ideia de igualar as habilidades e competências estimuladas em sala de aula. O intuito, na realidade, é o de revelar como as discussões em pauta podem contribuir para o aprimoramento da compreensão acerca do tema.

Afinal, o professor tem como prerrogativa inerente à sua função a busca constante por estratégias que desenvolvam a construção do saber em sala de aula. Considerar o aspecto sociocultural e identitário da escrita aliado às intempéries a que está sujeito no processo de ensino-aprendizagem é, sem dúvida, uma delas.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

2.1 LETRAMENTO (S) E A PRODUÇÃO ESCRITA EM LÍNGUA MATERNA

Antes de tudo, cabe dizer que as reflexões em torno dos procedimentos direcionados ao letramento em língua materna não são tão recentes. Entre as décadas de 1960 e 1970, eclodiram diversos trabalhos pedagógicos nos países francófonos, todos imbuídos do projeto de introduzir novas metodologias de ensino a partir da inserção dos alunos em suas próprias comunidades. O reconhecimento em torno dessa necessidade levou a uma segunda convicção entre os pedagogos – a da urgência de uma grande reforma educacional, e, a partir dessa, a realocação do campo educativo enquanto lugar autônomo de geração de conhecimento (BRONCKART, 2015).

As pesquisas ocorreram de forma intensa até a década de 1970, mas os trabalhos mais voltados à expressão escrita só vieram a ocorrer efetivamente a partir dos anos 1980, e em duas frentes: as primeiras, voltadas *para* a didática da escrita, e as seguintes, *em* didática da escrita (BRONCKART, 2015).

Entre os pesquisadores dedicados à primeira frente, voltada *para* a didática da escrita, surgiram correntes de pensamento que estabeleceram a escrita como um meio de construir identidades sociais e individuais. É desse pensamento que suscitam análises que colocam lado a lado as práticas escolares e o contexto sociocultural investigado. O desafio, neste caso, é trazer à tona os elementos sociais que interferem diretamente na vida escolar do aluno no processo de aprendizagem da escrita (BARRÉ-DE-MINIAC, 1993, *apud* BRONCKART, 2015).

Já a segunda frente – *em* didática da escrita -, coloca em perspectiva os programas e metodologias aplicados nas práticas de escrita em sala de aula, ou seja, os recursos utilizados pelo próprio professor a fim de alcançar o educando (BRONCKART, 2015).

Em ambas as correntes, o uso dos gêneros textuais ganhou adeptos que os consideravam importantes mecanismos de aprendizagem, ao mesmo tempo que permitia aos alunos compreender a identidade social que ocupavam em suas comunidades, e até mesmo aquelas a que poderiam ascender a partir das experiências escolares.

No começo dos anos 90, para satisfazer o objetivo de domínio prático da língua da comunidade, pareceu indispensável *diversificar* as espécies de texto a serem tomadas como objetos de ensino: não mais se ater somente aos textos de caráter narrativo ou argumentativo, mas propor um leque de textos que fossem adaptados às situações de comunicação que um aprendiz pode encontrar em sua vida escolar e social. (BRONCKART, 2015, p. 40)

Contudo, por outro lado, houve críticas veementes vindas de didaticistas que viram nos gêneros textuais uma forma de conter algo que consideravam mais importante – a criatividade dos alunos em suas produções textuais.

De fato, essa visão discordante teve efeito sobre a didática da escrita, na qual houve trabalhos que deram ênfase às reações adversas dos alunos diante das tarefas propostas pelo professor. Um dos resultados, segundo Bronckart (2015), foi a construção de uma abordagem por Reuter (1996), que deu sua contribuição no sentido de “atenuar a relativa rigidez programática das sequências, a levar mais em consideração as dimensões socioculturais da atividade de escrita e a diversificar e a melhor contextualizar os exercícios práticos a conduzir em sala de aula” (BRONCKART, 2015, p. 44).

A despeito dessas perspectivas, e considerando que uma das finalidades dessa mesma sala de aula é afinal o acesso a condições de diversificação do uso da leitura e da escrita, Street (1984) traz uma proposta inovadora, que se caracteriza por colocar letramento e alfabetização em campos distintos, assim como desconsidera a inserção automática do educando ao seu contexto social. Para tanto, o autor idealiza diferenças conceituais entre letramento e alfabetismo, facilmente compreendidos à luz da definição apresentada por Rojo (2009, p. 98):

[...] vale a pena insistir na distinção: o termo *alfabetismo* tem um foco individual, bastante ditado pelas capacidades e competências (cognitivas e linguísticas) escolares e valorizadas de leitura e escrita (letramentos escolares e acadêmicos), numa perspectiva psicológica, enquanto o termo *letramento* busca recobrir os usos e práticas sociais de linguagem que envolvem a escrita de uma ou de outra maneira, sejam eles valorizados ou não valorizados, locais ou globais, recobrando contextos sociais diversos (família, igreja, trabalho, mídias, escola etc.), numa perspectiva sociológica, antropológica e sociocultural.

Street (2006) ainda lança mão de duas definições sobre o letramento, a partir dos enfoques que classifica como *autônomo* e *ideológico*. Pela perspectiva *autônoma*, em contraste com o panorama apresentado por Bronckart (2015), o letramento tem um aspecto técnico, descolado do contexto social, do qual de fato só haveria aproximação a partir de habilidades advindas do nível de alfabetização alcançado pelo aluno. Assim, somente o acesso a essas habilidades é que resultaria “no pensamento racional individual, no desenvolvimento intelectual, no desenvolvimento social e na mobilidade econômica” (BARTLETT, 2003, p. 69, *apud* ROJO, 2009, p. 99).

Já na óptica *ideológica*, ao contrário, coloca as práticas do letramento intimamente ligadas às práticas culturais, de maneira que as

variedades de leitura e escrita são também condicionadas aos contextos nos quais cada sujeito está inserido.

Street (2006) posiciona-se criticamente àquela primeira abordagem e revela-se claramente favorável à segunda:

Existem vários modos diferentes pelos quais representamos nossos usos e significados de ler e escrever em diferentes contextos sociais e o testemunho de sociedades e épocas diferentes demonstra que é enganoso pensar em uma coisa única e compacta chamada letramento. A noção de que a aquisição de um letramento único e autônomo terá consequências pré-definidas para os indivíduos e as sociedades provou ser um mito, quase sempre baseado em valores específicos culturalmente estreitos sobre o que é propriamente letramento [...]. Prefiro trabalhar com base no que chamo de modelo “ideológico” de letramento, o qual reconhece uma multiplicidade de letramentos. (STREET, 2006, p. 466)

Rojo (2009) acrescenta a essas reflexões a abordagem de Soares (1998), que vai ao encontro dessa divisão *streetiana*, amplificada em parâmetros *fraco* e *forte* para conceituar o letramento. A primeira – a versão *fraca* – faz elo com o conceito de autônomo apresentado por Street (1984), uma vez que o letramento, neste caso, é remetido a “mecanismos de adaptação da população às necessidades e exigências sociais do uso de leitura e escrita, para funcionar em sociedade. É uma visão adaptativa que está na raiz do conceito de *alfabetismo funcional* [...]” (ROJO, 2009, p. 99).

Neste modelo, há, na perspectiva da autora, um movimento *forçado* de adequar o aluno às normas sociais e econômicas vigentes, respaldado pela prerrogativa de que tais instruções são necessárias à sua ascensão cultural, como se fossem irremediavelmente o único caminho para a formação de sua identidade social.

A versão *forte*, por outro lado, de caráter revolucionário e sintonizada com a visão ideológica, faz o movimento inverso na medida em que não obedece a supostas exigências sociais, mas visa, antes de tudo, a assegurar o empoderamento do aluno em sua realidade específica, dotando-o de capacidade suficiente para transformar a sociedade local, e não se adequando primordialmente a outras que lhe são estranhas. Como bem lembra Rojo (2009), é esse o modelo de letramento referenciado pelo trabalho de Paulo Freire.

Diante desse cenário, vale remeter novamente à base *streetiana* no que diz respeito às práticas de letramento (s) nas produções escritas em língua materna, visto que suas reflexões contemplam uma perspectiva etnográfica que se revela pertinente. Isto quer dizer que há uma diversidade infinita de letramentos em nossos meios sociais: o acadêmico, o do professor, o comercial, o religioso etc.

O processo de letramento em sala de aula precisa, segundo Street (2010), estar em consonância com as demandas trazidas pelos próprios alunos, e não o contrário, como se o professor tivesse por ofício a prática de inserir nos espaços vazios da mente de cada estudante um conhecimento novo, à sua maneira e critério. É esta a conclusão a que chega o autor ao afirmar:

Portanto, a relação do professor com os alunos tem de ser diferente quando se sabe isso, em vez de se imaginar que eles são espaços vazios que devem ser preenchidos. Esses alunos estão engajados em uma sociedade, em uma cultura em que a escrita pode ocupar grande espaço. Cada um deles pode não ter conhecimento de todas essas escritas; eles podem não se sentir competentes o bastante para fazer o trabalho que querem fazer. Portanto, estamos lá para dizer “Deixem-nos ajudar naquilo em que vocês querem ajuda”. [...] Trata-se de uma abordagem muito diferente para o ensino da escrita. Diferente de ficar de pé lá na frente com um método fazendo abc e pensando que todos são ignorantes. (STREET, 2010, p. 49)

Assim, também fica claro que as transformações sociais que um letramento pode propiciar, seja ele de qualquer natureza condizente com o meio em que se insere o aluno, evidenciam as condições sociais que ele pode alcançar. E, acima de tudo, o letramento tem um papel simbólico que alimenta a autoestima e provoca o fortalecimento da confiança, permitindo que o sujeito se posicione ativamente em suas reivindicações e anseios (STREET, 2010).

Usar a escrita é um componente para ajudar uma luta política mais ampla. No final das contas, é isso que todos fazemos o tempo todo. Mas como sabemos e como fazemos? Sugiro o uso de perspectivas etnográficas que se baseiam em teorias de letramento de tipos sociais que observam educação mais de perto, não somente como ensino, mas como aprendizagem. (STREET, 2010, p. 52)

Portanto, nota-se uma convicção dos teóricos aqui mencionados de que esse processo deve ter em conta o plano social em que cada pessoa está inserida. Desta maneira, a escrita ganha um papel importante no processo de aprendizagem da língua, mas, ainda assim, não pode ser fator determinante na construção dos papéis sociais.

2.2 Letramento (s) acadêmico (s)

2.2.1 Estado da arte na escrita acadêmica

O movimento *New Literacy Studies*, no Brasil *Novos Estudos de Letramento*, representou a superação de uma perspectiva que insistia na divisão dicotômica entre letrados e iletrados, instaurando um novo paradigma teórico e de pesquisa acerca do letramento, de caráter sociocultural, pelo qual “as práticas de uso da escrita são consideradas práticas sociais plurais e heterogêneas, vinculadas às estruturas de poder da sociedade” (VIANNA *et al*, 2016, p. 29), e direcionando as pesquisas sobre a língua escrita para a interação e prática social, por

entender que o letramento é social e se situa na interação interpessoal, conforme Barton e Hamilton (2004, p. 109).

Nessa nova abordagem, os olhares se voltam para o modo como os sujeitos elaboram significados a partir dessas práticas sociais contextualizadas, específicas, e, muitas vezes, carregadas de ideologia (STREET, 1984).

Shirley Heath (1982, p. 319, *apud* VIANNA *et al*, 2016, p. 30) introduz a noção de *evento de letramento* como “ocasiões em que a língua escrita é integrante da natureza das interações dos participantes e de suas estratégias e processos interpretativos”, a exemplo da contação de história para a criança dormir, da discussão do conteúdo de um telejornal em família e da anotação de recados e lista de compras, enquanto Street apresenta o conceito de *práticas de letramento* como “aspectos que nos possibilitam começar a ver padrões nesses eventos e situar conjuntos de eventos de forma a dar a eles um padrão” (2010, p. 38). As duas noções se complementam, pois, enquanto as *práticas de letramento* nos dizem do geral, sinalizando uma tendência ou modo de pensar, valorizar, sentir e usar a escrita, os *eventos de letramento* nos remetem a situações específicas de uso da escrita, contextualizadas, nas quais as práticas de letramento se fazem concretas.

No Brasil, a primeira obra a abarcar essa nova concepção do letramento, já em 1995, foram *os significados do letramento*, cuja organização coube a Angela Kleiman. O letramento, de viés cognitivo, compreendido como uma habilidade individual de uso da variedade culta da língua, tal como introduzido por Mary Kato, em 1986, havia sido superado. Buscava-se, então, distinguir os estudos sobre “o impacto social da escrita” daqueles sobre a alfabetização, entendida como habilidade cognitiva e individual de ler e escrever, prática de letramento preponderante no ambiente escolar. (VIANNA *et al*, 2016).

Os estudos e pesquisas se desenvolviam tendo como tema central o ensino da língua escrita nos campos da Linguística Aplicada e da Educação, tendo Leda Verdiani Tfouni, Angela Kleiman, Magda

Soares e Roxane Rojo, como pesquisadoras brasileiras pioneiras. Especial interesse incidia sobre a relação entre as práticas de oralidade e letramento, os modos dos não escolarizados lidarem com as demandas de escrita na sociedade letrada e a relação entre escolarização, analfabetismo e letramento que iam ao encontro das preocupações tanto do âmbito escolar, com dificuldades e reprovações de alunos, quanto no âmbito político, no que toca aos altos índices de analfabetismo. Foi nesse cenário que a expressão *letramentos múltiplos* foi cunhada, de forma a refletir a “multiplicidade de práticas – cotidianas, institucionalizadas, globais, locais, universais, vernáculos, valorizadas, não valorizadas – que podem conviver em determinado espaço, em geral uma convivência em conflito” (VIANNA *et al*, 2016). Em outras palavras,

[...] envolve toda noção sócio histórica e cultural do letramento e permite examinar a constituição de práticas de letramento intergrupos e, ao mesmo tempo, analisar os diferentes valores para as distintas práticas. [...] contempla ‘os modelos alternativos geralmente orientados para os usos cotidianos, cooperativos da escrita, visando assuntos práticos singulares nas comunidades’ (Kleiman 1998b, p. 270). [...] esses letramentos podem ser mediadores ‘na aquisição das práticas de letramento oficialmente legitimadas, especialmente em vista dos enormes fracassos dos programas oficiais de alfabetização’ (*idem*, p. 270). (VIANNA *et al*, 2016, p. 36).

No contexto de uma explosão conceitual, surgiram *letramentos dominantes, letramentos vernáculos, letramento literário, letramento acadêmico, letramento docente/do professor*, dentre outras categorizações das práticas de letramento, tendo em conta o lugar/tempo ou contexto dessas práticas. O conceito bakhtiniano de *esfera discursiva* – campo de atividade humana que define “maneiras específicas de dizer/enunciar, de discursar, cristalizadas e típicas desse

campo social – os gêneros de discurso” (ROJO, 2013, p. 27-28) favorece a compreensão das mencionadas categorizações, na medida em que considera o discurso como uma construção sócio histórica e de natureza dialógica. É dizer:

Adotar o conceito de *esfera* na compreensão e definição das práticas de letramento implica considerar de que maneira o tempo e lugar históricos em que são produzidos os enunciados, os participantes e as relações sociais que mantêm entre si e os gêneros utilizados na interação se articulam na produção de significados no interior dessas práticas. (VIANNA *et al*, 2016, p. 41).

Dessa forma, segundo Vianna *et al* (2016), podemos estudar as práticas letradas, concretizadas em eventos de letramento, como vinculadas aos *letramentos acadêmicos*, *letramentos escolares*, *letramentos do local de trabalho*, já que a *esfera de circulação* determina a modalização/especificação desses conceitos.

Na esteira dos “novos letramentos”, “letramentos multissemióticos” ou “multiletramentos”, que nos remetem à natureza multissemiótica dos textos eletrônicos, a multiplicidade se refere às culturas e à constituição dos gêneros através dos quais elas se expressam, alterando, de modo significativo, a relação de leitura e produção de textos.

Destaca-se, em especial, dentre os vários letramentos possíveis, o *letramento acadêmico*. Entende-se por essa expressão os processos envolvidos na aquisição apropriada e nos usos efetivos da escrita, que são “complexos, dinâmicos, com diferentes nuances, situados e envolvem questões epistemológicas e processos sociais, incluindo relações de poder entre pessoas, instituições, e identidades sociais” (LEA e STREET, 2006, p. 369). De modo que o domínio das práticas de letramento acadêmico requer o conhecimento dos gêneros e práticas específicos da academia, bem como dos modos de agir nesta esfera,

através da compreensão, construção e reconstrução de conceitos na interação. Assim, a representação do conhecimento existente e validado se vincula à determinada área de conhecimento e aos contextos acadêmicos particulares onde tal conhecimento circula. (VIANNA *et al.*, 2016).

À luz desse quadro, “as práticas de letramento acadêmico são espaços de produção, circulação e recepção de discursos, gerados na interação entre os estudantes, os professores e as demais vozes com as quais estes interagem.” (ASSIS, 2015, p. 431).

Segundo Lea e Street (2006), a expressão “letramentos acadêmicos” apesar de ter inicialmente se referido ao estudo dos letramentos em nível superior (universitário e pós-graduação), também se aplica da pré-escola ao ensino médio, abarcando todos os níveis educacionais. Nesse contexto, apresentam três perspectivas ou modelos sobrepostos de abordagens da escrita e do letramento do estudante em contextos acadêmicos: a) *modelo de habilidades de estudo*, volta-se à forma da língua (estrutura da sentença, gramática, pontuação), concebendo a escrita e o letramento como uma habilidade individual e cognitiva, independente do contexto de produção; b) *modelo de socialização acadêmica*, relaciona-se com a aculturação de estudantes em termos de discursos e gêneros baseados em temas e em disciplinas; e c) *modelo de letramentos acadêmicos*, em estreita relação com a produção de sentido, identidade, poder (capacitação para a ação) e autoridade, faz uso dos modelos de habilidades e de socialização acadêmica e vai além ao priorizar as relações de poder, autoridade, produção de sentido e identidade, no uso de práticas de letramento em determinados quadros institucionais. Os dois primeiros modelos, habilidades de estudo e socialização acadêmica, são os mais utilizados em práticas didáticas, currículos e pesquisas.

Neste ponto, recuperamos a perspectiva dos letramentos acadêmicos que concebe leitura e escrita como práticas sociais que variam conforme o contexto, cultura e gênero (STREET, 1984).

A noção de letramento também permite considerar que as aprendizagens da escrita (em recepção e produção) não se limitam às primeiras aprendizagens nem às aprendizagens ditas funcionais, mas desenrolam-se num *continuum* desde os primeiros contatos com a escrita antes das aprendizagens escolares até os usos epistêmicos da escrita para, não só difundir, mas transformar a experiência e os conhecimentos. (DELCAMBRE E REUTER, 2015, p. 247)

O *letramento docente/do professor*, por sua vez, refere-se a práticas de leitura e escrita exigidas no seu local de trabalho, a escola, ou seja, “práticas sociais de uso da escrita que os professores precisam conhecer para que possam se configurar em agentes de letramento”. (KLEIMAN, 2006, *apud* VIANNA *et al*, 2016, p. 49). Nesse âmbito, é exigido do professor, além de uma boa formação acadêmica (*letramento acadêmico*), que ele se familiarize com os seus alunos, para que, a partir dos conhecimentos e práticas preexistentes, isto é, dos letramentos que os alunos já possuem, possa transformar os conteúdos de maneira significativa, redefinindo o(s) letramento(s) escolar(es).

Sob essa perspectiva, Kleiman (2007), discorrendo sobre a formação do professor de língua materna, afirma que:

[...] mais do que a aprendizagem de determinados conceitos e procedimentos analíticos-teóricos, que mudam com as mudanças das teorias linguísticas e pedagógicas, interessa instrumentalizar o professor para ele continuar aprendendo ao longo de sua vida e, dessa forma, acompanhar as transformações científicas que tratam de sua disciplina e dos modos de ensiná-la. Assim, a relação do professor com os conteúdos curriculares se transforma: o currículo deixa de ser a camisa de força do trabalho escolar e passa a ser visto como uma organização dinâmica de conteúdos que vale a pena ensinar (e que podem mudar), que levam em conta a realidade local, seja ela da turma, da escola ou da comunidade e que se estruturam segundo a prática social. [...]. (p. 19).

Com efeito, as práticas de letramento do professor devem abarcar “os saberes necessários para o uso da escrita e aqueles necessários para o ensino desse fazer” (VIANNA *et al*, 2016, p. 45), pautando-se nas exigências da boa comunicação em sala de aula, com o abandono do modelo do *déficit* do aluno, considerando as relações de poder presentes e o contexto social mais amplo no qual o aluno está inserido.

2.2.2 Reflexões e perspectivas no ensino e pesquisa envolvendo a escrita acadêmica

Em se tratando de escrita universitária, os estudantes se deparam com os discursos de outrem, na maior parte das vezes grandes pesquisadores, e a suposição de que conseguem relacionar esses discursos científicos com o próprio discurso, em uma escrita que se pretende científica. Tal suposição decorre da aculturação dos estudantes com os discursos universitários (*modelo de socialização acadêmica*). (DELCAMBRE e REUTER, 2015).

Entretanto, o que se observa é que os estudantes encontram dificuldades ao tentar organizar as leituras realizadas, identificando pontos de aproximação e distanciamento entre as ideias defendidas pelos diferentes autores estudados, e problemas de posicionamento, dentre outros.

A esse respeito, as considerações de Delcambre e Reuter (2015, p. 227):

Para os estudantes, a pesquisa é frequentemente associada aos imperativos da objetividade e da neutralidade, devendo afastar-se da expressão de uma subjetividade individual, bem como de práticas de debate e discussão (práticas que são geralmente associadas às experiências cotidianas). Essas representações impedem os estudantes de perceber duas dimensões da pesquisa, a saber: a objetivação da

construção dos saberes e sua exposição e o fato de que a pesquisa é um lugar de debate e controvérsias. A objetivação não implica a interdição de uma determinada forma de implicação (na justificativa das escolhas operadas, por exemplo) e o desenvolvimento de controvérsias não é contrário ao desenvolvimento da ciência, ao contrário. Essas representações iniciais impedem os estudantes de perceber tudo aquilo que, na escrita, contribui para a construção de uma postura de autor, sem a qual eles jamais farão parte ‘da conversa’, [...]

Delcambre e Reuter (2015) distinguem três espaços de prática ou contextos de produção da escrita que caracterizam os universos acadêmicos: a) *escrita acadêmica*, desenvolvida ao longo do curso e indispensável à validação dos estudos; b) *escrita de pesquisa na formação*, envolve a escrita da dissertação de mestrado e da tese de doutorado, sendo, ao mesmo tempo, objeto e ferramenta de formação; e c) *escrita dos pesquisadores*. Essas diferentes posições nos conduzem a análises diferenciadas dos discursos dos estudantes, uma vez consideradas suas posições no sistema didático, e nos leva a considerar que discursos possuem idêntica relevância, conforme aqueles que os proferem.

A escrita universitária não deve ser considerada como vinculada a uma competência construída na formação pré-universitária. É que, no decorrer da formação universitária, os contextos se modificam impondo novas aprendizagens, que se movem num *continuum*, transformando experiência e conhecimento. (DELCAMBRE E REUTER, 2015).

A partir da noção de letramento, as dificuldades dos estudantes:

[...] não são ‘puramente referíveis a sujeitos particulares, mas a condições sociais (e escolares) de funcionamento sobre as quais se pode trabalhar’ (Reuter 2003, p. 14). Na universidade, particularmente, isso significa orientar a análise das dificuldades dos estudantes, considerando

as dimensões epistemológicas da escrita, para a análise, ao mesmo tempo, da inscrição disciplinar dos gêneros de escrita com os quais são confrontados (dimensão disciplinar) e das especificidades das formas de escrita produzidas e esperadas no quadro da formação (dimensão institucional e curricular), diferenciando-se as práticas de escrita nos diferentes espaços em que ocorrem. É pensar sempre nas práticas de escrita como um pouco novas, jamais totalmente inscritas no que é conhecido. (DELCAMBRE E REUTER, 2015, p. 248)

O trabalho de ler e escrever textos acadêmico-científicos, pouco familiares aos estudantes, é considerado importante fator de evasão na universidade. Isso porque construiu-se uma representação social de universidade como *locus* de alguns saberes em detrimento de outros, o que, sem dúvida alguma, condiciona o desenvolvimento e a eficácia dos processos de ensino-aprendizagem. (ASSIS, 2015).

Assim, as recentes pesquisas sobre o ensino e aprendizagem da leitura e da escrita no ensino superior, em especial a realizada por Assis (2015), apontam na seguinte direção: a) consideração da noção de representação neste processo de didatização da escrita acadêmico-científica, o que implica num processo de construção e transformação de saberes que lida tanto com o que decorre da singularidade do sujeito quanto com o decorrente da sua socialização; b) necessidade de se conhecer as representações dos estudantes acerca dos objetos de estudo e compreender as condições de sua emergência, o que informa sobre o processo de ensino-aprendizagem, os déficits e conflitos vividos pelos estudantes; e c) conveniência de se oportunizar, na formação universitária, momentos para que o estudante possa refletir sobre o seu processo de aprendizagem, falando de si, das suas dificuldades, certezas e dilemas.

Por fim, ainda na perspectiva do ensino da escrita na universidade, no que diz respeito ao denominado *letramento digital* e formação universitária, Rinck e Mansour (2014) propõem uma

interessante reflexão sobre a leitura e a escrita na era do digital envolvendo o copiar-colar dos estudantes, no âmbito da cultura dos “nativos digitais”, das expectativas acadêmicas e das dificuldades dos estudantes. Para os autores citados, o copiar-colar deve ser concebido como prática de letramento na universidade, como um fenômeno “novo”, oriundo das possibilidades oferecidas na era digital, e não como plágio ou “cyberplágio”, proibido por razões de honestidade acadêmica.

O plágio e o copiar-colar têm em comum a cópia. No entanto, se concordamos que o primeiro designa ‘não a cópia, mas a intenção de dissimular’ (WEISSBERG, 2002) e se reservamos, então, os debates jurídicos e morais à questão do plágio, como considerar a prática do copiar-colar fora do paradigma do proibido? O copiar-colar não implica, ao menos *a priori*, a intenção de ludibriar o leitor e está na base de competências centrais nos letramentos universitários, em particular, a citação e a tomada de notas. Seu uso entre as gerações jovens tanto pode ser compreendido como uma estratégia de escrita como o sinal das dificuldades frente à exigência de se escrever a partir de fontes. (RINCK e MANSOUR, 2014, p. 18).

A proposta apresentada é no sentido de se entender a cópia, como trabalho central da produção escrita, em sua relação com as noções de empréstimo, de intertexto e aos novos usos do letramento da “geração y”, uma vez que *escrever é reescrever*, tal como sempre lembrando que os autores foram, inicialmente, copistas, e os textos cópias conformes.

Rinck e Mansour (2014, p. 20) inserem o *copiar-colar* dos estudantes

[...] no cruzamento do campo dos letramentos universitários (‘academic literacy’), do letramento informacional (‘information literacy’) e do letramento

crítico ('critical literacy'). Para além do 'simples clique', o copiar-colar representa uma prática de letramento na interface entre leitura e escrita, e que solicita competências diversificadas, ainda que em seus dois termos (copiar no sentido material para recolher uma citação, fabricar um texto patchwork feito de colagens de outros textos). O copiar-colar pode encontrar seu lugar no contexto da formação universitária, ao mesmo tempo para a formação na escrita e para a formação na informação na era digital. Isso supõe tentar compreender melhor o copiar-colar, muito mais do que proibi-lo.

Em tal contexto, sendo certo que a internet e sua cultura da “partilha” da informação deu novo sentido ao público e ao privado, legal e ilegal, a formação na era digital torna-se um desafio para o professor, cujo papel se agiganta, pois, deve orientar os alunos para que melhor avaliem e tratem os dados encontrados no ambiente virtual, refletindo criticamente a respeito do seu uso nas práticas acadêmicas.

3 CONCLUSÃO

A partir destas análises, foi possível observar que os estudos de letramento se desenvolvem numa abordagem sócio histórica e cultural que compreende as práticas de escrita em instituições e práticas sociais, viabilizando o entendimento de como as relações de poder são (re) constituídas nas diversas práticas de letramento em nossa sociedade. (VIANNA *et al*, 2016).

Assim, as práticas de letramento se diversificam conforme os diferentes contextos (família, escola, mídia etc.), manifestando-se como fruto da interação social e como práticas sociais relacionadas à leitura e à escrita.

Nessa esfera de letramentos múltiplos e diferenciados, cotidianos e institucionais, locais e globais, valorizados e não

valorizados, é que se insere o ensino superior. A universidade, portanto, se depara com a dificuldade e, ao mesmo tempo, com a necessidade de encontrar uma relação possível entre a língua ou letramento do aluno e a do modelo acadêmico de escrita - ou letramento universitário -, como observa Rojo (2009). É este o cerne de algumas das questões pedagógicas que hoje pautam as reflexões e debates relacionados à escrita na academia.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ASSIS, J. A. “Eu sei mas não consigo colocar no papel aquilo que eu sei”: representações sobre os textos acadêmico-científicos. In: RINCK, F.; BOCH, F.; ASSIS, J. A. (Orgs.). **Letramento e formação universitária: formar para a escrita e pela escrita**. Campinas, SP: Mercado de Letras, 2015. p. 423-454.

BARTON, David; HAMILTON, Mary. La literacidad entendida como práctica social. In: ZAVALA, V.; NIÑO-MURCIA, M.; AMES, P. **Escritura y sociedad: nuevas perspectivas teóricas y etnográficas**. Lima: Red para el desarrollo de las Ciencias Sociales em el Perú, 2004, p. 109-139.

BRONCKART, J. P. Meio século de didática da escrita nos países francófonos: balanço e perspectivas. In: RINCK, F.; BOCH, F.; ASSIS, J. A. (Orgs.). **Letramento e formação universitária: formar para a escrita e pela escrita**. Campinas, SP: Mercado de Letras, 2015. p. 27-56.

CARVALHO, J. A. B. A transição para o Ensino Superior – novos contextos, novas práticas de literacia. In: PEREIRA, L. A.;

CARDOSO, I. (Coord.). **Reflexão sobre a escrita: o ensino de diferentes gêneros de textos**. Aveiro: UA Editora, 2013. p. 225-239.

DELCAMBRE, I.; LAHANIER-REUTER, D. Discurso de outrem e letramentos universitários. In: RINCK, F.; BOCH, F.; ASSIS, J. A. (Orgs.). **Letramento e formação universitária: formar para a escrita e pela escrita**. Campinas, SP: Mercado de Letras, 2015. p. 225-250.

KLEIMAN, Angela B. Letramento e suas implicações para o ensino de língua materna. **Signo**, vol. 32, n.º. 53, Santa Cruz do Sul, 2007, p. 1-25.

RINCK, F.; MANSOUR, F. Littératie à l'ère du numérique: le copier-coller chez les étudiants. **Linguagem em (dis)curso**, v.13, n.3, set./dez. 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ld/v13n3/07.pdf>>. Acesso em: 24 nov. 2015. (Tradução brasileira:

_____). Letramento na era digital: o copiar-colar dos estudantes. Trad.: Milenne Biasotto. **Raído**, Dourados, MS, v. 8, n.16, jul./dez. 2014. Disponível em: <<http://ojs.ufgd.edu.br/ojs/index.php/Raido/article/view/3748/2013>>. Acesso em: 19 set. 2017.

ROJO, Roxane H. R. Letramento(s): práticas de letramento em diferentes contextos. In: ROJO, R. **Letramentos múltiplos, escola e inclusão social**. São Paulo: Parábola Editorial, 2009. p. 95-121.

_____. Gêneros discursivos do círculo de Bakhtin e multiletramentos. In: ROJO, Roxane H. R. (Org.). **Escol@Conect@d@: os multiletramentos e as TICs**. São Paulo: Parábola, 2013, p. 13-36.

STREET. Brian V. Os novos estudos sobre o letramento: histórico e perspectivas. In: MARINHO, M.; CARVALHO, G. T. (Orgs.). **Cultura escrita e letramento**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2010. p. 33-53.

_____. Perspectivas interculturais sobre o letramento. Trad. Marcos Bagno. Filologia e linguística portuguesa. São Paulo, n° 8. Disponível em: <<https://www.revistas.usp.br/flp/article/view/59767/62876>>. Acesso em: 17 set. 2017.

VIANNA, C. A. D.; SITO, L.; VALSECHI, M. C.; PEREIRA, S. L. M. Do letramento aos letramentos: desafios na aproximação entre letramento acadêmico e letramento do professor. In: KLEIMAN, A. B.; ASSIS, J. A. (Orgs.). **Significados e ressignificações do letramento: desdobramentos de uma perspectiva sociocultural sobre a escrita**. Campinas, SP: Mercado de Letras, 2016. p. 27-59.

O ACESSO AO CONTEÚDO DE CONVERSAS EM CELULAR APREENDIDO DURANTE FLAGRANTE PELA POLÍCIA

Luara Martins Soares¹

Gylliard Matos Fantecelle²

Amanda Rosa Santos³

RESUMO: Este trabalho dissertativo tem como objetivo tratar sobre o acesso ao conteúdo de conversas encontradas em aparelhos eletrônicos durante a prisão em flagrante pela polícia. Questiona-se sobre a necessidade de autorização judicial para a devassa do conteúdo e as consequências do acesso sem prévia autorização. O trabalho foi desenvolvido a partir de pesquisas bibliográficas, jurisprudenciais e doutrinárias, utilizando-se do método de abordagem dedutivo. Ademais, através de uma análise da Lei nº 9.296/95, verifica-se os requisitos ensejadores da interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas. Em suma, à luz das premissas da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 no que tange à interceptação, busca-se abordar os aspectos jurídicos das comunicações telemáticas, a violação das conversas em celular apreendido e a consequência da violação dessas mensagens. Várias discussões sobre o tema surgem constantemente, precisando, portanto de um maior posicionamento dos tribunais a respeito da

¹ Bacharela em Direito pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro – FENORD. Advogada. Pós-Graduada em Direito Civil e Processual Civil pelo NAJUR.

² Mestrado pela UFES/UNIDA-ES, Especialista em Ciências Criminais pelo LFG/UNAMA. Especialista em Direito Civil e Processo Civil pela FADIVALE. Professor titular em Direito Penal e Processual Penal nas Faculdades de Direito da DOCTUM e FENORD. Membro do IBCCRIM. Advogado em Teófilo Otoni-MG. E-mail: gmfantecelle@hotmail.com.

³ Bacharela em Direito pela Fundação Educacional Nordeste Mineiro – FENORD. E-mail: amandarosa_s@yahoo.com.br.

necessidade de autorização judicial para a devassa do conteúdo de conversas durante a prisão em flagrante.

PALAVRAS-CHAVE: Prisão em flagrante. Intimidade. Autorização Judicial. Conversas. Interceptação.

ABSTRACT: This dissertation aims to deal with the access to the content of conversations that are found in electronic devices during prison in flagrante by police. It is questioned about the need of a judicial authorization for the inquiry of the content and the consequences of access without a prior authorization. The work was developed from research bibliographies, jurisprudences and doctrines, using the deductive method. In addition, through an analysis of Law 9.296 / 95, the requirements to allow the interception of telephone and telematics communications are verified. In short, in the light of the premises of the Constitution of the Federative Republic of Brazil of 1988, about the interception, it was sought to approach the legal aspects of telematics communications, the violation of the conversation in cellphones that are seized and the consequence of the violation of these messages. Both the right to privacy and the right to public security receive the protection and it is realized that, in the face of the practical cases, those rights should be weighted, with a lot of caution. Several discussions about the subject are constantly emerging, therefore, requiring a greater positioning of the courts about the need of a judicial authorization for the inquiry of the content in those conversations during the prison in flagrante.

KEYWORDS: Prison in flagrante. Intimacy. Judicial Authorization. Conversations. Interception.

1 INTRODUÇÃO

Com o crescente avanço social e tecnológico, aumenta-se também a busca pela proteção dos direitos e garantias fundamentais do ser humano, como o direito à inviolabilidade e à privacidade, que são constantemente violados, das mais diversas formas. Assim, surge a necessidade de dar-se tratamento jurídico adequado às inovações tecnológicas, que permitem as pessoas carregarem toda sua vida “na palma da mão”, através de smartphones, tablets, notebooks, etc.

Dessa maneira, este estudo tem por finalidade verificar a necessidade de prévia autorização judicial para a validação das conversas em aparelhos celulares enquanto prova no processo penal. O tema é de grande complexidade, considerando que as mensagens podem ser excluídas instantaneamente e que há um confronto entre a proteção pelos direitos fundamentais de privacidade e intimidade e o bem jurídico maior e coletivo: a vida e a paz social.

2 ASPECTOS JURÍDICOS DAS COMUNICAÇÕES TELEMÁTICAS

2.1 DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES COMO GARANTIA CONSTITUCIONAL

O artigo 5º, inciso XII da Constituição Federal de 1988, localizado dentro do rol dos Direitos e Garantias Fundamentais, busca resguardar a inviolabilidade do sigilo das comunicações e preencher a lacuna existente nas Constituições anteriores ao tratar sobre o tema.

A Carta Magna garante o direito à inviolabilidade das comunicações telefônicas, todavia, apesar de serem direitos fundamentais, excepciona-se tal regramento nos casos de investigação e instrução criminal, na forma que a lei estabelecer.

Trata-se, portanto, de meio excepcional de investigação, em que sua utilização é medida *última ratio*, devendo ser observado o equilíbrio entre a liberdade e a garantia dos direitos fundamentais.

O texto constitucional ainda estabelece a necessidade de autorização judicial para a concessão do procedimento de interceptação telefônica lícita, devendo ser devidamente fundamentada pelo juízo competente.

Assim, no intuito de regularizar o disposto na norma constitucional, o legislador editou a Lei nº 9.296 de 24 de julho de 1996, onde estão definidas as hipóteses para a concessão da interceptação telefônica, o prazo de duração e os requisitos a serem preenchidos, como veremos no decorrer deste capítulo.

3 VIOLAÇÃO DAS CONVERSAS EM CELULAR APREENDIDO

3.1 NECESSIDADE DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL PARA DEVASSA

Observadas as colocações do capítulo anterior, resta claro que as conversas encontradas em aplicativos celulares são equiparadas às comunicações telemáticas dispostas na Lei 9.296/96. Indaga-se, portanto, se para o acesso ao conteúdo de tais conversas em celular apreendido, durante o flagrante pela polícia, seria necessário a autorização judicial para a validade probatória.

A supracitada Lei 9.296/96, em seus artigos 1º e 5º, determina que as interceptações telefônicas de qualquer natureza dependem de prévia autorização judicial para a devassa do conteúdo e que a mesma deverá ser fundamentada sob pena de nulidade.

Além disso, a Lei Geral de Telecomunicações (Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997) estabelece em seu artigo 3º, inciso V que o usuário

de serviços de telecomunicação tem direito a inviolabilidade e ao segredo de sua comunicação, a não ser em casos específicos previstos pela lei e Constituição (BRASIL, LEI Nº 9.472, 1997).

Nesse mesmo sentido, a Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014, que assegura expressamente princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil, em seu artigo 7º trata da inviolabilidade e sigilo das comunicações.

Assim, conforme as citadas disposições legais, percebe-se que, em regra, para os policiais realizarem a busca exploratória no telefone celular apreendido será necessária autorização judicial, tendo em vista a expectativa de privacidade quanto às informações armazenadas. Ademais, seja qual for a natureza da comunicação, a posterior autorização pelo juiz não convalida a interceptação, devendo aquela ser obrigatoriamente prévia (LIMA, 2016).

Contudo, em situações excepcionais, a autorização judicial será dispensada, como nos casos de urgente necessidade e de maneira proporcional ao ilícito que se procura compor as provas, uma vez que a expectativa de privacidade não pode servir para amparar crimes que estão em plena consumação.

Assim, para que tal meio seja permitido, é necessária a urgência no alcance das informações e/ou o risco concreto de perecimento dessas, sujeitando-se o agente ou a autoridade policial à responsabilidade civil, penal e disciplinar.

Apesar da possibilidade de acesso ao conteúdo de conversas sem autorização judicial, enfatiza-se, mais uma vez, que essa é medida excepcionalíssima, uma vez que, se faz necessário uma análise pela autoridade imparcial para o deferimento da medida, tendo em vista a possibilidade de perecimento dos direitos fundamentais do indivíduo que tem as suas informações acessadas.

Salienta-se ainda que, não será necessária autorização judicial se houver expressa e inequívoca autorização do titular do celular, sendo este proprietário ou possuidor do aparelho, uma vez que ao abrir mão

de sua intimidade, não poderá, futuramente, requerer a nulidade da prova obtida (LIMA, 2016).

Cumprido destacar que a Carta Magna ainda excepciona duas situações em que será lícita a interceptação telefônica sem autorização judicial: no estado de sítio (art.139, III, da CF/88) e no estado de defesa (art.136, §1º, I, “c”, da CF/88).

Assim, via de regra, trata-se de cristalina ilegalidade o ato do agente policial acessar o telefone celular do preso em flagrante, invadindo sua privacidade e lendo suas conversas, sejam elas trocadas através de Facebook, e-mail, WhastApp, SMS ou qualquer outro meio semelhante.

4 CONSEQUÊNCIA DA VIOLAÇÃO DAS MENSAGENS

4.1 CRIME DO ARTIGO 10 DA LEI DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA

A Lei de Interceptação Telefônica, em seu artigo 10, versa sobre a consequência da violação das comunicações sem autorização judicial. Observe:

Art. 10. Constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei. Pena: reclusão, de dois a quatro anos, e multa (BRASIL, LEI Nº 9.296, 1996).

Para Renato Brasileiro de Lima (LIMA, 2016, p. 174-175), há no tipo penal três condutas delituosas distintas, todas punidas exclusivamente a título de dolo. A primeira conduta seria a realização

de interceptação sem autorização judicial. O segundo caso estará caracterizado quando houver a realização de interceptação com objetivos não autorizados em lei e, por fim, o terceiro crime, que é próprio, consiste na quebra de segredo de justiça.

Nesse sentido, deve ser suscitada a indispensável passagem trazida pela doutrina:

Lembremos que, com relação à parte final do artigo, uma interceptação pode ser efetivada com ordem judicial, mas para fins civis, por exemplo. Constitui crime do mesmo modo, devendo por ele responder tanto quem a realizou efetivamente (autor), como o magistrado incompetente, que a autorizou, pois ligado à área cível (partícipe). (NUCCI, 2010, p.794).

O Superior Tribunal de Justiça entende que a competência para o julgamento desse crime é, em regra da Justiça Estadual Comum, exceto se afetar diretamente bens, serviços ou interesses da União, suas autarquias ou empresas Públicas, quando a competência será da Justiça Federal. Ademais, trata-se de crime de ação penal pública incondicionada, uma vez que o artigo 10 não faz qualquer ressalva (LIMA, 2016, p.175).

Dessa forma, resta claro que o indivíduo que interceptar comunicação telefônica de informática/telemática ou quebrar segredo de justiça, sem autorização judiciária será responsabilizado e sofrerá a sanção penal respectiva (art.10, Lei 9296/96).

4.2 INVALIDADE DAS TRANSCRIÇÕES DAS CONVERSAS E O ARTIGO 157 DO CPP

A Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LVI, impõe uma limitação à produção de provas no processo penal, e estabelece

que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”. (BRASIL, CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988).

Nesse mesmo sentido, o Código de Processo Penal Brasileiro, em seu artigo 157, elucida que:

Art. 157. São inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais.

§1º - São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primeiras.

§2º - Considera-se fonte independente aquela que por si só, seguindo os trâmites típicos e de praxe, próprios da investigação ou instrução criminal, seria capaz de conduzir ao fato objeto da prova.

§3º - Preclusa a decisão de desentranhamento da prova declarada inadmissível, esta será inutilizada por decisão judicial, facultado às partes acompanhar o incidente.

§4º - VETADO. (BRASIL, CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, 1941).

Dessa forma, caso a interceptação telefônica ocorra sem observar os preceitos legais e constitucionais previstos, esta deverá ser desentranhada do processo, com a sua posterior destruição, tendo em vista a proibição de provas ilícitas no processo penal, pois atingem disposições de direito material ou princípios constitucionais (intimidade e privacidade).

Elucida Paulo Rangel (2015, p. 414) que “a vedação da prova ilícita é inerente ao Estado Democrático de direito que não admite a

prova do fato, e, conseqüentemente, punição do indivíduo a qualquer preço, custe o que custar”.

Entretanto, há vozes na doutrina que compreendem de forma diversa, como Aury Lopes Jr. (2015, p.430), que entende plenamente possível a utilização de uma prova dessa natureza, desde que favorável ao réu (prova ilícita “pro reo”), ainda que colhida em violação a direitos fundamentais.

Nesse mesmo sentido, explica Greco Filho:

Uma prova obtida por meio ilícito, mas que levaria à absolvição de um inocente (...) teria de ser considerada, porque a condenação de um inocente é a mais abominável das violências e não pode ser admitida ainda que se sacrifique algum outro preceito legal. (GRECO FILHO, 2015, p. 112-113).

Assim, trata-se de entendimento doutrinário que pretende, com base no princípio da proporcionalidade, flexibilizar a teoria da inadmissibilidade de provas ilícitas no processo penal.

Destarte, quando outro valor fundamental mereça ser protegido, valor este, por si, mais relevante do que o bem atingido a obtenção da prova, será admitido a exceção à regra constitucional, com base nos princípios da proporcionalidade e ponderação.

Quanto à degravação absoluta das conversas, o Plenário do Supremo Tribunal Federal manifestou-se a respeito da sua desnecessidade, entendimento registrado por ocasião do Informativo 529 (Transcrição do Conteúdo Integral das Gravações e Desnecessidade 6) (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Informativo 529 do STF – 2008).

4.3 O FRUTO DA ÁRVORE ENVENENADA E O ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS

A teoria do Fruto da Árvore Envenenada (“Fruit of the poisonous tree”), surgida no direito norte-americano, afirma que nos casos em que a prova for obtida ilegalmente, esta não poderá ser utilizada no processo e nem mesmo as outras provas descobertas, uma vez que estariam contaminadas pelo fruto envenenado.

Encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro no art. 157, §1º do Código de Processo Penal (BRASIL, 1941), onde afirma que: “São também inadmissíveis as provas derivadas das ilícitas, salvo quando não evidenciado o nexo de causalidade entre umas e outras, ou quando as derivadas puderem ser obtidas por uma fonte independente das primárias”.

Avolio (2010) menciona considerável entendimento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Sepúlveda Pertente no que tange o fruto da árvore envenenada, onde sustenta que esta teoria:

(...)é a única capaz de dar eficácia à garantia constitucional da inadmissibilidade da prova ilícita”. E isto porque “vedar que se possa trazer ao processo a própria ‘degravação’ das conversas telefônicas, mas admitir que as informações nela colhidas possam ser aproveitadas pela autoridade, que agiu, ilicitamente, para chegar a outras provas, que sem tais afirmações, não colheria, evidentemente, é estimular e não reprimir a atividade ilícita da escuta e da gravação clandestina de conversas privadas. (AVOLIO, 2010, p. 172).

Ainda conforme Avolio Torquato (2010), a exclusão de tais provas como regra tem sido cruelmente reprovada, especialmente nos casos em que se diz que a polícia ultrapassou ou não agiu em correspondência com a lei, por possibilitar que acusado ou indiciado

evidentemente culpado tenha conseguido esquivar-se de punição em consequência do procedimento dos agentes do governo.

Comenta o autor que o Ministro Sydney Sanches se posicionou:

(...) com um exemplo, segundo o qual a polícia, através de uma interceptação ilícita, toma conhecimento de um homicídio e passa a investigá-lo, logrando encontrar o corpo de delito e obter o depoimento de testemunhas presenciais, além de confissão do próprio autor do crime. Considerando que as provas se repetiram em juízo, o Ministro não vê como não se poderia apoiar a condenação nesse conjunto probatório “só porque o fio da meada foi uma prova ilícita”. O Ministro Moreira Alves utiliza exemplo semelhante para sustentar que “o absurdo da conclusão” – que seria a impunidade de poderosa rede de traficantes – “demonstra a erronia da premissa” – a teoria das provas ilícitas por derivação. Por não entenderem os demais Ministros que a ilicitude da quebra do sigilo possa “ter a consequência de nulificar tudo aquilo mais que se venha a obter de prova e possa servir à instrução do processo e ao convencimento do juiz”, como aduziu o Min. Octávio Gallotti, o Tribunal, por escassa maioria, rejeitou a aplicação da doutrina no caso concreto. Notícia o autor acerca do HC 69.912-0/RS. (STF – HC: 69912 RS, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de julgamento: 30/06/1993, Tribunal Pleno, Data de Publicação: DJ 26-11-1993 PP-25532 EMENT VOL-01727-01 PP-00321).

Dessa forma, se durante a prisão em flagrante o policial acessar o conteúdo de mensagens do celular apreendido, sem a devida autorização judicial e encontrar conversas como prova, estas serão consideradas nulas, como também aquelas que forem descobertas por intermédio do acesso ilegal, devendo ser oportunamente, desentranhadas dos autos.

Como visto, o entendimento do Supremo é de aversão à prova ilícita por derivação, devendo, portanto, serem utilizados os princípios

da proporcionalidade e da razoabilidade para a possibilidade de sua admissão.

Por sua vez, o encontro fortuito de provas ou serendipidade, como também é conhecido, é um instituto bastante discutido e utilizado no campo das interceptações telefônicas. A serendipidade consiste no encontro inesperado de provas, em decorrência de uma interceptação telefônica, quando se pretendia, na verdade, a prova de fato distinto. Assim, discute-se na doutrina e jurisprudência, sobre a validade de uma prova descoberta por acaso, a partir de uma interceptação telefônica judicialmente autorizada.

Sobre a validade dessas provas, Renato Brasileiro de Lima, aponta que:

Percebe-se que nesses casos a validade de prova inesperadamente obtida está condicionada à forma como foi realizada a diligência: se houve desvio de finalidade, a prova não deve ser considerada válida; se não houve desvio de finalidade, a prova é válida (LIMA, 2016, p.155).

Segundo Greco Filho e Luiz Francisco Torquato Avolio (2010, p.178-179), a prova derivada de interceptação telefônica por força de encontro inesperado poderá ser utilizada nos casos de conexão e continência com o fato investigado. Nesse mesmo sentido, é o entendimento do Supremo Tribunal Federal (HC 8351/RS, Tribunal Pleno, 19/09/2004, rel. Min. Nelson Jobim) e Superior Tribunal de Justiça (HC 144137/ES, 5ª turma, 15.05.2012, rel. Min. Marco Aurélio Belizze).

No tocante à serendipidade de infrações futuras, o STJ entende de maneira diversa e dispensa a conexão entre o crime encontrado fortuitamente e o objeto da autorização judicial:

(...) A discussão a respeito da conexão entre o fato investigado e o fato encontrado fortuitamente só se coloca em se tratando de infração penal pretérita, porquanto no que concerne as infrações futuras o cerne da controvérsia se dará quanto a licitude ou não do meio de prova utilizado e a partir do qual se tomou conhecimento de tal conduta criminoso. (STJ, 5ª Turma, HC 69.552/PR, Rel. Min. Felix Fischer, 06/02/2007, DJ 14/05/2007. Com entendimento semelhante: STJ, Corte Especial, APN 425, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, j. 16/11/2005, DJ 15/05/2006).

Há quem levante críticas quanto a utilização do instituto da serendipidade, por viciar o trabalho policial uma vez que este solicitaria a interceptação para um crime constante no rol da Lei 9.296/96, mas seu propósito seria encontrar qualquer delito. De forma contrária, Pacelli (2015, p.576) entende que:

Não se poderia alegar que as autoridades encarregadas da investigação criminal poderiam valer-se do expediente para obter mais facilmente autorização para interceptação telefônica, agindo, então, abusivamente. É que, como vimos, a autorização judicial para interceptação telefônica é feita sempre se modo excepcional, devidamente fundamentada, e somente quando se fizerem presentes indícios razoáveis de autoria e/ou participação, bem como quando a prova não puder ser feita de outro modo, além de ser cabível somente para infrações punidas com pena de reclusão.

4.4 POSICIONAMENTO DOS TRIBUNAIS NA ATUALIDADE

Recentemente, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro (TJ/RJ) absolveu, através do julgamento de apelação, suposto autor do fato, condenado em primeiro grau por roubo duplamente circunstanciado (art.157, §2º, I e II). O caso aconteceu da seguinte forma: após a prática delitativa, ao fugir numa motocicleta, um aparelho

celular caiu e foi pego por policiais civis, que o acessaram e descobriram fotos que contribuíram para a identificação e posterior prisão do acusado.

Após a absolvição decretada pelo TJ/RJ, o Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro interpôs Recurso Extraordinário em Agravo ao STF fundamentando a licitude da prova, ao argumento de que o acesso às informações realizado pelos policiais não viola a garantia constitucional do sigilo das comunicações telefônicas.

Assim, o Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a existência de repercussão geral do tema no Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) 1042075, interposto pelo Ministério Público do Rio de Janeiro:

A licitude de prova decorrente de perícia realizada pela autoridade policial em aparelho celular encontrado fortuitamente no local do crime e a ocorrência ou não de violação do sigilo das comunicações no acesso à agenda telefônica e ao registro de chamadas sem autorização policial. (STF – Recurso Especial em Agravo (ARE 1.042.075), Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgado em 08/11/2017, Publicado em 23/11/2017).

O ministro Dias Toffoli, relator do caso, observou que:

Essas garantias constitucionais mantêm estreito vínculo entre si e regulam e limitam a obtenção, a produção e a valoração das provas destinadas ao Estado, o que, no caso, será decisivo para se determinar a legitimidade da atuação da autoridade policial no papel de proceder à coleta de elementos e informações hábeis a viabilizar a persecução penal. (STF – Recurso Especial em Agravo (ARE 1.042.075), Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Julgado em 08/11/2017, Publicado em 23/11/2017).

Assim, diante de todo o exposto, observa-se a tamanha relevância do tema, em que o STF discutirá a matéria de repercussão

geral, recomendando-se o acompanhamento dos votos, que estão sendo publicados.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com o passar dos anos e o aumento significativo dos avanços tecnológicos, o cenário mudou-se completamente, pois através de um smartphone, com uma simples olhadela nas mensagens de texto, fotos, vídeos, aplicativos bancários, aplicativos de relacionamento, etc., é possível desvendar toda a vida de uma pessoa. Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, em 2016, afirmou ser ilícito o acesso ao conteúdo de dados e conversas do aplicativo WhatsApp, sem prévia ordem judicial.

Vislumbra-se proteção constitucional elencada tanto ao direito à segurança pública, quanto ao direito à privacidade e intimidade. Nos procedimentos policiais de preservação ou manutenção da segurança pública observa-se o contrapeso entre estes direitos, pois uma destas garantias irá prevalecer no momento da abordagem policial que visa o acesso ao conteúdo de conversas em aparelhos telefônicos como elemento de informação.

Em suma, pode-se afirmar que, a regra é que para a devassa do conteúdo de conversas em aparelhos celulares é necessário a autorização judicial, de forma que se possa analisar adequadamente a real necessidade da infringência dos direitos e garantias fundamentais de intimidade e privacidade, sob pena de incorrer em prejuízo irreparável ao decorrer do processo.

Entretanto, percebe-se que em determinados casos, excepcionalíssimos, o policial, no momento da prisão em flagrante poderá acessar esses dados, em situações onde a característica

específica de o caso ensejar urgência na obtenção de informações ou risco de que os dados possam se perder.

Assim, caberá ao policial preservar o direito que prepondera no momento da diligência, seja o direito à segurança pública ou o direito fundamento da intimidade e privacidade, devendo se pautar pela equivalência adequada a cada caso. A justificativa para legitimar o acesso ao conteúdo de conversas durante flagrante pela polícia pode ser verificada através dos depoimentos dos policiais que realizaram a prisão ou do histórico de boletim de ocorrência lavrado.

Por fim, verifica-se que é necessário um posicionamento dos tribunais superiores acerca de tais situações, através de Súmulas Vinculantes ou com o reconhecimento de repercussão geral do tema, tendo em vista sua amplitude e pela sua relevância na rotina policial, que se depara com a multiplicidade de situações que podem surgir na colisão de direitos nos casos visíveis.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei n. 9.296/96 e da jurisprudência**. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 118, 226-227.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. **Provas ilícitas: Interceptações Telefônicas, ambientais e gravações clandestinas**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010. p. 172, 178-179.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 05 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm > Acesso em 02 de fev. de 2018.

BRASIL. **Decreto Lei nº 3.689, de 03 de outubro de 1941**. Institui o Código de Processo Penal. Brasília, DF: Senado, 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm>. Acesso em: 22 de fev. de 2018.

BRASIL. Constituição (1988). **Emenda Constitucional nº 1, de 17 de outubro 1969**. Edita novo texto da Constituição Federal de 24 de janeiro de 1967. Brasília, DF: Senado, 1969. Disponível em:<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc_anterior1988/emc01-69.htm> Acesso em 04 de fev. de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5.Turma). **HABEAS CORPUS Nº 69.552/PR**. Relator (a): Min. Feliz Fischer. Brasília, DF: julgamento em 06/02/2007, publicação em DJe 14/05/2007. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/8939460/habeas-corpus-hc-69552-pr-2006-0241993-5/inteiro-teor-14107951>>. Acesso em: 27 de mar. de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **HABEAS CORPUS Nº 69.912/RS**. Relator (a): Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. Tribunal Pleno. Julgamento em 30/06/1993, publicação em DJ 26/11/1993. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749530/habeas-corpus-hc-69912-rs>>. Acesso em: 24 de mar. de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. (2. Turma) **HABEAS CORPUS Nº 91.867/ PA**. Relator: Min. GILMAR MENDES, Julgamento em 24/04/2012, publicação: Acórdão Eletrônico DJe-185 em 20/09/2012. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22869954/habeas-corpus-hc-91867-pa-stf>>. Acesso em: 17 de mar. de 2018.

BRASIL, Superior Tribunal de Justiça (5.Turma). **HABEAS CORPUS Nº 144.137/ES**. Relator (a): Min. Marco Aurélio Belizze. Brasília, DF: julgamento em 15/05/2012, publicação em DJe 31/08/2012. Disponível em: <<http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:superior.tribunal.justica;turm a.5:acordao;hc:2012-05-15;144137-1213045>>. Acesso em: 26 de mar. de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Informativo 529 do STF - 2008**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 21 nov. 2008. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/informativo-tribunal,informativo-529-do-stf-2008,21731.html>>. Acesso em: 23 de mar. de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Inquérito nº 2.424 Q0-Q0/RJ**. Relator (a): Min. César Peluso. Brasília, DF: Julgamento em 26/11/2008, publicação em DJe 25/03/2010. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14716672/inquerito-inq-2424-rj>>. Acesso em: 22 de mar. de 2018.

BRASIL. **Lei nº4.117, de 27 de agosto de 1962**. Institui o Código Brasileiro de Telecomunicações. Brasília, DF: Senado, 1962. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4117.htm> Acesso em 13 de abr. de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996**. Regulamenta o inciso XII, parte final, do art. 5º da Constituição Federal. Brasília, DF: Senado, 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/19296.htm> Acesso em 07 de mar. de 2018.

BRASIL. **Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Senado, 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112965.htm>. Acesso em: 22 de abr. de 2018.

BRASIL. **Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997**. Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995. Brasília, DF: Senado, 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9472.htm> Acesso em 15 de mar. de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Mandado de Segurança nº 23.452 RJ**. Impetrante: Luiz Carlos Barretti Junior. Relator (a): Min. Celso de Melo. Brasília, julgamento em 01/06/1999, publicação da súmula em 08/06/1999. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14757406/mandado-de-seguranca-ms-23452-rj-stf>>. Acesso em: 26 de mar. de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário com Agravo nº 1.042.075/RJ**. Recorrente: Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Recorrido: Guilherme Carvalho Farias. Relator (a): Min. Dias Toffoli. Brasília, DF: julgamento em 08/11/2017, publicação em DJe 23/11/2017. Disponível em: <[file:///C:/Users/Beatriz%20Mariote/Downloads/texto_313464292%20\(2\).pdf](file:///C:/Users/Beatriz%20Mariote/Downloads/texto_313464292%20(2).pdf)>. Acesso em: 07 de fev. de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). **RTJ 173/807-808**. Relator (a): Min. Celso de Mello. Brasília, DF: julgamento em 21/03/2005, publicação em DJe 01/04/2005. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo381.htm>>. Acesso em: 07 de mar.de 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: legislação penal especial**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 321, 384. v. 4

CAPEZ, Fernando. **Curso de processo penal**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 231, 364, 386.

CRISAFULLI, Vezio. **Estado, povo, governo: ilusões constitucionais e delírios**. Milão: Giuffrè, 1985. p. 42. apud SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 421.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário Aurélio Básico da Língua Portuguesa**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

GRECCO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 18. ed. São Paulo: Impetus, 2016. p. 875.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 112, 113, 229.

GRINOVER, Ada Pellegrini; SCARANCA, Antônio Fernandes; GOMES FILHO, Antônio Magalhães. **As nulidades no processo penal**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 92, 147, 174, 185.

LIMA, Renato Brasileiro. **Manual de processo penal**. 4. ed. Salvador: JusPodivm, 2016. p. 137, 155, 174-175, 345.

LOPES JÚNIOR., Aury. **Direito processual penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 430.

LOPEZ, Debora Cristina. **Radiojornalismo hipermidiático: tendências e perspectivas do jornalismo de rádio all news brasileiro em um contexto de convergência tecnológica**. Portugal: LabCom, 2010. p. 433. Disponível em: <http://www.livroslabcom.ubi.pt/pdfs/20110415-debora_lopez_radiojornalismo.pdf>. Acesso em: 21 de mai. de 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Martires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Branc. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 235-236, 612.

NUCCI, Guilherme. **Código penal comentado**. 10. ed. São Paulo: Forense, 2010. p. 793-794.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. 19. ed. São Paulo, Atlas. 2015. p. 332, 576.

RANGEL, Paulo. **Direito Processual Penal**. 23 ed. São Paulo: Atlas, 2015. p. 414.

SANNINI NETO, Francisco. **Investigação Criminal e os dados obtidos de aparelhos de celulares apreendidos**. São Paulo: Juspodivm, 2015. Disponível em: <<https://franciscosannini.jusbrasil.com.br/artigos/198265766/investigacao-criminal-e-os-dados-obtidos-de-aparelhos-de-celular-apreendidos>>. Acesso em 09 de abr. de 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 424-425.

PENA E SUA FINALIDADE. UMA DISCUSSÃO CRÍTICA SOBRE TEORIAS PENALIZADORAS.

Geraldo Barbosa do Nascimento¹

RESUMO: O trabalho tem como objetivo analisar a pena e apresentar uma discussão crítica sobre as teorias penalizadoras, criadas para explicarem a função das penas. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica. No desenvolvimento do trabalho foram analisados os três grandes grupos de teorias da pena: a absoluta, as preventivas ou relativas, mormente a vertente da prevenção geral positiva, além das unificadoras, tendo cada uma dessas teorias um posicionamento próprio acerca da finalidade da pena, o que mostra a falta de consenso entre os doutrinadores com relação à matéria.

PALAVRAS - CHAVE: Estudo. Teorias. Pena. Finalidade. Crítica.

ABSTRACT: The objective of this paper is to analyze the pen and present a critical discussion about the penalizing theories, designed to explain the function of penalties. The methodology used was the bibliographical research. In the development of the work, the three major groups of theories of punishment were analyzed: the absolute, the preventive or relative, especially the positive general prevention, in addition to the unifying ones, each one having its own positioning on the purpose of the sentence, which shows the lack of consensus among the doctrinators on the subject.

1 Mestre em Gestão Integrada do Território da UNIVALE – Governador Valadares/MG, pós graduado em Direito Processual Penal e em Direito Público, graduado em Direito e Letras pela FENORD. Professor do IESI/FENORD.

KEYWORDS: Study. Theories. Feather. Goal. Criticism.

1 INTRODUÇÃO

A pena surge como uma necessidade de fixação de normas de conduta, disciplinando o comportamento do homem em sociedade, e, desde então, tem sido objeto de análise por inúmeros estudiosos. Para conferir legitimidade a esse poder punitivo do Estado, foram construídas três grandes grupos de teorias, nem sempre seguras e sólidas para justificar a imposição de penas em um regime democrático.

A proposta deste artigo é, pois, uma investigação crítica acerca desses três grupos de teorias, qual seja, as teorias absolutas, preventivas, com suas vertentes geral e especial, além das teorias unificadoras da pena.

Na teoria absoluta o que se busca é castigar o delinquente, como forma de compensação do mal causado pelo infrator. Pune-se porque se cometeu o crime. O fundamento dessa teoria é a exigência de justiça. Não se vislumbra nenhum outro objeto senão a punição do infrator.

Nas teorias preventivas, a pretensão é inteiramente diversa da anterior. Busca-se impedir a prática de novas condutas criminosas. Assim, a pena serviria como meio de prevenção à prática de novos delitos. Duas são as vertentes dessas teorias. A prevenção geral e a prevenção especial.

Na prevenção geral, o fim da pena é intimidativo. Dirige-se a todos os destinatários da norma. Á semelhança de uma pressão psicológica, o temor da ameaça imposto pelo Estado amedronta os membros da sociedade à prática de delitos.

As teorias unificadoras resultaram da fusão das duas teorias anteriores. Assim, a finalidade da pena é a retribuição ao condenado

pelo mal injusto, bem como desmotivar as pessoas ao cometimento de crimes e intimidar o já criminoso a não mais delinquir.

Finalmente, a reelaboração da prevenção geral positiva surge com o objetivo de justificar o *ius puniendi* e o de superar as críticas que fragilizaram as formas de prevenção anteriores – prevenção especial positiva e prevenção geral negativa.

2 DA PENA

A pena é a mais dura sanção existente no ordenamento jurídico e, desde sua origem, é objeto de análise por estudiosos em diversos campos do conhecimento humano (CACIEDO, 2017).

Segundo Nucci (2007), a pena surge como uma necessidade de controle social e sua imposição pelo Estado é um mal necessário. Representa um castigo ao infrator da regra social e simboliza a retribuição da prática do crime, buscando a prevenção de novas infrações seja pelo condenado, seja por outras pessoas.

Nesse mesma direção, ensina Bitencourt (2008) que é quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena se justifica pela sua necessidade de convivência na sociedade dos dias atuais, acrescentado que, apesar de existirem outras formas de controle social, o Estado utiliza a pena para proteger de eventuais lesões determinados bens jurídicos, assim considerados em uma organização socioeconômica específica, destacando que “Estado, pena e culpabilidade formam conceitos dinâmicos inter-relacionados” (BITENCOURT, 2008, p. 80), estando o desenvolvimento do Estado intimamente ligado ao da pena.

Helena Cláudio Fragoso (2004) atribui à pena um caráter retributivo, definindo-a, como sendo “a perda de bens jurídicos imposta pelo órgão da justiça a quem comete crime. Trata-se da sanção

característica do direito penal em sua essência, retributiva. A sanção penal é, pois, retributiva, porque opera causando um mal ao transgressor” (FRAGOSO, 2004, p. 348).

Para Regis Prado (2007), a pena consiste na privação ou restrição de bens jurídicos, com lastro na lei, imposta pelos órgãos jurisdicionais competentes ao agente de uma infração penal.

Na lição de Masson (2011), a pena é a reação de uma comunidade politicamente organizada a um determinado fato que viola uma das normas fundamentais da sua estrutura, tipificado como crime.

Se a pena é um mal que se impõe como castigo, cumpre diferenciar a sua natureza com a sua finalidade. “Uma coisa é a pena e outra é a função que legitima o seu exercício. Desta feita, a finalidade da pena é entendida como sendo o objetivo que o Estado procura cumprir por meio da atuação penal” (MIR PUIG, 1999, apud ANJOS, 2009, p. 6).

2.1 DA FINALIDADE DA PENA

As primeiras reflexões sobre a pena e sua finalidade surgiram na Grécia. Afastando-se do caráter retributivo da pena que, até então, visava somente um castigo ao infrator da lei social, Platão e Aristóteles pregavam que a finalidade da pena, mesmo considerando seu caráter sacral, deveria ser o de intimidar, inculcando o medo em outros, os quais, por isso, não viriam a delinquir (ZAFFARONI; PIERANGELI, 2007).

A ideia de que a pena não possui simplesmente o objetivo de atormentar o criminoso ganhou força no movimento iluminista. Voltaire, Monstequieu e Rosseau, conforme relatam Cruz (2010) e Araújo Neto (2010), estiveram à frente dessa mudança do pensamento, ao afirmarem que a pena deveria ser proporcional ao crime, levando

em consideração as circunstâncias individuais de cada delito, além de se mostrar eficaz para todas as pessoas.

Foi BECCARIA, contudo, quem trouxe uma concepção reformadora sobre a finalidade da pena, ao sustentar sua natureza preventiva. Diz Baccaria:

O fim das penas não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer o delito já cometido. A finalidade da sanção penal é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo. Isso, porém, tem de ser feito de maneira a causar uma impressão mais eficaz e duradora no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu (BECCARIA, 1999, p. 52).

Beccaria (1999) afirmava que o objetivo da prevenção não se obtinha pelo terror, mas pela eficácia e certeza da punição. Não admitia o caráter aflitivo da pena, uma vez que esta tinha em conta a recuperação do condenado. Defendia a ideia de que não poderia demorar aplicar a pena, porque geraria angústia ao réu.

Conforme Aranha da Cruz e Araújo Neto (2010), a partir dos estudos de Beccaria passaram a surgir doutrinas, que buscavam na pena a oportunidade de reinserir o indivíduo na sociedade, e não simplesmente castigá-lo por seu delito.

Na verdade, muitas teorias foram elaboradas para justificar a finalidade, o porquê da pena, a razão pela qual o Estado se vale desse expediente punitivo no cotidiano da sociedade moderna. Nesse sentido, as teorias da pena embasam discursos formulados pelo poder político para conferir legitimidade ao poder punitivo dentro de uma ordem jurídica. Essas doutrinas, chamadas justificadoras, são reconhecidas como as teorias clássicas absolutas ou retributivas e as relativas ou preventivas da pena, com suas vertentes doutrinárias, além da teoria

mista ou unificadora, positivada no art. 59, do Código Penal brasileiro² (ANJOS, 2009).

2.2 DAS TEORIAS DA PENA.

2.2.1 Teoria absoluta ou retributivista

Para os defensores da teoria absoluta, a pena visa unicamente castigar o delinquente, como forma de retribuição do mal causado pelo injusto. Seria apenas a compensação do mal causado pelo infrator, não existindo nenhuma outra justificação para a reprimenda, senão a pura realização de um ideal de justiça. Sendo assim, a pena possui um fim em si próprio, devendo existir apenas para que a justiça impere. Em suma, essa teoria tem como fundamento a exigência da justiça, proclamando a ideia de que a pena é um mal justo para pagar o mal injusto, sem nenhuma preocupação com o social ou com a pessoa do delinquente (ANJOS, 2009).

Segundo Bitencourt (2008), entre os principais adeptos dessa teoria, destacam-se tradicionalmente Kant (1960) e Hegel (1997). Kant entendia a lei como um imperativo categórico, isto é, como aquele mandamento que “representasse uma ação em si mesma, sem referência a nenhum outro fim, como objetivamente necessária” (KANT apud BITENCOURT, 2008, p. 84).

2 Art. 59. O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, *conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção* do crime.

Conforme Bitencourt (2008), Kant considera que o réu deve ser castigado pela única razão de haver delinquido, sem nenhuma consideração sobre a utilidade da pena para ele ou para os demais integrantes da sociedade.

Ao contrário de Kant, relata Bitencourt (2008) que, no pensamento de Hegel (1997), a fundamentação da pena é mais jurídica, encontrando sua justificação na necessidade de estabelecer a vigência da vontade geral, simbolizada na ordem jurídica, que foi negada pela vontade do criminoso. A pena deixa de configurar um imperativo categórico para representar uma exigência da razão no restabelecimento do direito.

Essa teoria encontra enorme resistência em autores contemporâneos. De fato, a imposição da pena com finalidade apenas para castigar o criminoso, impregnada de ranço vingativo, não é viável para a sociedade, conforme já demonstraram vários estudos (CRUZ; ARAUJO NETO, 2010).

2.2.2 Teoria relativa ou preventiva da pena

De acordo com Bitencourt (2008), para as teorias preventivas a pena não visa retribuir o fato delituoso cometido, mas sim prevenir a sua prática. Se na teoria absoluta o castigo se impõe, somente porque se delinuiu, nas teorias preventivas, a pena se impõe para que não se volte a delinquir.

Conforme Cruz (2010) e Araújo Neto (2010), para as teorias preventivas, a existência de sanção para determinado ato transgressivo existe para que a pessoa se abstenha de cometê-lo ou evite a reincidência.

Segundo Bitencourt (2008), a função preventiva da pena divide-se em duas vertentes, bem definidas – prevenção geral e prevenção especial.

2.2.2.1 Prevenção Geral

Na prevenção geral (negativa), o fim da pena é intimidativo e dirige-se a todos os destinatários da norma penal. O temor da ameaça de aplicação da pena pelo Estado impediria que os membros da sociedade praticassem crimes. É o funcionamento da chamada teoria psicológica formulada por Feuerbach. Para esse autor, a pena é efetivamente uma ameaça da lei aos cidadãos para que se abstenham de cometer delitos. É utilizando a coação psicológica que se consegue evitar o fenômeno delitivo (FEUERBACH, apud BITENCOURT, 2008).

Para Hassemer (1993), citado por Greco (2017), com a intimidação há a esperança de que pessoas portadoras de inclinações criminosas possam ser persuadidas a comportarem-se de acordo com a lei:

Existe a esperança de que os concidadãos com inclinações para a prática de crimes possam ser persuadidos, através da resposta sancionatória à violação do Direito alheio, previamente anunciada, a comportarem-se em conformidade com o Direito; esperança, enfim, de que o Direito Penal ofereça sua contribuição para o aprimoramento da sociedade (HASSEMER, apud GRECO, 2017, p. 588).

Contudo, conforme é também a posição crítica de Bitencourt (2008), a eficácia da prevenção geral esbarra em alguns pontos, entre os quais está a insuficiência do pretendido temor, que nem sempre

serve para inibir o delinquente da prática do crime, dada a sua confiança em não ser descoberto, como acontece com os criminosos profissionais, os habituais ou impulsivos ocasionais.

Outro fator invocado para a crítica, com apoio de Cruz (2010) e Araújo (2010), é o desconhecimento da norma. Apesar da máxima de que ninguém pode alegar o seu desconhecimento, no caso, a falta de conhecimento do dispositivo legal, bem como o rigor imposto por ele à determinada conduta criminosa, torna esta teoria pouco frágil, uma vez que só alcançaria eficazmente aos que tivessem o conhecimento total das consequências legais de seus atos.

2.2.2.2 Prevenção especial

Conforme Cezar Roberto Bitencourt, “a teoria da prevenção especial busca evitar a prática do delito, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delinquente em particular, objetivando que este não volte a delinquir” (BITENCOURT, 2008, p. 92).

Ressalte-se, como afirmado por Bitencourt (2008) A prevenção especial não busca a intimidação do grupo social nem a retribuição do fato praticado. Visa apenas aquele indivíduo que já delinuiu para fazer com que não volte a transgredir as normas jurídico-penais. Essa mencionada teoria apoia-se na periculosidade do indivíduo, com a ideia de que a pena justa é a pena necessária a impedir que o criminoso volte a delinquir (ANJOS, 2009).

Da prevenção especial decorrem duas variantes. Uma positiva, a mais importante, e outra negativa. A prevenção especial positiva atribui à pena a missão de fazer com que o autor de um crime desista de cometer futuros delitos. Segundo essa concepção, a finalidade da pena é a recuperação do condenado, fazendo sua reinserção na

sociedade, por meio da reeducação (GRECO, 2017). No discurso oficial brasileiro, essa função atribuída à pena está consagrada na legislação penal brasileira³. De notar, na prevenção especial positiva, o caráter ressocializador da pena.

Também, a teoria da prevenção especial positiva não escapa à crítica, como é o pensamento de inúmeros juristas, segundo as lições de Greco (2017). É que diante de um sistema penitenciário falido, será que apenas cumpre efetivamente o efeito ressocializante preconizado por essa teoria, ou, ao contrário, acaba por corromper a personalidade do agente? “Busca-se produzir que tipo de ressocialização? Quer-se impedir que o condenado volte a praticar novas infrações penais, ou quer-se fazer dele uma pessoa útil para a sociedade?” (GRECO, 2017, p. 590).

Ainda segundo Greco (2017), a questão da ressocialização é, antes de tudo, um problema político-social do Estado; e que, enquanto não houver vontade política, o problema da ressocialização será insolúvel. De que adiantaria, por exemplo, ensinar dentro da penitenciária um ofício ou uma profissão ao detento se, ao sair, ao procurar-se reintegrar na sociedade, não conseguiria readaptar-se, por dificuldade de encontrar trabalho.

Já a prevenção especial negativa ocorre com a neutralização daquele que praticou a infração penal, por meio de sua segregação nas prisões. Segregado fica impedido de praticar novas infrações (ZAFFARONI; BATISTA, 2003).

Como se vê, o objetivo dessa vertente negativa é neutralizar, segregar o indivíduo, preservando o corpo social do seu membro doente, que deve ser encarcerado ou mesmo eliminado da sociedade.

3 Lei de Execução penal. Art.1º - A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado.

O que importa para essa corrente teórica é a sociedade, sendo o indivíduo descartável, na medida em que se torna daninho ao restante da coletividade, numa clara visão maniqueísta que divide a sociedade entre pessoas de bem (pessoas que não praticam crime), e pessoas do mal - criminosos que devem ser eliminados ou segregados, quando não são ressocializáveis (VON LISZT, apud ANJOS, 2009).

A crítica a essa teoria reside na ideia de que “a eliminação da pessoa que não se enquadra no perfil social ou mesmo a impedimento de sua liberdade de expressão fere o pluralismo que caracteriza a democracia” (JUNQUEIRA, 2004, p 82), além de não impedir que o criminoso, mesmo encarcerado, pratique outros delitos dentro da penitenciária, ou mesmo fora dela, por meio de concurso eventual ou necessário de pessoas.

Segundo Hassemer apud Greco (2017), o que se quer realmente atingir com o fim apontado é uma vida exterior conforme o direito, uma convivência pacífica com as normas jurídicas e sociais da sociedade. Mas, o alcance dessa pretensão ainda está pendente.

2.2.3 Teoria Mista ou Unificadora.

A teoria mista, unificadora ou eclética, agrupa em um conceito único os argumentos mais destacados das teorias retributivas, da prevenção geral e da prevenção especial. Seu início se deu no século XX, na Alemanha, e foi desenvolvida por Merkel (2003). Surgiu das críticas às teses sustentadas pelas teorias absolutas ou relativas da pena, conforme lição de Bitencourt (2008).

Essa teoria preconiza uma tríplice finalidade da pena, qual seja, retribuição ao condenado pelo mal injusto; desmotivar as pessoas ao cometimento de crimes; intimidar o já criminoso a não mais delinquir.

No pensamento de Santiago Mir Puig (2002), citado por Bitencourt “a retribuição, a prevenção geral e a prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena”(MIR PUIG, apud BITENCOURT, 2008, p. 95).

Para Magalhães Noronha “As teorias mistas conciliam as precedentes. A pena tem índole retributiva, porém objetiva os fins da reeducação do criminoso e de intimidação geral. Afirma, pois, o caráter de retribuição da pena, mas aceita sua função utilitária” (NORONHA, 2000, p, 223).

Segundo Bitencourt (2008), numa fase inicial, essas doutrinas unificadoras repetiram as insuficiências das concepções monistas da pena. Entretanto, numa fase posterior, a atenção da doutrina fixou-se na procura de outras construções que permitiram unificar os fins preventivos gerais e especiais, como pontua Quintero Olivares: “A retribuição, em suas bases teóricas, seja através da culpabilidade ou da proporcionalidade, desempenha um papel apenas limitador das exigências da prevenção da pena” (OLIVARES apud BITENCOURT, 2008, p. 96).

Atualmente, a teoria mista ou unificadora é defendida pela maioria dos doutrinadores, inclusive eleita pela legislação penal brasileira para orientação e decisão dos rumos da política criminal pátria.

Entretanto, essa teoria não passa imune às críticas, apesar de sua aceitação pela doutrina majoritária. É que a unificação em torno de pretensas qualidades oriundas isoladamente, tanto da prevenção geral quanto da prevenção especial, não foi suficiente para legitimar o discurso frente à manifestação concreta do direito penal.

A combinação das finalidades de outras teorias agrupadas na teoria mista ou unificadora não faz desaparecer os vícios trazidos por cada teoria. Nesse sentido, é o pensamento de Juarez Cirino dos

Santos, ao afirmar que “as teorias unificadas significam a soma dos defeitos das teorias particulares” (SANTOS, 2006, p. 485)

2.2.4 Teoria da prevenção geral positiva

Segundo Costa (2008), após a década de 60, a prevenção especial positiva passou a ser durante criticada, como, aliás, as demais teorias da pena, por inúmeras razões. A impossibilidade de se educar para a liberdade na prisão, em razão da inexistência⁴ ou incapacidade absoluta das instituições para cumprir as metas de reeducação, além do caráter criminógeno dos cárceres, tudo evidencia uma crise de legitimação da pena tradicionalmente fundada na retribuição e prevenção⁵. Por sua vez, a escassez de recursos estatais, decorrente da crise dos Estados de bem-estar-social, também contribuiu para que fossem questionadas, politicamente, as despesas com o sistema penitenciário.

Por sua vez, segundo Helena Regina da Costa, os resultados da prevenção geral negativa passaram a ser muito contestados:

A prevenção geral negativa, além da objeção kantiana fundada na instrumentalização da pessoa, não conseguia responder à crítica consistente na ausência de parâmetros para a delimitação da pena. Além disso, diante das elevadas cifras negras denotadas por estudos empíricos, seus efeitos passaram a ser bastante questionados (COSTA, 2008, p. 72-73).

4 Como é exemplo a Casa do Albergado na imensa maioria dos municípios brasileiros.

5 Modelo adotado o Brasil, nos termos do artigo 59 do Código Penal Brasileiro.

Da mesma forma, as teorias absolutas, que têm a retribuição moral ou a expiação como finalidade da pena, e as teorias de prevenção especial negativa, que defendem a neutralização ou segregação do criminoso, por meio de seu completo afastamento da vida em sociedade, também não eram consideradas respostas adequadas. Isto porque as teorias absolutas são indiferentes a qualquer resultado útil da pena, seja quanto ao condenado, seja em relação à sociedade, buscando fins transcendentais ou metafísicos que não são da alçada do Estado Democrático de Direito e esbarram, tanto quanto a prevenção geral negativa, na constatação das altas cifras negras, além de violarem frontalmente os direitos fundamentais, ao tratarem o delinquente como objeto (COSTA, 2008).

Diante desse cenário, conforme Costa (2008), é que despontam as teorias da prevenção geral positiva, sob forte influência das doutrinas sistêmicas de Niklas Luhmann⁶ e das ideias de Durkheim⁷.

6 Na sociologia de Niklas Luhmann, o direito é um dos sistemas que compõem o todo da sociedade. As expectativas produzidas pelo sistema do direito institucionalizam os comportamentos sociais e são generalizados pela norma jurídica, que embora seja elaborada em um processo que inicia fora do direito, adquire status de norma jurídica, após a seleção realizada pelo sistema jurídico. As normas jurídicas representam a expressão de confiança depositada em expectativa que, uma vez frustradas, acarretam a coação da norma para sua estabilização. Assim, cumpre ao direito como sistema social estabilizar as expectativas e as comunicações, como maneira de manter a paz social (LUHMANN, apud CACIEDO, 2014).

7 Émile Durkheim tinha como principal preocupação, em suas pesquisas sociais, as formas de solidariedade que acompanhavam a evolução da sociedade, com destaque para origens das sociedades modernas. Era nessa solidariedade que enxergava o fundamento do bem-estar social e das ações necessárias ao funcionamento do organismo social. O castigo e a punição constituiriam elementos fundamentais para a coesão social. Durkheim via no direito o elemento que simbolizava externamente a solidariedade e a coesão social. Para esse sociólogo, o direito é a forma de organização mais estável e assente na vida social e garantidora da coesão social (DURKHEIM, apud CACIEDO, 2014).

Na verdade, essa teoria é uma variante da prevenção geral. A concepção da prevenção geral positiva surge em meados dos anos 70, como a última teoria (re) elaborada, para buscar a justificação do *ius puniendi* e com o objetivo de superar as críticas que fragilizaram as formas de prevenção anteriores – prevenção especial positiva e prevenção geral negativa (COSTA, 2008).

Ensina Queiroz (2005) que na prevenção geral positiva, também chamada de integradora, a pena destina-se não só à prevenção negativa de delitos, desestimulando aqueles que já tenham incorrido na prática de delito. Mas, seu propósito vai além, ou seja, presta-se a “infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito e promovendo, em última análise, a integração social” (QUEIROZ, 2005, p. 40).

Na lição de Mir Puig, citado por Costa (2008), a prevenção geral positiva ou integradora busca a conversão e o reforço da confiança na firmeza e no poder de execução do ordenamento jurídico, e apresenta duas subdivisões: a prevenção geral positiva fundamentadora, e a prevenção geral positiva limitadora.

2.2.4.1 Prevenção geral positiva fundamentadora

Welzel, Gunther Jakobs são os principais representantes dessa corrente, segundo ensinamento de Bitencourt (2008).

Na visão de Welzel, o Direito Penal possui uma missão mais importante que resguardar os bens jurídicos, que é a de garantir os valores éticos sociais de uma coletividade, por meio de previsões legais e sanções a condutas que importam violação de valores fundamentais, e assim, fica fortalecida a permanente fidelidade do cidadão ao direito (WELZEL, apud Bitencourt, 2008).

Gunther Jakobs (2005), citado por Fernando Vernice dos Anjos (2009), pensa o Direito Penal como instrumento de estabilização da norma penal e que sua única meta é garantir a função orientadora das normas jurídicas e compensar a frustração das expectativas sociais. Segundo essa orientação, a forma fundamentadora da prevenção geral positiva é completamente abstrata, visando a motivar a sociedade a preservar os valores e a cumprir as expectativas intersubjetivas de vigência das normas. A ideia de proteção de bens jurídicos é rejeitada, sendo a revalidação fática da norma penal a única finalidade a ser alcançada pela pena.

Desse modo, no pensamento de Jakobs (2005), a pena é uma coação e resposta ao fato criminoso. Fato criminoso é um ataque à vigência da norma, e que apesar de sua infração, ela continua vigente, cumprindo as funções de estabilização social e orientação da conduta dos cidadãos.

De acordo com Bitencourt (2008), criticável é a posição dessa corrente, ao pretender-se impor ao indivíduo, de forma coativa, determinados padrões éticos, algo inconcebível em Estado social e democrático de Direito. Igualmente é inadmissível “a eliminação dos limites do *ius puniendi*, tanto formal como materialmente, fato que conduz à legitimação e desenvolvimento de uma política criminal carente de legitimidade democrática” (BITENCOURT, 2008, p. 99).

Nessa direção também é o pensamento de Fernando Vernice (2014), segundo o qual, o direito penal passa não ter limites claros de atuação, com a limitação imposta de atuação aos bens jurídicos, o que torna essa vertente incompatível com o direito brasileiro em síntese, a teoria da prevenção geral positiva fundamentadora não constitui uma alternativa real que satisfaça as atuais necessidades da teoria da pena.

2.2.4.2 Prevenção geral positiva limitadora

Na vertente limitadora, que tem como principais representantes Hassemer, Roxin, além de Santiago Mir Puig, a preocupação é de não só fundamentar, mas também limitar o poder estatal Costa, segundo lição de Costa (2008).

Sendo o Direito Penal um meio de controle social, caracterizando-se pelo seu aspecto formal, a pena deve respeitar determinadas formalidades, mantendo-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade para legitimar-se juridicamente, conforme relata Hamesser:

A pena como forma de castigar ou sancionar formalmente, submete-se a determinados pressupostos e limitações, às quais não se subordinam as demais sanções. A pena deve manter-se dentro dos limites do Direito Penal do fato e da proporcionalidade, e somente pode ser imposta através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais (HAMESSER, apud Bitencout, 2008, p. 100).

Conforme Bitencourt (2008), a formalização do Direito Penal ocorre através da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em relação aos direitos individuais dos cidadãos. Assim, o Estado não pode invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Esses limites referidos materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade e outros. Desta forma, de acordo com o pensamento de Mir Puig, o conceito de prevenção geral positiva será legítimo, “desde que compreenda que deve integrar todos estes limites,

harmonizando suas eventuais contradições recíprocas. ” (MIR PUIG, apud BITENCOURT, 2008, p. 100).

A razoabilidade e a idoneidade das normas são essenciais para sua estabilização. Não basta a aplicação da pena. Deve haver um sentimento de que a norma é adequada à melhoria da convivência social, isto é, não seja excessivamente gravosa e permitindo a liberdade humana. É preciso que as atuações da justiça penal cheguem de forma clara e verossímil à população. Só assim as normas estabilizam-se na realidade cotidiana (HASSEMER, apud COSTA, 2008).

De outro lado, conforme pontua Muñoz Conde (2003), citado por Bitencourt (2008), a ressocialização do delinquente implica um processo de comunicação e interação entre indivíduo e sociedade. Não é possível ressocializar o delinquente sem colocar em dúvida, ao mesmo tempo, o conjunto social normativo ao qual se quer integrá-lo.

Enfim, para essa corrente a finalidade da pena é a ressocialização do delinquente, intimidação geral, além da retribuição. Para a ressocialização deve-se levar em conta a personalidade do criminoso, verificando-se sua aptidão para a natureza da atividade educadora. Além disso, faz necessário desenvolver um programa de ressocialização do penalizado, individualizado, já que um programa aleatório, indiscriminado, é perigoso (COSTA, 2008).

5. CONCLUSÃO

Diante da pesquisa realizada, conclui-se que a pena é um tema recorrente entre juristas, sendo até mesmo objeto de reflexão na sociologia, e que sua finalidade, em um primeiro momento, visava uma retribuição ao mal praticado pelo criminoso, migrando, posteriormente, para a ideia de prevenção, recuperação e ressocialização do condenado. Os estudos sobre a pena e sua finalidade resultaram em três grandes

grupos de teorias da pena: absolutas, preventivas e mistas ou unificadoras.

As teorias absolutas viam na pena uma espécie de retribuição, castigo, imposto ao criminoso pela conduta ilícita. Entretanto, as discussões que se travam em torno dessas teorias revelam a inteira falta de aceitação da finalidade da pena preconizada nessas doutrinas, em razão das inúmeras críticas que nelas foram constatadas, entre as quais a imposição da sanção penal com finalidade apenas de vingança é inviável para a sociedade.

As teorias preventivas atribuem à pena um caráter preventivo e, pelo que se apurou na pesquisa, não respaldam satisfatoriamente a finalidade da pena. É que com relação à teoria da prevenção geral, restou demonstrado que não se pode precisar a quantidade da pena, própria para intimidar o corpo social e para resguardar o respeito ao direito vigente.

Semelhante dedução ocorre em relação à prevenção especial positiva, tendo em vista o falacioso discurso ressocializador da pena, diante de um sistema penitenciário falido que mais corrompe que educa. Quanto à prevenção especial negativa, também ficou evidente que o encarceramento não impede o criminoso da prática de outros delitos dentro da penitenciária, e até fora dela, por meio de concurso eventual ou necessário de pessoas.

As teorias unificadoras agrupam em um conceito único os argumentos mais destacados das teorias retributivas, da prevenção geral e da prevenção especial. Apesar de defendida pela maioria de doutrinadores e eleita pela legislação penal brasileira, a combinação das finalidades da pena, carreadas de outras teorias, não faz desaparecer os vícios de outras teorias, o que leva à constatação de que essa teoria se torna insuficiente para legitimar o discurso frente à manifestação concreto do direito penal.

O estudo do tema mostrou que a recriação da prevenção geral positiva surgiu como a última tentativa de superar as críticas que fragilizaram as formas preventivas anteriores. Mas, apesar desse propósito, ficou comprovado que a vertente fundamentadora, uma das subdivisões da teoria geral positiva, não se apresenta como alternativa satisfatória às necessidades atuais da teoria da pena, pois inadmissível a eliminação dos limites do jus puniendi, tanto formal como material, como admite essa corrente, situação essa que é mesmo inconcebível em um Estado Democrático.

Já as formulações acerca da prevenção geral limitadora podem tornar-se viáveis de sustentação, desde que, na aplicação da sanção penal, seja respeitado o limite da culpabilidade e os demais princípios penais, e que o famigerado programa de ressocialização seja factível, deixando as prisões de desumanizar e estigmatizar os apenados.

Enfim, a pesquisa concluiu que o discurso das teorias, construído para legitimar a finalidade da pena, mostra-se insuficiente diante da realidade concreta do Direito Penal. Há um enorme distanciamento entre a programação normativa e sua operacionalidade. O mundo do dia a dia carcerário revela o fracasso da finalidade ressocializadora da pena. A finalidade da pena não pode estar dissociada do preso, que deve ser visto, não como uma figura abstrata, mas como uma pessoa viva, presente, cujos interesses legítimos devam ser efetivamente orientados para o futuro, sem desconsiderar as consequências do ato criminoso e os fatos sucedidos no passado. A finalidade da pena deve ser repensada no mundo atual.

REFERÊNCIAS

ANJOS, Fernando Vernice dos. **Análise crítica da finalidade da pena, na execução penal: Ressocialização e o Direito Penal Brasileiro**, 2009. Biblioteca Digital da USP. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-13042010-145345/pt-br.php>>. Acesso em 20 nov. 2018.

BRASIL, **Código Penal brasileiro, Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**, com a redação da Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 20 nov. 2018.

_____. **Lei de Execução Penal, de 11 de julho de 1984**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L7210.htm>. Acesso em 20 nov. 2018.

BECCARIA, cesare. *Dos delitos e das penas*. Trad. José Cretella Jr. E Agnes Cretella. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 .

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral**. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CACIEDO, Patrick Lemos. **Pena e funcionalismo sistêmico: Uma análise crítica da prevenção geral positiva**, 2017. Biblioteca Digital da USP. Teses e Dissertações. Disponível: em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2136/tde-01122015-125435/pt-br.php>>. Acesso em 20 nov.2018.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **A Dignidade Humana**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

CRUZ, Ramon Aranha da; ARAÚJO NETO, Félix. **Finalidade da Pena Uma Discussão Acerca das Teorias Penalizadoras**, 2010. Disponível em: <<http://www.cesrei.com.br/ojs/index.php/orbis/article/view/114>>. Acesso em 20 nov. 2018.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de Direito Penal: Parte geral**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
GRECO, Rogério. Curso de direito penal: parte geral. 19. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2017.

JUNQUEIRA, Gustavo Octaviano Diniz. **Finalidades da pena**. Barueri: Manole, 2004.

KANT, Immanuel. **Fundamentos da metafísica dos costumes**. Trad. Paulo Quintella. Lisboa: Edições 70, 1960.
MASSON, Cleber Rogério. **Direito Penal Esquemático**. Parte geral. vol.1:4. ed. rev, atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense: Método, 2011.

NORONHA, M. Magalhães, **Direito Penal**, volume 1, 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2000

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal: parte geral: parte especial**. 3. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

PRADO, Luiz Régis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. Vol 1. Parte geral. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do Direito Penal**. 2. ed. São Paulo: RT, 2005.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito Penal: Parte Geral**. .Curitiba: ICPC, Lumen Juris, 2006.

ZAFFARONI, E. Rául; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

_____ Eugênio Raul; PIERANGELI, J. Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**. Parte geral. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

POLÍTICA, IDEOLOGIA POLÍTICA E IDEOLOGIA RELIGIOSA

Flávio Henrique Salomão Neto¹

RESUMO: Visando entender essa relação entre política e ideologia, procuraremos discorrer sobre cada uma dessas figuras, em termos conceituais, tecendo uma análise da política como ciência e tratando das ideologias, tanto política quanto religiosa. Tal análise faz-se necessária para que possamos saber até onde se estende e quais são os pontos de contato nessa imbricada relação.

PALAVRAS-CHAVE: Política; ideologias; religião; poder.

ABSTRACT: In order to understand this relationship between politics and ideology, we will try to discuss each of these figures in conceptual terms, weaving an analysis of politics as a science and dealing with ideologies, both political and religious. Such analysis is necessary so that we can know how far it extends and what are the points of contact in this imbricated relationship.

KEYWORDS: Politics; ideologies; religion; power.

1 Professor de Direito Administrativo e de Direito Internacional Público e Privado no IESI/Fenord; Mestre em Ciências das Religiões.

1 A POLÍTICA COMO CIÊNCIA

Em uma conferência a convite da Associação Livre de Estudantes de Munique, durante o inverno de 1919², Weber pergunta: “O que entendemos por política? O conceito é muito amplo e abrange qualquer tipo de atividade autônoma”³. Vê-se que, desde logo, ele deixa para seus interlocutores a ideia de que por política podem ser entendidas as formas, os métodos ou os modelos adotados em qualquer atividade autônoma. Para centrar sua explanação, delimita, e diz que “por política entenderemos somente a direção ou a influência sobre a direção de uma associação política, ou seja, em nossos tempos, de um Estado”⁴.

Também delimitando, trataremos aqui somente da política como ciência, ou seja, aquela que proporciona conhecimento sobre o Estado, pois não resta nenhuma dúvida de que o Estado é uma associação política. Conforme Azambuja⁵, divergências ocorrem em saber se somente ele o é, ou se ele é apenas uma delas. Sendo então essa associação, o Estado, sujeito constante da política, como indutor, é quem deve traçar uma política que dê um norte, um rumo, fazendo-se guiar numa direção.

Vários autores tentaram - e tentam -, cada um à sua maneira e ao seu tempo, criar uma noção ou construir um conceito de política. Aristóteles a concebe como essencialmente ligada à virtude, e diz que “tanto a virtude quanto a ciência política sempre giram em torno de prazeres e sofrimentos, pois o homem que os usa bem é bom, e o que

2 Nota de Marianne Weber, Heilderberg, agosto de 1926. WEBER, Max. *El político y el científico*. 2 ed. Buenos Aires: Libertador, 2008, p. 125.

3 WEBER, 2008, p. 11.

4 WEBER, 2008, p. 11.

5 AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 13 ed. São Paulo: Globo, 2001, p. 21.

os usa mal é mau”⁶, e a vê como a ciência da felicidade humana – que ele trata como o bem, o bem comum –, que seria o bem-estar na vida em sociedade, pois, em sua obra *A política*, tida como o mais completo tratado sobre tal tema, ele diz que “não é apenas para *viver juntos*, mas sim para *bem viver juntos* que se fez o Estado”⁷ e que “em todas (*sic*) as ciências e em todas as artes o alvo é um bem; e o maior dos bens acha-se principalmente naquela dentre todas as ciências que é a mais elevada; ora, essa ciência é a política, e o bem em política é a justiça, isto é, a utilidade geral”⁸. A utilidade geral, o bem, o bem humano, o bem da coletividade, são expressões utilizadas por ele para referir-se à felicidade do povo na *pólis*. E deixa claro seu entendimento de que a ciência política é que deve cuidar dessa matéria, por ser ela a maior das ciências, pois é a que “determina quais as ciências que devem ser estudadas em uma cidade-Estado, quais a que cada cidadão deve aprender, e até que ponto [...] a finalidade dessa ciência deve abranger as das outras, de modo que essa finalidade deverá ser o bem humano”⁹.

Aristóteles demonstra preocupação é com o fim último, esse bem humano, essa felicidade buscada pelo homem ou pelo Estado. Se o homem busca essa felicidade somente para ele, esta seria uma preocupação da ética, ou seja, verificar-se-ia quanto aos meios utilizados por esse indivíduo para obtenção da mesma: se com honradez ou pela virtude; se a questão cinge-se à obtenção da felicidade geral, esta deveria ser buscada pelo Estado, e, portanto, seria uma preocupação da política, pois “não entra no plano da *Política* determinar o que pode convir a cada indivíduo, mas sim o que convém à pluralidade”¹⁰.

6 ARISTÓTELES, *Ética a Nicômano*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 45.

7 ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 53

8 ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Atena, 1960, p. 123.

9 ARISTÓTELES, 2002, p. 18.

10 ARISTÓTELES, 1998, p. 58.

Assim ele disse:

Ainda que esse fim seja o mesmo para o indivíduo e para a cidade-Estado, o fim desta última parece ser algo maior e mais completo, seja a atingir, seja a preservar; e embora seja desejável atingir esse fim para um indivíduo só, é mais nobre e mais divino alcançá-lo para uma nação ou para as cidades-Estados¹¹.

É que o filósofo insiste em deixar claro que esse é o fim a ser perseguido pelo Estado, e nem adjetiva de egoísta aquele que visa a sua própria felicidade, pelo contrário, até louva quem assim procede, pois entende que é justo que o homem busque sua felicidade e que não há confronto entre a felicidade do indivíduo e a felicidade do Estado. Inclusive, se debruçou a examinar se a felicidade do homem, individualmente, é a mesma que a do Estado, e ele conclui “que devemos colocá-la entre os mesmos gêneros de bem é um ponto sobre o qual todos estão de acordo [...]. Os que não veem outra felicidade para o homem que não a virtude chamam feliz apenas o Estado em que a virtude é honrada”¹².

Mas ainda não resta esclarecido o conceito de política, e é Bobbio quem delinea o seu significado clássico, e ensina:

Derivado do adjetivo de *pólis* (*politikós*), que significa tudo o que se refere à cidade e, conseqüentemente, o que é urbano, civil, público, e até mesmo sociável e social, o termo política se expandiu [...] com a significação mais comum de arte ou ciência do Governo, isto é, de reflexão, não importa se com intenções meramente

11 ARISTÓTELES, 2002, p. 18.

12 ARISTÓTELES, 1998, p. 59.

descritivas ou também normativas, dois aspectos dificilmente discrimináveis, sobre as coisas da cidade¹³.

O Estado, por ser uma associação política, é o detentor do poder político, ou seja, conforme Weber¹⁴, é quem pode utilizar-se da força para impor sua vontade sobre a coletividade. Claro que não nos referimos somente à força física, quando se utiliza de seu aparato policial, por exemplo, escudado na manutenção e/ou preservação da ordem pública, mas é que é ele quem goza do poder de defender a sua soberania e a supremacia dele próprio sobre o seu povo e sobre os demais Estados, visando, é claro, o interesse comum, pois ao governante não se confere o poder público para seu interesse particular, mas para o bem geral. O Estado só pode, portanto, ordenar o que seja proveitoso para o bem comum. Cícero, em seu discurso intitulado *Dos deveres*, assim proferiu:

Quem deseja governar deve analisar estas duas regras de Platão: uma, ter em vista apenas o bem público, sem se preocupar com sua situação pessoal; outra, estender suas preocupações igualmente a todo o Estado, não negligenciando uma parte para atender outra. Porque quem governa a República é tutor que deve zelar pelo bem de seu pupilo e não o seu; aquele que protege só uma parte dos cidadãos, sem se preocupar com os outros, introduz no Estado o mais maléfico dos flagelos, a desavença e a revolta¹⁵.

Também Richelieu, em seu *Testamento político*, destaca um capítulo nesse sentido, e diz que “os interesses públicos devem ser o único fim do príncipe e de seus conselheiros, ou pelo menos uns e

13 BOBBIO, Norberto; METTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5 ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004, p. 954.

14 WEBER, 2008, p. 12.

15 CÍCERO, Marco Tulio. *Dos deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 56.

outros são obrigados a tê-los em tão singular recomendação, que os prefiram a todos os particulares”¹⁶.

Ilusório achar que a política atua o tempo todo voltada para atender o interesse comum, conquanto devesse ser assim. É porque, embora a política seja do Estado, este é uma entidade real, porém abstrata, é um ser de razão, sem sentimentos¹⁷, assim como os órgãos públicos. Portanto, a política é pensada, elaborada e executada pelos homens, os governantes, os agentes públicos nos gabinetes dos órgãos públicos onde estão lotados.

E como dito, o Estado atua com predominância sobre o indivíduo, em decorrência do princípio da supremacia do interesse público sobre o privado. Este princípio talvez se justifique nas palavras de Aristóteles quando diz que “na ordem da natureza, o Estado se coloca antes da família e antes de cada indivíduo, pois que o todo deve, forçosamente, ser colocado antes da parte”¹⁸. É certo que hoje essa supremacia é relativizada, pois, no ensinamento de Bobbio:

O reconhecimento dos direitos do homem e do cidadão, primeiro apenas doutrinário através dos jusnaturalistas, depois também prático e político através das primeiras Declarações de direitos, representa a verdadeira revolução copernicana na história da evolução das relações entre governantes e governados: o Estado considerado não mais *ex parte principis* mas *ex parte populi*. O indivíduo vem antes do Estado. O indivíduo não é pelo Estado, mas o Estado pelo indivíduo. As

16 RICHELIEU, Cardeal Duque de. *Testamento político*. Trad. Davi Carneiro. Brasília: Edições do Senado Federal, 2012, p. 166.

17 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 144.

18 ARISTÓTELES, 1960, p. 15.

partes são anteriores ao todo e não o todo anterior às partes¹⁹.

Mas, ainda que haja essa relativização ou desconstrução da supremacia do interesse público sobre o privado, dele o Estado necessita para atuar e efetivar suas políticas. Bandeira de Mello é quem diz que o “princípio da supremacia do interesse público sobre o particular é o princípio geral do direito inerente a qualquer sociedade. É a própria condição de sua existência”²⁰. Ou seja, um dos principais fios condutores da atuação administrativa, pois a própria existência do Estado somente tem sentido se o interesse a ser por ele perseguido e protegido for o bem comum, o interesse público, o interesse da coletividade.

Essa proteção ao interesse público e também ao próprio indivíduo é uma relação política, e, como Bobbio assevera, é também “uma relação de poder entre governantes e governados, entre soberanos e súditos, entre Estado e cidadãos, entre comando e obediência etc.”²¹. Em suma, é proteção em troca de obediência. Não por acaso encontramos autores como Andrada que conceitua Ciência Política como “aquela que tem por objeto o fenômeno do Poder e os respectivos processamentos para a realização dos valores comunitários, que são os que presidem e dominam a cultura do povo e da Nação a ser observada”²². Assim, segundo o autor, o objeto da Ciência Política é o Poder.

19 BOBBIO, Norberto. *Estado, governo, sociedade*: para uma teoria geral da política. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997, p. 117.

20 BANDEIRA DE MELLO, 2013, p. 98.

21 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*: a filosofia política e as lições dos clássicos. Rio de Janeiro: Campus, 2000, p. 161.

22 ANDRADA, Bonifácio de. *Ciência política*: ciência do poder. São Paulo: LTr, 1998, p. 17.

Quanto à finalidade da política, ou seu fim, Bobbio disse que não pode se resumir apenas em um aspecto, pois “os fins da política são tantos quantas forem as metas a que um grupo organizado se propõe, segundo os tempos e as circunstâncias”²³. Questão tormentosa é a atuação política do Estado quando este, para obtenção de seus fins, adota condutas que, aos olhos dos críticos, e mesmo dos observadores mais superficiais, atropelam a moral. É que, diferentemente de Aristóteles, autores como Bobbio, como se vê na citação abaixo, apartam política de moral, já que não é desconhecido que, na implementação de suas políticas e para sua proteção, o Estado se utiliza, às vezes, da chamada “razão de Estado” – no original, *raison d’Etat* –, que é diferente da razão do homem, ou da razão comum, como preleciona Bobbio:

Por “razão de Estado” se entende aquele conjunto de princípios e máximas segundo os quais ações que não seriam justificadas, se praticadas só pelo indivíduo, são não só justificadas como também por vezes exaltadas e glorificadas se praticadas pelo príncipe ou por quem quer que exerça o poder em nome do Estado. Que o Estado tenha razões que o indivíduo não tem ou não pode fazer valer é outro dos modos de evidenciar a diferença entre Política e moral, quando tal diferença se refere aos diversos critérios segundo os quais se consideram boas ou más as ações desses dois campos. A afirmação de que a Política é a razão do Estado encontra perfeita correspondência na afirmação de que a moral é a razão do indivíduo. São duas razões que quase nunca se encontram: é até desse contraste que se tem valido a história secular do conflito entre moral e Política²⁴.

23 BOBBIO, 2000, p. 167.

24 BOBBIO *et al*, 2004, p. 962.

Não que assim, o Estado possa cometer atos ilegais ou imorais. É que “o que é obrigatório em moral, não se pode dizer que o seja em política, e que o que é lícito em política, não se pode dizer que o seja em moral”²⁵. Nessa esteira, convivemos com o que parece ser uma dicotomia: política *versus* moral. Não é exatamente isso, mas é que o Estado, no exercício de seu poder político, goza de prerrogativas que não são conferidas ao indivíduo. Essas prerrogativas devem ser utilizadas em favor dele e, em muitas das vezes, na sustentação do seu governo. Assim é, por exemplo, quando, diante de uma situação de iminente instabilidade institucional, segurança interna ou externa, o Estado tem que lançar mão de instrumentos tais como a repressão, toque de recolher, estado de defesa, estado de sítio etc., tolhendo liberdades e direitos individuais ou suspendendo garantias constitucionais por certo tempo e, com isso, ampliando seu poder de atuação. É quando, segundo Silva “a legalidade normal é substituída por uma legalidade extraordinária, que define e rege o estado de exceção”²⁶. Certo é que o Estado pratica esses atos como atos políticos ou de governo - e tem suas razões para isso. Assim, além da razão comum, existe, como anteriormente dito, a “razão de Estado”. Nas relações internacionais, essa expressão vem sendo substituída por outra denominada de “política do poder” onde, para manter seu *status*, ele utiliza-se de instrumentos e armas que tem às mãos, sem se preocupar com a justiça²⁷. É a política da força.

Autores como Hannah Arendt²⁸, discutem esse entrelaçamento entre política, poder e violência. Quanto ao poder e violência, abordaremos esse assunto no capítulo seguinte, mas, é inegável que a

25 BOBBIO *et al.*, 2004, p. 960.

26 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 37 eds. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 773.

27 WIGHT, Martin. *A política do poder*. 2 ed. Brasília: UnB/IPRI, 2002, p. 8.

28 ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2010.

utilização desta por parte do Estado para fazer valer sua vontade política e para manter seu poder, é uma prática desde sua origem até os dias atuais. Aliás, segundo Weber, o Estado é a única associação que tem a legitimidade originária para o emprego da violência dentro de um território. Ressalta o autor que a violência não é o meio normal nem pode ser o único meio do qual o Estado se vale, mas, é seu meio específico, afinal, em uma relação de dominação, há que se fazer com que os subordinados acatem ordens das autoridades²⁹.

Muito embora tenhamos feito aqui uma descrição sobre política mais voltada para a filosofia clássica, já que exploramos bastante a obra aristotélica, somos sabedores do quão importante é ter obras dessa estirpe para nos orientar no sentido de entendermos os contextos de aplicações atuais, pois, segundo Tierno, “a estatura de um texto clássico se mede sobretudo pela capacidade que tem para dar resposta a perguntas que nos incomodam no presente e que não necessariamente haviam sido formuladas da mesma forma no passado”³⁰.

Destarte, nosso propósito é demonstrar adiante a real utilização e como se faz política nos dias atuais. Claval é quem diz que “numa sociedade, o sistema político sempre combina em proporções variáveis o uso da força, da autoridade, do domínio econômico e da influência ideológica”³¹. Será feito então um estudo sobre a ideologia, perpassando pelo campo da religião e pelo da política, para sabermos suas influências nas instituições e na legislação.

29 WEBER, 2008, p. 12.

30 TIERNO, Patrício. *Aristóteles: a teoria política da constituição e a deliberação*. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-10022009-131156/pt-br.php>>. Acesso em: 21_mar_2017.

31 CLAVAL, Paul. *Política, espaço e cultura: as ligações entre poder e religião*. Parágrafo 11, s/p. Disponível em: <<https://confins.revues.org/7115>>. Acesso em: 04_mai_2017.

2 IDEOLOGIA RELIGIOSA

De início, convém advertir que discorrer sobre o que é ideologia é tarefa hercúlea, vez que, de conceito ambíguo, o termo pode ser empregado em várias áreas, com significados próprios. Corroborando, Bobbio leciona que “não existe talvez nenhuma outra palavra que possa ser comparada à Ideologia pela frequência com a qual é empregada e, sobretudo, pela gama de significados diferentes que lhe são atribuídos”³². Eagleton, por sua vez, diz que:

Ninguém propôs ainda uma definição única e adequada de ideologia [...]. E isso não porque as pessoas que trabalham nessa área sejam notáveis por sua pouca inteligência, mas porque o termo “ideologia” tem toda uma série de significados convenientes, nem todos eles compatíveis entre si. Tentar comprimir essa riqueza de significado em uma única definição abrangente seria, portanto, inútil, se é que possível³³.

Segundo Chauí³⁴, o termo ideologia aparece pela primeira vez em 1801 na obra de Destutt de Tracy, *Eléments d'idéologie*, pretendendo elaborar uma ciência da gênese das ideias e propondo o ensino das ciências físicas e químicas para “formar um bom espírito”. Silva, analisando como Weber concebe o processo de produção de ideologias, diz que:

Antes de Tracy, porém, o termo *ideologues*, referindo-se aos produtores de ideias, já havia sido cunhado para designar os membros do grupo de Savants do Institut de

32 BOBBIO *et al*, 2004, p. 585.

33 EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 1997, p. 15.

34 CHAUI, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2003, p. 25.

France, criado pela Convenção de 1795, como um novo centro de pensamento da Revolução Francesa³⁵.

Mas o que vem a ser uma ideologia? Comumente, ideologia, num sentido amplo, é tida como um conjunto de ideias, ou aquilo que é ou parece ser o ideal. Isto, é claro, do ponto de vista daquele que a tem ou a segue. Arendt, de forma simples e objetiva, disse que “uma ideologia é bem literalmente o que seu nome indica: é a lógica de uma ideia”³⁶. Por seu lado, Eagleton, como já citado, disse que ideologia tem uma variedade de significados, e assim relaciona algumas de suas definições:

Para indicar essa variedade de significados, deixe-me listar mais ou menos ao acaso algumas definições de ideologia atualmente em circulação: a) o processo de produção de significados, signos e valores na vida social; b) um corpo de ideias característico de um determinado grupo ou classe social; c) ideias que ajudam a legitimar um poder político dominante; d) ideias falsas que ajudam a legitimar um poder político dominante; e) comunicação sistematicamente distorcida; f) aquilo que confere certa posição a um sujeito; g) formas de pensamento motivadas por interesses sociais; h) pensamento de identidade; i) ilusão socialmente necessária; j) a conjuntura de discurso e poder; k) o veículo pelo qual atores sociais conscientes entendem o seu mundo; l) conjunto de crenças orientadas para a ação; m) a confusão entre realidade linguística e realidade fenomenal; n) oclusão semiótica; o) o meio pelo qual os indivíduos vivenciam suas relações com

35 SILVA, José Otacílio da. *A produção de ideologias políticas segundo Max Weber*. Ciências Sociais em Perspectiva (5) 8: 1º sem. 2006, p, 72. Disponível em: <<http://saber.unioeste.br/index.php/ccsaemperspectiva/article/viewFile/1431/1161>>. Acesso em: 15_abr_2017.

36 ARENDT, Hannah. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989, p. 521.

uma estrutura social; p) o processo pelo qual a vida social é convertida em uma realidade natural³⁷.

A seu turno, Zizek diz que Ideologia:

Pode designar qualquer coisa, desde uma atitude contemplativa que desconhece sua dependência em relação à realidade social, até um conjunto de crenças voltado para a ação; desde o meio essencial em que os indivíduos vivenciam suas relações com uma estrutura social, até as ideias falsas que legitimam um poder político dominante³⁸.

Chauí³⁹ entende que é das relações sociais que devemos partir para compreender a razão dos homens agirem e pensarem de determinadas maneiras, atribuindo sentido a essas relações e também conservando-as ou transformando-as. Adverte que há que se ter o cuidado de compreender a própria origem dessas relações sociais, suas diferenças temporais, vendo-as como processos históricos, sendo que história, neste caso, não representa a sucessão de fatos no tempo, mas sim, “o modo como homens determinados em condições determinadas criam os meios e as formas de sua existência social, reproduzem ou transformam essa existência social que é econômica, política e cultural”⁴⁰. Segundo a autora, a história é *praxis*, no sentido grego, que significa um modo de agir no qual o agente, sua ação e o produto de sua ação são termos intrinsecamente ligados e dependentes uns dos outros, indissociáveis. Sendo assim:

37 EAGLETON, 1997, p. 15.

38 ZIZEK, Slavoj. *Et al. Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996, p. 9.

39 CHAUI, 2003.

40 CHAUI, 2003, p. 23.

A história é o real, e o real é o movimento incessante pelo qual os homens, em condições que nem sempre foram escolhidas por eles, instauram um modo de sociabilidade e procuram fixá-lo em instituições determinadas (família, condições de trabalho, relações políticas, instituições religiosas, tipos de educação, formas de arte, transmissão dos costumes, língua etc.). [...] Em sociedades divididas em classes (e também em castas), nas quais uma das classes explora e domina as outras, essas explicações ou essas ideias e representações serão produzidas e difundidas pela classe dominante para legitimar e assegurar seu poder econômico, social e político. Por esse motivo, essas ideias ou representações, no entanto, tenderão a esconder dos homens o modo real como suas relações sociais foram produzidas e a origem das formas sociais de exploração econômica e de dominação política. Esse ocultamento da realidade social chama-se ideologia⁴¹.

Não há se falar em ideologia sem que visitemos Marx⁴², que é quem fez uma ligação entre a ideologia e os sistemas teóricos, fossem eles políticos, morais ou sociais criados pela classe social dominante. É que ele entendia que essa classe objetivava manter os mais ricos no controle da sociedade. Ele pensava a ideologia em seu sentido crítico, ou seja, ideologia como falseamento da realidade para manipular a classe trabalhadora através de ideias, que estariam presentes nas próprias instituições sociais. Fiorin diz que para Marx:

Ideologia é um conjunto de ideias e conceitos que corresponde aos interesses de uma classe social, embora não obrigatoriamente professado por todos seus membros. Há uma ideologia da burguesia, como há uma ideologia do proletariado. A ideologia de certa classe decorre da posição que ela ocupa num modo de produção

41 CHAUI, 2003, p. 23.

42 MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.

historicamente determinado. Segundo Marx, o acervo ideológico de uma sociedade constitui a superestrutura, que é condicionada pela realidade material, ou infraestrutura. Assim, a filosofia, a arte, o direito, a política e a religião são formas de ideologia, pois se manifestam segundo os interesses específicos das classes sociais em que se constituem. A ideologia também atua sobre a realidade socioeconômica, modificando-a, num processo de reciprocidade⁴³.

Todavia, em seu ensinamento, Bobbio⁴⁴ classificou a ideologia em dois tipos gerais: de *significado fraco* e de *significado forte*. A posição marxista, ele denominou de *significado forte*, representando um conceito negativo que denota precisamente o caráter mistificante de falsa consciência de uma crença política, ou seja, é uma crença falsa. Mas para Bobbio, ideologia também possui um sentido positivo, e neste, no seu *significado fraco*, é um conceito neutro que “designa o *genus*, ou a *species* diversamente definida, dos sistemas de crenças políticas: um conjunto de ideias e de valores respeitantes à ordem pública e tendo como função orientar os comportamentos políticos coletivos”⁴⁵. E ele ainda afirma que o *significado fraco* é o que predomina na sociologia política contemporânea, tanto na acepção geral quanto na particular⁴⁶. Para Eagleton a herança marxista hesita entre duas correntes intelectuais:

De modo geral, uma linhagem central - de Hegel e Marx a Georg Lukács e alguns pensadores marxistas posteriores - esteve muito preocupada com ideias de verdadeira e falsa cognição, com a ideologia como ilusão, distorção e mistificação; já uma outra tradição de

43 MARX, obra não referenciada, *apud* FIORIN, José Augusto (Org.). *A organização das sociedades na história da humanidade*. Ijuí: Sapiens, 2007, p. 74.

44 BOBBIO, 2004, p. 585.

45 BOBBIO, 2004, p. 585.

46 BOBBIO, 2004, p. 585.

pensamento, menos epistemológica que sociológica, voltou-se mais para a função das ideias na vida social do que para seu caráter real ou irreal⁴⁷.

Exposta a ideologia na sua acepção geral, resta-nos ver que na religião é ela utilizada para tentar difundir uma ideia, e é onde temos a relação entre uma doutrina, uma crença, e o comportamento humano. Assim, é perceptível na ideologia religiosa a associação entre esse comportamento e aquele conjunto de ideias, e que esse comportamento é dependente da crença, da doutrina e dos ritos. Zizek cita Hegel e diz que, a propósito da religião:

Hegel distinguiu três momentos: doutrina, crença e ritual; assim, fica-se tentado a distribuir em torno desses três eixos a multiplicidade de ideias associadas com o termo “ideologia”: a ideologia como um complexo de ideias (teorias, convicções, crenças, métodos de argumentação); a ideologia em seu aspecto externo, ou seja, a materialidade da ideologia, os Aparelhos Ideológicos de Estado; e por fim, o campo mais fugidio, a ideologia “espontânea” que atua no cerne da própria “realidade” social⁴⁸.

Ou seja, a prática de atos pelo homem está associada à sua doutrina, afinal, o homem é o único ser capaz de atuar racionalmente; é também o único que tem uma consciência moral. A essa consciência moral e seus princípios, Aristóteles denominou de “razão prática”. E disse:

De qualquer modo, a pessoa que queremos tornar boa deve ser bem exercitada e habituada, passando depois no curso de sua vida em ocupações conforme a excelência moral e abstendo-se de praticar, voluntária ou

47 EAGLETON, 1997, p. 16.

48 HEGEL, obra não referenciada, *apud* ZIZEK, 1996, p. 15.

involuntariamente, ações más; e se isso pode ser alcançado se os homens vivem de acordo com uma espécie de reta razão e ordem, e este procedimento tenha força [...] porém a lei tem esse poder coercitivo, e é ao mesmo tempo uma regra baseada em uma espécie de sabedoria e razão prática. E enquanto as pessoas comuns odeiam os homens que contrariam os seus impulsos, ainda que tal oposição seja justa, a lei não lhes é opressiva ao ordenar o que é bom⁴⁹.

A partir desse legado deixado pelo Estagirita, Kant recupera a denominação “razão prática”, deixando claro que não se trata da razão que se aplica ao conhecimento; não é a razão que se presta a determinar a essência das coisas ou aquilo que as coisas são, mas a razão aplicada à moral, à ação, à prática, ao fazer, ao atuar. E, no seu criticismo, Kant enfatizava que “só um ser tem a capacidade de agir *segundo a representação* das leis, isto é, segundo princípios, ou: só ele tem uma *vontade*. Como para derivar as ações das leis é necessária a *razão*, a vontade não é outra coisa senão razão prática”⁵⁰. Esse atuar é a conduta daquele que tem condições de raciocinar, isto é, do ser humano. Mas como deve ser a conduta humana? Aí reside a ocupação e preocupação da razão prática. Não lhe interessa como é essa conduta, pois isso pertence à razão teórica já que faz parte da essência do homem; a razão prática formula imperativos, ou mandamentos, e não diz como o homem é, mas como ele deve ser.

Segundo Chauí⁵¹, no século XIX, o otimismo filosófico levava a Filosofia a acreditar que os seres humanos haviam alcançado a maioria racional, e que a razão se desenvolvia plenamente para que o conhecimento completo da realidade e das ações humanas fosse

49 ARISTÓTELES, 2002, p. 236.

50 KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: Coleção “Os Pensadores”. Kant (II). São Paulo: Abril Cultural, 1980, p. 123.

51 CHAUI, Marilena. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2002, p. 51.

atingido. Porém, ainda segundo a autora, Marx, no final do século XIX, colocou em xeque esse otimismo racionalista quando se interessou por um estudo feito por Feuerbach:

Este investigara o modo como se formam as religiões, isto é, o modo como os seres humanos sentem necessidade de oferecer uma explicação para a origem e a finalidade do mundo. Ao buscar essa explicação, os humanos projetam fora de si um ser superior dotado das qualidades que julgam as melhores: inteligência, vontade livre, bondade, justiça, beleza, mas as fazem existir nesse ser superior como superlativas, isto é, ele é onisciente e onipotente, sabe tudo, faz tudo, pode tudo. Pouco a pouco, os humanos se esquecem de que foram os criadores desse ser e passam a acreditar no inverso, ou seja, que esse ser foi quem os criou e os governa. Passam a adorá-lo, prestar-lhe culto, temê-lo. Não se reconhecem nesse Outro que criaram. Em latim, “outro” se diz: *alienus*. Os homens se alienam e Feuerbach designou esse fato com o nome de alienação⁵².

Tem-se, assim, que embora seja mais reconhecida sua investigação sobre a alienação social, Marx também se debruçou sobre a pesquisa da alienação religiosa. Ainda que esse interesse tenha sido por conta do estudo feito por Feuerbach, dele discordou, pois para Marx, “Feuerbach dissolve a essência religiosa na essência humana. Mas a essência humana não é uma abstração intrínseca ao indivíduo isolado. Em sua realidade, ela é o conjunto das relações sociais”⁵³. Para Marx, o homem é um ser histórico que se faz diferentemente em condições históricas diferentes; e a alienação religiosa não é a forma fundamental da alienação, mas apenas um efeito de outra alienação

52 CHAUI, 2002, p. 170.

53 MARX, 2007, p. 538.

real, que é a alienação do trabalho, pois o homem produz sua própria vida pelo trabalho⁵⁴.

Mas Marx via a religião como algo alienante, sim, ou algo viciante, ou reconfortante, ou um disfarce, a ponto de denominá-la de “ópio do povo”⁵⁵. É bem verdade que o homem, muitas das vezes, quando está passando por dificuldades, procura a religião como a sua tábua de salvação. Não por acaso, assistimos a uma verdadeira guerra midiática de religiões oferecendo essa salvação, seja do espírito, do corpo, dos bens ou dos negócios. Se acaso esse indivíduo, ao converter-se numa religião, sentir-se ali aliviado, salvo, provavelmente ali se alienará. Esse estado de alienação poderá levá-lo a ser um seguidor de determinada ideologia religiosa - mas, é certo, não vem somente daí a possibilidade de enveredar-se por um caminho ideológico religioso. Sobre essa conversão e a ideologia religiosa, Dantas ressalta que a psicologia tradicional ignora e nega o caráter histórico, político e ideológico da conversão religiosa, tratando-a unicamente como uma questão individual, fruto de uma vontade pessoal. Em continuidade, ela cita Martín-Baró que diz que:

O psicólogo social deve examinar as dimensões ideológicas da conversão ideológica, ou seja, as forças sociais concretas mobilizadas nesse processo, os grupos sociais favorecidos, os interesses de classe atendidos e os efeitos políticos de alienação ou conscientização produzidos pela conversão⁵⁶.

Não é despidendo que se trate hoje sobre o declínio das ideologias. Se podemos assistir o declínio ou a rejeição da ideologia política, tal fato

54 MARX, 2007.

55 MARX, Karl. *Contribuição à crítica da filosofia do direito de Hegel*, 2 ed. São Paulo: Boitempo, 2010, p. 145.

56 MARTÍN-BARÓ, Ignacio. 1998d, *apud* DANTAS, 2011, p. 134.

fica ainda mais evidente quando ela se funde com a ideologia religiosa, a ponto de se pensar numa nova possibilidade de ação. Aliás, o que assistimos hoje é a utilização frequente do discurso religioso para exercer o poder de mando. Oro, citado por Dantas, diz que quando ainda era deputado federal e coordenador político da Igreja Universal do Reino de Deus, o então bispo Carlos Rodrigues fez o seguinte comentário: “todos estão cansados de ideologia. A população quer saber como serão resolvidos problemas do transporte, educação, saúde, como será reduzida a miséria. Por isso, vamos adotar uma nova forma de fazer política. Trata-se do socialismo de resultado”⁵⁷. Não menos surpreendente é a constatação de Claval, após análise das ligações entre poder e religião, de que “o fim das ideologias do progresso e das filosofias da história desfaz as fundações do Estado centralizado do tipo ocidental e explica a transformação atual das religiões ou das ideologias, bem como a crise dos sistemas políticos”⁵⁸.

3 IDEOLOGIA POLÍTICA

Destarte, quem quer que venha a atuar no cenário político, seja como membro de um movimento ou partido político, seja como exercente de um cargo político ou membro de um grupo social, deve ter em si ideais que o acompanhem em sua trajetória⁵⁹, fazendo com que esses ideais, ou conjunto de ideias ou convicções, que são, no senso comum, o que é denominado de ideologia, se tornem quase que uma identidade dessa pessoa. Para colocar em prática sua ideologia, esse

57 ORO, Ari Pedro. 2003b, p. 63, *apud* DANTAS, 2011, p. 35.

58 CLAVAL, 2011.

59 SELL, Carlos Eduardo. *Introdução à sociologia política*: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

sujeito, ou influencia as demais pessoas, ou usa de poder como instrumento para atingir seus objetivos. Se a ideologia torna-se um referencial de identidade da pessoa, seu discurso dirá quem ele é. A propósito desse discurso, é vital analisá-lo, pois o sujeito dele depende para exercer sua influência e, como emissor, deve saber em qual contexto está inserido seu receptor, para que sua mensagem seja captada e aceita por este como uma verdade absoluta, ou que este não perceba que está sendo manipulado ou utilizado como “massa de manobra” através do poder de convencimento ou da tentativa de persuasão daquele. É o domínio do discurso, ou da comunicação, pois, como bem leciona Fiorin, “comunicar é agir sobre o outro e, por conseguinte, não é só levá-lo a receber e compreender mensagens, mas é fazê-lo aceitar o que é transmitido, crer naquilo que se diz, fazer aquilo que se propõe”⁶⁰. Ademais, é preciso uma compreensão das produções do discurso, ou seja, daquele sujeito que o produziu, do modo como isso ocorreu, das condições e do lugar de onde o produziu, e de seus destinatários concretos⁶¹. Mas os discursos ideológico-políticos são muitos, sendo que três são consideradas como ideologias políticas clássicas, sendo elas: o Liberalismo, o Conservadorismo e o Socialismo. Segundo Heywood:

A ideologia política teve origem na transição do feudalismo para o capitalismo industrial. Basicamente, as tradições ideológicas mais velhas ou “clássicas” – o Liberalismo, o Conservadorismo e o Socialismo – surgiram como tentativas constantes de definir a sociedade industrial emergente. Enquanto o Liberalismo lutava pelo individualismo, pelo mercado e, ao menos no início, por um governo de atuação restrita, o Conservadorismo continuava a defender um *ancien*

60 FIORIN, José Luiz. *Argumentação*. São Paulo: Contexto, 2015, p. 75.

61 PÊCHEUX, Michel. *O discurso: estrutura ou acontecimento*. Campinas: Pontes, 2002.

régime (antigo regime) cada vez mais conflituoso, e o Socialismo promovia a visão bem diferente de uma sociedade fundada na comunidade, na igualdade e na cooperação⁶².

Feijó diz que “com base nos três valores da Revolução Francesa de 1789 (liberdade, igualdade e fraternidade), pode-se situar as diferentes ideologias do século XIX pela maneira como cada qual os define e pelo peso relativo que conferem a cada um deles”⁶³, e arrisca-se a dizer que o principal valor para os liberais é a liberdade, para os socialistas a igualdade e para os conservadores a fraternidade.

Tratando ainda sobre essas ideologias políticas clássicas, o Liberalismo, segundo Cruz, “caracteriza-se por defender as maiores cotas possíveis de liberdade individual frente ao Estado, que deve procurar ser neutro”⁶⁴; o Conservadorismo, conforme Bobbio, “designa ideias e atitudes que visam à manutenção do sistema político existente e dos seus modos de funcionamento, apresentando-se como contraparte das forças inovadoras”⁶⁵; já o Socialismo, de acordo com Cruz, “é a corrente de pensamento dotada de uma infinidade de expressões ideológicas concretas que coincidem na busca da igualdade entre os homens que, entre eles, são – ou devem ser – sócios e não adversários”⁶⁶.

62 HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*. São Paulo: Ática, 2010. Vol. I, p. 29.

63 FEIJÓ, Ricardo Luiz Chaves. *A nova disciplina de sistemas econômicos comparados: uma proposta*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572008000100006&lng=pt&tlng=pt>. Acesso em: 13_jun_2017.

64 CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Juruá, 2002, p. 89.

65 BOBBIO, 2004, p. 242.

66 CRUZ, 2002, p. 127.

Como dito, o Liberalismo, o Conservadorismo e o Socialismo são somente as mais velhas ou clássicas das ideologias políticas, pois existem outras, que Sell⁶⁷ elenca, como o Anarquismo, o Absolutismo, o Comunismo, a Socialdemocracia, o Nacionalismo, o Nazismo, o Fascismo, o Stalinismo, o Trotskismo, o Maoísmo, o Integralismo, a Democracia cristã, o Pacifismo e o Populismo. De se frisar que novas ideologias podem surgir, assim como outras podem desaparecer ou se modificarem, a depender do humor da sociedade ou dos fatores presentes no meio histórico-social.

Conforme Claval:

No século dezanove, a secularização da autoridade do Estado tomou formas quase religiosas: o culto da pátria tornou-se uma forma de religião civil, com monumentos àqueles que lutaram para a defesa do país ou aos mártires da liberdade. A transformação das ideologias em religião do Estado tornou-se mais visível nos regimes fascistas ou socialistas⁶⁸.

Na forma como tem se apresentado ao longo da história, a ideologia política, nos mostra algumas facetas que nos permitem refletir sobre concepções como a construída por Arendt, quando denomina Hitler e Stalin de “novos ideólogos totalitários”, e que eles distinguiam-se dos seus predecessores “por já não serem atraídos basicamente pela ‘ideia’ da ideologia - a luta de classes e a exploração dos trabalhadores, ou a luta de raças e a proteção dos povos germânicos - mas sim pelo processo lógico que dela pode ser deduzido”⁶⁹. É que, neste caso, ela trata sobre o regime imposto por ambos, o totalitarismo, não somente como uma ideologia política - ou domínio político - mas

67 SELL, 2006, p. 35.

68 CLAVAL, 2011.

69 ARENDT, 1989, p. 524.

como uma forma de governo, de exercício do poder, como no stalinismo soviético ou no nazismo alemão. E ela, associando essa forma de governo ao terror, à violência, discorre sobre o aniquilamento da capacidade humana de sentir e de pensar, e, valendo-se de uma marcante e clara lógica racional, não titubeia em dizer que “o súdito ideal do governo totalitário não é o nazista convicto nem o comunista convicto, mas aquele para quem já não existe a diferença entre o fato e a ficção (isto é, a realidade da experiência) e a diferença entre o verdadeiro e o falso (isto é, os critérios do pensamento)”⁷⁰. Essa aceitação, ou indiferença, dá-se devido ao enfraquecimento humano, tirando-lhe o poder de raciocinar, e poderia até ser confundida com uma falsa consciência, ao que Eagleton diz que “falsa consciência pode significar não que um conjunto de ideias seja realmente inverídico, mas que essas ideias são funcionais para a manutenção de um poder opressivo, e que aqueles que as defendem ignoram esse fato”⁷¹. Em seguida, diz que:

Um grupo fatalista de indivíduos oprimidos pode não reconhecer que seu fatalismo é uma racionalização inconsciente de suas condições miseráveis, mas esse fatalismo pode perfeitamente mostrar-se inútil para seus interesses. Poderia, por outro lado, ser funcional para os interesses de seus governantes - caso em que uma falsa consciência “genética” por parte de uma classe social torna-se funcional para os interesses de outra. Em outras palavras, crenças que são funcionais para um grupo social não precisam ser motivadas dentro do próprio grupo; elas podem simplesmente cair no seu colo, por assim dizer⁷².

70 ARENDT, 1989, p. 526.

71 EAGLETON, 1997, p. 35.

72 EAGLETON, 1997, p. 36.

Esse estado da mente, essa inconsciência, esse desequilíbrio da razão, pode levar, tanto o súdito quanto o governante, a atuarem, em nome de uma ideologia, de forma danosa. É onde a irracionalidade, ou a racionalidade extremada, toma conta e torna esses indivíduos altamente imprevisíveis e perigosos. Vallejo-Nágera, analisando o perfil de alguns líderes mundiais, diz que “no núcleo da personalidade desses seres excepcionais, que os converte em imãs de multidões, há às vezes traços anormais da personalidade que se desenvolvem patologicamente, como um câncer latente que se expande, quando alcançam o poder”⁷³. Weber, que concebia a ideologia como “visão de mundo”, disse que o que leva o homem a lutar e se dedicar às atividades políticas é a paixão que ele tem por uma causa. No entanto, se essa causa é deixada de lado, e o homem, por vaidade, pela sede de poder, luta por interesses próprios, estará acometido de uma auto-embriaguez pessoal, ao invés de colocar-se exclusivamente “a serviço da causa” e que “não há mais que dois pecados mortais na política: a ausência de finalidades objetivas e a falta de responsabilidade, que frequentemente, ainda que não sempre, coincide com aquela”⁷⁴.

Importante frisar que ideologias políticas, por vezes, trazem inquietação à Comunidade Internacional. Zizek, numa crítica à ideologia, é quem diz que:

O ponto de partida da crítica da ideologia tem que ser o pleno reconhecimento do fato de que é muito fácil mentir sob o disfarce da verdade. Quando, por exemplo, uma potência ocidental intervém num país do Terceiro Mundo em decorrência de violações dos direitos

73 VALLEJO-NÁGERA, Juan Antonio. *Locos egrégios*. Disponível em: <[http://assets.espapdf.com/b/Juan%20Antonio%20Vallejo-Nagera/Locos%20egregios%20\(7933\)/Locos%20egregios%20-%20Juan%20Antonio%20Vallejo-Nagera.pdf](http://assets.espapdf.com/b/Juan%20Antonio%20Vallejo-Nagera/Locos%20egregios%20(7933)/Locos%20egregios%20-%20Juan%20Antonio%20Vallejo-Nagera.pdf)>. Acesso em: 09_jun_2017. (trad. nossa)

74 WEBER, 2008, p. 66.

humanos, pode ser perfeitamente “verdadeiro” que, nesse país, os direitos humanos mais elementares não têm sido respeitados, e que a intervenção ocidental irá efetivamente melhorar o quadro desses direitos. Mesmo assim, essa legitimação é “ideológica”, na medida em que deixa de mencionar os verdadeiros motivos da intervenção (interesses econômicos etc.)⁷⁵.

Outrossim, essas medidas “ideológicas” quando adotadas por Estados que se equivalem como potências econômicas ou bélicas - porque se utilizam do expediente de “negociar a partir de uma posição de força” - podem gerar instabilidade e insegurança, como ocorreu no confronto entre Estados Unidos e União Soviética durante a chamada “Guerra Fria”⁷⁶; quando adotadas por Estados considerados mais fracos econômica ou belicamente, mas que querem fazer frente ou se contrapõem àqueles considerados mais fortes, essa ideologia pode ser meramente uma questão existencial - e não porque seja o melhor para seu povo. É que, desta maneira, entende que estará, externamente, “marcando território”, e poderá, quem sabe, sentar-se à mesa de negociação ombreando-se com aqueles, enquanto que, internamente, impõe medo e obediência a seus súditos. E isso passa de geração para geração, de governante para governante, de governante para súdito, de súdito para súdito, até que um dia estes se rebelem. Não obstante, segundo Wight, não é possível compreender a política internacional simplesmente em termos de mecânica, pois:

As potências possuem diferenças qualitativas assim como quantitativas, e sua atração e sua influência não estão exatamente correlacionadas à massa e ao peso que as caracterizam, pois os homens possuem não só

75 ZIZEK, 1996, p. 14.

76 WIGHT, 2002.

territórios, matérias-primas e armas, mas também opiniões e ideologias⁷⁷.

Ocorre que determinadas ideologias têm feito com que o cidadão, venha a sentir total desprezo pela política, pela vida pública e pelos negócios públicos, deles procurando se afastar e cuidando especificamente da esfera privada. Trazendo para a questão interna, se considerarmos o *modus operandi* dos nossos governos, podemos encontrar traços de similaridade entre o totalitarismo descrito por Arendt e a pseudodemocracia que vivemos. Conforme Bobbio, Péricles assim afirmou em seu discurso transmitido por Tucídides:

O cuidado com os interesses privados procede para nós lado a lado com a atividade política, e mesmo que cada um de nós esteja envolvido em diferentes ocupações, conseguimos mesmo assim ter um bom conhecimento dos negócios públicos. O fato é que nós somos os únicos a considerar aqueles que não se preocupam não como pessoas tranquilas, mas como pessoas boas para nada⁷⁸.

E continua Bobbio, dizendo que “a condição preliminar para o bom funcionamento de um regime democrático, parece afirmar Péricles, é o interesse dos cidadãos pela coisa pública e o bom conhecimento que deriva desse interesse”⁷⁹. Ora, se na democracia em que vivemos não nos mostramos interessados na condução da coisa pública, ou se não nos é oportunizada uma real democracia participativa, entregamos essa *res pública* à sorte. É como bem colocou Arendt ao dizer que no totalitarismo, “o homem, como *homo faber*, tende a isolar-se com o seu trabalho, isto é, a deixar temporariamente

77 WIGHT, 2002, p. 69.

78 TUCÍDIDES, *La guerra del Peloponeso*, II, 37 e 40. Turim: Einaudi-Gallimard, 1996, pp. 231 e 235, *apud* BOBBIO, 2000, p. 417.

79 BOBBIO, 2000, p. 417.

o terreno da política”⁸⁰. O que ocorre no totalitarismo, ou em qualquer outro regime, onde o afastamento do súdito das atividades políticas, ou seu desinteresse, ao ficar absorto ou restrito ao seu trabalho, nos lembra, em grande medida, o fenômeno que ora ocorre em nosso país. Esse isolamento da esfera pública, esse “deixar pra lá”, parece algo proposital, desejado e engendrado pelos nossos governantes, na medida em que, com o afastamento do cidadão, eles governam sem dar satisfações, e não se importam com os queixumes do povo, como se bradassem: “Vocês perderam a vez! ”. Dantas diz que “atualmente, observa-se que a política perdeu o lugar central que ocupava na sociedade, deixando de ser uma instância de orientação e coordenação da vida cotidiana”⁸¹.

Ao concedermos, através do sufrágio universal, o poder aos nossos governantes, estamos confiando a eles a gestão da coisa pública no sentido de que busquem, a todo tempo, aquela felicidade do homem na *polis* tão decantada por Aristóteles, mas temos que ter o direito de participar na elaboração de políticas públicas que possam almejá-la. Do contrário, se nos afastarmos, ou se formos afastados, daremos azo à onipotência. Esta, segundo Tocqueville, “é em si coisa má e perigosa... Quando vejo concedidos o direito e a faculdade de tudo fazer a uma potência qualquer, seja ela povo ou rei, democracia ou aristocracia, exercida numa monarquia ou república, afirmo: ali está o germe da tirania”⁸². É como está na célebre frase atribuída a Edmund Burke: “para que o mal triunfe, basta que os bons fiquem de braços cruzados”⁸³.

80 ARENDT, 1989, p. 527.

81 DANTAS, 2011, p. 15.

82 TOCQUEVILLE, Alexis de. *Discours sur la révolution sociale* (1848), p. 299, *apud* BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. São Paulo: Brasiliense, 2005, pp. 58/59.

83 Edmund Burke (1729 - 1797) foi um estadista, escritor e filósofo político britânico.

Como já alertado, é preciso que tratemos sobre o declínio da ideologia política. Fato perceptível desde o final do século XX - e que, de forma cristalina, aparece nas várias coligações partidárias visando às eleições -, Sell marca na linha do tempo, notadamente, o ano de 1989, e enfatiza que “a queda do muro de Berlim não eliminou as diferenças ideológicas, mas enfraqueceu muito a importância das ideologias na definição da vida política [...] Não são apenas os partidos que abandonaram suas ideologias. São elas que entraram em declínio”⁸⁴. Em Losurdo⁸⁵ se vê que o fim da “Guerra Fria” fez com que surgisse um novo contexto histórico, onde o combate ao comunismo – antes atacado, com todas as armas, como o inimigo numa suposta “cruzada do bem” – enfraqueceu e foi reordenado, objetivando justificar uma dominação política e ideológica, tendo como base a crescente militarização e forte presença dos Estados Unidos, com seus claros propósitos políticos e econômicos. Hoje, criaram categorias e direcionam suas armas para combater o que consideram como “terrorismo”, “fundamentalismo”, “antisemitismo”, “antissionismo”, “filoislamismo”, “ódio ao Ocidente” e “antiamericanismo”, ou seja, uma rotulagem para aqueles que são não só inimigos, mas também aqueles que não estão nas mesmas trincheiras que os norte-americanos no combate àqueles que são ameaça a seu império e modelo de sociedade, implantando uma “ideologia da guerra”. Aliás, segundo Silva, “foi assim que, em nome da ‘liberdade’, George Bush bombardeou o Afeganistão e o Iraque destruindo milhares de vidas inocentes”⁸⁶.

Irônico ver que nessas novas categorias criadas pelos norte-americanos, o fundamentalismo, que, conforme bem leciona

84 SELL, 2006, p. 164.

85 LOSURDO, Domenico. *A linguagem do império: léxico da ideologia estadunidense*. São Paulo: Boitempo, 2006.

86 SILVA, 2006, p. 72.

Losurdo⁸⁷, surgiu no coração do Ocidente como autodesignação positiva e orgulhosa de si, agora é utilizado para rotular os “bárbaros” colocados fora do Ocidente. Losurdo diz ainda que Freud⁸⁸ descreveu Wilson⁸⁹, ex-presidente dos Estados Unidos, como representante típico do fundamentalismo, vez que este proclamava, entre outras coisas, que ele fora escolhido por Deus para governar e que a nação estadunidense seria a pátria que mostraria a civilização ao mundo⁹⁰. E entre os políticos religiosos que hoje dominam a cena, não há esse rastro?

Claval também vê a instauração da crise nas ideologias, em especial das do progresso, e diz que ela foi acelerada pelo fim do socialismo na Europa oriental em 1989 e da União Soviética em 1991, e que:

Hoje, as possibilidades para legitimar um regime político são (i) de utilizar as ideologias do inconsciente pessoal, do multiculturalismo ou dos novos ecologismos para firmar sua autoridade, (ii) de retornar às formas das religiões anteriores às filosofias da história e às ideologias, (iii) de dar um papel político às novas religiões, evangelismos ou seitas⁹¹.

87 LOSURDO, 2006, p. 53.

88 S. Freud, “Introduzione allo studio psicologico su Thomas Woodrow Wilson”. Em C. L. Musatti (org.), *Opere* (reimp., Turim, Bollad Boringhieri, 1995, v.XI), p. 35-7, [Ed. bras.; *Thomas Woodrow Wilson: um tratado psicológico*, Rio de Janeiro, Graal, 1984.], *apud* LOSURDO, 2006, p. 54.

89 Thomas Woodrow Wilson (28/12/1856 – 03/02/1924). Presidente dos Estados Unidos, no período 1913-1921.

90 LOSURDO, 2006, p. 54.

91 CLAVAL, 2011.

CONCLUSÃO

Essa coisa imbricada de política e ideologia visa, quase sempre, uma dominação, o poder. Weber disse que “quem faz política aspira ao poder; ao poder como meio para a consecução de outros fins (idealistas ou egoístas) ou ao *poder pelo poder*, para gozar do sentimento de prestígio que ele confere”⁹². Assim, vimos que a política é vital à própria existência do Estado, e que o homem, ser gregário que é, sem ela também não pode viver, mesmo que, segundo Arendt, ele tenda a deixar temporariamente o terreno da política⁹³, a ela ele deve retornar. Importante saber é sobre qual ideologia ou influência ideológica essa política é conduzida. Seria a ideologia política, ou a ideologia religiosa? Tanto uma quanto a outra, objetiva uma mesma coisa, como dito, essa imbricação de política e ideologia visa, quase sempre, uma dominação, o poder, pois, citando novamente o que disse Weber “quem faz política aspira ao poder”⁹⁴.

92 WEBER, 2008, p. 13.

93 ARENDT, 1989, p. 527.

94 WEBER, 2008, p. 13.

REFERÊNCIAS

ANDRADA, Bonifácio de. *Ciência política: ciência do poder*. São Paulo: LTr, 1998.

ARENDT, Hannah. *Sobre a violência*. São Paulo: Civilização Brasileira, 2010.

_____. *Origens do totalitarismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1989.

ARISTÓTELES. *A política*. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

_____. *A política*. São Paulo: Atena, 1960.

_____. *Ética a Nicômano*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

AZAMBUJA, Darcy. *Introdução à ciência política*. 13 ed. São Paulo: Globo, 2001.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*, 30 ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

BOBBIO, Norberto; METTEUCCI, Nicola; e PASQUINO, Gianfranco. *Dicionário de política*. 5 ed. São Paulo: Imprensa Oficial, 2004.

_____. *Estado, governo, sociedade: para uma teoria geral da política*. 6 ed. São Paulo: Paz e Terra, 1997.

CHAUÍ, Marilena. *O que é ideologia*. São Paulo: Brasiliense, 2003.

_____. *Convite à filosofia*. São Paulo: Ática, 2002.

CÍCERO, Marco Túlio. *Dos deveres*. São Paulo: Martin Claret, 2002.

CLAVAL, Paul. *Política, espaço e cultura: as ligações entre poder e religião*. Parágrafo 11, s/p. Disponível em: <<https://confins.revues.org/7115>>. Acesso em: 04_set_2018.

CRUZ, Paulo Márcio. *Política, poder, ideologia e Estado contemporâneo*. 3 ed. São Paulo: Juruá, 2002.

DANTAS, Bruna Suruagy do Amaral. *Religião e política: ideologia e ação da “Bancada Evangélica” na Câmara Federal*. 2011. 350f. Tese (Doutorado em Psicologia Social) - Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011. Disponível em: <<https://tede2.pucsp.br/bitstream/handle/16946/1/Bruna%20Suruagy%20do%20Amaral%20Dantas.pdf>> Acesso em: 11_set_2018.

EAGLETON, Terry. *Ideologia: uma introdução*. São Paulo: Boitempo, 1997.

FEIJÓ, Ricardo Luiz Chaves. *A nova disciplina de sistemas econômicos comparados: uma proposta*. Disponível em:

<http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31572008000100006&lng=pt&tln=pt>. Acesso em: 13_set_2018.

FIORIN, José Augusto (Org.). *A organização das sociedades na história da humanidade*. Ijuí: Sapiens, 2007.

HEYWOOD, Andrew. *Ideologias políticas: do liberalismo ao fascismo*. São Paulo: Ática, 2010. Vol. I, p. 29.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: Coleção “Os Pensadores”. Kant (II). São Paulo: Abril Cultural, 1980.
LOSURDO, Domenico. *A linguagem do império: léxico da ideologia estadunidense*. São Paulo: Boitempo, 2006.

MARTÍN-BARÓ, Ignacio. 1998d, *apud* DANTAS, 2011.

MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã*. São Paulo: Boitempo, 2007.

PÊCHEUX, Michel. *O discurso: estrutura ou acontecimento*. Campinas: Pontes, 2002.

RICHELIEU, Cardeal Duque de. *Testamento político*. Trad. Davi Carneiro. Brasília: Edições do Senado Federal, 2012.

SELL, Carlos Eduardo. *Introdução à sociologia política*: política e sociedade na modernidade tardia. Petrópolis, RJ: Vozes, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 37 ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, José Otacílio da. *A produção de ideologias políticas segundo Max Weber*. Ciências Sociais em Perspectiva (5) 8 : 1º sem. 2006, p, 72. Disponível em: <<http://saber.unioeste.br/index.php/ccsaemperspectiva/article/viewFile/1431/1161>>. Acesso em: 5_set_2018.

TIERNO, Patrício. *Aristóteles*: a teoria política da constituição e a deliberação. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8131/tde-10022009-131156/pt-br.php>>. Acesso em: 11_set_2018.

VALLEJO-NÁGERA, Juan Antonio. *Locos egrégios*. Disponível em: <[http://assets.espapdf.com/b/Juan%20Antonio%20Vallejo-Nagera/Locos%20egregios%20\(7933\)/Locos%20egregios%20-%20Juan%20Antonio%20Vallejo-Nagera.pdf](http://assets.espapdf.com/b/Juan%20Antonio%20Vallejo-Nagera/Locos%20egregios%20(7933)/Locos%20egregios%20-%20Juan%20Antonio%20Vallejo-Nagera.pdf)>. Acesso em: 09_set_2018. (trad. nossa)

WEBER, Max. *El político y el científico*. 2 ed. Buenos Aires: Libertador, 2008.

WIGHT, Martin. *A política do poder*. 2 ed. Brasília: UnB/IPRI, 2002.

ZIZEK, Slavoj. (et al) *Um mapa da ideologia*. Rio de Janeiro: Contraponto, 1996.

RECURSO ORDINÁRIO E O NOVO CPC - O PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO À LUZ DA LEI 13.256/2016

Celso Luiz Macedo Souza¹
Edmar Oliveira da Silva²

RESUMO: O presente artigo visa analisar a incoerência legislativa surgida com o advento da Lei nº 13.256/16, que alterou o Código de Processo Civil, notadamente sobre as disposições atinentes ao Recurso Especial e Recurso Extraordinário, passando a prever o juízo de admissibilidade e procedimento específico para se requerer o efeito suspensivo nos recursos retro mencionados. Os autores, buscaram de maneira objetiva abordar os principais conceitos que envolvem a temática, desde os meios de impugnação de decisões judiciais, estabelecidos pelo Código de Processo Civil, passando pelos seus efeitos até a abordagem acerca do cerne do presente que é a análise do pedido de concessão de efeito suspensivo do Recurso Ordinário à luz das alterações promovidas pela Lei 1.256/2016.

Palavras-chave: Recurso Ordinário; Efeito Suspensivo; Lei 1.256/2016

ABSTRACT:

The purpose of this article is to analyze the legislative inconsistency that arose with the advent of Law 13.256 / 16, which amended the Code of Civil Procedure, in particular the provisions relating to the Special Appeal and Extraordinary Appeal, to provide for the admissibility

1 Bacharel em Direito pela FENORD – Fundação Educacional Nordeste Mineiro

2 Mestre em Gestão Social, Educação e Desenvolvimento Regional pela FVC, especialista em Direito Público pela UNISUL e graduado em Direito pela FENORD; professor da FENORD e Advogado

judgment and specific procedure for if the suspensive effect is requested in the resources referred to above. The authors objectively sought to address the main concepts that involve the subject, from the means of challenging judicial decisions, established by the Code of Civil Procedure, through its effects to the approach to the heart of the present that is the analysis of the request of granting the suspensive effect of the Ordinary Appeal in light of the changes promoted by Law 1.256 / 2016.

KEYWORDS: Ordinary Resource; Suspensive effect; Law 1.256 / 2016

INTRODUÇÃO: Com o advento do Novo Código de Processo Civil, inegável que os recursos sofreram alterações substanciais, já que o novo diploma teve como grande promessa a efetivação do princípio da celeridade processual, estatuído no art. 5º, inc. LXXVIII da Constituição Federal de 1988, implicando na retirada e simplificação de determinados institutos recursais.

Dentre os institutos de grande relevância simplificados, têm-se a retirada do juízo de admissibilidade a ser realizado pelo juízo *a quo*. O juízo de admissibilidade é análise efetivada pelo judiciário para se verificar se o recurso reúne as condições necessárias que viabilizam o enfrentamento do mérito recursal, o que ocasionará no conhecimento ou não do recurso. A lei processual, por sua vez, prevê quando e como o juízo competente deve realizar esta análise.

Na sistemática processual anterior, vigorava na grande maioria dos recursos o juízo de admissibilidade bicameral. Em outras palavras: o juízo de admissibilidade era realizado tanto pelo juízo que proferiu a decisão recorrida, quanto pelo juízo competente para enfrentamento do seu mérito, ocasionando, na visão de alguns estudiosos, em uma

burocracia desnecessária que servia tão somente para o atraso do julgamento do recurso.

Assim, o legislador de 2015 decidiu expurgar do procedimento recursal o juízo de admissibilidade pelo juízo *a quo*, colocando como regra a análise dos pressupostos recursais apenas pelo juízo *ad quem*, com vistas a simplificar o mecanismo. Não obstante, antes mesmo do CPC entrar em vigor, em 04 de fevereiro de 2016, foi publicada a Lei nº 13.256, alterando a referida regra e atribuindo a competência para a análise do juízo de admissibilidade dos Recursos Especiais e Extraordinários tanto ao Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal que proferiu a decisão a ser atacada quanto ao Tribunal Superior competente para julgamento do seu mérito.

Ao modificar as disposições do código, o legislador cometeu inexplicável equívoco em manter a referência feita pelo art. 1.027, § 2º do CPC, implicando num impasse procedimental.

Visando aclarar diversas questões surgidas com a referida incompatibilidade legal, o estudo em questão traçará as disposições necessárias para compreensão do tema, conceituando e pontuando as diferenças entre os meios legais para impugnação das decisões judiciais e os efeitos atribuídos ao recurso para, por fim, detalhar o procedimento do Recurso Ordinário e demonstrar a incompatibilidade entre os artigos 1.027 e 1.029 do CPC, diante da alteração feita pela Lei nº 13.256/16.

1 MEIOS DE IMPUGNAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS

Meios de impugnação das decisões judiciais é gênero, do qual decorrem três espécies de instrumentos processuais: os sucedâneos recursais, as ações autônomas de impugnação e os recursos (DIDIER, 2018).

O conceito de sucedâneo recursal atribuído pela doutrina costuma sempre ser residual: aquilo que não goza das características específicas dos recursos, mas se desenvolvem sem desencadear nova relação processual são considerados sucedâneos. A exemplo dessa categoria impugnativa tem-se o pedido de reconsideração, pedido de suspensão de segurança (Lei nº 12.016/09), correção parcial (previsão nos regimentos internos dos tribunais), dentre outros (THEODORO, 2018). Portanto, todas as outras formas de impugnação das decisões judiciais que não se enquadrarem no conceito de recursos nem das ações autônomas de impugnação, serão consideradas sucedâneos recursais.

As ações autônomas, por sua vez, têm como principal característica o nascimento de outro processo com vistas a rediscutir a decisão anteriormente proferida. Neste ponto reside a principal diferença entre as outras classificações, já que a presente não é veiculada no mesmo processo que a decisão recorrida fora proferida, fazendo nascer nova relação jurídico-processual para tanto (DIDIER, 2018). Têm-se como exemplos o mandado de segurança, a reclamação, a ação rescisória, a *querela nullitatis*, dentre outras.

Por fim, recurso é o “meio voluntário de impugnação de decisões judiciais capaz de produzir, no mesmo processo, a reforma, a invalidação, o esclarecimento ou a integração do pronunciamento impugnado” (CAMARA, 2016, p. 511)
Segundo Neves (2018, p. 1541-1542),

O conceito de recurso deve ser construído partindo-se de cinco características essenciais a esse meio de impugnação: **a)** voluntariedade; **b)** expressa previsão em lei federal; **c)** desenvolvimento no próprio processo no qual a decisão impugnada foi proferida; **d)** manejável pelas partes, terceiros ou MP; **e)** objetivo de reformar, anular, integrar ou esclarecer decisão judicial.

Ressalte-se que a voluntariedade é princípio inerente aos recursos. O princípio da voluntariedade é corolário do princípio do dispositivo (art. 2º do CPC), já que não é lícito ao judiciário apreciar recurso *ex officio*. Destarte, sem o recurso, não se devolve ao juiz ou tribunal a possibilidade de reanálise da matéria já julgada (THEODORO JÚNIOR, 2018). A única forma de se demonstrar a vontade de recorrer é com a interposição do recurso cabível. Mesmo nas hipóteses de claro erro judiciário, não sendo caso de retratação, a decisão só poderá ser modificada com a interposição do recurso competente a ser movido exclusivamente pela parte legítima.

Sob esse raciocínio, a doutrina já pacificou o entendimento que o reexame necessário (art. 496 do CPC) não se enquadra na classificação de recurso, vez que falta voluntariedade da parte sucumbente (NEVES, 2018).

A segunda característica diz respeito ao princípio da taxatividade. Somente pode ser considerado como recurso aquilo que a lei federal prevê como tal (NEVES, 2018). Apenas lei federal pode elevar determinado instrumento processual à categoria de recursos, visto que a competência para legislar sobre processo é exclusiva da União (art. 22, inc. I da CF/88). Destaca-se, ainda, que os recursos não se esgotam com a previsão do CPC, como no caso do recurso inominado previsto pela Lei 9.099/95.

A terceira característica retoma as considerações iniciais do capítulo em estudo, dispensando maiores considerações. Os recursos devolvem a análise da decisão impugnada dentro da mesma relação processual a qual fora proferida. Na hipótese de criação de novo processo, estar-se-á diante de outra espécie de impugnação, que é a ação autônoma.

A quarta característica expressa a previsão do art. 996 do CPC. São partes legítimas para interposição de recurso a parte vencida/sucumbente, terceiros prejudicados ou o Ministério Público,

atuando como parte ou como fiscal da ordem jurídica. O terceiro prejudicado, no ato de interposição do recurso, deve demonstrar o nexo de interdependência entre seu interesse de intervir na relação jurídica submetida à apreciação judicial (MARINONI, 2017).

Neste sentido, o terceiro deve demonstrar que os efeitos da decisão poderão influir negativamente em direito que afirma ser titular ou que possa discutir em juízo como substituto processual. Já o Ministério Público possui legitimidade para recorrer tanto quando for parte ou quando participar do processo como fiscal da ordem jurídica, ainda que ausente recurso da parte (Súmula 226 do STJ).

A última característica listada pela obra do Professor Daniel Amorim só pode ser individualizada na análise das espécies recursais e da natureza da decisão impugnada. Isto porque, o recurso pode possuir objetivos distintos a depender do fim buscado pela parte: o recorrente pode visar a reforma da decisão quando se tratar de *error in iudicando* (erro de julgamento); a anulação quando se tratar de *error in procedendo* (erro no procedimento); ou até mesmo o seu esclarecimento diante de obscuridade, contradição, erro material ou omissão.

Feitas essas considerações iniciais sobre os meios de impugnação das decisões judiciais, passa-se a analisar no próximo ponto sobre os efeitos da interposição dos recursos, indispensáveis para compreensão exata do tema.

2 EFEITOS RECURSAIS

Após a sua interposição, o recurso lança determinadas consequências ao processo no qual está inserido. Estas consequências são chamadas de efeitos recursais. Os principais são: devolutivo, suspensivo, translativo, expansivo e regressivo (GONÇALVES, 2017).

Para o presente estudo importa destacar os efeitos devolutivo e suspensivo.

O efeito devolutivo, como o próprio nome indica, devolve ao Judiciário a possibilidade de nova análise de questão já decidida. Em outros termos, trata-se da “transferência da matéria ou de renovação do julgamento para outro ou para o mesmo órgão julgador” (DIDIER, 2018, p. 169).

Importante frisar que o efeito devolutivo se encontra presente em todas as categorias de recurso, mesmo naqueles em que o seu julgamento incumbe ao mesmo juízo prolator da decisão impugnada, como no caso dos embargos de declaração. Em verdade, “o essencial desse efeito é tão somente a transferência de matéria decidida para que seja novamente analisada e decidida, pouco importando qual órgão jurisdicional que fará tal exame” (NEVES, 2018, p. 1564).

No tocante ao efeito devolutivo, imperioso registrar nota importante quanto a delimitação pelo Recorrente da matéria que será impugnada. Muito se discute na doutrina sobre os limites da análise feita pelo órgão competente quando do julgamento do recurso. Dito isto, constata-se que o efeito devolutivo deve ser analisado sob duas vertentes: extensão (dimensão horizontal) e profundidade (dimensão vertical) (DIDIER, 2018).

No que se refere à extensão, cabe ao Recorrente traçar os limites a serem analisados pelo órgão *ad quem*. Aqui, há correlação lógica entre o princípio do dispositivo (art. 2º do CPC), já citado, uma vez que cabe a parte sucumbente indicar quais os pontos da decisão merecem reanálise, devendo o tribunal se limitar a matéria devolvida, escolhida pelo recorrente. Pode, com fulcro neste entendimento, o Recorrente apresentar a sua irresignação apenas em face de capítulos da decisão. Sobre o assunto, com a maestria que lhe é de estilo, explica Câmara (2016, p. 526):

O recurso só devolve ao juízo ad quem o conhecimento daquilo que tenha sido expressamente impugnado (*tantum devolutum quantum appellatum*). Assim, por exemplo, se foi emitido um pronunciamento judicial em capítulos (por exemplo, uma sentença que contém mais de uma decisão), o recurso só devolve ao tribunal o conhecimento daqueles capítulos que tenham sido expressamente impugnados (e o art. 1.002 é expresso em afirmar que o recurso pode impugnar a decisão no todo ou em parte). Pense-se, e.g., em uma sentença que tenha condenado o vencido a indenizar a parte vencedor por danos materiais que tenha suportado e, além disso, o tenha condenado a compensar danos morais. Pois se versar o recurso apenas sobre os danos morais, o capítulo referente aos danos materiais não terá sido devolvido ao tribunal e, por conseguinte, não poderá ser reapreciado (sobre ele, neste exemplo, já se tendo formado a coisa julgada). E não é por outra razão que, no trato da apelação, estabelece o art. 1.013, § 1º, que o que dele constata-se aplica “desde que relativo ao capítulo impugnado”.

Tratando-se de profundidade, dispensa-se qualquer manifestação do Recorrente. Isto porque, o art. 1.013, § 1º do CPC deixa claro que o Tribunal pode analisar todas as questões suscitadas e discutidas, ainda que não tenham sido solucionadas pelo juízo, desde que relativos ao capítulo impugnado. Portanto, uma vez definida a extensão pelo Recorrente, “o tribunal poderá, desde que respeitado o contraditório (art. 10 do CPC), examinar todas as questões suscitadas, ainda que não enfrentadas pelo juízo recorrido, relacionados àquilo que é objeto litigioso do procedimento recursal” (DIDIER, 2018, p. 170). O efeito suspensivo, por sua vez, impede que o ato decisório impugnado produza seus regulares efeitos enquanto não julgado o recurso interposto (THEODORO JÚNIOR, 2018).

Conforme descrito anteriormente, o efeito suspensivo gera a impossibilidade de execução provisória do decisório impugnado, condicionando-a ao trânsito em julgado/transcurso do prazo da decisão

atacada. No sistema processual atual, apenas o Recurso de apelação possui efeito suspensivo imediato por força do art. 1.012 do CPC. Inobstante tal regra, o Tribunal pode conceder efeito suspensivo indireto se preenchidos os pressupostos do art. 995, parágrafo único do código (CÂMARA, 2016).

O pedido de efeito suspensivo constitui hipótese de antecipação de tutela recursal (MARINONI, 2017). A competência para concessão do efeito suspensivo é do Relator do recurso (art. 299, p.u c/c art. 932, inc. II e art. 935, ambos do CPC), salvo na hipótese do Recurso Especial e Extraordinário, uma vez que, para viabilizar a sua remessa, há a realização do juízo de admissibilidade feito pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido, que possuem competência também para análise do pedido se não publicada a decisão positiva, conforme dispõe o art. 1.029, § 5º, inc. III do CPC.

Em suma, na nova sistemática recursal, vige a regra que os recursos sejam desprovidos de efeito suspensivo imediato, salvo no caso da Apelação, podendo o Relator competente concedê-lo se preenchidos os pressupostos previstos em lei. Nos casos dos recursos extraordinários, antes da publicação da decisão positiva do Presidente do Tribunal, este possui a competência para suspender a eficácia da decisão.

Traçadas as linhas doutrinárias respectivas ao efeito devolutivo e suspensivo, passa-se no próximo tópico ao estudo do Recurso Ordinário e as incompatibilidades legislativas quanto ao pedido de efeito suspensivo no referido recurso.

3 RECURSO ORDINÁRIO E A INCOMPATIBILIDADE LEGISLATIVA SURGIDA COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.256/16

O Recurso Ordinário ostenta matriz constitucional e possui um tratamento diverso daquele que normalmente é atribuído ao STJ e STF, uma vez que o referido recurso foi capaz de conferir aos tribunais superiores atuação como órgãos de segundo grau de jurisdição, “garantindo no caso concreto a aplicação do duplo grau de jurisdição” (NEVES, 2018, p. 1.711), cujas características se aproximam do regramento atinente ao recurso de apelação.

O Recurso Ordinário possui, basicamente, duas funções: a de reexame de decisões, em única instância, dos tribunais, e a outra de, em um primeiro plano, servir à proteção de direitos fundamentais como o *habeas corpus*, o mandado de segurança, *habeas data* e dos mandados de injunção (SANTOS, 2017).

O art. 1.027 do CPC descreve as hipóteses de cabimento do Recurso Ordinário, sendo elas:

Art. 1.027. Serão julgados em recurso ordinário:

I - pelo Supremo Tribunal Federal, os mandados de segurança, os *habeas data* e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, quando denegatória a decisão;

II - pelo Superior Tribunal de Justiça:

a) os mandados de segurança decididos em única instância pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais de justiça dos Estados e do Distrito Federal e Territórios, quando denegatória a decisão;

b) os processos em que forem partes, de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País.

Em análise do art. 1.027 do CPC, percebe-se que o legislador referendou a hipótese de cabimento do Recurso Ordinário com base em

dois critérios distintos: objeto do Acórdão recorrido em ações excepcionais e qualidade das partes.

Num primeiro momento, o STF julgará o Recurso Ordinário interposto contra as decisões proferidas nos mandados de segurança, habeas data e os mandados de injunção decididos em única instância pelos tribunais superiores, apenas quando denegatória a decisão, independentemente se o pronunciamento do tribunal for de mérito ou não. Neste caso, a imposição legal cinge-se a denegação do pedido, total ou parcial, e que seja proferido em única instância por um tribunal superior.

No segundo plano, reserva-se ao STJ a competência para julgar, em grau de Recurso Ordinário, decisões proferidas em única instância pelos tribunais regionais federais e tribunais de justiça em mandado de segurança, habeas data e mandado de injunção, e nos processos em que forem partes: de um lado, Estado estrangeiro ou organismo internacional e, de outro, Município ou pessoa residente ou domiciliada no País. Quando do cabimento em razão das partes envolvidas, novamente convém mencionar a proximidade existente entre a aproximação existente entre o Recurso Ordinário e a Apelação, não se vinculando, neste momento, ao conteúdo da decisão proferida.

Apesar da sua casuística no que tange ao cabimento, o Recurso Ordinário não foge à regra estabelecida pelo art. 995 do CPC: a sua interposição não impede, de forma automática, a suspensão dos efeitos da decisão proferida. Para tanto, é necessário que o legislador descreva qual o procedimento a parte recorrente deve tomar para se requerer a atribuição de efeito suspensivo ao recurso interposto.

Assim, considerando que a competência para julgamento dos Recursos Ordinários, Especiais e Extraordinários é destinada ao STF e STJ, o legislador de 2015 determinou que o procedimento para realização do pedido de efeito suspensivo no Recurso Ordinário seguisse o mesmo procedimento do Recurso Extraordinário e Especial.

Em outros termos, ao interpor o Recurso Ordinário e, caso deseje requerer o efeito suspensivo, o recorrente deverá analisar as disposições do art. 1.029, § 5º do CPC, utilizando o mesmo procedimento usado na realização do pedido de efeito suspensivo para aqueles que interpõem Recurso Extraordinário e Especial.

Em sua redação original, o CPC vigente previa que a realização do pedido de efeito suspensivo no Recurso Ordinário seguiria o seguinte trâmite:

I – ao tribunal superior respectivo (STJ ou STF), no período compreendido entre a interposição do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo;

II – ao relator, se já distribuído o recurso.

Esta era a previsão do Art. 1.029 §5º do CPC de 2015 antes da alteração feita pela Lei nº 13.256/16 que, dentre as inúmeras modificações, passou a prever o juízo de admissibilidade nos Recursos Extraordinários e Especiais, a ser realizado pelo Presidente ou Vice-Presidente do Tribunal recorrido.

3.1 – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE NOS RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO

Importante abrir caminho para uma rápida reflexão acerca do juízo de admissibilidade dos recursos especiais e extraordinário por uma razão simples. Alguns procedimentos aplicáveis a esses recursos são também aplicáveis, por força de literal disposição no CPC, ao recurso ordinário, como é o caso do juízo de admissibilidade.

Inicialmente, em sua redação inaugural, o CPC/2015 previa nesses recursos (recurso especial e extraordinário) a remessa à instância superior independente de juízo de admissibilidade, cabendo ao Presidente ou Vice-Presidente do tribunal instaurar apenas o

contraditório, com a intimação da parte contrária para apresentar contrarrazões no prazo legal.

Após a alteração, promovida pela Lei 1.256/2016, o art. 1.029, § 5º do CPC passou a prever o seguinte procedimento para se requerer o efeito suspensivo no Recurso Extraordinário, Especial e, via de consequência, no Recurso Ordinário, a saber:

Art. 1.029 § 5º O pedido de concessão de efeito suspensivo a recurso extraordinário ou a recurso especial poderá ser formulado por requerimento dirigido:

I - ao tribunal superior respectivo, no período compreendido entre a publicação da decisão de admissão do recurso e sua distribuição, ficando o relator designado para seu exame prevento para julgá-lo

II - ao relator, se já distribuído o recurso;

III - ao presidente ou ao vice-presidente do tribunal recorrido, no período compreendido entre a interposição do recurso e a publicação da decisão de admissão do recurso, assim como no caso de o recurso ter sido sobrestado, nos termos do art. 1.037.

Ao passar a prever o juízo de admissibilidade do Recurso Extraordinário e Especial, o marco temporal principal para se determinar a competência para análise do efeito suspensivo passou a ser a publicação da decisão de admissão do recurso e a sua distribuição, conforme acima exposto.

3.2 – JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE E PEDIDO DE CONCESSÃO DE EFEITO SUSPENSIVO NO RECURSO ORDINÁRIO

O art. 1.028 do CPC, estabelece que para o recurso ordinário, o juízo de admissibilidade será feito apenas pelo órgão *ad quem*, respeitando-se nesse caso, as disposições atinentes à apelação.

Dessa forma, estabelece o CPC que os requisitos de admissibilidade a serem verificados no recurso ordinário são os mesmos previstos para a Apelação.

Ocorre que, ao tratar do pedido de efeito suspensivo em sede de Recurso Ordinário, o legislador entendeu por bem fazer remissão direta ao art. 1.029, §5º que norteia o pedido de efeito suspensivo em sede recurso especial e extraordinário.

Não havia quaisquer óbices à utilização prática desses institutos até a promulgação da Lei 13.256/2016. Esta lei alterou o art. 1.029 do CPC, mas não tratou de compatibilizar as demais disposições que a ele faziam referência.

Nessa seara, o legislador cometeu grave equívoco ao não alterar também a previsão do art. 1.027, § 2º do CPC.

É que, no Recurso Ordinário, não há a previsão de juízo de admissibilidade como ocorre nos Recursos Extraordinários e Especiais, tornando incompatível a remissão feita pelo supracitado.

Neste ponto, há o surgimento de um impasse procedimental no Recurso Ordinário, já que o regramento direcionado para se realizar o seu efeito suspensivo não possui correlação lógica com o seu trâmite. Há, portanto, uma lacuna legal, que deixou de prever qual órgão jurisdicional seria competente para conceder o referido efeito.

Mais correto seria o legislador ter também alterado a remessa feita pelo art. 1.027, § 2º do CPC. Deveria o artigo mencionar, diante da proximidade de trâmite e de previsão, ao artigo atinente a Apelação, com o fito de determinar ao Recurso Ordinário efeito suspensivo imediato.

Em que pese as poucas posições doutrinárias existentes sobre o tema, de forma bem singela se manifesta a obra de Neves (2018, p. 1.712):

Nesse tocante é importante apontar a incompatibilidade entre os arts. 1.027, § 2º e art. 1.028, §§ 2º e 3º, ambos do Novo CPC. O art. 1.027, § 2º, do Novo CPC, prevê a aplicação do art. 1.029, § 5º, do mesmo diploma legal ao recurso ordinário constitucional. Trata-se de regra legal que regulamenta a competência para o pedido e efeito suspensivo no recurso especial e extraordinário e que incidentalmente prevê competência do presidente ou vice-presidente do tribunal de segundo grau para juízo de admissibilidade de tais recursos. Ocorre, entretanto, que o art. 1.027, § 2º do Novo CPC, é claro em relação à remessa do recurso ordinário ao tribunal superior competente independentemente de juízo de admissibilidade no tribunal em que o recurso foi interposto. **Essa incompatibilidade tem uma explicação: o art. 1.029, § 5º, do Novo CPC, foi alterado pela Lei 13.256/2015, e o legislador se esqueceu desse "detalhe" na manutenção do texto do art. 1.027, § 3º, do Novo CPC. O ideal Tia sido a alteração de tal dispositivo com remissão de aplicação do art. 1.012, § 1º do Novo CPC, e apesar do vacilo legislativo, entendo que assim deva ser feito. (grifei)**

Em sentido contrário, Fredie Didier Júnior expõe com maestria em sua obra (2016, p. 295):

Não há qualquer dispositivo legal que disponha que o recurso ordinário constitucional esteja dotado de efeito suspensivo. O art. 1.012 do CPC aplica-se à apelação, não se estendendo ao recurso ordinário constitucional. Isso porque a regra geral é a do art. 995, que somente se excepciona diante de regra expressa em sentido contrário. A exceção prevista no art. 1.012 refere-se apenas à apelação. O disposto nos arts. 1.027 e 1.028 do CPC, que se referem ao recurso ordinário constitucional, não estabelecem a incidência do art. 1.012 a este último. Quer isso dizer que o art. 1.012 do CPC constitui regra que se restringe à apelação. Por ser regra excepcional há de ser interpretada restritivamente, sem ampliação, a não

ser que houvesse texto determinando sua incidência ao recurso ordinário constitucional. Como não há, este último deve sofrer os influxos da regra geral, que está no art. 995 do CPC.

Diante da novidade do tema e da excepcionalidade do recurso em questão, os tribunais superiores ainda não se pronunciaram sobre a citada incongruência legislativa. O que se pode afirmar neste momento, é que a lacuna surgida com a alteração do CPC pode implicar em consequências práticas sérias, tendo em conta a importância do requerimento do efeito suspensivo.

Em primeiro momento, há de se considerar a regra do art. 995 do CPC, já que não há previsão legal expressa que conceda ao Recurso Ordinário efeito suspensivo imediato, de forma que passar a considerá-lo seria ultrapassar os limites legais.

Não obstante, o legislador falhou em não equiparar os efeitos imediatos da interposição do Recurso Ordinário à Apelação. Isso porque, além de os dois recursos seguirem praticamente o mesmo procedimento de interposição e de tramitação no tribunal respectivo, o Recurso Ordinário faz as vezes da apelação quando interposto em face de sentença.

Mais uma vez, com maestria, Fredie Didier Júnior expõe:

No caso de combater sentença, o recurso ordinário submete-se às regras da apelação quanto aos requisitos de admissibilidade e ao procedimento (CPC, art. 1.028). O juiz que profere a sentença também não exerce admissibilidade da apelação, restringindo-se a processá-la e a encaminhá-la ao tribunal respectivo (CPC, art. 1.010, § 3º). Assim, o recurso ordinário interposto contra sentença deve ser interposto perante o juízo que a proferiu, que irá determinar a intimação do recorrido para, querendo, apresentar contrarrazões. Decorrido o prazo, com ou sem elas, o juiz encaminhará os autos ao STJ para julgamento do recurso ordinário.

Não apenas quanto ao procedimento, o Recurso Ordinário, assim como a Apelação, não se submete a quaisquer limitações fáticos-jurídicas, de forma que o Recorrente poderá alegar toda a matéria de fato e de direito que sustenta o seu pedido de reforma ou anulação da sentença.

Nota-se claramente a proximidade dos institutos em todos os seus termos, não fazendo sentido distanciá-los apenas quanto aos efeitos. Com a atribuição de juízo de admissibilidade ao Recurso Especial e Extraordinário, a necessidade de se estabelecer o mesmo efeito (suspensivo imediato) tornou-se cada vez mais necessário.

Nesse diapasão, Câmara (2016, p. 560) apresenta posicionamento interessante e coerente quanto ao tema:

Daí resulta, pois, uma inevitável revogação tácita dessa parte final, não mais sendo aplicável ao recurso ordinário o disposto no art. 1.029, § 5º. Consequência disto é que passa a ser aplicável o art. 1.012, § 3º, já que – como resulta da interpretação do disposto no art. 1.028 – ao recurso ordinário se aplicam as normas que regem a apelação.

Ainda assim, acredita-se que se terá forte resistência quanto a aceitação de efeito suspensivo imediato do Recurso Ordinário por falta de previsão legal para tanto. Entretanto, independente da corrente que se filie, imperioso reconhecer a problemática do tema, podendo resolver o impasse procedimental apenas com manifestação dos Tribunais superiores sobre o tema ou nova alteração legal, passando a prever procedimento compatível.

CONCLUSÃO

A presente pesquisa analisou as disposições principais para entendimento do tema. Preliminarmente, ultrapassados os conceitos essenciais sobre as diversas formas de impugnação das decisões judiciais, juízo de admissibilidade e sobre os recursos, tomou-se notas sobre os possíveis efeitos diante da interposição de um recurso para, enfim, fazer a análise sobre a incongruência legislativa apontada no estudo em tela.

Diante de todo o exposto, verifica-se que as alterações promovidas pelo novo CPC buscaram atender de maneira satisfatória às demandas da sociedade e, por outro lado, a reconhecer a fragilidade das instituições judiciárias, em meio à *avalanche* de demandas postas à análise do Judiciário.

Contudo, no afã de estabelecer medidas e procedimentos judiciais adequados ao enfrentamento da realidade, algumas vezes o legislador acaba provocando impasses legais que obstam a realização de prática de determinados institutos. Foi o que ocorreu com o pedido de efeito suspensivo do Recurso Ordinário.

Contudo, com base na doutrina destacada no presente, é preciso reconhecer que no caso do Recurso Ordinário, deve ser observado aquilo que mais se coaduna com o espírito do procedimento, que seria a previsão do art. 1.012 do CPC, disposição atinente ao recurso de Apelação. No entanto, diante do silêncio da lei e da jurisprudência, não se sabe ainda qual a posição a ser tomada.

Apenas com o tempo e o assentamento dos entendimentos jurisprudenciais e doutrinários acerca dos novos institutos do Novo CPC, será possível sanar eventuais dúvidas sobre procedimentos que, em análise estritamente objetiva, mostram-se controversos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2016

BRASIL. **Lei nº 13.105**, de 16 de Março de 2015. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 17 de Março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em: 03 de Outubro de 2018

BRASIL. **Lei nº 13.256**, de 04 de Fevereiro de 2016. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, 05 de Fevereiro de 2016. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13256.htm. Acesso em: 04 de Outubro de 2018

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. – 2. ed. – São Paulo: Atlas, 2016

Didier Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual Civil**, Volume 3. - .13. ed. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2016

Didier Jr., Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. **Curso de Direito Processual civil**, volume 3. - 15. ed. - Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018.

Gonçalves, Marcus Vinicius Rios. **Direito Processual Civil Esquematizado®**. – 8. ed. – São Paulo: Saraiva, 2017

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; e MITIDIERO, Daniel. **Novo Curso de Processo Civil**. - 3. ed. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. – 10 ed. – Salvador: Ed. Jus Podivm, 2018
Santos, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**, volume 3. – 15. ed. – São Paulo : Saraiva, 2017

Theodoro Júnior, Humberto. **Curso de Direito Processual Civil** – vol. III. 51. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2018



ISSN 2236-501X

