

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

República Federativa do Brasil

Ministério Público da União

Procuradora-Geral da República

RAQUEL ELIAS FERREIRA DODGE

Diretor-Geral da Escola Superior do Ministério Público da União

JOÃO AKIRA OMOTO

Diretor-Geral Adjunto da Escola Superior do Ministério Público da União

ALBERTO BASTOS BALAZEIRO

Câmara Editorial – CED

ANTONIO DO PASSO CABRAL – Coordenador da CED

Procurador da República

ANTONIO HENRIQUE GRACIANO SUXBERGER

Promotor de Justiça

ELAINE NORONHA NASSIF

Procuradora do Trabalho

GEISA DE ASSIS RODRIGUES

Procuradora Regional da República

MARIA ROSYNETE DE OLIVEIRA LIMA

Procuradora de Justiça

NELSON LACAVA FILHO

Promotor de Justiça Militar

SELMA PEREIRA DE SANTANA

Promotora de Justiça Militar

VIRGÍNIA LEITE HENRIQUE

Procuradora do Trabalho

Avaliadores *ad hoc* desta edição

DANIELA RIBEIRO MENDES

Procuradora Regional do Trabalho

ELIANA PERES TORELLY DE CARVALHO

Procuradora Regional da República

EMERSON ALBUQUERQUE RESENDE

Procurador do Trabalho

GUSTAVO KENNER ALCÂNTARA

Procurador da República

MARCO ANTONIO DELFINO DE ALMEIDA

Procurador da República



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 17 – Número 51 – janeiro/junho 2018
Brasília-DF



Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Uma publicação da ESMPU
SGAS Av. L2 Sul Quadra 604 Lote 23, 2ª andar
70200-640 – Brasília-DF
Tel.: (61) 3313-5107 – Fax: (61) 3313-5185
Home page: <www.escola.mpu.mp.br>
E-mail: <asseduc@escola.mpu.mp.br>

© *Copyright* 2018. Todos os direitos autorais reservados.

Secretaria de Infraestrutura e Logística Educacional

Nelson de Sousa Lima

Assessoria Técnica – Chefia

Lizandra Nunes Marinho da Costa Barbosa

Assessoria Técnica – Revisão

Carolina Soares dos Santos

Preparação de originais e revisão de provas

Carolina Soares dos Santos, Davi Silva do Carmo, Sandra Maria Telles,
Amanda Priscila de Sousa Farias, Bárbara Seixas Arreguy Pimentel,
João Gustavo Borges Marques, Lia Samantha Rolán Barbosa

Assessoria Técnica – Programação Visual

Rossele Silveira Curado

Projeto Gráfico

Ana Manfrinato

Diagramação

Natali Andrea Gomez Valenzuela

Impressão

Gráfica e Editora Ideal Ltda. – SIG Quadra 8, 2268
CEP 70610-480 – Brasília-DF – Tel.: (61) 3344-2112
E-mail: <ideal@idealgrafica.com.br>

Tiragem: 3.100 exemplares

As opiniões expressas nos artigos são de exclusiva responsabilidade dos autores.

Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União

Brasília : ESMPU, ano 17, n. 51, jan./jun., 2018

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

Editorial

O *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União* começou a ser publicado em outubro de 2001. A edição que ora se apresenta é a de número 51, o que constitui um estímulo para a continuidade e o aprofundamento crítico da reflexão produzida no âmbito da ESMPU, cuja missão institucional não se esgota na capacitação de membros e servidores do Ministério Público da União, atuando na promoção de atividades acadêmicas e de extensão, no apoio a pesquisas científicas e no desenvolvimento de projetos para aprimorar a interlocução com a sociedade, razão de ser do Ministério Público brasileiro.

Esta revista semestral reúne treze artigos, escritos por integrantes do Ministério Público da União e por pesquisadores e professores de universidades brasileiras. Dos textos publicados, cinco analisam questões relativas à educação e sustentabilidade indígenas, três refletem sobre temas atinentes ao Direito do Trabalho, dois discutem matérias afetas ao Direito Penal e Processual Penal, e um artigo é apresentado para cada uma das áreas de Direito Constitucional, Direitos Humanos e Ministério Público em outros países.

Mais do que falar sobre a variedade de temas e a diversidade das áreas de conhecimento envolvidas, este editorial pretende chamar a atenção do leitor para a importância e a fecundidade do trabalho de formação desenvolvido pela ESMPU, que não se limita à transmissão de conhecimento meramente técnico-jurídico, mas visa a fomentar a discussão e o diálogo com os diferentes atores sociais, com vistas a tornar concreta a cidadania, na perspectiva de “direito a ter direitos”, segundo Hannah Arendt.

Espera-se que a confiança depositada nesta revista se renove, concorrendo para que ela continue se afirmando no cenário cientí-

fico nacional, sem esquecer o maior mandamento de toda ciência, de acordo com o sociólogo alemão Niklas Luhmann: “não aceitar restrições na capacidade de aprender, nem mesmo se tais restrições tiverem a forma de verdade”. Boa leitura!

DANIELA RIBEIRO MENDES

Procuradora Regional do Trabalho. Coordenadora de Ensino do Ministério Público do Trabalho na ESMPU. Membro *ad hoc* da Câmara Editorial da ESMPU.

Sumário

Direito Constitucional

As concausas da “baixa constitucionalidade”
do direito fundamental à indenização por danos morais

Alex Meira Alves e Cláudio Oliveira de Carvalho 11

Direito do Trabalho

Fatores determinantes do trabalho infantil:
uma revisão sistemática da literatura

Danny de Castro Soares e João Carlos Alves Leles 53

O falso contrato de “advogado associado”
e a atuação do MPT no combate a essa fraude

Igor Daniel Cavalcante de Melo 77

Um estudo panorâmico do assédio moral
no meio ambiente do trabalho

Renata Guimarães Andrade Tanure 111

Direitos Humanos

O conceito e o discurso dos direitos humanos: realidade ou retórica?

Bethânia Itagiba Aguiar Arifá 145

Direito Penal e Processual Penal

Considerações sobre o crime de dispensa indevida
de licitação à luz da jurisprudência dos tribunais superiores

Armando Cesar Marques de Castro 177

Denúncia e queixa criminais: teoria e prática

Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza e Gustavo Torres Soares 193

Educação e sustentabilidade indígena

Desafios jurídico-institucionais à participação das comunidades indígenas no processo administrativo de demarcação das terras indígenas no Brasil

Carolina Mota Mourão227

Desenvolvimentismo e ecocídio: causa e (possível) consequência no contexto de ruptura das bases existenciais dos povos originários no Brasil

Flávio de Leão Bastos Pereira257

De vassallos d'El Rey a meros ninguéns

Marcio José Silva.....283

Formação de professores indígenas como política pública: um estudo sobre a interculturalidade no Projeto Açaí

Aly Orellana311

Tombamento: regime jurídico e a diminuta quantidade de culturas afro-brasileiras, indígenas e de comunidades tradicionais em Sergipe

Marília Mendonça Morais Sant'Anna e

Mario Jorge Tenorio Fortes Junior 333

Ministério Público em outros países

National Prosecuting Authority: o Ministério Público da África do Sul no período *pós-apartheid*

Felipe da Silva Müller351

Direito Constitucional

As concausas da “baixa constitucionalidade” do direito fundamental à indenização por danos morais

Alex Meira Alves

Advogado. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

Cláudio Oliveira de Carvalho

Professor Adjunto da Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB). Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito e Sociedade (GPDS). Doutor em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador (Unifacs).

Resumo: O presente estudo cuidou de investigar possíveis concausas que suscitam o fenômeno da baixa constitucionalidade, especialmente a do direito fundamental à indenização por danos morais. Os estudiosos que abordam a temática da baixa constitucionalidade, em geral, apontam concausas mais abstratas, sendo necessário, quando se delimita o estudo a um dado direito, que se identifiquem as concausas específicas a fim de orientar os intérpretes da Constituição. Sendo assim, ao catalogar as causas do fenômeno, por meio de uma pesquisa qualitativa e quantitativa, este artigo chama a atenção dos aplicadores do direito a fim de que adotem uma conduta preventiva, já que, conhecendo-se as causas do fenômeno (teoria do mero aborrecimento ou mero dissabor, o magistrado calejado, a análise das condições econômicas do ofendido, a função exclusivamente compensatória e o conceito restritivo de dano moral), se evitaria o uso de interpretações que fazem a Constituição ser adjetivada de meramente “nominativa”.

Palavras-chave: Concausas. Baixa constitucionalidade. Direito fundamental. Danos morais.

Abstract: This article has the objective to investigate the possible causes that give rise to the phenomenon of low constitutionality, especially the fundamental right to compensation for moral damages. Scholars on the subject of low constitutionality generally point to more abstract causes, and it is necessary, when the study is delimited to a direct data, that the specific causes be identified to guide the interpreters of the Constitution. Therefore, when cataloging as causes of the phenomenon through a qualitative and quantitative research, this study draws attention to the applicators of the law in order to adopt a preventive behavior, since, knowing the causes of the phenomenon (theory of the grouper Abomination or mere displeasure, the callous magistrate, the analysis of the economic conditions of the offended, the exclusively compensatory function and the restrictive concept of moral damage), would avoid the use of interpretations that make the Constitution be qualified as merely “nominative”.

Keywords: Causes. Low constitutionality. Fundamental right. Moral damages.

Sumário: 1 Notas introdutórias. 2 Em que consiste a “baixa constitucionalidade?” 3 Distinção conceitual entre baixa constitucionalidade e síndrome da inefetividade das normas constitucionais. 4 Causas do constitucionalismo tardio do direito à indenização por danos morais. 4.1 A teoria do mero aborrecimento ou mero dissabor. 4.2 O magistrado calejado. 4.3 Análise das condições econômicas do ofendido. 4.4 A função exclusivamente compensatória. 4.5 Conceito restritivo do dano moral. 5 Considerações finais.

1 Notas introdutórias

O direito à indenização por danos morais encontra-se previsto no art. 5º, V e X, da Carta Magna de 1988, sendo considerado um direito fundamental de eficácia plena, já que não necessita de lei posterior para produzir todos os seus efeitos. Entretanto, tal direito, desde sua criação e, principalmente, nos últimos anos, tem sofrido uma série de golpes que tem corroído a sua efetividade (relacionada à observância da norma) e, conseqüentemente, sua eficácia (produção dos resultados almejados), fenômeno denominado por muitos autores como baixa constitucionalidade ou ainda constitucionalismo tardio.

Assim, num primeiro momento, utilizando-se de uma metodologia pautada em pesquisa bibliográfica e qualitativa, buscou-se apresentar como o fenômeno da baixa constitucionalidade é concebido entre os estudiosos.

Posteriormente, foram analisadas possíveis concausas do fenômeno e como ele afeta o direito fundamental à indenização por danos morais. Tudo isso, valendo-se de uma pesquisa documental, qualitativa e quantitativa.

Por fim, após a análise de diversos julgados, foram então catalogadas cinco possíveis concausas que suscitam a baixa constitucionalidade do direito fundamental à indenização por danos morais, quais sejam, a teoria do mero aborrecimento ou mero dissabor, o magistrado calejado, a análise das condições econômicas do ofendido, a função exclusivamente compensatória e o conceito restritivo de dano moral.

2 Em que consiste a “baixa constitucionalidade”?

O fenômeno da baixa constitucionalidade ou falta de concretização dos dispositivos constitucionais tem sido um problema discutido por vários cultores do Direito, que ressaltam a necessidade de se dar plena efetividade ao Texto Compromissário, não o enxergando apenas como um programa de conteúdo utópico.

Para Lênio Luiz Streck (2004), a razão da ocorrência desse fenômeno reside no processo hermenêutico, sendo o grande vetor causador da “baixa constitucionalidade” – termo cunhado pelo autor – a concepção que os juristas mantêm a respeito do Direito, pois sempre o veem como o “sempre-já-sabido” sobre o Direito, tornando a aplicação das normas um processo estático e não inovador.

O autor destaca ainda como fatos que testificam essa baixa constitucionalidade: (a) a utilização escassa dos mecanismos de interpretação conforme a Constituição; (b) a pouca utilização do controle difuso de constitucionalidade; (c) a existência de leis incompatíveis com a Constituição e que permanecem intactas; (d) a inobservância do procedimento formal de produção de leis; (e) a não

aplicação do conteúdo garantista da Constituição no âmbito processual; (f) a distância temporal entre os códigos e a Carta Magna, além de outros códigos que entraram em vigor já retrógrados em relação à Lex Maior, com violação do princípio da vedação do retrocesso; (g) por fim, a falta de controle das medidas provisórias (STRECK, 2004).

Entretanto, consoante ressaltado alhures, verifica-se que grande parte do problema reside no processo exegético e nas concepções dos intérpretes, assinalando Streck (2004, p. 345) que “[...] sendo a Constituição o fundamento de validade de todo o sistema jurídico – e essa é a especificidade maior da ciência jurídica –, de sua interpretação/aplicação (adequada ou não) é que exsurgerà a sua (in)efetividade”.

Outrossim, Barroso (2004, p. 294) pontua:

A falta de efetividade das sucessivas Constituições brasileiras decorreu do não reconhecimento de força normativa aos seus textos e da falta de vontade política de dar-lhes aplicabilidade direta e imediata. Prevaleceu entre nós a tradição europeia da primeira metade do século, que via a Lei Fundamental como mera ordenação de programas de ação, convocações ao legislador ordinário e aos poderes públicos em geral. [Destques nossos].

Silva Neto, por sua vez, denomina tal fenômeno como constitucionalismo tardio, conceituando-o como uma “ausência de cultura constitucional” engendrada por causas históricas, políticas e jurídicas, entre outras, e que tem como consequência a ineficácia social dos textos constitucionais. Para o autor, a baixa constitucionalidade ou ausência de cultura constitucional no momento da aplicação da norma constitui circunstância impeditiva da efetividade do texto constitucional (SILVA NETO, 2016, p. 20).

Assim, nota-se que, independentemente da denominação atribuída – neste artigo as expressões baixa constitucionalidade e constitucionalismo tardio foram consideradas como sinônimas –, o fenômeno abordado pelos autores é o mesmo. Assim, ele consiste na falta de vontade política de aplicar a Constituição e na ausência de uma cultura constitucional que relega a Carta Magna a um

segundo plano e, por consectário lógico, torna suas regras e princípios inefetivos e ainda ineficazes.

3 Distinção conceitual entre baixa constitucionalidade e síndrome da inefetividade das normas constitucionais

Importante realizar uma breve distinção conceitual sobre o que se entende por baixa constitucionalidade e síndrome da inefetividade das normas constitucionais.

Segundo Lenza (2013, p. 1126), a síndrome da inefetividade das normas constitucionais se caracterizaria por um panorama de omissões estatais, especialmente pela falta de regulamentação das normas constitucionais de eficácia limitada.

Verifica-se desse modo que a síndrome de inefetividade das normas constitucionais é um conceito mais restrito, já que está ligado a uma única causa, qual seja, a falta de regulamentação pelo Poder Legislativo. Ao passo que o fenômeno da baixa constitucionalidade está associado a várias causas como àquelas relacionadas ao processo hermenêutico, entre outras, não se resumindo exclusivamente à falta de regulamentação da norma constitucional.

Sendo assim, pode-se afirmar que a baixa constitucionalidade seria o gênero de um fenômeno do qual a síndrome da inefetividade das normas constitucionais é apenas uma espécie.

4 Concausas do constitucionalismo tardio do direito à indenização por danos morais

Dentre as circunstâncias obstativas da efetividade dos danos morais no Brasil, que é o que mais interessa neste artigo, pode-se citar a criação de causas extralegais de exclusão da responsabilidade como a teoria do mero aborrecimento ou mero dissabor – acolhida tanto pela doutrina como pela jurisprudência pátria –, o fenômeno dos juízes calejados, a análise das condições econômicas do ofendido, a função exclusivamente compensatória e o conceito restritivo dos danos morais. Os tópicos que se seguem elucidam cada uma dessas circunstâncias obstativas.

4.1 A teoria do mero aborrecimento ou mero dissabor

A tese do mero aborrecimento ou mero dissabor está frequentemente associada à justificativa de que são situações corriqueiras, como pontuam a doutrina e a jurisprudência. Ela defende que tais situações não são dignas de indenização por danos morais e que somente o sofrimento intenso, grave e atroz está sujeito a indenização. Entretanto, como restará demonstrado neste estudo, tal tese está eivada de inconstitucionalidade e ainda é uma das causas que criam óbice à plena efetividade do direito fundamental à indenização por danos morais.

Barouche (2011, *on-line*) afirma que a maioria dos pedidos de indenização por danos morais não passam de “[...] *transtornos diários inerentes do cotidiano de uma sociedade*, ou mera expectativa de ter sofrido lesão por dano moral” (destaques nossos).

Seguindo esse mesmo entendimento, José e Rabelo (2012, *on-line*) também consideram que a maioria dos processos envolvendo danos morais “[...] evidenciam apenas *meros transtornos e aborrecimentos corriqueiros*, desprovidos de quaisquer fundamentos aptos ao ajuizamento de ação indenizatória por danos morais” (destaque nosso).

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (2015, *on-line*), nesse mesmo sentido, ao julgar o AREsp 499250-SP, pontificou:

[...] Porém, tais fatos, como apresentados, não importam em reparação extrapatrimonial, inexistindo, no caso, qualquer outro elemento que demonstrasse *grave sofrimento que superasse o mero dissabor*. [...] ‘Salvo circunstância excepcional que coloque o contratante em *situação de extraordinária angústia ou humilhação*, não há dano moral’. [Destques nossos].

O Supremo Tribunal Federal (2013, *on-line*) também se posicionou de forma idêntica ao julgar o ARE 777120-AM, fixando o seguinte entendimento: “[...] DANOS MORAIS – INOCORRÊNCIA – MERO DISSABOR – SITUAÇÕES CORRIQUEIRAS DO COTIDIANO [...]”.

Contudo, o simples fato de uma situação ser habitual não significa que não seja indenizável. É como se fosse um ciclo vicioso

em que os grandes agressores e causadores do dano moral continuam a tratar mal as vítimas propositalmente para, posteriormente, alegar que se trata de algo cotidiano e desmerecedor de qualquer indenização. Sendo assim, a disseminação dessa tese na doutrina e jurisprudência contribui significativamente para a continuação deste ciclo, denominado neste artigo de “ciclo do sofrimento”.

Outro ponto da teoria que se critica aqui, além do fato de ela defender que situações corriqueiras não estão sujeitas a indenização, é o grau da lesão ou do dano sofrido. Atente-se que não importa se ocorreu uma pequena, média ou grave lesão à dignidade da vítima. Todas essas lesões devem estar sujeitas a uma compensação na medida de sua gravidade. Desejar que apenas as lesões graves ou intensas sejam tuteladas é incompatível com um sistema constitucional que possui como cerne a proteção da dignidade da pessoa humana – fala-se aí não mais em baixa constitucionalidade apenas do dano moral, mas do próprio princípio da dignidade, algo que suscita a inconstitucionalidade da teoria do mero aborrecimento.

Ora, a dignidade da pessoa humana por vezes se confunde com o próprio conteúdo do direito fundamental à compensação pelos danos morais. Assim, reconhecer que apenas as lesões “suficientemente intensas” e “atrozes” sejam repudiadas, fazendo vista grossa para as demais, significa ignorar o próprio princípio da dignidade.

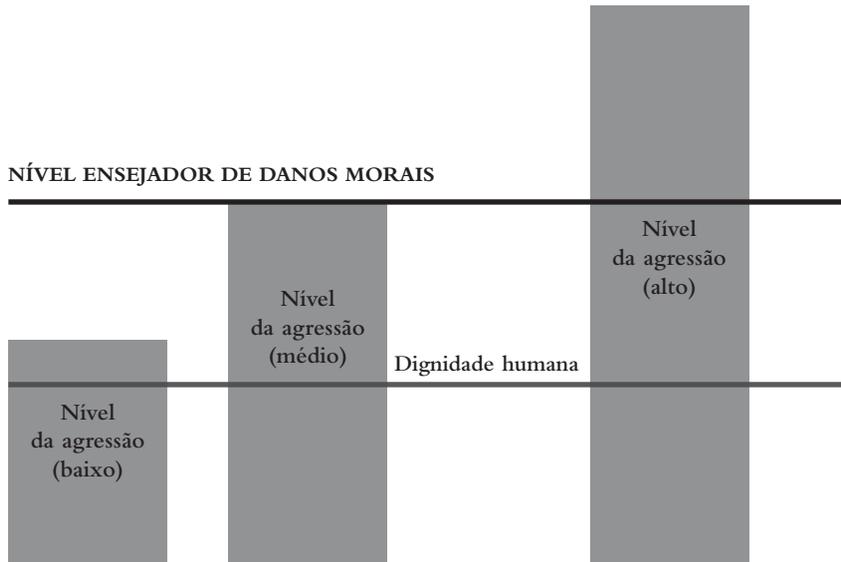
No julgado do STJ (AREsp 499250-SP), observa-se a adoção de uma visão minimalista do axioma da dignidade da pessoa humana, em que apenas a “situação extraordinária de angústia ou humilhação” e o “grave sofrimento” são passíveis de ser indenizados.

A seguinte decisão do Tribunal que deveria ser o guardião da Constituição, no julgamento do ARE 636803-RS, também apresenta essa mesma perspectiva reducionista da dignidade:

[...] a situação vivenciada pelo autor não enseja a responsabilização por danos morais, sendo *mero dissabor*. 2. No caso concreto, inexistem provas de que a situação dos autos tenha causado *transtornos suficientemente graves* a ponto de ofender os direitos de personalidade ou de causar danos de natureza psíquica ao requerente, passíveis de ressarcimento pecuniário [...]. (STF, 2011, *on-line*, destaques nossos).

Barros Neto (2013), em importante estudo jurisprudencial, chegou a apresentar o seguinte gráfico sobre a gravidade da lesão que está sujeita a indenização nos tribunais brasileiros:

Gráfico 1: Nível ensejador dos danos morais



Fonte: BARROS NETO, 2013, *on-line*

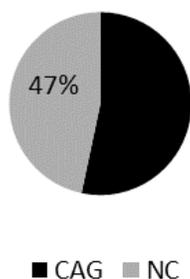
Apesar de o referido autor tirar tais conclusões de escassos julgados, sua previsão foi confirmada na pesquisa realizada neste estudo. Para se verificarem tais fatos, foram selecionados aleatoriamente 60 acórdãos (15 de cada um dos Tribunais de Justiça do estado escolhido, quais sejam, Bahia, São Paulo, Rio Grande do Sul e Pará) que utilizaram a tese do mero aborrecimento ou mero dissabor no ano de 2016. As buscas foram realizadas por meio da ferramenta de pesquisa avançada de jurisprudência disponibilizada nos sistemas EsAJ¹ (para os Tribunais de Justiça dos estados da

1 Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do> e <https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>.

Bahia e de São Paulo) e PJE² (para os Tribunais dos estados do Pará e Rio Grande do Sul), onde se buscaram os termos “mero aborrecimento” ou “mero dissabor”, conforme as regras de busca de cada sítio eletrônico. Em seguida, foi feita uma leitura detida desses acórdãos a fim de se encontrarem expressões que demonstrassem qual o grau da lesão que estava sujeito a indenização.

As expressões mais comuns foram “dor profunda”, “sofrimento atroz”, “grande abalo”, “grave constrangimento”, entre outras que foram consideradas sinônimas. Os dois gráficos a seguir apresentam os resultados:

Gráfico 2: Porcentagem dos casos que consideraram apenas lesões graves na amostra

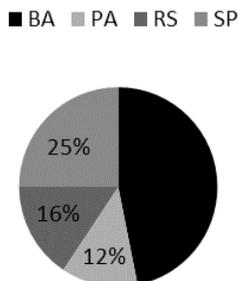


Fonte: Dados obtidos dos Sistemas ESAJ e PJE dos Tribunais de Justiça Estaduais, 2016

CAG – Consideraram apenas grave; NC – Não consideraram

2 Disponível em: <<http://gsaindex.tjpa.jus.br/consultas/search?q=&client=consultas&proxystylesheet=consultas&site=jurisprudencia&sort=date%3AD%3A%3Ad1&aba=JP>> e <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3AAc%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3AAc%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris)>.

Gráfico 3: Porcentagem dos casos que consideraram apenas lesões graves (por Estado)



Fonte: Dados obtidos dos Sistemas ESAJ e PJE dos Tribunais de Justiça Estaduais (2016)

Consoante se verifica no *gráfico 2*, entre os julgados que utilizaram a tese do mero aborrecimento, a maioria da amostra (53%) apenas considerou indenizável o dano moral grave.

Por sua vez, dentro desses 53%, o estado que mais considerou apenas as lesões graves para serem indenizadas foi a Bahia, liderando o *ranking* do pior panorama (*gráfico 3*).

Saliente-se que não oferecer qualquer proteção para as pequenas e médias lesões acarreta, na verdade, uma perpetuação dos conflitos sociais e não a sua pacificação, trilhando-se objetivos contrários ao da Ciência Jurídica, além de gerar instabilidade social e estimular uma ausência de cultura constitucional, já que a população em geral desacreditará da força normativa da Constituição no que tange à proteção da dignidade.

Ferraz Junior (2011, p. 221), ao analisar a ciência do Direito como uma teoria da interpretação, chegou a afirmar: “A determinação do sentido das normas, [...] tendo em vista a decidibilidade dos conflitos, constitui a tarefa da dogmática hermenêutica”. Verifica-se aí que o posicionamento dos tribunais está trilhando interesses opostos aos fins sociais que o Direito busca atingir, qual seja, a pacificação social por meio da decidibilidade dos conflitos.

Desse modo, conclui-se que tal teoria é inconstitucional, pois se de um lado, ao considerar apenas indenizáveis as lesões graves, viola o art. 1º, III, da CFRB/88, por outro, ao reconhecer que uma situação cotidiana ou comum não é passível de indenização, criando o “ciclo do sofrimento”, afronta o art. 170, *caput* e inciso V, da Constituição vigente, já que a ordem econômica deixa de respeitar os preceitos da existência digna e da defesa do consumidor, perpetuando os conflitos sociais (BRASIL, 1998).

Dito isso, é mister assinalar que a pesquisa realizada neste estudo encontrou índices alarmantes de utilização da tese do mero aborrecimento ou mero dissabor.

Optou-se por utilizar como amostra todos acórdãos de Tribunais de Justiça dos estados que versavam sobre danos morais. Dentre os dez estados mais populosos (IBGE, 2016), foram escolhidos quatro de regiões³ diferentes do Brasil, a fim de ter uma média nacional. Foram selecionados São Paulo (Sudeste), Bahia (Nordeste), Rio Grande do Sul (Sul) e Pará (Norte).

As tabelas contidas no *Apêndice D* mostram a evolução da utilização da tese em cada estado analisado, bem como apresentam uma média, com base na soma dos dados dos quatro estados, para ao menos se ter uma ideia de como se encontra o cenário nacional.

Analisando-as, observa-se que nos últimos três anos a utilização da tese cresceu vertiginosa e continuamente no Brasil, tendo apresentado percentual de crescimento inclusive maior que o do aumento da quantidade de acórdãos versando sobre os danos morais.

Entre os tribunais analisados, o pior do *ranking* foi o da Bahia, pois enquanto a quantidade de acórdãos tratando de danos morais caiu no decorrer dos anos de 2014 a 2016, a utilização da tese continuou em ascendência.

3 Apenas a Região Centro-Oeste foi excluída, tendo em vista que nenhum dos estados dessa região encontrava-se entre os dez mais populosos do Brasil, segundo dados do IBGE para o ano de 2016.

O Estado do Pará também apresentou elevados índices de crescimento da utilização da tese, entretanto, a quantidade de acórdãos versando sobre danos morais também aumentou.

O Estado de São Paulo, igualmente, apesar de ter sofrido um aumento do uso da tese, esse se deu em proporções menores do que na Bahia e no Pará.

Por fim, o Estado do Rio Grande do Sul apresentou o cenário que mais chamou atenção, pois experimentou uma diminuição, mesmo que inexpressiva (3%), do uso da tese do mero aborrecimento entre os anos de 2015 e 2016, enquanto a quantidade de acórdãos expandiu-se – vide o *Apêndice D* para mais detalhes sobre os resultados obtidos.

Logo, é necessário que se reavalie a utilização da tese do mero aborrecimento, pois, como apontado acima, além de ser inconstitucional, impossibilita a plena efetividade do direito fundamental à indenização por danos morais.

4.2 O magistrado calejado

Além desse fator, pode-se citar o fenômeno do “magistrado calejado”, que, de tanto lidar com causas envolvendo indenizações por danos morais, acaba tornando-se indiferente à dor e ao sofrimento dos jurisdicionados, o que resulta em indenizações de valores ínfimos e que não cumprem as funções do direito à indenização por danos morais ou ainda na própria negativa do direito à indenização.

Tal fenômeno não passou despercebido pelos cultores do Direito, valendo aduzir as reflexões de Zanetti (2009, p. 70, apud GHISLENE; PACHECO et al., 2011):

Assim, nada mais afastado do sentido teleológico do instituto da indenização por dano moral previsto em nosso ordenamento jurídico do que a condenação em valores irrisórios. Manifestações jurisprudenciais com esta limitação, lamentavelmente, podem ser geradas por uma *insensibilização do Judiciário* ante a massificação das demandas, associada “a uma visão reducionista do alcance da reparação do dano moral”. [Destaques nossos].

Nessa toada, é salutar transcrever também as explicações feitas por José e Rabelo (2012, *on-line*), que consideram que as críticas demonstram “[...] que o Judiciário pretende, com o indeferimento das pretensões ou com a fixação de baixo valor pecuniário para a reparação do dano moral, reduzir o número de ações”.

O escopo principal da jurisdição, segundo as conclusões dos autores acima citados, não é mais a proteção da dignidade da pessoa humana, mas sim a redução do número de ações indenizatórias, o que demonstra uma constante, qual seja, insensibilização do Judiciário.

Saliente-se ainda aqui que o aumento do número de processos nos últimos anos não evidencia apenas uma industrialização do dano moral ou que são causas sem fundamento, consoante assevera Barouche (2011), mas também é um fenômeno engendrado pela abertura das portas do Judiciário, ampliando o acesso à justiça, bem como pela maior conscientização da população a respeito de seus direitos e da noção de que a dignidade da pessoa humana também é protegida pelo ordenamento jurídico.

Supor meramente que se trata de um grande número de ações indevidas e fundadas apenas em meros aborrecimentos, numa pretensão de diminuir o quantitativo de processos, não parece ser a solução adequada. Isso, porque tais posicionamentos somente suscitam uma maior desvalorização da dignidade da pessoa humana.

Ora, se existem problemas com a grande quantidade de processos e com a morosidade da justiça, devem-se procurar outras medidas para saná-los, pois se tornar insensível às lesões apenas vai minorar a efetividade das normas da Lex Maior.

Apesar de os referidos autores justificarem essa insensibilidade na busca incessante por reduzir o número de ações, o presente estudo evidenciou ainda outro possível fator de caráter mais subjetivo, qual seja, o fenômeno do magistrado “calejado”.

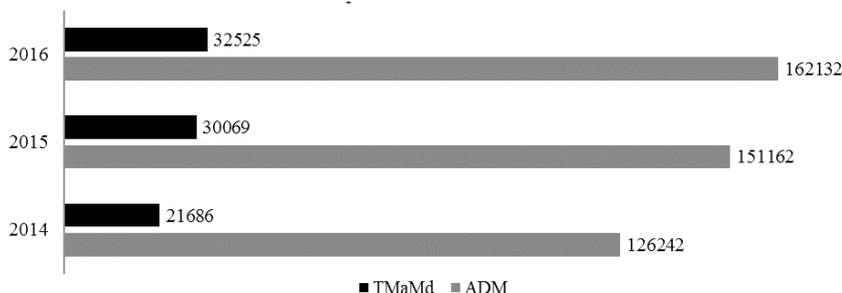
Analogicamente, o “calo” representaria a constante análise de processos envolvendo danos morais que estão associados a dor, sofrimento, entre outros sentimentos negativos. Chegar-se-ia, então, a um momento em que esse “calo” não mais causaria incô-

modo, ou seja, o momento em que a violência à dignidade tornar-se-ia algo comum, normal, cotidiano. Nesse momento, poder-se-ia dizer que o fenômeno ocorreu.

E em se tratando do evento dos “juízes calejados”, observa-se que, quanto maior for o número de processos envolvendo indenizações por danos morais, mais os magistrados vão conceber uma determinada situação como comum; e assim, mesmo que a responsabilidade não seja excluída pela teoria do mero aborrecimento, ainda servirá como tese para minorar o *quantum* indenizatório.

Essa premissa restou comprovada pelos dados obtidos na pesquisa, principalmente se forem analisados todos os acórdãos dos Tribunais de Justiça dos Estados de São Paulo, Bahia, Pará e Rio Grande do Sul que versaram sobre dano moral nos últimos três anos e a evolução da tese do mero aborrecimento. Veja gráfico a seguir:

Gráfico 4: Média nacional – evolução da TMaMD *versus* crescimento da quantidade de causas



Fonte: Dados obtidos dos Sistemas EsAJ e PJE dos Tribunais de Justiça Estaduais (2016)

TMaMd – Tese do mero aborrecimento ou mero dissabor

ADM – Acórdãos sobre danos morais

Esse é um caso típico da aplicação da teoria do vício ou *accoutumance*, que considera que “a repetição de cenas de violência visionadas conduz a uma insensibilização progressiva com relação à violência” (BELLONI, 2004, p. 590).

Tal teoria explica também porque apenas as lesões graves ou gravíssimas à dignidade são tidas como indenizáveis, como foi verificado nos resultados descritos no tópico anterior (4.1). Aplicando-se a teoria da *accoutumance*, o juiz de tanto lidar com processos envolvendo lesões medianas ou pequenas chegou a um ponto que se tornou insensível a tais lesões, passando a considerar apenas as graves (vide *gráficos 2 e 3*).

Nessa mesma toada, a teoria do vício também explica o comportamento dos juízes quando, na amostra dos 60 acórdãos que utilizaram a tese do mero aborrecimento – tese que considera somente as lesões graves e gravíssimas como indenizáveis –, estes fixaram o valor médio das indenizações em apenas R\$ 9.662,00 (vide a *Tabela “média das indenizações”* no *Apêndice C*). Evidente, assim, que esse valor é considerado irrisório, já que se tratava de “dores profundas” e “sofrimentos atrozes”, como os próprios magistrados relataram nas decisões.

Desse modo, observa-se que tal fenômeno, intrinsecamente relacionado à tese do mero aborrecimento, contribui significativamente para a baixa constitucionalidade do direito à indenização por danos morais, uma vez que ele importa na desconsideração de uma gama de lesões que não são gravíssimas, mas que necessitam, igualmente, ser compensadas, além de influenciar também na fixação dos valores das indenizações, minorando-os.

4.3 Análise das condições econômicas do ofendido

Outra circunstância que tem suscitado a baixa constitucionalidade do direito ao dano moral é a falta de uma cultura constitucional dos doutrinadores, principalmente, quando advogam a análise das condições econômicas do ofendido para o arbitramento dos danos morais.

Nessa senda, podemos citar Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (2012), que advogam a utilização do art. 53 da Lei de Imprensa, que foi declarada não recepcionada pela Constituição de 1988, segundo ficou estabelecido no julgamento da ADPF 130 pelo Supremo Tribunal Federal.

O autor afirma que “para a fixação do valor da indenização, poderia o juiz, aplicando também a analogia, valer-se de algumas outras previsões legais de critérios para a quantificação da reparação do dano moral” (GAGLIANO; PAMPLONA FILHO, 2012, p. 444-445). Aí, então, cita o art. 53 da Lei de Imprensa e o art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/1962) como dispositivos a serem aplicados analogicamente.

O art. 53 da Lei de Imprensa determinava o seguinte:

Art. 53. No arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente:

I - a intensidade do sofrimento do ofendido, a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a *posição social e política do ofendido*;

II - a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável, sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação;

III - a retratação espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível, a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial, e a extensão da reparação por êsse meio obtida pelo ofendido. (BRASIL, 1967, destaques nossos).

Outrossim, o art. 84 da Lei n. 4.117/1962, revogado pelo Decreto-Lei n. 236, prescrevia:

Art. 84. Na estimação do dano moral, o Juiz terá em conta, notadamente, a *posição social ou política do ofendido*, a situação econômica do ofensor, a intensidade do ânimo de ofender, a gravidade e repercussão da ofensa. (Revogado pelo Decreto-Lei n. 236, de 28.2.1967). (BRASIL, 1962, destaques nossos).

Entre alguns pensadores que repudiam tal posicionamento e apresentam uma interpretação mais harmônica com o texto constitucional, podem-se citar os desembargadores do TRT da 4ª Região João Ghisleni Filho, Flávia Lorena Pacheco e Luiz Alberto de Vargas,

além do juiz do trabalho do TRT do Rio Grande do Sul Ricardo Carvalho Fraga. Eles compartilham o entendimento de que:

*Tal raciocínio se baseia em um evidente erro lógico, porque leva à presunção de que a dor moral do rico – ou a gratificação do rico como compensação à dor – deve ser maior que a do pobre. Em nome da igualdade, não se aceita a consideração da situação econômica da vítima, mas admite-se que se pondere sobre sua situação social, conceito mais amplo, que inclui o ambiente em que inserida, com todo o cuidado para que não ocorra discriminação ou análise preconceituosa. (GHISLENI FILHO et al., 2011, *on-line*, destaques nossos).*

Desse modo, não pairam dúvidas de que a análise das condições econômicas do ofendido suscita uma violação do princípio da isonomia, que está previsto no rol dos direitos fundamentais na Constituição Brasileira, razão pela qual, além de ser considerado inconstitucional, tal critério implica mitigação inconveniente do direito, também fundamental, à indenização por danos morais. Assim, há uma dupla inconstitucionalidade, pois a análise das condições econômicas afronta concomitantemente duas normas-parâmetro da Constituição.

Logo, conclui-se que, na atualidade, a utilização do aludido critério constitui mais um fator cumulativo que engendra o constitucionalismo brasileiro tardio do direito fundamental à indenização por danos morais.

4.4 A função exclusivamente compensatória

Pode-se assinalar ainda como concausa do constitucionalismo tardio dos danos morais a teoria que advoga a função exclusivamente compensatória ao invés da função compensatória-sancionatória.

Quanto à primeira, grande parte da doutrina tem criticado a função meramente compensatória e, de fato, com razão, uma vez que ela é insuficiente para proteger a dignidade da pessoa humana, já que não desestimula a prática de atos ilícitos. Nessa toada, são as pontuações feitas por Biazi (2015, *on-line*):

[...] tal qual é aplicada a função punitiva no sistema pátrio, impossibilita-se o alcance de suas finalidades de inibir condutas similares futuramente e punir o ofensor. Esta ausência de efeitos é percebida, por exemplo, no desapareço do consumidor pelos grandes grupos econômicos e suas sucessivas faltas geradoras de inúmeras condenações tanto nas instâncias inferiores como na via extraordinária.

Entretanto, apesar de reconhecer a aplicação insuficiente da função sancionatória e que a existência de uma dupla função (compensatória e punitiva) da indenização por danos morais é a solução mais adequada para esse desapareço, Biazzi (2015) ressalta que essa tese encontra óbices no Direito brasileiro por ausência de previsão infraconstitucional.

Em que pese tal entendimento, há de se atentar que, em nome de princípios constitucionais como o da proteção da dignidade humana, da razoabilidade e proporcionalidade (princípio do devido processo legal em seu sentido substancial), da função social, entre outros, seria possível a utilização da tese que admite a dupla função da indenização, ao invés do caráter exclusivamente compensatório.

Alguns cultores do Direito, como Clayton Reis, defendem a atribuição do caráter sancionatório aos danos morais para a observância do princípio da função social. Nas palavras dele:

Não é difícil aceitar o *sentido socializante* da compensação dos danos extrapatrimoniais. Por isso, a reparação dos danos morais cumpre uma relevante função no contexto social. É que a indenização possui um caráter punitivo, ou seja, representa uma resposta adequada à sociedade que reclama a punição do ofensor, em virtude da sua contribuição ao desequilíbrio social. (REIS, 2002, p. 90, destaques nossos).

Nessa mesma toada é o entendimento de Bastos (2010) ao asseverar que é preciso, além de recompor a ordem jurídica ofendida, fazer valer o efeito preventivo por meio da sanção imposta. Nas palavras do autor, “[...] a sanção civil torna concreto o seu papel de meio indireto de devolução do equilíbrio às relações privadas” (BASTOS, 2010, p. 309), transmitindo aí a ideia de segurança jurídica.

A função punitiva dos danos morais encontra ampla aplicação no Direito norte-americano, em que é comum a utilização da expressão *punitive damages*. A utilização dos *punitive damages* nos Estados Unidos está associada a cinco funções, como pontuam Kinsky e Bonaccors. São elas:

a (i) função de “Public Justice” – ou “Justiça Pública” –, que tem por escopo influenciar o cidadão a buscar o fiel cumprimento da lei; a (ii) função “Deterrence” – ou “de desestímulo” – que, vale notar, transcende o sujeito que está sendo punido individualmente, alcançando toda sociedade; a (iii) “função punitiva”, que efetivamente busca punir o transgressor, pautando-se na própria essência típica das sanções; a (iv) “função educativa”, que tem também como objetivo exercer uma influência generalizada sobre toda a sociedade, demonstrando que aquela conduta não é um modelo a ser seguido; e a (v) “função vingativa”, que emana toda uma carga ameaçadora. (KINSKY; BONACCORS, 2015, p. 151-152).

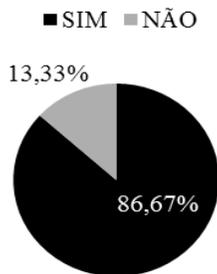
É certo que, ao transplantar um instituto de origem estrangeira para o Direito brasileiro, deve-se analisar a sua compatibilização com o texto constitucional. Assim, ao verificar as subfunções em que se divide a função sancionatória, observa-se que apenas as funções contidas nos itens “i”, “ii”, “iii” e “iv” encontram respaldo nos princípios constitucionais elencados alhures, não podendo, deste modo, os tribunais brasileiros utilizarem a subfunção vingativa quando da fixação dos danos morais.

Por conseguinte, para se avaliar o grau de utilização da função sancionatória, foi utilizada a mesma amostra dos 60 acórdãos já descrita neste estudo, procurando-se encontrar expressões relacionadas às quatro subfunções compatíveis com o ordenamento jurídico pátrio.

Obviamente, essa função só pode ter sua aplicação analisada nos casos em que houve a condenação por danos morais. Assim, 50% da amostra foi descartada por não existir condenação por danos extrapatrimoniais.

Com o restante do experimento, obtiveram-se os seguintes resultados:

Gráfico 5: Utilização da função sancionatória



Fonte: Dados obtidos dos Sistemas ESAJ e PJE dos Tribunais de Justiça Estaduais (2016)

Conforme se verifica no gráfico, o grau de utilização da função sancionatória é grande perante os tribunais, valendo destacar que as subfunções mais comuns foram a desestimulante, a punitiva e a pedagógica ou educativa.

Entretanto, apesar do resultado positivo obtido em relação ao grau de utilização da função sancionatória, os valores das indenizações ainda foram diminutos, servindo apenas para cumprir insatisfatoriamente a função compensatória, uma vez que a média do valor das indenizações foi baixa, considerando que apenas as lesões graves e gravíssimas foram compensadas. Dessa forma, em tese os tribunais dizem adotar a função sancionatória, repudiando a exclusivamente compensatória. Contudo, na prática, o resultado que se obteve foi que os montantes indenizatórios sequer cumprem satisfatoriamente a finalidade compensatória, que dirá a sancionatória – fator que contribui, igualmente, para a baixa constitucionalidade do direito fundamental à indenização por danos morais.

4.5 Conceito restritivo do dano moral

Por fim, é curial tecer alguns comentários sobre o papel negativo da teoria restritiva do conceito de dano moral, que afirma só existir dano moral quando houver violação de algum direito da personalidade.

Entre os estudiosos que advogam tal conceito, pode-se elencar Reis (2002, p. 88), que diz o seguinte: “[...] quando se trata da compensação de danos extrapatrimoniais, estamos diante da defesa dos bens jurídicos que compõem a personalidade da pessoa [...]”.

Nesse mesmo diapasão, podem-se apontar os posicionamentos de Previdelli (2006, *on-line*), Faleiros Júnior (2013, p. 296), Cavalieri Filho (1998 apud ANDRADE, 2003) e Andrade (2003), que também associam o conceito de dano moral à lesão de algum dos caracteres que formam a personalidade, quais sejam, intimidade, vida privada, honra e imagem.

Barouche, por sua vez, lista três correntes existentes sobre a abrangência do conceito de danos morais. Segundo ela,

Nesse contexto, duas são as correntes que se mostram dominantes no conceito do dano moral: a primeira compreende o dano moral como lesão aos direitos da personalidade, e a outra entende os danos morais como os efeitos não-patrimoniais da lesão, independente da natureza do direito atingido. Existe ainda uma terceira corrente, mais moderna, que vê no dano moral a violação da cláusula geral de tutela da pessoa humana, reconhecendo o princípio da dignidade da pessoa humana como ápice do ordenamento jurídico. (BAROUCHE, 2011, *on-line*).

Parece, portanto, que o conceito que mais se ajusta ao sistema constitucional, mormente quando se aplica o princípio interpretativo da máxima efetividade das normas constitucionais, é aquele que informa que os danos extrapatrimoniais englobam qualquer lesão a um direito que gravita em torno da dignidade da pessoa humana e não apenas nos direitos da personalidade.

Isso porque o conteúdo do direito fundamental aos danos morais confunde-se, por vezes, com o próprio conteúdo da dignidade da pessoa humana. Assim, sempre que houver lesão aos elementos básicos do conteúdo da dignidade, que são o valor intrínseco da pessoa humana, a autonomia individual e o valor comunitário (BARROSO, 2013) – este último justificaria até o dano moral coletivo –, caracterizado estaria o dano moral.

Portanto, conclui-se que o conceito restritivo dos danos morais representa mais um obstáculo à plena efetividade do direito à indenização por tais danos, uma vez que reduz indevidamente o círculo de situações indenizáveis – talvez tal problema seja até uma consequência do fenômeno do juiz calejado que busca meios de justificar suas decisões, que se preocupam mais em reduzir o quantitativo de ações que proteger efetivamente a dignidade humana.

5 Considerações finais

Ao realizar este estudo, foi possível catalogar algumas das causas do fenômeno do constitucionalismo brasileiro tardio, sendo certo que os cinco fatores apresentados não são estanques. Eles representam um rol meramente exemplificativo.

Entretanto, isso não retira a importância desta pesquisa, que buscou identificar tais causas, já que é necessário conhecê-las para poder direcionar o processo exegético dos juristas a fim de garantir-se a máxima efetividade do direito fundamental à indenização por danos morais.

Nesse sentido, pode-se dizer que este estudo atingiu, de forma satisfatória, os objetivos definidos inicialmente, produzindo-se também uma metodologia para a investigação da baixa constitucionalidade de outros direitos fundamentais e não somente do direito à indenização por danos morais.

Referências

ANDRADE, André Gustavo C. de. A evolução do conceito de dano moral. *Revista da Ajuris* (Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul). [on-line]. v. 30, n. 92. Porto Alegre: AJURIS, 2003. Disponível em: <<http://livepublish.iob.com.br/ntzajuris/lpext.dll/Infobase/1f525/1f8af/1f914?fn=document-frame.htm&f=templates&2.0>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

BAROUCHE, Tônia de Oliveira. Os danos morais e o judiciário – a problemática do *quantum* indenizatório. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php/thumb.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9563&revista_caderno=7>. Acesso em: out. 2016.

BARROS NETO, Adalberto Pinto de. Mero dissabor: uma real agressão à dignidade humana. In: LISBOA, Roberto Senise; MENEZES, Joyceane Bezerra de. *Relações privadas e democracia*. Florianópolis: FUNJAB, 2013. p. 307-321. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=26d6e896db39edc7>>. Acesso em: 6 out. 2016.

BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BELLONI, Maria Luiza; GOMES, Nilza Godoy. Infância, máquinas e violência. *Revista Educação e Sociedade*, Campinas, v. 25, n. 87, 2004. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v25n87/21469.pdf>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

BIAZI, Danielle Portugal de. Indenizações punitivas no sistema brasileiro. *Revista Internacional Consinter de Direito* [on-line], ano I,

v. I. Curitiba: Juruá Editorial, 2015. Disponível em: <http://editorialjuruua.com/revistaconsinter/revistas/ano-i-volume-i/parte-3-direito-privado/indenizacoes-punitivas-no-sistema-brasileiro/#_ftn1>. Acesso em: 13 out. 2016.

BRASIL. STF - ARE: 636803 RS. Relator: min. Gilmar Mendes, data de julgamento: 23.3.2011, data de publicação: *DJe*-060 divulg. 29.3.2011, public. 30 mar. 2011. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18540786/recurso-extraordinario-com-agravo-are-636803-rs-stf>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

_____. STF - ARE: 777120 AM. Relator: min. Cármen Lúcia, data de julgamento: 4.11.2013, data de publicação: *DJe*-221 divulg. 7.11.2013, public. 8 nov. 2013. Disponível em: <<https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24612633/recurso-extraordinario-com-agravo-are-777120-am-stf>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

_____. STJ - AREsp: 499250 SP 2014/0078908-0. Relator: min. Raul Araújo, data de publicação: *DJ* divulg. 2 mar. 2015. Disponível em: <<https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/178377370/agravo-em-recurso-especial-aresp-499250-sp-2014-0078908-0>>. Acesso em: 5 mar. 2017.

_____. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Consulta completa de jurisprudência. Disponível em: <<http://esaj.tjba.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 13 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Consulta completa de jurisprudência. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/consultaCompleta.do>>. Acesso em: 13 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Pará. Consulta completa de jurisprudência. Disponível em: <<http://gsa-index.tjpa.jus.br/>>

consultas/search?q=&client=consultas&proxystylesheet=consultas&site=jurisprudencia&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&aba=JP>. Acesso em: 13 out. 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Consulta completa de jurisprudência. Disponível em: <[http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.\(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null\)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris](http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=jurisnova&partialfields=tribunal%3ATribunal%2520de%2520Justi%25C3%25A7a%2520do%2520RS.(TipoDecisao%3Aac%25C3%25B3rd%25C3%25A3o|TipoDecisao%3Amonocr%25C3%25A1tica|TipoDecisao:null)&t=s&pesq=juris.#main_res_juris)>. Acesso em: 13 out. 2016.

FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. O dano moral e sua inerência aos direitos da personalidade. *Revista da Faculdade de Direito de Uberlândia*, v. 41-2. Uberlândia: Universidade Federal de Uberlândia, 2013. Disponível em: <<file:///C:/Users/Alex-PC/Downloads/24468-117754-1-PB.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil: responsabilidade civil*. v. 3. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GHISLENI FILHO, João; PACHECO, Flavia Lorena; VARGAS, Luiz Alberto de; FRAGA, Ricardo Carvalho. Valor adequado nas ações de indenização por dano moral. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 88, maio 2011. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=9196&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: out. 2016.

IBGE – INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Estimativas da população residente no Brasil e unidades da federação*, 2016

[on-line]. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf>. Acesso em: 7 mar. 2017.

JOSÉ, Suely Vidal; RABELO, Iglesias Fernanda de Azevedo. A concretização do direito de ação por danos morais nas relações de consumo: novos paradigmas sob a ótica da banalização do direito na ideologia social. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XV, n. 102, jul. 2012. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?artigo_id=12005&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso em: out. 2016.

KINSKY, Filipe Cordeiro; BONACCORSI, Amanda Helena Azeredo. A relevância da condenação efetivamente coercitiva na justiça do trabalho: como o *punitive damages* pode resgatar a Justiça Trabalhista do seu atual processo de autossabotagem. *Revista Letras Jurídicas [on-line]*, v. 3, n. 2. Belo Horizonte: Centro Universitário Newton Paiva, 2015. Disponível em: <<http://npa.newtonpaiva.br/letrasjuridicas/wp-content/uploads/2016/09/LJ-0522.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2017.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PREVIDELLI, José Eduardo Aidikaitis. *Dano moral indenizável decorrente de efetiva lesão do direito fundamental da personalidade*. Monografia realizada em atendimento a requisito para obtenção do grau em cumprimento ao 3º nível do Curso de Preparação à Magistratura. RS. 2006. Disponível em: <<http://www.escoladaajuris.org.br/phl8/arquivos/TC000015.pdf>>. Acesso em: 8 mar. 2017.

REIS, Clayton. *Avaliação do dano moral*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

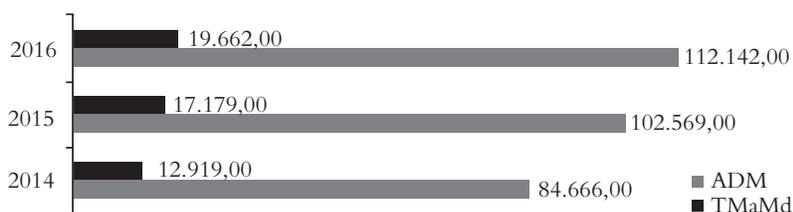
SILVA NETO, Manoel Jorge e. *O constitucionalismo brasileiro tardio*. Brasília: ESMPU, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. A jurisdição constitucional e as possibilidades hermenêuticas de efetivação da constituição: breve balanço crítico nos quinze anos da constituição brasileira. In: RÚBIO, David S.; FLORES, Joaquín H.; CARVALHO, Salo de (Org.). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

Apêndice A

Evolução da tese do mero aborrecimento *versus* crescimento da quantidade de acórdãos envolvendo danos morais (por Estado)*

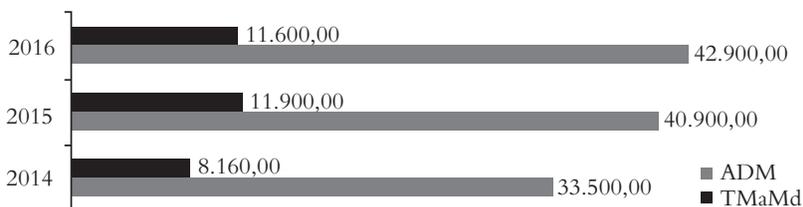
Evolução da TMaMD X crescimento da quantidade de acórdãos TJ-SP



Evolução da TMaMD X crescimento da quantidade de ADM-TJ-BA



Evolução da TMaMD X crescimento da quantidade de ADM-TJ-RS



Evolução da TMaMD X crescimento da quantidade de ADM-TJ-PA



Fonte: Dados obtidos dos Sistemas ESAJ e PJE dos Tribunais de Justiça Estaduais (2016)

TMaMd – Tese do mero aborrecimento ou mero dissabor

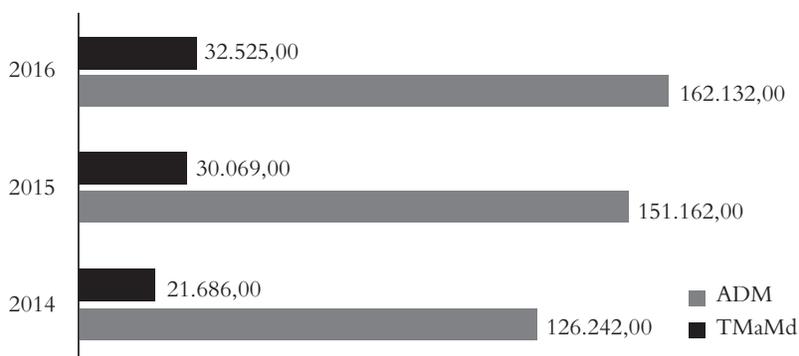
ADM – Acórdãos sobre danos morais

* A quantidade de acórdãos sobre danos morais em cada ano foi pesquisada utilizando-se as expressões “danos morais” ou “dano moral”, conforme as regras de pesquisa de cada site e sempre se marcando a opção “somente acórdãos”. Depois foram pesquisados apenas os termos “mero aborrecimento” ou “mero dissabor” para, só então, proceder-se à comparação dos quantitativos obtidos e tratamento dos dados.

Apêndice B

Média nacional da evolução da tese do mero aborrecimento *versus* crescimento da quantidade de acórdãos envolvendo danos morais

Média nacional – Evolução da TMaMd *versus* crescimento da quantidade de causas



Fonte: Dados obtidos dos Sistemas ESAJ e PJE dos Tribunais de Justiça Estaduais (2016)

TMaMd – Tese do mero aborrecimento ou mero dissabor

ADM – Acórdãos sobre danos morais

Apêndice C

Média das indenizações

MÉDIA DAS INDENIZAÇÕES	
ESTADO	VALOR
Bahia *	R\$ 10.000,00
São Paulo	R\$ 6.527,27
Rio Grande do Sul	R\$ 11.250,00
Pará	R\$ 11.806,00
Média total	R\$ 9.662,00

Fonte: Dados obtidos dos Sistemas ESAJ e PJE dos Tribunais de Justiça Estaduais (2016)

* Dentre os 15 acórdãos do Tribunal de Justiça da Bahia, apenas um reconheceu os danos morais e, portanto, a média das indenizações nesse estado pode variar para menos ou para mais.

Apêndice D

Evolução da porcentagem de utilização por ano

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO					
Ano	ADMs	TMaMd	UT	Crescimento ADMs em relação ao período anterior	Crescimento TMaMd em relação ao período anterior
2014	84.666,00	12.919,00	15%	-	-
2015	102.569,00	17.179,00	17%	21%	33%
2016	112.142,00	19.662,00	18%	9%	14%
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA					
Ano	ADMs	TMaMd	UT	Crescimento ADMs em relação ao período anterior	Crescimento TMaMd em relação ao período anterior
2014	7.036,00	529,00	8%	-	-
2015	6.463,00	865,00	13%	-8%	64%
2016	5.610,00	1.053,00	19%	-13%	22%
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL					
Ano	ADMs	TMaMd	UT	Crescimento ADMs em relação ao período anterior	Crescimento TMaMd em relação ao período anterior
2014	33.500,00	8.160,00	24%	-	-
2015	40.900,00	11.900,00	29%	22%	46%
2016	42.900,00	11.600,00	27%	5%	-3%

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ					
Ano	ADMs	TMaMd	UT	Crescimento ADMs em relação ao período anterior	Crescimento TMaMd em relação ao período anterior
2014	1.040,00	78,00	8%	-	-
2015	1.230,00	125,00	10%	18%	60%
2016	1.480,00	210,00	14%	20%	68%
CENÁRIO NACIONAL - MÉDIA DOS 4 ESTADOS					
Ano	ADMs	TMaMd	UT	Crescimento ADMs em relação ao período anterior	Crescimento TMaMd em relação ao período anterior
2014	126.242,00	21.686,00	17%	-	-
2015	151.162,00	30.069,00	20%	20%	39%
2016	162.132,00	32.525,00	20%	7%	8%

Fonte: Dados obtidos dos Sistemas EsAJ e PJE dos Tribunais de Justiça Estaduais (2016)

Apêndice E

Resultados obtidos com a amostra de 60 acórdãos

NÚMERO DO PROCESSO	TJ	DIMINUIU	NEGOU	ED	VI	CSPP
0000029-53.2013.8.05.0172	BA	NSA	SIM	Sofrimento atroz e dor extremada	R\$ -	NSA
0000032-08.2013.8.05.0269	BA	NSA	SIM	transtornos suficientemente graves	R\$ -	NSA
0000057-49.2014.8.05.0216	BA	NSA	SIM	dor, sofrimento (...) consideráveis	R\$ -	NSA
0000333-43.2013.8.05.0078	BA	NSA	NÃO	interfira intensamente no comportamento	R\$ 10.000,00	SIM
0000801-02.2011.8.05.0264	BA	NSA	SIM	ofensa anormal à personalidade	R\$ -	NSA
0000910-58.2014.8.05.0216	BA	NSA	SIM	grande dissabor	R\$ -	NSA
0001150-43.2013.8.05.0261	BA	NSA	SIM	dor íntima, intangível e inesquecível	R\$ -	NSA
0001604-27.2014.8.05.0216	BA	NSA	SIM	ofensa ou aborrecimento suficientemente grave	R\$ -	NSA
0002601-87.2012.8.05.0213	BA	NSA	SIM	real e grave constrangimento	R\$ -	NSA
0003174-89.2008.8.05.0141	BA	NSA	SIM	grande abalo psicológico	R\$ -	NSA
0007393-02.2007.8.05.0103	BA	NSA	SIM	além de injusta, agrave o contexto de aflição	R\$ -	NSA
0008382-86.2008.8.05.0001	BA	NSA	SIM	NSA	R\$ -	NSA

NÚMERO DO PROCESSO	TJ	DIMINUIU	NEGOU	ED	VI	CSPP
0300527-75.2014.8.05.0064	BA	NSA	SIM	transtornos suficiente- mente graves	R\$ -	NSA
0301696-92.2014.8.05.0001	BA	NSA	SIM	interfira intensamente no comporta- mento	R\$ -	NSA
0315464-56.2012.8.05.0001	BA	SIM	SIM	interfira intensamente no comporta- mento	R\$ -	NSA
0000453-94.2012.8.26.0318	SP	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 8.000,00	SIM
0000891-55.2015.8.26.0629	SP	NSA	SIM	dano moral razoavelmente grave	R\$ -	NSA
0000906-06.2015.8.26.0150	SP	NSA	SIM	perturbação da esfera anímica anormal.	R\$ -	NSA
0001287-14.2014.8.26.0323	SP	NÃO	NÃO	suficiente desconforto	R\$ 5.000,00	SIM
0002112-06.2014.8.26.0210	SP	NÃO	NÃO	notórios e graves inconvenientes	R\$ 3.000,00	SIM
0002176-92.2012.8.26.0369	SP	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 5.000,00	SIM
0002566-12.2014.8.26.0363	SP	NÃO	NÃO	sofrimento psicológico relevante	R\$ 8.800,00	SIM
0005802-98.2013.8.26.0009	SP	NSA	SIM	interfira intensamente no comporta- mento	R\$ -	NSA
0006414-78.2010.8.26.0417	SP	NSA	NÃO	NSA	R\$ 6.000,00	SIM
0007126-94.2011.8.26.0009	SP	SIM	NÃO	NSA	R\$ 5.000,00	NÃO
0015430-72.2012.8.26.0001	SP	SIM	SIM	fortes emoções	R\$ -	NSA
0028448-04.2012.8.26.0344	SP	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 8.000,00	SIM

NÚMERO DO PROCESSO	TJ	DIMINUIU	NEGOU	ED	VI	CSPP
0187639-41.2012.8.26.0100	SP	NÃO	NÃO	interfira intensamente no comportamento	R\$ 10.000,00	NÃO
1000149-89.2016.8.26.0269	SP	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 10.000,00	SIM
1001808-61.2014.8.26.0348	SP	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 3.000,00	SIM
0001002-41.2011.8.14.0076	PA	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 13.560,00	SIM
0001123-22.2012.8.14.0301	PA	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 2.500,00	NÃO
0001291-87.2011.8.14.0040	PA	NÃO	NÃO	muita angústia, sofrimento e indignação	R\$ 10.000,00	SIM
0002042-11.2012.8.14.0301	PA	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 20.000,00	SIM
0002507-78.2014.8.14.0065	PA	SIM	SIM	NSA	R\$ -	NSA
0005056-95.2015.8.14.0301	PA	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 7.000,00	NÃO
0005234-94.2014.8.14.0037	PA	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 10.000,00	SIM
0023699-15.2011.8.14.0301	PA	SIM	SIM	NSA	R\$ -	NSA
0033400-57.2013.8.14.0301	PA	NÃO	NÃO	imensuráveis transtornos	R\$ 12.000,00	SIM
0058035-73.2011.8.14.0301	PA	SIM	NÃO	grandes frustrações	R\$ 20.000,00	SIM
0012543-19.2015.8.14.0301	PA	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 15.000,00	SIM
0006275-13.2001.8.14.0301	PA	SIM	SIM	gravidade suficiente	R\$ -	NSA
0000725-43.2004.8.14.0051	PA	SIM	SIM	NSA	R\$ -	NSA
0025385-92.2005.8.14.0301	PA	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 8.000,00	SIM
0029545-41.2011.8.14.0301	PA	NSA	SIM	NSA	R\$ -	NSA
0203315-86.2016.8.21.7000	RS	SIM	SIM	NSA	R\$ -	NSA

NÚMERO DO PROCESSO	TJ	DIMINUIU	NEGOU	ED	VI	CSPP
0298613-08.2016.8.21.7000	RS	NSA	SIM	interfira intensamente no comportamento	R\$ -	NSA
0308800-75.2016.8.21.7000	RS	NÃO	NÃO	de significativa monta	R\$ 10.000,00	SIM
0331650-26.2016.8.21.7000	RS	NSA	NÃO	NSA	R\$ 9.000,00	SIM
0332535-40.2016.8.21.7000	RS	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 5.000,00	SIM
0348347-25.2016.8.21.7000	RS	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 5.000,00	SIM
0361322-79.2016.8.21.7000	RS	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 9.000,00	SIM
0362100-49.2016.8.21.7000	RS	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 9.000,00	SIM
0368504-53.2015.8.21.7000	RS	NSA	SIM	NSA	R\$ -	NSA
0402874-24.2016.8.21.7000	RS	NSA	SIM	interfira intensamente no comportamento	R\$ -	NSA
0408909-97.2016.8.21.7000	RS	NSA	SIM	interfira intensamente no comportamento	R\$ -	NSA
0414476-12.2016.8.21.7000	RS	NÃO	NÃO	profunda dor psíquica	R\$ 3.000,00	SIM
0328291-68.2016.8.21.7000	RS	NSA	SIM	NSA	R\$ -	NSA
0351826-26.2016.8.21.7000	RS	NÃO	NÃO	NSA	R\$ 40.000,00	SIM
0358994-79.2016.8.21.7000	RS	NSA	SIM	NSA	R\$ -	NSA

Fonte: Dados obtidos dos Sistemas ESAJ e PJE dos Tribunais de Justiça Estaduais (2016)

ED – Expressões de destaque; VI – Valor da Indenização; CSPP – Caráter sancionatório, punitivo ou pedagógico; TJ – Tribunal de Justiça; NSA – Não se aplica

Direito do Trabalho

Fatores determinantes do trabalho infantil: uma revisão sistemática da literatura

Danny de Castro Soares

Analista de Planejamento e Orçamento do Ministério Público do Trabalho. Mestre em Economia pela Universidade de Brasília (UnB) na área de Gestão Econômica das Finanças Públicas. Pós-graduado em Direito Administrativo e graduado em Gestão Financeira.

João Carlos Alves Leles

Analista de Planejamento e Orçamento do Ministério Público do Trabalho. Graduado em Direito e especialista em Contabilidade Pública e Lei de Responsabilidade Fiscal.

Resumo: Segundo a Organização Internacional do Trabalho (OIT), o trabalho infantil é toda forma de trabalho exercido por crianças e adolescentes abaixo da idade mínima legal estabelecida. No Brasil, por volta de 2,7 milhões de crianças e adolescentes exercem alguma atividade laboral. Como consequência, o trabalho infantil tem um efeito negativo no desenvolvimento e na educação das crianças e famílias. Nesse sentido, identificar as causas é necessário para desenhar as políticas públicas e a ação do Poder Público para corrigir esse problema social. Para tanto, esta pesquisa faz uma revisão sistemática da literatura, utilizando a base de dados Scopus, por meio do protocolo de Cronin, Ryan e Coughlan (2008). Os resultados apresentados ressaltam os níveis de renda como causa principal do trabalho infantil. Outros fatores foram identificados como o nível de escolaridade e a regulação pelo Poder Público.

Palavras-chave: Trabalho infantil. Causas. Fatores determinantes. Revisão sistemática de literatura.

Abstract: According to the International Labor Organization (ILO), child labor consists of all forms of work performed by children and adolescents below the legal minimum age established. In Brazil, around 2.7 million children and adolescents work. Therefore, child labor has a negative effect on the development and education of children and families. Thus, identifying the causes is necessary to design the public policies and public power action to correct this social problem. For this, this research makes a systematic review of the literature, using the Scopus database, through the protocol of Cronin, Ryan and Coughlan (2008). The presented results highlight income levels as the main cause of child labor. Other factors were identified as the level of schooling and regulation by the government.

Keywords: Child labor. Causes. Determinant factors. Systematic literature review.

Sumário: 1 Introdução. 2 Revisão narrativa da literatura. 2.1 Definição de trabalho infantil e dados. 2.2 Breve verificação dos determinantes do trabalho infantil. 3 Revisão sistemática da literatura. 3.1 Métodos e técnicas da pesquisa. 3.2 Análise e resultados. 4 Conclusão.

1 Introdução

O trabalho infantil é uma prática global e tem muitos resultados negativos. De acordo com a Organização Internacional do Trabalho, é a principal fonte de exploração e abuso infantil no mundo de hoje (ILO, 2017).

Embora sua incidência tenha diminuído ao longo da história, uma considerável quantidade de crianças continua trabalhando e por um grande número de horas. Segundo a OIT, entre 1992 e 2015, 5,7 milhões crianças e adolescentes deixaram de trabalhar no Brasil, o que significou uma redução de 68%. Ainda há, atualmente, por volta de 2,7 milhões de crianças em situação de trabalho infantil no Brasil (ILO, 2017).

Embora estatísticas e números sejam discutíveis, é fato que milhões de crianças trabalham ilegalmente em minas e pedreiras, ou com cargas excessivas, produtos químicos, em jornadas inadequadas de nove, dez e até doze horas por dia, recebendo remunerações insignificantes, entre outros problemas (DERRIEN, 1993).

Inegáveis também são os malefícios para a sociedade causados pelo trabalho infantil. Além de impedir a realização de direitos básicos, como igualdade, saúde e educação, faz com que se perpetue um ciclo vicioso em que a criança se submete ao trabalho e, com isso, perde formação educacional e qualificação e continua vivendo em situação de pobreza (SANTOS, 2015).

Por ser o trabalho infantil um malefício da sociedade, é necessário criar políticas para sua erradicação. Assim, emerge o papel do Ministério Público como órgão responsável pela realização dos direitos sociais, que atua como mediador na relação entre o Poder Público e a sociedade (SANTOS, 2015).

Para atuar na erradicação do trabalho infantil, o Ministério Público deve saber quais são as suas causas. Dessa forma, junto com o restante do Poder Público, definirá como será sua atuação. Segundo Kassouf (2007), diversos estudos verificam os determinantes do trabalho infantil ao redor do mundo e no Brasil. Todavia, para compreender melhor esse fenômeno tão complexo, faz-se necessário consolidar essas pesquisas realizadas em diversos países e com diferentes abordagens. Nesse sentido, surge o método, originário da medicina e recentemente utilizado nas ciências sociais, da revisão sistemática de literatura para agregar pesquisas esparsas e promover um melhor entendimento do todo (GUARNIERI et al., 2015).

Diante disso, reconhecendo que o procedimento para erradicação do trabalho da criança ainda é desconhecido e que é necessário consolidar as suas causas, o objetivo desta pesquisa é realizar uma revisão sistemática da literatura, verificando os fatores determinantes do trabalho infantil. Para tanto, é apresentada uma breve revisão narrativa da literatura e, logo após, os métodos e técnicas da pesquisa. Em seguida, são relatados os resultados e, por fim, a conclusão.

2 Revisão narrativa da literatura

2.1 Definição de trabalho infantil e dados

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) define como criança o indivíduo com 15 anos ou menos, sendo trabalhadora se fizer parte da população economicamente ativa (PEA), seja trabalhando ou procurando emprego (ILO, 2017). No entanto, há divergências entre os países em relação a tal definição. Isso se deve ao fato de muitos ainda não terem ratificado a Convenção n. 138 e a Recomendação n. 146, ambas da OIT, que tratam dos direitos das crianças, especialmente daquelas que exercem algum tipo de atividade laboral, a fim de erradicar o trabalho infantil (JAFAREY; LAHIRI, 2002).

Segundo Kassouf (2007), não se deve adotar uma única definição de trabalho infantil, principalmente se houver uma comparação internacional de estudos. Existem pesquisas mais específicas que utilizam dados sobre o trabalho doméstico ou a população economicamente ativa de crianças. Além disso, a própria definição de criança varia entre os países.

No Brasil, o trabalho infantil é aquele desempenhado por crianças ou adolescentes abaixo de 16 anos de idade, salvo na condição de aprendiz, quando a idade mínima passa a ser de 14 anos. Além disso, em conformidade com a Convenção n. 138 da OIT, o Brasil adota uma política nacional que assegura a efetiva abolição do trabalho infantil, exigindo o prévio e pleno desenvolvimento físico e mental de crianças e adolescentes (MELO; CÉSAR, 2016).

Em comparação com outros países, a legislação brasileira é uma das mais rígidas quanto à idade mínima para ingresso no mercado de trabalho (KASSOUF, 2007). Dessa forma, como não é o objetivo principal deste estudo, a definição do trabalho infantil será relativizada para o contexto em que cada bibliografia encontrada o definiu, para poder comparar os fatores determinantes de uma forma geral por meio da revisão sistemática da literatura.

2.2 Breve verificação dos determinantes do trabalho infantil

Kassouf (2007) analisa o modelo econômico de Gary Becker de distribuição do tempo em trabalho, lazer e educação¹. Os indivíduos buscam maximizar seus bens. Todavia, estão sujeitos a uma restrição como tempo e renda. Essa restrição faz com que tenham de ser feitas escolhas. O indivíduo optará por trabalhar, ao invés de desfrutar do lazer, pois este último implica menos renda para consumir esses bens². A educação, nesse contexto, é observada como investimento com custo presente para haver benefícios futuros. Segundo Kassouf (2007, p. 331),

[o] trabalho infantil é uma atividade que gera benefícios imediatos na forma de renda, mas também gera custos por não estudar e/ou por reduzir o tempo de lazer. Assim sendo, fatores que afetam os benefícios do trabalho (salário) ou os custos (retornos à educação) também afetarão a decisão com relação ao trabalho infantil.

Nesse sentido, considera-se que fatores externos e sociais afetam as decisões de ocorrer, ou não, o trabalho infantil (BECKER; LEWIS, 1973). As principais teorias defendem que o trabalho infantil é decorrente da pobreza e apresenta impactos sobre a educação e a escolha profissional quando o indivíduo se torna adulto (BANERJEE; NEWMAN, 1993; BASU, 2000). Todavia, é importante ressaltar que, enquanto alguns estudos identificaram empiricamente que o aumento da renda familiar reduz a possibilidade de a criança trabalhar (NAGARAJ, 2002), outros falharam em encontrar essa relação (RAY, 2000).

Segundo Kassouf (2007), a pobreza, a escolaridade dos pais, o tamanho e a estrutura da família, o sexo do chefe, a idade em que os pais começaram a trabalhar e o local de residência são os principais determinantes dos níveis de trabalho infantil.

1 Deve-se considerar que a família consome bens, serviços e lazer. Além disso, nesse modelo, lazer é preferível a trabalho.

2 Para um modelo econômico sobre o tema, ver Becker e Lewis (1973).

No que se refere ao nível de escolaridade dos pais, filhos de advogados, médicos e professores apresentam menores índices de trabalho na infância (BASU; TZANNATOS, 2003). O nível de educação dos pais também é observado em estudos na Índia (CIGNO; ROSATI, 2002), em Gana (ROSATI; TZANNATOS, 2006) e no Brasil (KASSOUF, 2007).

As diferenças de gênero foram igualmente observadas nos estudos. Famílias cujo chefe é do sexo feminino possuem maior índice de trabalho infantil (PATRINOS; PSACHAROPOULOS, 1995; BARROS; FOX; MENDONÇA, 1997). Quando se analisa a localização geográfica, observa-se que sobre a área rural incidem maiores porcentagens de trabalho na infância (KASSOUF, 2007).

No que se refere ao Estado brasileiro, Schwartzman e Schwartzman (2004) ressaltaram que o trabalho das crianças está relacionado a condições de escassez de recursos e também à tradição da agricultura familiar, sobretudo na Região Sul. Além disso, identificaram que residir na zona rural tem efeito positivo sobre o trabalho infantil, ou seja, na área rural, o trabalho infantil não resulta somente de uma menor renda mas também de infraestrutura escolar mais deficiente ou da inexistência de escolas, além da facilidade com que a criança é absorvida em atividades informais, que exigem menor qualificação. Kassouf (2007) ainda cita que o ingresso precoce dos pais no mercado de trabalho aumenta a probabilidade de a criança trabalhar.

Considerando que o objetivo principal desta pesquisa é realizar uma revisão sistemática dos determinantes do trabalho infantil na última década, a próxima seção irá elencar com mais detalhes como a literatura vem abordando esse tema nos últimos anos.

3 Revisão sistemática da literatura

3.1 Métodos e técnicas da pesquisa

A presente revisão sistemática de literatura é uma pesquisa classificada como descritiva, pois procura identificar o comportamento de um fenômeno e sua relação com outras variáveis, sendo uma de suas características a utilização de um padrão na coleta de dados e na busca da relação dos fenômenos encontrados (MARCONI; LAKATOS, 2017).

Por sua vez, quanto ao procedimento formal, a revisão sistemática da literatura é bibliográfica, partindo da análise de material já elaborado por outros pesquisadores. Tal método apresenta algumas vantagens, como a de permitir que diversos fenômenos sejam observados de forma mais ampla do que seriam com a sua análise individual. Convém destacar, também, que a revisão sistemática não é apenas a repetição do que já foi dito sobre o assunto. Pelo contrário, ela permite chegar a conclusões inovadoras por meio da análise do tema com uma nova abordagem (MARCONI; LAKATOS, 2017).

A revisão sistemática da literatura é um método bastante utilizado em pesquisas médicas para agregar o conhecimento de uma forma padronizada, por meio de um critério prévio e estabelecido, diferentemente da revisão narrativa, que não adota um padrão para analisar a bibliografia (CRONIN; RYAN; COUGHLAN, 2008). Embora amplamente utilizada na área da medicina, ela também vem sendo empregada nas ciências sociais para consolidar o conhecimento das pesquisas (GUARNIERI et al., 2015).

Nesta pesquisa foi utilizado o protocolo de Cronin, Ryan e Coughlan (2008), empregado também por Guarnieri et al. (2015), o qual é subdividido em cinco etapas: (a) elaboração da pergunta de pesquisa; (b) definição dos critérios de seleção dos textos; (c) seleção da literatura; (d) avaliação de qualidade da literatura; e (e) análise dos resultados. A *Figura 1* sintetiza o processo utilizado nesta pesquisa:

Figura 1: Método da revisão sistemática da literatura



Fonte: elaborado pelo autor

Apresentamos a seguir alguns comentários relativos às etapas do referido protocolo:

a) *Elaboração da pergunta de pesquisa*: este item busca definir quais são os fatores determinantes do trabalho infantil.

b) *Definição dos critérios de seleção dos textos*: os critérios de seleção correspondem aos elementos utilizados para filtrar e selecionar a pesquisa (GUARNIERI et al., 2015). Na definição da base de dados, optou-se pela Scopus, que é uma das maiores bases de dados de citações e resumo de literatura revisada por pares (revistas científicas, livros e conferências) e que possui por volta de 60 milhões de registros, incluindo 21.500 periódicos.

Selecionada a base de dados, passou-se ao período de pesquisa, que abrangeu os anos de 2007 a 2016 e segmentou apenas artigos científicos publicados em periódicos. Na definição de palavras-chave, foi utilizado o prefixo de pesquisa “*Child Labor*” AND “*Cause*” OR “*Determinant*” para buscar os artigos que tratavam das causas do trabalho infantil. A pesquisa foi realizada no título, resumo e palavras-chave. Além disso, foram selecionados somente artigos em inglês, português ou espanhol. O protocolo de pesquisa encontra-se a seguir:

```
( TITLE-ABS-KEY ( “Child labor” ) AND TITLE-ABS-KEY ( “cause” ) OR TITLE-ABS-KEY ( “determinant” ) ) AND ( LIMIT-TO ( PUBYEAR , 2016 ) OR LIMIT-TO ( PUBYEAR , 2015 ) OR LIMIT-TO ( PUBYEAR , 2014 ) OR LIMIT-TO ( PUBYEAR , 2013 ) OR LIMIT-TO ( PUBYEAR , 2012 ) OR LIMIT-TO ( PUBYEAR , 2011 ) OR LIMIT-TO ( PUBYEAR , 2010 ) OR LIMIT-TO ( PUBYEAR , 2009 ) OR LIMIT-TO ( PUBYEAR , 2008 ) OR LIMIT-TO ( PUBYEAR , 2007 ) ) AND ( LIMIT-TO ( DOCTYPE , “ar” ) ) AND ( LIMIT-TO ( LANGUAGE , “English” ) OR LIMIT-TO ( LANGUAGE , “Spanish” ) OR LIMIT-TO ( LANGUAGE , “Portuguese” ) )
```

c) *Seleção da literatura*: após os critérios de exclusão e inclusão, foi selecionado um total de 128 artigos científicos publicados nos periódicos.

d) *Avaliação de qualidade da literatura*: para avaliar a qualidade da bibliografia selecionada, optou-se por excluir aqueles artigos de periódicos que não possuíam fator de impacto do *Journal Citation Reports* (JCR) semelhante ao critério de revisão sistemática definido por Pagani, Kovaleski e Resende (2015). Dessa forma, restaram 62 artigos para leitura. Com a finalidade de observar quais documentos de fato tratavam dos determinantes do trabalho infantil, procedeu-se à leitura dos resumos, o que resultou na exclusão de 32 artigos, restando 30 para discussão dos resultados, que serão realizados no próximo tópico.

e) *Análise dos resultados*: os artigos selecionados foram lidos na íntegra e analisados detalhadamente. O objetivo principal na análise foi identificar quais as causas do trabalho infantil encontradas nas pesquisas recentes.

3.2 Análise e resultados

3.2.1 Análise geral dos artigos

Com os resultados da revisão sistemática da literatura, pretendeu-se identificar em cada artigo selecionado quais fatores são elencados como determinantes do trabalho infantil. Buscou-se também observar em qual localidade foram realizados os estudos empíricos. O resultado encontra-se na tabela a seguir:

Tabela: Síntese da revisão sistemática de literatura

Autor	Localidade	Causa do trabalho infantil
Alam, Amin e Rives (2015)	Bangladesh	Ausência de regulação e jurisdição
Alimi e Masuku (2010)	Nigéria	Menor renda
		Menor educação dos pais
		Chefes de família do sexo feminino
Bar e Basu (2009)	Teórico	Aumento da terra (no curto prazo)
		Menor renda

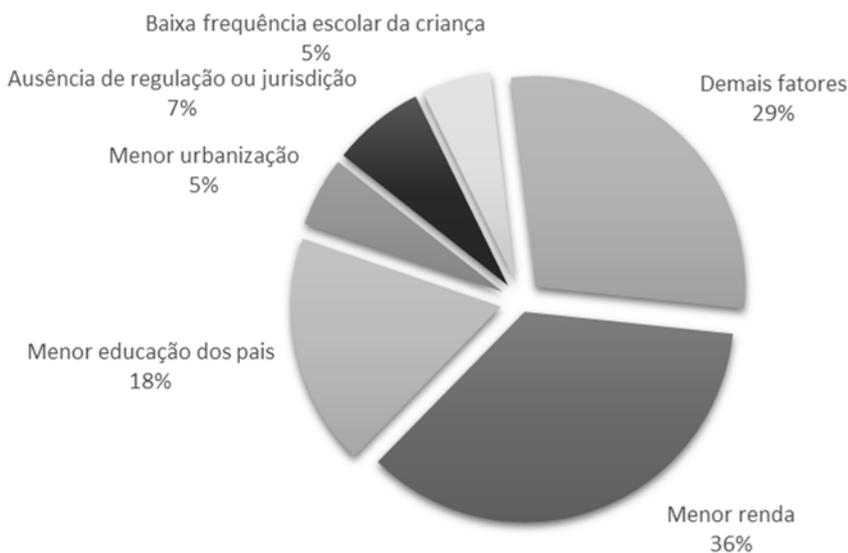
Autor	Localidade	Causa do trabalho infantil
Basu e Zarghamee (2009)	Teórico	“Boicote de produtos” que utilizam mão de obra infantil
Biggeri, Mehrotra e Sudarshan (2009)	Índia	Menor renda
		Menor educação dos pais
		Ausência de regulação e jurisdição
Carvalho Filho (2012)	Brasil	Menor renda
Chakrabarty, Grote e Lüchters (2011)	Nepal	Baixa frequência escolar da criança
Cockburn e Dostie (2007)	Etiópia	Menor renda
Dalal, Rahman e Jansson (2008)	Índia	Menor renda
		Local de trabalho dos pais
		Menor educação dos pais
Das e Mukherjee (2011)	Índia	Menor renda
		Menor educação dos pais
DeGraff, Ferro e Levison (2014)	Brasil	Menor renda
		Baixa frequência escolar da criança
		Menor urbanização
Eaton e Goulart (2009)	Portugal	Ausência de regulação e jurisdição
		Menor renda
Grigoli e Sbrana (2013)	Bolívia	Não conclusivo
Guarcello, Mealli e Rosati (2009)	Guatemala	Crises econômicas
Gulzar, Vertejee e Pirani (2009)	Paquistão	Menor renda
		Menor educação dos pais
		Ausência de regulação e jurisdição
		Baixa infraestrutura tecnológica
Hilson (2010)	Gana	Falta de oportunidade de emprego no setor formal
		Menor renda

Autor	Localidade	Causa do trabalho infantil
Jayaraj e Subramanian (2007)	Índia	Menor renda
Kis-Katos (2012)	Índia	Menor renda
Kis-Katos e Schulze (2011)	Indonésia	Baixa frequência escolar da criança
Kotb et al. (2011)	Egito	Menor renda
Mehrotra e Biggeri (2010)	Paquistão	Menor renda
		Menor educação dos pais
Mohammed, Ewis e Mahfouz (2014)	Egito	Menor renda
		Menor educação dos pais
		Maior tamanho da família
		Ausência de pais
Pörtner (2016)	Filipinas	Maior tempo dos pais no trabalho
Ramalho e Mesquita (2013)	Brasil	Menor renda
		Menor educação dos pais
Sensoy Bahar (2016)	Curdas	Maiores índices de reprovação
		Idade – irmãos mais velhos
Siddiqi (2013)	Lahore	Menor renda
Vásquez e Bohara (2010)	Guatemala	Desastres naturais
		Crises econômicas
Webbink, Smits e Jong (2012)	Ásia e África	Menor urbanização
		Menor educação dos pais
Webbink, Smits e Jong (2013)	Países em desenvolvimento	Menor urbanização
		Menor renda
Webbink, Smits e Jong (2015)	Ásia	Menor educação dos pais
		Fatores demográficos e culturais
	África	Menor renda

Fonte: elaborado pelo autor

Alguns aspectos dos estudos analisados merecem destaque. Primeiro, com exceção dos dois estudos que apresentam uma abordagem teórica sobre o tema, entre os demais, apenas um estudou um país desenvolvido (Portugal). Os outros estudaram países sub-desenvolvidos ou locais em desenvolvimento. Segundo, os menores níveis de renda são sistematicamente destacados como principal fator do trabalho infantil. Todavia, outros pontos devem ser ressaltados, como a menor educação dos pais e a ausência de regulação e jurisdição sobre o tema no local analisado. O gráfico a seguir apresenta os principais determinantes do trabalho infantil encontrados:

Gráfico: Causas do trabalho infantil



Fonte: elaborado pelo autor

3.2.2 *Análise descritiva dos artigos*

Entre as pesquisas seleccionadas na revisão sistemática de literatura, convém destacar a de Webbink, Smits e Jong (2013), que faz uma análise multicritério das causas do trabalho infantil. Os

autores abordam fatores do contexto externo e da estrutura familiar com variáveis de recursos, estrutura e cultura. Após estudar 239.120 crianças em dezoito países em desenvolvimento, foi observado, no nível das famílias, que os recursos e as características estruturais (principalmente a menor renda) influenciam o trabalho infantil, enquanto as características culturais não têm efeito. No que se refere aos fatores de contexto, os autores observaram que as crianças trabalham mais nas áreas rurais, especialmente se houver mais empregos manuais não qualificados.

Em estudo teórico, Bar e Basu (2009) retratam um modelo denominado “gerações sobrepostas” para examinar o efeito do aumento na propriedade de terra pelo agregado familiar no trabalho infantil. Eles apontam que um pequeno aumento de terra, no curto prazo, eleva o nível de crianças trabalhando, ao passo que, no longo prazo, à medida que a terra continua aumentando, ocorre um declínio. Isso se deve ao fato de que, no longo prazo, o aumento da terra aumenta a renda do agregado familiar, proporcionando menores índices de trabalho infantil.

Alguns estudos verificaram os impactos do trabalho infantil nas condições de saúde, apresentando os seus determinantes em cada pesquisa. Ao analisar o Egito, país com cerca de 1,5 milhão de crianças trabalhadoras com idades entre 6 e 15 anos, Kotb et al. (2011) estudaram 630 estudantes da aldeia agrícola Koom Abousheel e apontam que mais crianças trabalham em locais onde os pais têm menor renda para sustentar a família. Também observando o Egito, Mohammed, Ewis e Mahfouz (2014) relatam que a pobreza, o analfabetismo dos pais ou sua ausência e o grande tamanho da família são os principais determinantes do trabalho infantil.

Webbink, Smits e Jong (2015) comparam o trabalho infantil na Ásia e na África. Os níveis de educação parental e os fatores demográficos e culturais (como religião e clima) são significativos na Ásia, enquanto na África esses fatores são de menor importância e prevalecem os níveis de pobreza da população. Por sua vez, Cockburn e Dostie (2007) analisam o caso da Etiópia e buscam trazer evidência empírica entre a pobreza e o trabalho infantil.

Segundo os autores, quanto maior a pobreza, maiores são os percentuais de crianças trabalhando.

Hilson (2010) observou a indústria de mineração no contexto da África subsaariana e pontua que a falta de oportunidades de emprego no setor formal e/ou a necessidade de prestar apoio financeiro às suas famílias empobrecidas levou dezenas de milhares de crianças a trabalharem nessa indústria em Gana, mas destaca a necessidade de observar as causas adjacentes da pobreza para compreender o fenômeno de forma completa.

Ao analisar a incidência geográfica do trabalho infantil em pequenas empresas de manufatura na Indonésia, Kis-Katos e Schulze (2011) observaram o trabalho infantil sob a ótica da demanda e oferta de educação. O acesso ao crédito e a proximidade escolar reduzem o fornecimento de mão de obra infantil, mas, simultaneamente, constituem fatores de localização positivos para as empresas, aumentando assim a demanda de trabalhadores infantis. Para efetivamente reduzir o trabalho infantil, as políticas orientadas para o aumento da educação (aumento de crédito e de escolas) devem ser complementadas por políticas especificamente voltadas ao aumento da frequência escolar.

Maior frequência escolar das crianças é observada, igualmente, como causa de menores índices de trabalho infantil na pesquisa de Chakrabarty, Grote e Lüchters (2011), que também demonstra o importante papel das organizações não governamentais em trazer crianças de volta à escola. Entretanto, resultado oposto foi apresentado por Grigoli e Sbrana (2013), os quais, ao analisar o caso boliviano entre 1999 e 2007, apontam que, mesmo aumentando o índice de crianças extremamente pobres frequentando a escola, não houve redução nos níveis de trabalho infantil, permanecendo esse desafio para a Bolívia nos próximos anos.

Comparando Paquistão e Indonésia, Mehrotra e Biggeri (2010) analisaram crianças que trabalhavam em serviços domésticos e apontam um maior nível de trabalho infantil no Paquistão em comparação com a Indonésia. Segundo os autores, as duas princi-

país causas para a diferença são o maior nível de educação dos pais e o menor índice de pobreza neste último país.

Alimi e Masuku (2010) observaram os determinantes do trabalho infantil na Nigéria analisando 1.457 famílias com crianças entre 5 e 14 anos de idade. Como fatores, foram destacados: baixo nível de renda familiar, baixo nível de escolaridade dos pais e sexo do chefe do agregado familiar. Com relação a esse último ponto, convém destacar que os autores apontaram que famílias chefiadas por mulheres possuem maior chance de ter trabalho infantil devido à baixa renda atribuída naquele país às trabalhadoras do sexo feminino.

As diferenças de sexo também são observadas no estudo de Kis-Katos (2012), segundo o qual o trabalho infantil no mercado incide em maior volume sobre crianças do gênero masculino. Estas exercem função mais significativa no mercado de trabalho externo, enquanto as meninas se ocupam mais do trabalho doméstico, que não é contabilizado em grande parte dos indicadores dos países. Entretanto, quando o nível de renda é consideravelmente baixo, mesmo as crianças do sexo feminino buscam complementar a renda no mercado. Essa diferença de gênero também é observada por Webbink, Smits e Jong (2012) em estudo em países africanos e asiáticos. Os autores apontam como fatores determinantes do trabalho infantil a menor urbanização e a menor educação dos pais.

Pörtner (2016) estuda os determinantes da alocação do tempo das crianças nas Filipinas e conclui que elas gastam seu tempo em trabalho quando também os pais alocam mais tempo em trabalho (caracterizando a ausência dos pais). Todavia, nos casos estudados, o tempo de trabalho ocorre em detrimento do lazer, e não da educação infantil.

Vásquez e Bohara (2010) estudam o comportamento de variáveis diante de choques econômicos (como crises econômicas) e desastres naturais e apontam o aumento do trabalho infantil em ambos os casos. A mesma constatação é observada em Guarcello, Mealli e Rosati (2009), para quem as crises econômicas aumentam a

incidência de crianças no mercado de trabalho devido ao baixo valor de sua mão de obra e à necessidade de complementação de renda.

Sensoy Bahar (2016) analisou diretamente as famílias para observar os fatores daquelas que optam pelo trabalho infantil. Segundo seu estudo, irmãos mais velhos são mais propensos a procurar emprego no mercado. Outro fator observado foi o sucesso (ou falha) das crianças nos estudos. Onde havia maior índice de reprovação, o índice de trabalho infantil era mais elevado.

Siddiqi (2013) analisou a capital do Paquistão, Lahore, e constata que o fator renda da família é o principal determinante dos níveis de trabalho infantil. Todavia, observa que um resultado não caminha em direção aos estudos internacionais ao verificar, pelo menos na região estudada, que os níveis escolares e de alfabetização não exercem influência nos índices de trabalho infantil. Por sua vez, analisando todo o país, Gulzar, Vertejee e Pirani (2009) segmentam as causas em sociais (sistema educacional inadequado e maior analfabetismo), organizacionais (ausência de regulação e jurisdição) e tecnológicas (baixa infraestrutura tecnológica em países subdesenvolvidos).

Basu e Zarghamee (2009) estudam como o “boicote ao produto” pode influenciar os níveis de trabalho infantil. À primeira vista, os autores apontam que, ao descobrir que um determinado produto usou do trabalho infantil para sua elaboração, a repulsa da sociedade fará com que o seu consumo seja diminuído. Entretanto, tal fenômeno poderá produzir um resultado adverso de aumentar os índices de crianças trabalhando devido à necessidade de diminuir o custo do produto final e ao menor valor da mão de obra infantil.

Alam, Amin e Rives (2015) observam a diversidade na distribuição ocupacional dos trabalhadores infantis por gênero e mostram como suas características individuais e familiares influenciam escolhas ocupacionais. A sua pesquisa confirma que a maioria das crianças trabalha no setor informal, onde a jurisdição e os regulamentos do setor formal estão ausentes.

Jayaraj e Subramanian (2007) analisam que o fenômeno do trabalho infantil é explicável por meio da pobreza, que obriga um

lar a manter seus filhos fora da escola e colocá-los a trabalhar para a sobrevivência da família. Para tal conclusão, os autores estudaram o caso indiano e ampliaram o conceito de pobreza inserindo variáveis diferentes da renda como educação, infraestrutura e saúde.

Ainda estudando o comportamento na Índia, Dalal, Rahman e Jansson (2008) entrevistaram 1.400 trabalhadores infantis em áreas urbanas e rurais. Suas conclusões apontam que, além de fatores conhecidos como nível de educação e renda da família, o local de trabalho dos pais exerce influência, como, por exemplo, no caso da maior propensão de crianças a trabalhar com os pais em barracas de comida e estações rodoviárias. Biggeri, Mehrotra e Sudarshan (2009) também observam a presença de maior índice de trabalho infantil entre crianças indianas mais pobres e com menor nível de educação. Todavia, complementam os estudos para aquele país incluindo como causa do trabalho infantil a ausência de regulação e jurisdição. Das e Mukherjee (2011) corroboram a ideia da renda e educação como fatores determinantes do trabalho na infância e também ressaltam que, até um determinado limite de horas semanais e de forma estruturada, ele é benéfico para as crianças na Índia.

Por sua vez, Eaton e Goulart (2009) analisam o trabalho infantil pela ótica da firma, e não das crianças. Os autores apontam que as fábricas no interior de Portugal resistem à globalização das pressões competitivas por meio da redução dos custos reais do trabalho, utilizando práticas de trabalho informais, explorando a capacidade produtiva barata que os menores trazem e as lacunas legislativas que impedem sua erradicação. Em sua análise, concluem que, junto com a procura de renda das crianças, a ausência de regulação e jurisdição aumenta os níveis do trabalho infantil.

Entre os estudos selecionados pela revisão sistemática de literatura, destacam-se alguns que abordam o caso brasileiro. Carvalho Filho (2012) estuda os efeitos dos benefícios sociais concedidos a trabalhadores rurais nos níveis do trabalho infantil no Brasil e observa que os aumentos de benefícios reduziram a intensidade do trabalho das meninas, que migraram do trabalho em lavouras para tarefas domésticas. No caso dos meninos, não houve alterações sig-

nificativas. Seus resultados corroboram a ideia da pobreza como causa do trabalho infantil, ao mesmo tempo em que ressaltam as diferenças entre gênero no Brasil.

DeGraff, Ferro e Levison (2014) realizaram uma pesquisa quantitativa, buscando uma imagem mais ampla do envolvimento das crianças no trabalho arriscado, com base em evidências quantitativas dos dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD). Ao relacionar os indicadores, os autores apontam para as conclusões apresentadas pela doutrina, como nível de riqueza e educação familiar. Além disso, é destacado que, no caso brasileiro, famílias com propriedades fazendárias são mais propensas a ter crianças trabalhando. Utilizando dados em painel, Ramalho e Mesquita (2013) apresentam a mesma conclusão para os níveis de renda e educação familiar.

4 Conclusão

Satyarthi (2013, p. 26) diz que, com o trabalho infantil, “nossas crianças estão perdendo a sua infância e acham que não são mais crianças, não se consideram mais crianças”. Erradicar o trabalho infantil ainda é desafio substancial, principalmente em países sub-desenvolvidos e em desenvolvimento.

Nesse contexto, esta revisão sistemática de literatura atendeu seus objetivos de verificar os determinantes do trabalho infantil nas principais pesquisas. Menores níveis de renda ainda se apresentam reiteradamente como o principal fator para o trabalho infantil. Entretanto, outros aspectos complementares devem ser analisados em conjunto, principalmente no que se refere aos níveis de educação e participação do governo na regulação e punição desse problema. Este último aspecto ressalta a importância de o Ministério Público do Trabalho continuar atuando com suas políticas de redução do trabalho infantil.

A presente pesquisa também reúne um arcabouço teórico vasto para pesquisas futuras que já apresentam uma reunião sistemática de artigos internacionais identificando as causas do trabalho

infantil na literatura. Assim, estudos posteriores podem utilizar a mesma metodologia para identificar os efeitos desse problema ou realizar estudos quantitativos (como *panel data* ou *probit model*) com o objetivo de observar se os determinantes encontrados na literatura internacional se aplicam ao caso brasileiro atualmente.

Referências

ALAM, I. M.; AMIN, S.; RIVES, J. M. Occupational choices of working children in Bangladesh. *Applied Economics*, v. 47, n. 46, p. 4982-4995, 2015.

ALIMI, T.; MASUKU, M. B. Determinants of household participation in the child labour force: the case of IWO Local Government Area in Osun State, Nigeria. *Agrekon*, v. 49, n. 3, p. 358-372, 2010.

BANERJEE, A. V.; NEWMAN, A. Occupational choice and the process of development. *Journal of Political Economy*, v. 101, n. 2, p. 274-298, 1993.

BAR, T.; BASU, K. Children, education, labor, and land: in the long run and short run. *Journal of the European Economic Association*, v. 7, n. 2-3, p. 487-497, 2009.

BARROS, R.; FOX, L.; MENDONÇA, R. Female-headed households, poverty, and the welfare of children in urban Brazil. *Economic Development and Cultural Change*, v. 45, n. 2, p. 231-257, 1997.

BASU, K. The intriguing relation between adult minimum wage and child labour. *The Economic Journal*, v. 110, n. 462, p. 50-61, 2000.

BASU, K.; TZANNATOS, Z. Child labor and development: an introduction. *The World Bank Economic Review*, v. 17, n. 2, p. 145-146, 2003.

BASU, K.; ZARGHAMEE, H. Is product boycott a good idea for controlling child labor? A theoretical investigation. *Journal of Development Economics*, v. 88, n. 2, p. 217-220, 2009.

BECKER, G. S.; LEWIS, H. G. On the interaction between the quantity and quality of children. *Journal of Political Economy*, v. 81, n. 2, p. 279-288, 1973.

BIGGERI, M.; MEHROTRA, S.; SUDARSHAN, R. M. Child labour in industrial outworker households in India. *Economic and Political Weekly*, v. 44, n. 12, p. 47-56, 2009.

CARVALHO FILHO, I. E. D. E. Household income as a determinant of child labor and school enrollment in Brazil: evidence from a social security reform. *Economic Development and Cultural Change*, v. 60, n. 2, p. 399-435, 2012.

CHAKRABARTY, S.; GROTE, U.; LÜCHTERS, G. Does social labelling encourage child schooling and discourage child labour in Nepal? *International Journal of Educational Development*, v. 31, n. 5, p. 483-489, 2011.

CIGNO, A.; ROSATI, F. C. Child labour, education and nutrition in rural India. *Pacific Economic Review*, v. 7, n. 1, p. 65-83, 2002.

COCKBURN, J.; DOSTIE, B. Child work and schooling: the role of household asset profiles and poverty in rural Ethiopia. *Journal of African Economies*, v. 16, n. 4, p. 519-563, 2007.

CRONIN, P.; RYAN, F.; COUGHLAN, M. Undertaking a literature review: a step-by-step approach. *British Journal of Nursing*, v. 17, n. 1, p. 38-43, 2008.

DALAL, K.; RAHMAN, F.; JANSSON, B. The origin of violent behaviour among child labourers in India. *Global Public Health*, v. 3, n. 3, p. 77-92, 2008.

DAS, S.; MUKHERJEE, D. Measuring deprivation due to child work and child labour: a study for indian children. *Child Indicators Research*, v. 4, n. 3, p. 453-466, 2011.

DEGRAFF, D. S.; FERRO, A. R.; LEVISON, D. Kids at risk: children's employment in hazardous occupations in Brazil. *Estudos Econômicos*, v. 44, n. 4, p. 685-721, 2014.

DERRIEN, J.-M. *O trabalho infantil: a fiscalização do trabalho e o trabalho infantil*. 2. ed. Brasília: OIT, 1993.

EATON, M.; GOULART, P. Portuguese child labour: an enduring tale of exploitation. *European Urban and Regional Studies*, v. 16, n. 4, p. 439-444, 2009.

GRIGOLI, F.; SBRANA, G. Determinants and dynamics of schooling and child labour in Bolivia. *Bulletin of Economic Research*, v. 65, n. SUPPL1, p. s17-s37, 2013.

GUARCELLO, L.; MEALLI, F.; ROSATI, F. C. Household vulnerability and child labor: the effect of shocks, credit rationing, and insurance. *Journal of Population Economics*, v. 23, n. 1, p. 169-198, 2009.

GUARNIERI, P. et al. The challenge of selecting and evaluating third-party reverse logistics providers in a multicriteria perspective: a brazilian case. *Journal of Cleaner Production*, v. 96, n. 1, p. 209-219, 2015.

GULZAR, S. A.; VERTEJEE, S.; PIRANI, L. Child labour: a public health issue. *Journal of the Pakistan Medical Association*, v. 59, n. 11, p. 778-781, 2009.

HILSON, G. Child labour in african artisanal mining communities: experiences from Northern Ghana. *Development and Change*, v. 41, n. 3, p. 445-473, 2010.

ILO, 2017. International Labour Organizational – ILO. 2017. Disponível em: <<http://www.ilo.org/global/lang--en/index.htm>>. Acesso em: 24 ago. 2017.

JAFAREY, S.; LAHIRI, S. Will trade sanctions reduce child labour? The role of credit markets. *Journal of Development Economics*, v. 68, n. 1, p. 137-156, 2002.

JAYARAJ, D.; SUBRAMANIAN, S. Out of school and (probably) in work: child labour and capability deprivation in India. *Journal of South Asian Development*, v. 2, n. 2, p. 177-226, 2007.

KASSOUF, A. L. O que conhecemos sobre o trabalho infantil? *Nova Economia*, v. 17, n. 2, p. 323-350, 2007.

KIS-KATOS, K. Gender differences in work-schooling decisions in rural North India. *Review of Economics of the Household*, v. 10, n. 4, p. 491-519, 2012.

KIS-KATOS, K.; SCHULZE, G. G. Child labour in Indonesian small industries. *Journal of Development Studies*, v. 47, n. 12, p. 1887-1908, 2011.

KOTB, S. A. M. et al. Agricultural labor among school children in rural Assiut, Egypt. *Life Science Journal*, v. 8, n. 2, p. 423-439, 2011.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M. *Fundamentos de metodologia científica: técnicas de pesquisa*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

MEHROTRA, S.; BIGGERI, M. Children in home worker households in Pakistan and Indonesia. *International Journal of Manpower*, v. 31, n. 2, p. 208-231, 2010.

MELO, G. A. B.; CÉSAR, J. B. M. *Trabalho infantil: mitos, realidades e perspectivas – estudos em homenagem ao professor Oris de Oliveira*. São Paulo: LTr, 2016.

MOHAMMED, E. S.; EWIS, A. A. A.; MAHFOUZ, E. M. Child labor in a rural Egyptian community: an epidemiological study. *International Journal of Public Health*, v. 59, n. 4, p. 637-644, 2014.

NAGARAJ, K. *Female and child workers in a household industry*. Gandihinagar, 2002.

PAGANI, R. N.; KOVALESKI, J. L.; RESENDE, L. M. Methodi ordinatio: a proposed methodology to select and rank relevant scientific papers encompassing the impact factor, number of citation, and year of publication. *Scientometrics*, v. 105, n. 3, p. 2109-2135, 2015.

PATRINOS, H. A.; PSACHAROPOULOS, G. Educational performance and child labor in Paraguay. *International Journal of Educational Development*, v. 15, n. 1, p. 47-60, 1995.

PÖRTNER, C. C. Effects of parental absence on child labor and school attendance in the Philippines. *Review of Economics of the Household*, v. 14, n. 1, p. 103-130, 2016.

RAMALHO, H. M. B.; MESQUITA, S. P. de. Determinantes do trabalho infantil no Brasil urbano: uma análise por dados em painel 2001-2009. *Economia Aplicada*, v. 17, n. 2, p. 193-225, 2013.

RAY, R. Analysis of child labour in Peru and Pakistan: a comparative study. *Journal of Population Economics*, v. 13, n. Springer-Verlag, p. 3-19, 2000.

ROSATI, F. C.; TZANNATOS, Z. Child labour in Vietnam. *Pacific Economic Review*, v. 11, n. 1, p. 1-31, 2006.

SANTOS, F. S. M. Combate ao trabalho infantil: uma incumbência do Ministério Público, da sociedade e do Estado. *Boletim Científico ESMPU*, v. 14, n. 44, p. 99-129, 2015.

SATYARTHI, K. Erradicação do trabalho infantil: desafios e perspectivas. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 79, n. 1, p. 22-37, 2013.

SCHWARTZMAN, S.; SCHWARTZMAN, F. *O trabalho infantil no Brasil*. 2. ed. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos do Trabalho/UFRJ, 2004.

SENSOY BAHAR, O. How do low-income kurdish migrant families in Turkey negotiate child/adolescent characteristics in child labor decisions? Insights from kurdish mothers. *Qualitative Social Work*, v. 15, n. 1, p. 11-34, 2016.

SIDDIQI, A. F. Important determinants of child labor: a case study for Lahore. *American Journal of Economics and Sociology*, v. 72, n. 1, p. 199-221, 2013.

VÁSQUEZ, W. F.; BOHARA, A. K. Household shocks, child labor, and child schooling: evidence from Guatemala. *Latin American Research Review*, v. 45, n. 3, p. 165-186, 2010.

WEBBINK, E.; SMITS, J.; JONG, E. Hidden child labor: determinants of housework and family business work of children in 16 developing countries. *World Development*, v. 40, n. 3, p. 631-642, 2012.

———. Household and context determinants of child labor in 221 districts of 18 developing countries. *Social Indicators Research*, v. 110, n. 2, p. 819-836, 2013.

———. Child labor in Africa and Asia: household and context determinants of hours worked in paid labor by young children in 16 low-income countries. *European Journal of Development Research*, v. 27, n. 1, p. 84-98, 2015.

O falso contrato de “advogado associado” e a atuação do MPT no combate a essa fraude

Igor Daniel Cavalcante de Melo

Analista Processual do Ministério Público da União. Graduado pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (UFRN). Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Resumo: O presente estudo aborda as diferenças entre trabalho e emprego, como institutos jurídicos, com enfoque na diferença entre o contrato de emprego e demais contratos do trabalho. Analisa, também, a atual situação de advogados empregados que são contratados como advogados associados, de acordo com o art. 39 do Regulamento Geral da Ordem dos Advogados do Brasil, mas que, de fato, estão em relação de emprego, com os todos seus pressupostos. Estuda, por fim, a possibilidade de atuação do Ministério Público do Trabalho em ações que combatem essa espécie de fraude no contrato de emprego, expondo julgados e opiniões doutrinárias sobre os temas em questão, no sentido de tentar entender o fenômeno e os métodos mais eficazes para combater essa espécie de ilícito.

Palavras-chave: Advogados. Contrato de emprego e associativo. Fraude. Ministério Público do Trabalho.

Resumen: Este estudio aborda las diferencias entre el trabajo y el empleo, como instituciones legales, centrándose en la diferencia entre el contrato de empleo y otros contratos de trabajo. Analiza también la situación de los abogados empleados que son contratados como abogados asociados, de acuerdo con el art. 39 del Reglamento General de la Orden de los Abogados del Brasil, pero que, de hecho, están en relación de empleo, con todos sus supuestos. Estudia, por último, la posibilidad de actuación del Ministerio Público del

Trabajo en acciones que combaten este tipo de fraude en el contrato de trabajo, exponiendo juzgados y opiniones doctrinales sobre los temas tratados en el sentido de tratar de entender el fenómeno y los métodos más efectivos en la lucha contra este tipo de delito.

Palabras-clave: Abogados. Contrato de empleo y de asociación. Fraude. Ministerio Público del Trabajo.

Sumário: 1 Introdução. 2 A caracterização da relação de emprego. 2.1 Trabalho e emprego. 2.2 O autônomo – posição clássica do advogado. 2.3 Relação empregatícia. 3 O contrato associativo e a relação de emprego do advogado. 4 O MPT e as fraudes nos contratos associativos. 4.1 O Ministério Público como órgão de proteção dos direitos coletivos e individuais indisponíveis. 4.2 O MPT como ramo especializado do trabalho. 4.3 Instrumentos de atuação do MPT. 4.4 O MPT e a tutela dos direitos dos advogados empregados sob contrato fraudado. 5 Conclusão.

1 Introdução

O Direito do Trabalho é um dos ramos mais dinâmicos do Direito brasileiro, o que se dá em razão da clara ligação entre ele e suas reflexões econômicas, bem como com as alterações sociais que elas geram. Em razão dessa dinamicidade, as regras trabalhistas estão sempre se modificando no âmbito privado – resguardado, porém, um núcleo protegido no âmbito público, os direitos mínimos do trabalhador.

Essas duas faces de interesses (público e privado) entram, todavia, muito facilmente em conflito. Isso ocorre devido à tênue delimitação entre o interesse econômico e seus aspectos jurídicos. Se, de um lado, o empregador pretende ter o maior lucro com os menores custos possíveis, do outro, o Direito resguarda a proteção do trabalhador em face de medidas econômicas a ele prejudiciais.

É nessa dialética que deve ser compreendido o Direito do Trabalho: na intersecção entre o aspecto econômico e a proteção social, entre as leis do mercado e os direitos fundamentais das classes trabalhadoras.

A profissão do causídico não escapa à análise do viés econômico do contrato de trabalho. Em razão da guinada no crescimento do número de faculdades que oferecem o curso de Direito e da enxurrada de profissionais que saem todos os anos da faculdade sem um mercado que os absorva, entra em jogo a chamada “lei da oferta e da procura”, em que fica definido que um profissional “menos raro” tem um “preço menor” pelo seu trabalho. Isso, somado ao fenômeno das ações repetitivas, das “peças modelo” e da informatização do processo, gera, nesse mercado, um ambiente hostil aos jovens advogados, que se veem na penumbra de um mundo jurídico saturado e com pouco espaço para novos jogadores.

Ante a hipossuficiência econômica e social do jovem advogado, muitos dos grandes escritórios vêm abusando da figura do contrato associativo (art. 39 do Regulamento Geral da Ordem dos Advogados do Brasil) para formar um *vínculo de emprego de segunda categoria* com o causídico, que, para sobreviver nesse mercado, acaba se submetendo a tais práticas e se vendo subtraído de uma gama de direitos trabalhistas e previdenciários, sem ter sequer atitudes concretas de proteção por parte de sua própria Ordem.

Nesse substrato social, ao Ministério Público do Trabalho, como órgão de proteção coletiva dos hipossuficientes e de proteção dos direitos sociais, incube tomar as rédeas dessa situação, combatendo a ilegalidade e protegendo, por todos os meios que tem em mãos, os direitos dos causídicos materialmente empregados que estejam submetidos aos contratos fraudados de associação.

O presente trabalho se dispõe, nesse sentido, a estudar a caracterização dessa fraude no meio social e a fazer breves considerações sobre a atuação do MPT nesses casos.

2 A caracterização da relação de emprego

O ser humano precisou trabalhar a natureza e dela tirar o sustento, o alimento, a moradia, a sobrevivência. Desde tempos imemoriáveis, o trabalho existe na realidade humana como meio de

subsistência. Ele é o dispêndio de tempo e energia para a realização de um fim, de um objetivo.

Para otimizar o trabalho, o homem se utilizou desde logo de instrumentos externos a si, sejam ferramentas, animais, aspectos naturais e, é claro, outros homens. A relação entre seres humanos a partir do trabalho, sendo este a liga que os une, é, portanto, antiga.

Hoje, o trabalho se apresenta em diferentes modalidades jurídicas, podendo ser gratuito ou oneroso, ou de acordo com diversos tipos de contrato, conforme a natureza e o interesse dos contratantes, entre outros aspectos, além de possuir extensa regulação legal.

Urge, inicialmente, diferenciar o que seria trabalho e emprego no Direito brasileiro.

2.1 Trabalho e emprego

O *trabalho*, expressão que tem sua origem ligada a antigos instrumentos de tortura¹, é classicamente concebido como algo negativo, pejorativo, típico das classes subalternas; hoje, porém, é importante componente econômico, jurídico e social. O trabalho é um gênero amplo, caracterizado, como já dito, pela cessão de energia, seja física ou intelectual, de um ser humano a outro, com objetivo de alcançar um fim específico.

Poderá ser um trabalho oneroso, gratuito, temporário, por tempo indeterminado ou determinado, eventual ou não eventual. É regido de acordo com o contrato e/ou com as normas legais que o alcançarem, a depender de sua natureza, a ser aferida por questões de fato.

Para entender o Direito do Trabalho é importante se compreender em que tipo de contrato ele se aplicará. Para isso, a CLT, norma geral que rege o Direito do Trabalho brasileiro, prescreve em seus arts. 2º e 3º:

1 O *tripalium* (três paus) era um instrumento de tortura romano que consistia em três estacas cravadas no chão em forma de pirâmide, onde eram castigados os escravos. Assim, *trabalho*, seu derivado, faz referência à tortura que se realizava contra os trabalhadores (forçados) daquela época.

Art. 2º - Considera-se *empregador* a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se *empregado* toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário. [Grifos nossos].

A CLT e o Direito do Trabalho como um todo, portanto, tutelam especificamente a *relação de emprego*, e não todo o gênero das relações de trabalho.

Do texto mencionado, observam-se duas coisas: I) há uma definição na lei do que é a “relação de emprego”, sendo aquela em que o empregado é pessoa física, individual, e presta serviços ao empregador de forma não eventual, onerosa e subordinada; e II) quaisquer distanciamentos da relação de trabalho desses aspectos enumerados pela própria CLT descaracterizam a relação de emprego.

Se o trabalhador não for de fato empregado daquele para o qual ele está prestando o serviço, estará em relação de trabalho diversa. O mais comum, nesses casos, é a relação de trabalho autônomo, em que o trabalhador e o empregador confundem-se na mesma pessoa.

2.2 O autônomo – posição clássica do advogado

O trabalhador autônomo nada mais é que aquele que exerce sua atividade por conta própria. É o titular de seu serviço e presta sua força de trabalho diretamente ao seu consumidor final, fazendo-o em nome próprio.

O autônomo é o clássico *prestador de serviços*, que detém determinada competência técnica com valor econômico e “vende” a execução de seu serviço específico. É comum em profissões como eletricitista, encanador, pedreiro, pintor, artista, taxista, entre outras.

Deve-se ter em mente, todavia, que, independentemente da natureza de sua profissão, o que define se o profissional é autônomo é sua *não subordinação* a um terceiro intermediador, empregador.

Assim, aquele que paga salários ao prestador de serviços para que este preste trabalho não eventual a terceiros, em nome do tomador, será empregador se detiver, principalmente, posição de hierarquia em relação ao trabalho prestado pelo trabalhador.

Maurício Godinho Delgado (2015, p. 358) afirma, nesse sentido, que o grande ponto diferencial entre o empregado e o autônomo é o aspecto da subordinação:

Fundamentalmente, o trabalho autônomo é aquele que se realiza *sem subordinação do trabalhador ao tomador de serviços*. Autonomia é conceito antitético de subordinação. Enquanto esta traduz a circunstância juridicamente assentada de que o trabalhador acolhe a direção empresarial no tocante ao modo de concretização cotidiana de seus serviços, *a autonomia traduz a noção de que o próprio prestador é que estabelece e concretiza, cotidianamente, a forma de realização dos serviços que pactuou prestar*. Na subordinação, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços transfere-se ao tomador; na autonomia, a direção central do modo cotidiano de prestação de serviços preserva-se com o prestador de trabalho. [Grifos nossos].

De forma semelhante, assevera Gustavo Felipe Barbosa Garcia (2011, p. 142), que diz que o trabalho do autônomo diferencia-se do trabalho do empregado pela *ausência de subordinação jurídica*, mas que haveria situações práticas que dificultariam a diferenciação meramente por meio da identificação da subordinação, de modo que, para a caracterização de um ou de outro, seria necessária a observância de fatores como o controle de metas, de jornadas, de comparecimento em reuniões da empresa etc., com intenção de se vislumbrar, no caso prático, quem detém, efetivamente, a titularidade do serviço prestado: se o próprio prestador (caso do autônomo) ou se o tomador de serviços (caso do empregado). Ou seja, apesar de, muitas vezes, a subordinação não ficar clara no contrato de trabalho, quando analisadas peculiaridades do caso concreto, finda-se por se concluir pela existência de vínculo empregatício, em vez de mero vínculo civil de prestação de serviços.

Sobre o tema, Vólia Bonfim Cassar (2009, p. 228) concorda com os últimos autores, afirmando que a grande diferenciação entre

autônomo e empregado repousa na titularidade do serviço, mas também aponta que deve ser observado o funcionamento no contrato da assunção do risco da atividade, visto que, além de não ser o titular, o trabalhador empregado não assume o risco do serviço, em razão da característica da alteridade existente no contrato de trabalho, que não consta no contrato de prestação de serviços cível.

Diante disso, observamos que o advogado é, historicamente, o profissional liberal e autônomo clássico. A regra era que esse profissional da advocacia mantivesse relação bilateral com seus clientes, sem qualquer terceiro intermediador, detendo independência técnica e convicção própria. Da mesma forma que os ônus desse profissional eram absorvidos por ele mesmo, seus bônus eram, de igual modo, solitários.

Apesar da histórica natureza autônoma do advogado, a realidade atual – em que a quantidade de advogados cresce todos os anos, na proporção em que cada vez mais bacharéis em Direito estão se formando nas universidades – tem tornado ainda mais comum a figura do jovem advogado que busca em escritórios maiores e mais consolidados a primeira oportunidade de trabalho. Tendo em vista essa nova realidade, faz-se necessário o estudo sobre a relação de emprego e a figura do advogado.

2.3 Relação empregatícia

Diferentemente da relação de trabalho de natureza cível (prestação de serviços), a relação empregatícia, prevista nos já citados arts. 2º e 3º da CLT, tem características que lhe são bem peculiares. No contrato de emprego, não há uma relação igualitária entre contratante e contratado, como ocorre no contrato de trabalho autônomo, mas o que existe é uma situação em que o empregado, parte economicamente mais frágil da relação, é subordinado economicamente ao empregador.

A situação fática pressuposta de fragilidade econômica gera no empregado a chamada “hipossuficiência”. Como uma das buscas do Direito é exatamente colocar seus sujeitos em pé de igualdade

na tutela de seus bens jurídicos, verificada essa hipossuficiência econômica do trabalhador, o Direito tenta equilibrar essa relação, criando artificialmente uma proteção jurídica diferenciada ao elemento profissional da relação de emprego (empregado).

Como afirma Cassar (2009, p. 142),

[a] diretriz básica do Direito do Trabalho é a proteção do trabalhador, uma vez que o empregado não tem a mesma igualdade jurídica que o empregador, como acontece com os contratantes no Direito Civil. A finalidade do Direito do Trabalho é a de alcançar uma verdadeira igualdade substancial entre as partes e, para tanto, necessário é proteger a parte mais frágil desta relação: o empregado.

Essa proteção jurídica, a gama de direitos relacionados à condição de empregado e todos os custos a esses elementos relativos acabam por desinteressar economicamente o empregador em manter trabalhadores na condição de empregados, de modo que o empresário tenta, no intuito de maximizar lucros e minimizar gastos, ter a quantidade de trabalho necessária à concretização da atividade econômica com o mínimo de custos trabalhistas (e previdenciários) possível. E é daí que surgem as fraudes trabalhistas, por meio da realização formal de contratos cujo exoesqueleto é de prestação de serviços (seja por meio de falsas pessoas jurídicas prestadoras ou de falsos trabalhadores autônomos), mas que são, de fato, materialmente, contratos de emprego típicos.

Para se identificar as fraudes nos contratos de trabalho, faz-se necessária, assim, a verificação da real natureza do contrato firmado. Isso se torna possível pela análise dos elementos fático-jurídicos constantes nos arts. 2º e 3º da CLT.

Note-se que os cinco critérios lá previstos são *cumulativos*, de modo que, ausentes quaisquer das características da relação de emprego, estará também ausente a relação empregatícia.

O advogado empregado também terá seu vínculo empregatício exposto quando da identificação desses elementos fático-jurídicos. Alguns deles, porém, relativizam-se, devido à condição de profissional especial que tem o advogado, como se verá.

2.3.1 Fisicalidade do empregado (empregado pessoa física)

O critério da fisicalidade do empregado informa basicamente que o prestador desse trabalho, ou seja, o empregado, será *sempre* pessoa física. Não existe, portanto, empregado pessoa jurídica, visto que a pessoa jurídica é ente naturalmente coletivo, enquanto que o ente a ser protegido pelo Direito Laboral é o *indivíduo* empregado, dotado das fragilidades humanas e sociais, e da dignidade humana, que são os objetos a serem protegidos por este ramo do Direito. Assim, de acordo com tal critério, protege-se o indivíduo humano, e não o ente fictício, jurídico.

A própria palavra “trabalho”, como bem observa Delgado (2015, p. 301), “[...] já denota, necessariamente, atividade realizada por pessoa natural, ao passo que o verbete *serviços* abrange obrigação de fazer realizada quer por pessoa física, quer pela jurídica”. Isto é, se falamos de “trabalho”, necessariamente, estaremos falando de um indivíduo humano que o pratica.

Identificada, assim, a característica da fisicalidade do profissional, não há supedâneo jurídico para a realização de contrato (fictício) com pessoa jurídica para a prestação de trabalho, quando, na realidade, o prestador desse trabalho é pessoa física².

2.3.2 Pessoaalidade do profissional

Apesar de oportunizar o descuido interpretativo, em razão da proximidade do conteúdo semântico das palavras, a característica da *pessoalidade* do contrato de trabalho não se confunde com a necessidade de o empregado ser *pessoa física*.

Quando a CLT menciona o termo *pessoalidade*, quer dizer que o empregado, que presta serviços ao seu empregador, deve ser exa-

2 É bastante comum, na realidade trabalhista brasileira de hoje, a fraude trabalhista denominada *pejotização*, em que o empregador obriga seus empregados a se tornarem pessoas jurídicas, continuando, todavia, com todas as características fáticas que ostentavam enquanto empregados pessoa física, tais quais o exercício da mesma função, o mesmo horário de trabalho, a subordinação às mesmas pessoas etc.

tamente aquele que foi contratado para tanto. Não pode, assim, o empregado pedir para terceiro fazer o trabalho por ele, pois o objeto do contrato de trabalho não é apenas o trabalho dispendido, mas o trabalho realizado por aquele empregado específico, com a sua própria energia laboral. O empregado, no contrato de trabalho, portanto, é, diferentemente do empregador, *infungível* (DELGADO, 2015, p. 303).

Se o empregado foi contratado pelo empregador, o foi devido a suas características específicas, seu ânimo, sua forma de trabalhar. A modificação desse elemento pessoal, essencial à especificidade da relação, finda por descaracterizar o contrato de trabalho. Essa prestação laboral é de natureza *intuitu personae*, personalíssima.

O requisito da pessoalidade também se aplica ao contrato de emprego do causídico, sobretudo por conta da necessária existência de uma relação de confiança entre advogado empregado e o empregador, afinal o serviço a ser realizado pelo profissional não pode ser um trabalho qualquer, sem um mínimo exigido de habilidade, e o empregador, para assumir esse trabalho, deverá ter firme convicção de que o profissional está prestando serviços qualidade.

Sobre a possibilidade de substituição do empregado, Delgado (2015, p. 301) alerta, todavia, que esse requisito, embora tão essencial quanto os outros, admite certa relativização em determinadas situações que, por sua natureza, permitam certa supressão do caráter *intuitu personae* do contrato. Afirma o professor que “uma eventual substituição consentida (seja mais longa, seja mais curta), por exemplo, não afasta, necessariamente, a pessoalidade com relação ao trabalhador original”. Pondera, entretanto, que “uma intermitente e constante substituição consentida pode ser parte relevante de um contrato de prestação de serviços de caráter autônomo e sem pessoalidade”.

Há de se considerar que, mesmo quando o advogado é frequentemente substituído por outros que fazem parte do mesmo escritório, a relação de emprego persiste, *caso o empregador consinta nesse sentido* – nesse caso, relativizar-se-á o requisito da pessoalidade. Essa é a tese aceita pela SDI-2 do Tribunal Superior do

Trabalho (TST)³, que decidiu que “pessoalidade” é diferente de “exclusividade”, não sendo esta requisito para a caracterização do contrato de emprego.

2.3.3 Onerosidade do vínculo

O critério fático-jurídico da onerosidade do vínculo é essencial para caracterizar o contrato de trabalho. Enquanto no contrato de trabalho gratuito, voluntário, busca-se *doar* energia laborativa para um fim social ou assistencial, no contrato oneroso há verdadeira (e necessária) *venda* de energia de trabalho do empregado ao empregador. É, assim, uma relação essencialmente econômica, em que se troca energia laboral por dinheiro.

Na clássica definição de Marx (2010, p. 33),

[...] o salário é a soma, em dinheiro, que o capitalista paga por um determinado tempo de trabalho ou prestação de determinado trabalho [...]. Parece, pois, que o capitalista compra trabalho deles (trabalhadores) com dinheiro. Estes vendem-lhe seu trabalho a troco de dinheiro. Na verdade, o que os operários vendem ao capitalista em troca de dinheiro é sua força de trabalho.

Há, de acordo com esse elemento, uma troca de obrigações jurídicas: o empregado fica responsável por observar uma *obrigação de fazer* no contrato; o empregador, por sua vez, em retribuição, deve observar sua *obrigação de pagar*, de remunerar o serviço prestado. No momento em que uma das obrigações é adimplida, surge direito à parte que a adimpliu de cobrar a contraprestação devida.

Apesar dessa característica do contrato, *o efetivo adimplemento de qualquer das duas obrigações pelas partes correspondentes não é condição necessária para a caracterização do contrato*, bastando, para tanto, que as partes detivessem o ânimo de assumir aquela obrigação mediante a contraprestação.

3 TST, SDI-2. ROAR-36600-86.2007.5.06.0000. Rel. min. Emmanoel Pereira, DEJT 5 abr. 2011.

Nesse sentido, Amauri Mascaro Nascimento (2009, p. 613) leciona que o requisito da onerosidade depende exatamente que esse “elemento subjetivo” esteja apto a exprimir o interesse contraprestacional do contrato, compartilhado pelas partes:

Será preciso, ainda, um elemento subjetivo, que é o *animus contrahendi*, isto é, o propósito de trabalhar para outrem como empregado, e não como outra finalidade, como é o caso do trabalho cívico, religioso, assistencial ou por mera amizade.

O advogado, historicamente, como profissional autônomo, sempre foi remunerado por honorários⁴, sejam contratuais (aqueles definidos em contrato, com as condições que estipulem os contraentes) ou sucumbenciais (valores concedidos em razão do vencimento da causa na justiça, pagos pelo derrotado ao advogado do vencedor). O advogado empregado é remunerado, por sua vez, com salários – podendo, contudo, por força de contrato, receber a mais em percentuais de honorários contratuais ou sucumbenciais, sem prejuízo da caracterização do vínculo de emprego.

Assim como a pessoalidade, apesar de ser um requisito presente no contrato de emprego, a onerosidade não é exclusiva a ele, existindo, desse modo, em toda relação de trabalho que não seja compactuada como gratuita. Com exceção da advocacia *pro bono*, portanto, o contrato advocatício é oneroso por natureza. O próprio contrato associativo, como reza o Regulamento Geral da Ordem dos Advogados do Brasil, garante a onerosidade da relação quando fala que a contratação de advogados associados gera a participação nos resultados (art. 39).

Deve-se frisar, contudo, que hão de ser observadas, quando da análise do contrato de trabalho do advogado associado, as características da remuneração: se ela se assemelhar mais a um salário (remunera-

4 Como afirma Cassar (2009, p. 229), “[n]a Roma Antiga os profissionais liberais eram obrigados a trabalhar sem, contudo, cobrar por este serviço. As pessoas que necessitavam do trabalho ofertavam donativo, chamado à época de *honoraria*, de acordo com suas possibilidades financeiras. Por este motivo, a contraprestação dos profissionais liberais é chamada de honorário até hoje”.

ção invariável ou pouco variável, paga em mesmo período do mês, e da mesma forma) do que à participação de lucros (art. 39 do RGOAB), provavelmente, tratar-se-á de contrato de emprego travestido.

Ainda, há de ser analisado se há *participação do associado nos riscos do empreendimento* e na sua remuneração, pois o trabalho do associado é despido da alteridade, característica do contrato de emprego. Assim, se não houver prejuízo assumido pelo trabalhador associado quando da perda de uma causa, haverá aí, também, indício de fraude em contrato de emprego.

2.3.4 Não eventualidade

A questão da eventualidade e não eventualidade, para fins de caracterização do vínculo de emprego, alimenta-se, como informa Delgado (2015), de duas teorias principais: a da descontinuidade e a dos fins do empreendimento.

Para o autor, a teoria da descontinuidade não é aceita pela CLT, somente sendo aplicável à Lei dos Empregados Domésticos, ao mesmo tempo em que a teoria mais adequada (embora não completa) para se identificar esse elemento fático-jurídico nos contratos celetistas seja a dos fins do empreendimento – que deverá ser, contudo, temperada.

Delgado (2015), porém, entende que não apenas um critério deve guiar o intérprete na aferição da caracterização ou não da eventualidade na relação trabalhista apta a configurar o emprego, mas é um conjunto de elementos que fará se concluir pela eventualidade ou não dessa relação. Para o autor, a eventualidade resultará da soma de cinco elementos: a) descontinuidade da prestação; b) pluralidade variável de tomadores de serviço; c) curta duração do trabalho; d) tendência a um trabalho episódico (gramaticalmente eventual); e e) não correspondência direta com os fins normais do empreendimento.

Cassar (2009), por sua vez, conclui:

O termo *não eventual*, quando relacionado ao Direito do Trabalho, no ponto referente ao vínculo de emprego do urbano e rural, tem cono-

tação peculiar, pois significa *necessidade permanente* da atividade do trabalhador para o empreendimento (ex.: engenheiro para uma firma de construção civil; garçom para uma churrascaria; limpeza para um escritório de advocacia, uma padaria ou uma farmácia), seja de forma *contínua* (garçom que trabalha de segunda a sábado em tempo integral para a churrascaria) ou *intermitente* (ex.: garçom contratado apenas para trabalhar aos sábados e aos domingos, dias de maior movimento, ou aquele contratado somente no mês de dezembro em razão da grande procura do restaurante para festas de fim de ano).

Em relação ao contrato de trabalho do advogado, será eventual, por exemplo, aquele em que o escritório tomador contrata o advogado para apenas um ato, ou mesmo para um processo específico de uma área estranha à especialidade da banca.

2.3.5 Subordinação

Entre todos os critérios aqui citados, deve-se dar enfoque especial, para a caracterização do contrato de emprego, à existência ou não de *subordinação* entre tomador de serviços e trabalhador contratado. Isso porque o elemento definidor, que estabelece se o trabalho prestado com habitualidade, onerosidade, fisicalidade e pessoalidade é emprego ou não, é a subordinação entre as partes contratantes.

A subordinação se origina da necessidade que o homem viu de instrumentalizar e submeter aquilo que estava à sua volta. Desde o meio ambiente, ferramentas, animais, até o próprio ser humano.

Esse elemento surge, primeiro, na figura do *escravo clássico*, cujo corpo e energia laborativa eram submetidos ao seu senhor, que deles dispunha como se ferramenta de trabalho fossem, detendo neles, inclusive, precificação econômica. O escravo, sendo mera “coisa”, poderia ser negociado e alienado, interiorizando o patrimônio de seu dono.

A figura do *servo feudal* não diferiu muito da do escravo clássico (o próprio termo “servo” deriva do latim, *servus*, que significa “escravo”). O detalhe era que, em vez de se coisificar o ser humano, retirando-lhe a característica de sujeito e assentando-lhe

a pecha de objeto, como ocorria na Idade Clássica, na Idade Média, o trabalhador, despido de terras e de meios de produção, trocava seu trabalho por acesso a esses bens e pela proteção do senhor feudal. Assim, embora não houvesse, ainda, subordinação jurídica entre o servo e o seu senhor, existia subordinação fática e social. Conquanto o servo não fosse propriamente *coisa* do seu senhor, era alguém que não sobreviveria sem ele.

O período industrial trouxe a noção de subordinação clássica (adotada pela CLT) entre um empregador e seu empregado, em que este obedece às ordens daquele em troca de salário. Nesse caso, a relação apresentada era entre o industrial, proprietário dos meios de produção, e o operário, que se submetia ao trabalho em troca da remuneração necessária ao seu sustento.

Diferente do Feudalismo, não havia uma relação de superioridade jurídica entre as partes da relação de trabalho, mas a *superioridade fática* era gritante, de modo que o industrial, num mundo que dependia diretamente dos bens industrializados, podia escolher, dentro de sua equação econômica, quem contrataria, em que condições o faria, quanto pagaria pelo trabalho etc. O operário, por sua vez, sem terras e meios de produção, detentor apenas de sua força de trabalho, era obrigado a se submeter a quaisquer condições impostas, em nome de sua sobrevivência.

Alguns autores, como Porto (2009, p. 24), afirmam que essa situação chegava a ser até mais grave do que a escravidão clássica, pois o escravocrata, considerando o escravo como um bem valioso, caro, cuidava dele com afincos, enquanto o industrial, tendo farta oferta de mão de obra disponível, via como fungível o trabalhador, que era explorado em sua força de trabalho até seus limites e depois descartado, sem custos para o patrão.

Foi nessa época também que surgiu a ideia de subordinação que se tem hoje, em que o empregador coordena, dá ordens e punições ao empregado, posicionando-se acima deste em escala hierárquica.

Hodiernamente, o conceito de subordinação se alterou, tendo em vista a especialização crescente do trabalhador, que foi dei-

xando a operação mecânica e repetitiva das máquinas e adquirindo seu controle intelectual, sendo valorizado de acordo com o conhecimento que possui e que agrega ao seu trabalho, detendo, portanto, mais liberdade do que o antigo operário de serviços manuais em realizar suas funções. Em vez de se manter um controle da execução de um plano preordenado do empregador com relação ao trabalho do empregado, adota-se, hoje, um controle de resultados, em que se deposita a confiança no labor intelectual do trabalhador, que se compromete a seguir um parâmetro mínimo traçado pelo empregador, mas que tem, dentro daquele leque à sua disposição, o poder de pensar e executar suas decisões.

Claramente, o advogado se insere na categoria de trabalhador intelectual, de modo que a subordinação que sofre é mais branda, gozando da independência natural de sua profissão. Isso é o que reza o art. 18 do Estatuto da Advocacia:

Art. 18. A relação de emprego, na qualidade de advogado, *não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerentes à advocacia*. [Grifos nossos].

Para Paulo Lôbo (2011, p. 135), a isenção técnica do causídico sob o vínculo da CLT significa

[...] a total autonomia quanto à correta aplicação dos atos, meios e prazos processuais, sem interferência do empregador. O advogado empregado não pode prosseguir orientação tecnicamente incorreta, mesmo quando ditada pelo empregador. Na atuação técnica o advogado deve seguir apenas sua consciência profissional e ética. Nessa área estritamente profissional, a relação de emprego não o alcança.

Já em relação à independência funcional do advogado, elucida o autor que esta é pressuposto da atividade do advogado, que deve trabalhar sem influências do poder político ou do próprio cliente, de modo que, mesmo sob contrato de emprego, o advogado não se submete ideológica ou tecnicamente ao seu empregador – este, no máximo, pode ordenar o ajuizamento de ação ou a realização de um negócio jurídico, mas não pode se imiscuir na decisão relativa à forma de realização do ato (LÔBO, 2011, p. 135).

Tendo em vista, portanto, essa previsão legal e a flexibilização natural da subordinação relativa ao trabalhador intelectual, pode-se concluir que a mera possibilidade de tomada de decisões quanto ao conteúdo técnico do trabalho jurídico, a escrita de peças, o teor de recursos e petições e, enfim, o controle de conveniência quanto à administração do processo, dentro dos poderes conferidos em procuração, não retira necessariamente a caracterização da subordinação no contrato de emprego do advogado.

Se a própria lei garante ao advogado empregado a autonomia técnica no desempenho de sua profissão, o exercício desse direito não será apto a descaracterizar o contrato de emprego.

Como afirma Ramos (2003, p. 360-361), o advogado empregado,

[...] mesmo subordinado juridicamente a um empregador, mantém a direção técnica da causa que lhe for confiada, e não pode abrir mão desta prerrogativa, sob pena de desnaturar a própria profissão.

[...] Não cabe impor ao advogado obediência estrita a comandos de natureza técnica profissional ligados às suas atribuições.

Para a autora, deve-se observar as duas espécies de relação mantidas por esse profissional: numa delas, ele é *empregado*, subordinado administrativamente ao empregador, o que significa que estará sob a contínua possibilidade de receber encargos compatíveis com o contrato de emprego; na outra, ele é *patrono da causa*, gozando, assim, da absoluta independência técnica conferida pelo Estatuto.

Atente-se, todavia, que a lesão a essa independência não possui o condão de descaracterizar o contrato de emprego, mas exatamente o contrário: quanto mais submissão (legal ou ilegal) do causídico houver, mais característica será a subordinação operada e, com isso, o vínculo empregatício. Assim, o advogado obrigado a usar as peças-modelo do escritório, adotar as teses deste, e que se submete a modificar suas peças por ordem de superior, também terá seu vínculo de emprego caracterizado.

3 O contrato associativo e a relação de emprego do advogado

O contrato associativo, como visto até aqui, não é contrato de emprego, mas contrato entre sociedade de advogados e trabalhador autônomo. É parcamente normatizado pelo Regulamento Geral da Ordem dos Advogados do Brasil. O art. 39 do Regulamento é claro quando dispõe sobre essa espécie de contrato:

Art. 39. A sociedade de advogados pode associar-se com advogados, *sem vínculo de emprego*, para participação nos resultados. [Grifos nossos].

O art. 40 do referido regulamento demonstra a natureza autônoma do trabalhador associado, senão vejamos:

Art. 40. Os advogados sócios e os associados *respondem subsidiária e ilimitadamente pelos danos causados diretamente ao cliente*, nas hipóteses de dolo ou culpa e por ação ou omissão, no exercício dos atos privativos da advocacia, sem prejuízo da responsabilidade disciplinar em que possam incorrer. [Grifos nossos].

Fica claro, assim, que o profissional autônomo *não é empregado* (o art. 39 deixa isso evidente), bem como se assemelha muito mais ao sócio que ao trabalhador sob contrato de emprego, quando partilha dos resultados alcançados (art. 39) e responde pelos danos de forma ilimitada (art. 40). Assim, essas duas características integram o contrato associativo.

O autônomo, como se observa pelo próprio nome, detém autonomia no exercício de suas funções, não sofrendo subordinação de um terceiro. Suas funções são exercidas à conta e risco próprios, bem como suas decisões são tomadas sem qualquer interferência externa.

O advogado associado deve ser visto como um profissional que, por conveniência sua e da sociedade com quem contrata, trabalha autonomamente, por vezes utilizando-se da estrutura da sociedade, mas sem se submeter à grade hierárquica da banca. O

associado não recebe ordens, não tem seu trabalho submetido ao crivo de outrem, não tem que obedecer a regras internas do escritório, não possui “chefia”. Na verdade, o associado nada mais é que um advogado autônomo que desenvolve trabalhos em parceria com o escritório do qual não faz parte (nem como sócio nem com empregado).

Geralmente esse advogado é contratado para atender um caso específico no escritório, ou uma carteira de clientes específica, ou mesmo uma especialidade específica (ex.: escritório que trabalha com Direito Empresarial faz parceria com advogado autônomo especialista em Direito do Trabalho, para atender a esses casos).

O associado não terá, assim, controle de ponto ou horário predefinido de trabalho e não receberá remuneração do escritório (parcelas salariais, vale-transporte, vale-alimentação etc.), mas apenas a sua “participação nos resultados” (art. 39 do RGOAB), em honorários contratuais e sucumbenciais (de acordo e na proporção e termos estabelecidos no contrato associativo).

Diferente do empregado, o advogado autônomo associado partilha os riscos do empreendimento, respondendo ilimitadamente pelos danos causados (art. 40 do RGOAB). Ou seja, o contrato associativo envolve necessariamente o compartilhamento de ônus entre as partes (não há alteridade).

Enfim, o advogado associado deverá apresentar características fático-jurídicas de advogado autônomo, e não de advogado empregado, de modo que, se for verificado o conjunto de elementos fático-jurídicos ligados à relação de emprego, assim deve ser identificado o vínculo de trabalho do causídico. Esse é o entendimento de vários tribunais trabalhistas pelo País, inclusive do TST:

RECURSO DE REVISTA. ADOVADO. CONTRATO DE ASSOCIAÇÃO. VÍNCULO DE EMPREGO CONFIGURADO. O eg. Tribunal Regional considerou presentes os requisitos caracterizadores da relação de emprego, vez que havia a subordinação na relação, subordinação esta de caráter pessoal e exclusivo, com recebimento de salários fixos. Considerou, ainda, que não havia a autonomia inerente a um advogado associado ou sócio, na medida em que a reclamante se submetia a um supervisor e não tinha poder decisório.

Presentes todos os requisitos de uma relação de emprego, não há que se falar em violação do art. 3º da CLT. Arestos inespecíficos. Recurso de revista não conhecido. [...]⁵. [Grifos nossos].

ADVOGADO “ASSOCIADO” E VÍNCULO EMPREGATÍCIO. *A existência do liame de emprego independe da vontade ou interpretação negociada do prestador ou credor dos serviços, mas do conjunto de atos-fatos por eles desenvolvidos em razão daquela prestação. Assim, o vínculo emerge da realidade fática do desenvolvimento da atividade laboral, e não do nomen juris ou revestimento formal dado pelas partes à relação. A distinção entre o advogado empregado e o advogado associado é, em suma, muito simples: o primeiro é subordinado e o segundo é autônomo, ou seja, atua com total liberdade, recebendo participação nos resultados, estando restrito à observância de regras e não de ordens, circunstância que caracteriza a subordinação empregatícia. [...]. Presentes os requisitos dos artigos 3º e 442 e seguintes, da CLT, impõe-se o reconhecimento do vínculo empregatício. Sentença mantida⁶. [Grifos nossos].⁷*

Predomina no contrato associativo, portanto, a chamada *affectio societatis* (também existente nos contratos de sociedade), ou seja, a intenção de formar parceria igualitária, e não subordinada, de trabalho, o interesse expresso em se associar.

5 TST – RR: 756008720085010068 75600-87.2008.5.01.0068, Relator: Aloysio Corrêa da Veiga, Data de Julgamento: 11.9.2013, 6ª Turma, Data de Publicação: *DEJT* 20 set. 2013.

6 TRT-2 – RO: 00008716720125020086 SP 00008716720125020086 A28, Relator: Ricardo Artur Costa e Trigueiros, Data de Julgamento: 18.2.2014, 4ª Turma, Data de Publicação: 28 fev. 2014.

7 Outros julgados nesse sentido: TRT-10 – RO: 833200900610000 DF 00833-2009-006-10-00-0, Relator: Juiz Grijalbo Fernandes Coutinho, Data de Julgamento: 15.12.2009, 3ª Turma, Data de Publicação: 15 jan. 2010; TRT-1 – RO: 01125004720025010014 RJ, Relator: José Antônio Teixeira da Silva, Data de Julgamento: 18.12.2006, 6ª TURMA, Data de Publicação: 21 mar. 2007; TRT-18 962201013118007 GO 00962-2010-131-18-00-7, Relator: Gentil Pio de Oliveira, Data de Publicação: *DEJT* n. 873/2011, de 12 dez. 2011, p. 86-87.

Isso não significa, todavia, que o associado tenha os mesmos direitos do “sócio” do escritório. O associado é ente externo à sociedade, mas que trabalha em parceria com ela, não dependendo desta, por ser autônomo.

Assim, entendidas as diferenças entre contrato associativo e contrato de emprego do advogado, analisemos como funciona a tutela jurídica pelo MPT quanto às fraudes perpetradas nesses contratos.

4 O MPT e as fraudes nos contratos associativos

Entendidas as peculiaridades do contrato de associação e a sua diferença em relação aos contratos de emprego (da CLT), percebe-se a situação de desvantagem do advogado empregado que se submete ao contrato associativo fraudado. Primeiramente, o vínculo desse profissional é extremamente frágil, pois não lhe é assegurada qualquer garantia de emprego (afinal, o contrato formalmente firmado não reconhece vínculo de emprego a ser assegurado); não são pagos direitos trabalhistas em sua totalidade; e esse empregado não receberá, provavelmente, gratificação natalina ou férias, e, quando se desligar da empresa, não receberá verbas rescisórias.

O pior disso tudo é que o profissional do Direito se defronta com essa dura realidade assim que ele egressa da faculdade, com a sua carteira funcional em mãos e sem oportunidades à vista. O falso advogado associado, por isso, é, na maioria das vezes, o jovem advogado que, sem alternativas melhores, acaba por aceitar fazer parte desse contrato visivelmente fraudado para poder exercer sua profissão e conseguir dela tirar seu sustento.

Ante essa realidade e a dificuldade da proteção individual do profissional (pois se ele não quiser, “tem quem queira”), alguns advogados que saem dos escritórios em que laboravam iniciam dissídios individuais, requerendo a declaração da configuração de relação empregatícia, bem como as diferenças nas verbas rescisórias. Muitas vezes, porém, o que o escritório perde com a manutenção dessa prática compensa financeiramente, de modo que, embora se solucione essa situação individualmente, coletivamente

ela permanece, ferindo direitos e prejudicando a vida desses profissionais que se submetem a essa espécie de contrato. Diante dessa insistente ausência de modificação de conduta ilícita por parte do empregador infrator, um dos caminhos possíveis, e mais eficientes, é a tutela coletiva.

O principal problema dessa espécie de tutela, em relação aos advogados, é que muitos dos representantes do órgão de classe respectivo são, eles mesmos, sócios das bancas fraudadoras de direitos trabalhistas, e, portanto, diretamente interessados na manutenção desse cenário. Como resolver essa situação? Aí é que entra a atuação do MPT.

4.1 O Ministério Público como órgão de proteção dos direitos coletivos e individuais indisponíveis

A Constituição Federal, em seus arts. 127 a 130, fundou o Ministério Público como ele é hoje. O art. 127 define o *Parquet* como “uma instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis”, além de conferir ao seu membro uma série de garantias funcionais para agir de acordo com sua convicção, com ação fundada sempre no interesse público primário.

A mudança ocorrida pela ruptura constitucional de 1988 foi gritante para o MP, como afirma Cristiano Paixão (2015, p. 897):

O Ministério Público passou por transformações decisivas. Em primeiro lugar, saiu da estrutura do Executivo (ou de qualquer outro poder). Caracterizado como órgão extrapoderes, o MP passou a ser dotado de autonomia funcional e administrativa, regido pelos princípios da unidade, indivisibilidade e independência funcional, e seus membros protegidos pelas garantias institucionais da vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos (hoje intitulados subsídios).

A grande contribuição da nova ordem constitucional para o *Parquet* foi vocacioná-lo à defesa da sociedade e dos interesses

socialmente mais relevantes, sendo também eleito o órgão protetor de direitos coletivos por natureza e dos que, embora individuais, sejam indisponíveis. Detém, por isso, um grande rol de responsabilidades, e é o encarregado da fiscalização imparcial, porém não inerte, do cumprimento do ordenamento jurídico – o que lhe é garantido pela independência funcional que goza como membro da instituição.

Nas palavras de Celso Ribeiro Bastos (1997, p. 412),

O Ministério Público tem sua razão de ser na necessidade de se ativar o Poder Judiciário, em pontos que este remanesceria inerte porque o interesse agredido não diz respeito a pessoas determinadas, mas a toda coletividade. Mesmo com relação aos indivíduos, é notório o fato de que a ordem jurídica por vezes lhe confere direitos sobre os quais não podem dispor. Surge daí a clara necessidade de um órgão que zele tanto pelos interesses da coletividade quanto pelos dos indivíduos, estes apenas quando indisponíveis. Trata-se, portanto, de *instituição voltada ao patrocínio desinteressado de interesses públicos, assim como de privados, quando merecerem especial tratamento do ordenamento jurídico*. [Grifos nossos].

Conclui Tiago de Melo Pontes e Silva (2011) no sentido de que o Ministério Público, como guardião do ordenamento jurídico e do Estado Democrático de Direito, possui importantíssima missão institucional, zelando pelos interesses essencialmente coletivos, servindo como efetivo instrumento à materialização da democracia nas diversas funções e atividades exercidas pelo Poder Público.

4.2 O MPT como ramo especializado do trabalho

Para dar maior efetividade e aplicabilidade a essa tutela e descentralizar a sua atuação, a Constituição tratou de dividir o MP em ramos da justiça comum e especializados. Assim, ficou dividido o Ministério Público entre o Ministério Público da União (MPU) e os Ministérios Públicos dos Estados (MPE), bem como subdividido o MPU em Ministério Público Federal (MPF), Ministério

Público Militar (MPM), Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) e Ministério Público do Trabalho (MPT)⁸.

Entre os ramos do MPU, aqueles ligados à justiça especializada são dois: o *Ministério Público do Trabalho* e o *Ministério Público Militar* – este último sendo ramo especialíssimo, tratando apenas da persecução penal em relação aos chamados “crimes militares” e atuando junto à Justiça Militar. O MPT, por sua vez, é o ramo do MPU afeto à defesa de interesses e direitos coletivos, sociais, públicos e individuais, homogêneos ou indisponíveis, específicos dos trabalhadores. É um ramo que está umbilicalmente ligado à Justiça do Trabalho (detendo sua origem, inclusive, junto a essa justiça especializada), mas que só atua em casos em que algum dos interesses e direitos que tutela está em jogo, definidos esses interesses e direitos pela Constituição e pela lei.

Previsto inicialmente na Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 736 ao 739), o MPT fazia ainda parte do Executivo. A Constituição de 1988 e a Emenda Constitucional n. 45 deram ao MPT (e ao MP como um todo) um amplo rol de prerrogativas, atribuindo ampla autonomia ao Ministério Público do Trabalho.

Hoje, o MPT é uma instituição respeitada pela sociedade, oficiando independentemente do Executivo ou de qualquer outro Poder (órgão “extrapoderes”), sendo responsável por inúmeras atribuições no âmbito de atuação do MP, mas especializado na atuação dos direitos sociais e individuais indisponíveis, ligados às relações de trabalho.

4.3 Instrumentos de atuação do MPT

A atuação do MPT se dá por meio de diversos instrumentos que fazem parte do *microcosmo de processo coletivo brasileiro*, bem como pela própria CLT e pela Constituição Federal.

Os instrumentos de atuação do *Parquet* laboral são tanto extrajudiciais como judiciais, e poderão ser usados separadamente ou

8 CF/1988, art. 128, I e II.

conjuntamente, de acordo com cada caso concreto, visando à tutela mais eficaz do interesse público envolvido.

Diferenciando as formas judicial e extrajudicial de atuação, Carlos Henrique Bezerra Leite (2014, p. 104) pontua:

A primeira, por óbvio, resulta da atuação nos processos judiciais, seja como parte, autora ou ré, seja como fiscal da lei. [...]. A segunda concerne à sua atuação fora do âmbito dos processos judiciais, isto é, no âmbito administrativo, o que, não raro, poderá ensejar o surgimento de ações judiciais.

Vejam essas duas formas de atuação um pouco mais esmiuçadamente.

4.3.1 *Instrumentos extrajudiciais*

As formas de atuação do Ministério Público, tanto a judicial como a extrajudicial, devem ser observadas do ponto de vista não apenas de suas atribuições constitucionais, mas também à luz da principal função institucional que a Constituição inscreve ao MP: a *função promocional*. Sob as lentes dessa função em especial, o MP passa a se perceber não apenas como ente de *repressão* social, que busca a punição como resposta à violação do ordenamento (remediador), mas, prioritariamente, como ente de *promoção de justiça e pacificação sociais*. O MP, imbuído de suas garantias e princípios institucionais, se coloca como agente de transformação social.

O *Parquet*, segundo esse perfil constitucional, tem o dever de ir às ruas dialogar com os interessados no conflito, evitando que este se alargue ainda mais; deve convocar audiências, reuniões, realizar inspeções ministeriais, tentar resolver pacificamente os problemas, tomando posição imparcial, em defesa dos direitos que lhe são constitucionalmente afetos.

Diferentemente da posição de inércia do Estado-Juiz, o Ministério Público deve, ao contrário, mostrar-se ativo, promovendo direitos, sendo, nas palavras de Leite, “verdadeira alavanca a propiciar o acesso

da sociedade à justiça e ao Poder Judiciário em defesa dos valores maiores desenhados em nosso ordenamento jurídico” (2014, p. 87).

Para atingir os fins constitucionais por meio dessa função, o MPT tem o compromisso de tentar ao máximo atuar independentemente do Judiciário, *ultima ratio* do Direito Brasileiro, buscando a solução desses problemas antes que seja necessário bater às portas da Justiça. Para tanto, detém o Ministério Público amplo rol de instrumentos de atuação.

Um primeiro passo é utilizar de seus instrumentos de investigação para ter um contato inicial com o fato, o que pode ser feito mediante procedimentos preparatórios ou investigatórios⁹, e mesmo inquérito civil¹⁰, por meio dos quais se junta um início de prova documental dos acontecimentos que ele investiga. Para isso, tem em mãos o poder de requisição¹¹ a entes e pessoas públicas e privadas.

Poderá o MPT, então, antes que o dano se configure ou se perpetue, e gere risco de dano irreparável, promover *reuniões* entre os interessados, dialogando acerca de soluções possíveis; e também, com fundamento no art. 5º, § 6º, da LACP¹², firmar com o praticante do ilícito termo de ajuste de conduta (TAC), com força de título extrajudicial, que detém exequibilidade garantida inclusive na Justiça do Trabalho¹³.

Havendo possibilidade de ajuste, com ou sem assinatura de TAC, poderá, ainda, o MPT fazer recomendação ao agente que

9 Resolução n. 69 do CSMPT, art. 2º, §§ 7º ao 10º.

10 CF/1988, art. 129, III; LACP, art. 8º, § 1º; LOMPU, art. 84, II.

11 CF/1988, art. 129, VIII.

12 “§ 6º Os órgãos públicos legitimados poderão tomar dos interessados compromisso de ajustamento de sua conduta às exigências legais, mediante cominações, que terá eficácia de título executivo extrajudicial.”

13 CLT, art. 876.

esteja lesando direitos, para que adeque sua conduta aos ditames do ordenamento constitucional.

A depender do volume da população atingida, é facultado ao membro convocar audiência pública, chamando os interessados, sejam pessoas públicas ou privadas, para dialogar junto à comunidade, bem como os entes governamentais, organizações do Segundo e do Terceiro Setor, e demais interessados diretos e indiretos na busca de uma solução em conjunto, podendo, dessa audiência, tanto firmar resolução extrajudicial, por meio dos instrumentos já referidos, quanto colher fundamentos para sua convicção, que poderão ser usados posteriormente na tutela judicial do bem jurídico envolvido.

O membro do MPT, e do MP em geral, portanto, tem em mãos amplos instrumentos extrajudiciais de atuação, bem como poderes para deles se utilizar, inclusive no caso tratado pelo presente trabalho, junto aos escritórios que estejam praticando o ilícito trabalhista.

4.3.2 Instrumentos judiciais

Quanto à atuação judicial, o MPT poderá dela participar tanto como *parte* quanto como *fiscal da lei*. Será parte se iniciar ou, após iniciado, assumir o processo; será fiscal da lei quando atuar sem ser parte (mas com todas as faculdades processuais de parte).

Bezerra Leite critica essa distinção legal entre *parte* e *não parte*, em razão da ausência de diferença prática no processo, pois o Ministério Público, mesmo quando fiscal da lei, poderá exercer todas as faculdades, bem como sofrer todos os ônus, de parte processual, de modo que essa distinção é inócua (2014, p. 116-123).

Em relação aos instrumentos de atuação judicial disponíveis, poderá o MPT se utilizar de todos os instrumentos previstos na legislação trabalhista que se adequem à espécie de tutela da qual o *Parquet* laboral é legítimo representante. Assim, poderá ajuizar cautelares, peticionar nos autos, ajuizar ações de cumprimento, rescisórias, anulatórias de cláusulas de contrato, acordo ou convenção

coletivas, ou mesmo reclamações individuais no interesse de absolutamente incapazes, entre outras (LEITE, 2014, p. 106).

O trunfo da atuação do Ministério Público do Trabalho (e do MP como um todo), porém, é a ação civil pública, que tem fundamento na Constituição Federal de 1988, na Lei n. 7.347/1985, na Lei Complementar n. 75/1993 e em todo o microcosmo de processo coletivo brasileiro.

Segundo Raimundo Simão de Melo (2014, p. 167):

A Ação Civil Pública, como espécie das ações coletivas, tem por finalidade proteger direitos e interesses metaindividuais – difusos, coletivos e individuais homogêneos – de ameaças e lesões. Destaca-se sua importância porque tais direitos são bens do povo e, por isso, constituem interesse público primário da sociedade, que, na maioria das vezes, não podem ser tutelados individualmente porque o cidadão é quase sempre um hipossuficiente que não dispõe de condições técnicas, financeiras e até psicológicas para enfrentar os poderosos em demandas que duram muitos anos perante o Judiciário. Em outros casos, nem mesmo compensa a atuação individualizada diante do baixo valor econômico provocado pela lesão ao interesse individual decorrente da agressão coletiva.

É uma ação que, diferente das demais ações de tutela coletiva do Processo do Trabalho, tem uma grande diversificação dos tipos de pedido que podem ser pleiteados. É como assevera Bezerra Leite (2014, p. 225):

Mas é preciso ponderar que o pedido na ação civil pública, por força do Código de Defesa do Consumidor (art. 83), aplicado de forma integrada à espécie (LACP, art. 21), deve assegurar a adequada e efetiva tutela dos direitos e interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos. Por esta razão, sobretudo para não frustrar a *mens legis*, o pedido da ação civil pública de conhecimento poderá ter conteúdo condenatório, constitutivo, declaratório, mandamental ou executivo *lato sensu*.

No caso de observada a existência de dano extrapatrimonial gerado pela atitude ilícita do réu a toda coletividade, esse instrumento também poderá pedir a reparação desse direito na esfera judicial.

4.4 O MPT e a tutela dos direitos dos advogados empregados sob contrato fraudado

Em relação ao caso específico da atuação do MPT quanto à tutela dos direitos dos advogados materialmente empregados, mas formalmente associados, podemos tecer algumas observações quanto à espécie de direito tutelado pelo *Parquet* (em face de sua legitimidade), bem como em referência aos institutos jurídicos envolvidos dessa tutela.

Inicialmente, podemos versar acerca da legitimidade ativa do *Parquet* trabalhista para atuar no polo ativo das ações concernentes à tutela dos direitos de advogados de determinado escritório que foram lesados por meio de contrato associativo fraudado. Nessa hipótese específica, há de se identificar se o direito coletivo tutelado pelo MPT é individual homogêneo, coletivo em sentido estrito ou difuso, e se o MPT será parte legítima para integrar a lide como substituto processual.

Tendo em vista a possibilidade de individualização dos direitos envolvidos, bem como a possibilidade de cobrança individual destes, forçoso concluir, num primeiro momento, por sua característica de direitos individuais homogêneos, pois são materialmente individuais, mas processualmente coletivos (LEITE, 2014, p. 187), e possuem origem comum¹⁴ em relação ao agente que os lesou (o mesmo empregador) e à espécie de dano perpetrada (fraude, que prejudicou os direitos trabalhistas dos empregados).

Ocorre que não apenas os advogados, individualmente, são lesados nessa espécie de fraude, podendo uma mesma conduta lesiva ter variadas consequências jurídicas, desencadeando danos das mais diversas naturezas. Nesse diapasão, os muitos pedidos que buscam a reparação dos bens jurídicos lesados (sejam do ponto de vista das obrigações de fazer, não fazer, de suportar, de pagar etc.) não visam apenas à reparação ou compensação dos danos supostamente causados aos advogados associados, individualmente considerados, mas, sim, do dano à

14 Código de Defesa do Consumidor, art. 81, III.

classe profissional e, ainda, à sociedade como um todo, o que justifica a sua natureza de direitos coletivos e, por que não, difusos.

O MPT, por isso, quando tutela os direitos dos advogados empregados contratados como associados, está, na verdade, tutelando o direito da categoria dos advogados em ter seu vínculo de emprego reconhecido (direito coletivo em sentido estrito), bem como o direito de que qualquer um que possa vir a entrar nos quadros do escritório como advogado empregado (em potencial) não tenha seus direitos trabalhistas vilipendiados (direito difuso) e, finalmente, os direitos individuais dos advogados, lesados da mesma forma pelo mesmo empregador (direitos individuais homogêneos¹⁵)¹⁶.

15 No caso específico dos direitos individuais homogêneos, deve-se abrir um parêntese: parte da doutrina – da qual faz parte Didier Jr. (2012, p. 357) – entende que não deverá o Ministério Público se ocupar da tutela desses direitos, visto que, segundo o autor, violaria “o senso crítico a possibilidade de o Ministério Público tomar a iniciativa de investigar e propor ação que beneficie titulares de direitos individuais disponíveis que possam se organizar adequadamente e não dependam de sua intervenção”. Para o autor, o MP deverá atuar apenas como *custus juris*, nesses casos. Leite (2014, p. 207), por outro lado, considera que a legitimação o MP para essa classe de direitos existe em razão do objetivo do legislador em dar a maior proteção possível a essa classe de direitos, não limitando a sua proteção a uma associação, ou a um sindicato, mas ao maior número possível de órgãos e entidades protetores dos direitos coletivos. Assim, apesar de sua natureza primária de direitos individuais, aglutinados por razões legislativas, os direitos individuais homogêneos terão reflexos não apenas nas esferas individuais dos titulares, mas transcenderão a esfera individual, tornando-se verdadeiro direito social, cuja defesa é afeta ao *Parquet*. No caso específico dos direitos trabalhistas individuais homogêneos, percebe-se que serão eles, ainda que individuais, também *indisponíveis*, na medida em que são direitos socialmente protegidos, elevados, inclusive, ao patamar de direitos fundamentais sociais, e sendo, ainda, o “valor social do trabalho” um dos fundamentos da República Federativa brasileira, de modo que não há o que se falar em ilegitimidade do MPT na tutela de direitos individuais trabalhistas. Essa é a posição da SBDI-1, do TST (TST-E-ED-RR 724248-35.2001.5.15.5555, rel. min. Rosa Maria Weber, SBDI-1, Data da Publicação: 16.10.2009), que adota a chamada *Teoria Ampliativa*, em relação à legitimidade do MPT na tutela desses direitos.

16 Para a tutela de direitos individuais homogêneos se pode lançar mão tanto da ação civil pública quanto da ação civil coletiva. Esta última é prevista no Código de Defesa do Consumidor (arts. 91 e 92). Apesar de a ação civil coletiva ser vocacionada à tutela dessa espécie de direitos, a ação civil pública, ante a incindibilidade de seus pedidos, que se cumulam com pedidos na esfera difusa e coletiva *stricto sensu*,

Nessa senda, forçoso reconhecer também o cabimento da condenação em *dano moral coletivo*, em razão não da soma das lesões individuais provocadas aos trabalhadores envolvidos, mas da lesão extrapatrimonial provocada a uma série de valores sociais (MEDEIROS NETO, 2014, p. 171), como o valor social do trabalho e a dignidade da pessoa humana, tão caros à sociedade e à Constituição, e cujo amparo é essencial à obtenção de uma sociedade justa, livre e solidária. A prática hipotética perpetrada lesa a própria profissão, que fica desvalorizada e desprestigiada socialmente, e prejudica também a categoria profissional.

Por essas razões, observamos que o órgão poderá: realizar audiências com os sócios dos escritórios; inspecioná-los, inquirindo seus funcionários; propor mudanças, por meio de recomendações (instituinto prazos); firmar TAC; entre outras atitudes compatíveis com as suas finalidades (LOMPU, art. 84, V). Após as tentativas extrajudiciais de resolução do problema, caberá ao MPT ajuizar ação civil pública para a tutela dos interesses individuais homogêneos lesados, requerendo condenação genérica dos sócios do escritório a pagar os direitos trabalhistas dos advogados sob contrato empregatício fraudado, bem como para a tutela dos direitos difusos lesados (de todos os profissionais que possam vir a serem contratados pela banca), requerendo a condenação em obrigação de se abster de contratar empregados como formalmente associados, assim como a regularização do vínculo dos já contratados nesses moldes, instituindo multa para o descumprimento das medidas. Poderá, ainda, pedir condenação em *dano moral coletivo*, reversível a algum fundo afeto à proteção dos direitos lesados (ou mesmo genericamente ao FAT).

5 Conclusão

De toda a análise aqui realizada, podemos perceber que o contrato de emprego não possui apenas viés jurídico e econômico,

é o meio mais amplo de tutela quando mais de uma espécie de direitos coletivos é pleiteado. É nesse sentido que os Tribunais Superiores vêm decidindo, admitindo a ACP para a tutela de direitos individuais homogêneos (REsp 1408382, AgRg no Ag 956696, REsp 1033274 etc.).

mas sobretudo social. A função social do emprego é o elemento mais importante e que deve ser especialmente observado na relação de trabalho, buscando-se a fundamental proteção do indivíduo na teia social.

O contrato associativo, do RGOAB, por sua vez, não pode ser utilizado como elemento externo para a prática de fraudes que põem em risco justamente a proteção social que deve ser dispensada ao trabalho, proteção esta de viés constitucional, de modo que qualquer fraude deve ser combatida.

Tal contrato advocatício não poderá, dessa forma, travestir-se dos aspectos formais do contrato de trabalho autônomo simplesmente para benefício econômico do empregador. Deverão, nesse sentido, examinar-se os aspectos internos do contrato de trabalho executado, conferindo se os elementos fático-jurídicos do contrato são de fato característicos do trabalho autônomo ou se são, na verdade, elementos de emprego.

É importante aí a participação do Ministério Público do Trabalho como ente imparcial, protetor dos direitos sociais do trabalho, no sentido de promover a justiça e equilibrar a relação social de emprego, não tencionando prejudicar, simplesmente, a empresa, mas buscando a adequação desta com sua função social, bem como a reparação do dano social sofrido.

Para sua atuação, deverá o procurador do Trabalho responsável se utilizar de todos os instrumentos à sua volta, desde os extrajudiciais até os judiciais, com o objetivo de ver cumpridos os direitos mínimos trabalhistas constitucionalmente resguardados, exercendo, de fato, seu mister constitucional e sua função promocional de defensor da sociedade e do ordenamento trabalhista constitucional.

Referências

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

CASSAR, Vólia Bomfim. *Direito do trabalho*. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 14. ed. Rio de Janeiro: LTr, 2015.

DIDIER JUNIOR, Fredie; ZANETI JUNIOR, Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 7. ed. Salvador: JusPodivm, 2012.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. *Manual de direito do trabalho*. 4. ed. São Paulo: Método, 2011.

LEITE, Gustavo Henrique Bezerra. *Ministério Público do Trabalho: doutrina, jurisprudência e prática*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

LÔBO, Paulo. *Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MARX, Karl. *O capital*. São Paulo: Folha de S. Paulo, 2010.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago. *Dano moral coletivo*. 4. ed. São Paulo: LTr, 2014.

MELO, Raimundo Simão de. *Ação civil pública na justiça do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito processual do trabalho*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

PAIXÃO, Cristiano. O direito de greve e a atuação do Ministério Público do Trabalho. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Orgs.). *Estudos aprofundados do Ministério Público do Trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. v. 1.

PORTO, Lorena Vasconcelos. *A subordinação no contrato de trabalho: uma releitura necessária*. São Paulo: LTr, 2009.

RAMOS, Gisela Gondin. *Estatuto da advocacia: comentários e jurisprudência selecionada*. 4. ed. Florianópolis: OAB/SC, 2003.

SILVA, Tiago de Melo Pontes e. O Ministério Público como função essencial à democracia no Brasil. *Conteúdo Jurídico*, Brasília, 23 fev. 2011. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.31345&seo=1>>. Acesso em: 7 dez. 2015.

Um estudo panorâmico do assédio moral no meio ambiente do trabalho

Renata Guimarães Andrade Tanure

Assessora Jurídica na Procuradoria Regional do Trabalho da 5ª Região. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Faculdade Baiana de Direito.

Resumo: O presente artigo destina-se à análise, de forma panorâmica, do assédio moral no meio ambiente do trabalho. Com efeito, buscou-se demonstrar o que é o assédio moral, os seus elementos caracterizadores, as suas modalidades, as condutas típicas e as consequências sentidas pela vítima e pela empresa. Por fim, objetivou-se demonstrar que a utilização de medidas preventivas é uma boa alternativa para evitar a instauração do assédio moral, bem como manter o equilíbrio do meio ambiente do trabalho. Nesse cenário, demonstrar-se-á o papel do Ministério Público do Trabalho e a importância da instauração de um conselho interno e de um programa permanente de prevenção ao assédio moral.

Palavras-chave: Assédio moral. Dano moral. Responsabilidade civil. Prevenção. Ministério Público do Trabalho.

Abstract: This article aims to give an overview on the moral harassment at the work environment. It demonstrates what moral harassment is, its intrinsic elements and modalities, as well as the typical conducts of the offender and consequences to the victims and companies. At the end, it shows that the preventive measures are a good alternative to avoid moral harassment and to maintain the balance in the work environment. In this scenario, it is highlighted the role of the Labor Prosecution Service and the importance of creating an internal board and a permanent program of moral harassment prevention in the companies.

Keywords: Moral harassment. Moral damages. Civil liability. Prevention. Labor Prosecution Office.

Sumário: 1 Introdução. 2 O que se espera de um meio ambiente de trabalho? 2.1 O trabalho como transformador e identificador social. 2.2 O direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado. 3 O assédio moral como uma realidade no ambiente de trabalho brasileiro. 3.1 Conceito e elementos caracterizadores. 3.2 Modalidades. 3.3 Condutas típicas. 4 Consequências do assédio moral. 4.1 Consequências sentidas pela vítima. 4.2 Consequências sentidas pela empresa. 5 Responsabilidade civil. 5.1 Dano moral. 5.2 Responsabilidade civil do empregador. 5.3 Denúnciação da lide. 6 Prevenção: o melhor remédio. 6.1 O direito à informação. 6.2 Programa permanente de prevenção ao assédio moral. 6.3 Conselho interno. 6.4 A atuação preventiva do Ministério Público do Trabalho. 7 Considerações finais.

1 Introdução

A proposta do presente artigo é discorrer sobre as medidas preventivas utilizadas quando se trata do tema assédio moral nas relações de trabalho.

Nesse sentido, cumpre verificar o que se espera de um ambiente de trabalho. Com efeito, impende tecer breves comentários acerca do direito ao meio ambiente de trabalho equilibrado, direito expressamente previsto na Constituição da República Federativa Brasileira.

Realizada uma primeira análise sobre o que se espera de um meio ambiente de trabalho, passar-se-á a uma análise fática do que se constata nas relações trabalhistas travadas no Brasil. A partir daí, será construído um conceito de assédio moral e demonstrados os elementos que o caracterizam, as condutas típicas, bem como as classificações feitas pela doutrina abalizada.

Após a realização dessas considerações, serão abordadas as medidas preventivas de que as empresas devem lançar mão a fim de evitar o assédio moral nas relações de trabalho. Assim, o presente trabalho propõe-se a demonstrar que a prevenção é o melhor remédio para manter um ambiente de trabalho estável e equilibrado.

2 O que se espera de um meio ambiente de trabalho?

É evidente que, quando se questiona a alguém que está prestes a adentrar no mercado de trabalho o que se espera de um ambiente de trabalho, a resposta será um local de realizações pessoais, um local onde seja possível desenvolver as suas potencialidades como profissional e encontrar a satisfação pessoal.

A referida visão decorre justamente do fato de ser o trabalho um transformador social capaz de trazer realizações para o ser humano. Ademais, a própria Carta Magna estipula o direito ao ambiente do trabalho equilibrado como um direito humano fundamental. A análise do meio ambiente do trabalho perpassa justamente por essa concepção e, por isso, cumpre tecer, de forma pontual, breves comentários.

2.1 O trabalho como transformador e identificador social

A priori, é preciso esclarecer que o trabalho hoje é visto como identificador social. Com efeito, diz-se que o trabalho desempenhado por um indivíduo é capaz de identificá-lo na sociedade capitalista contemporânea.

Hodiernamente, a leitura que se faz é de que a identificação das pessoas por meio do brasão das famílias encontra-se ultrapassada, sendo rotineira a identificação por meio das profissões exercidas. Nesta senda, não é incomum um encontro entre desconhecidos iniciar-se pelo questionamento “o que você faz?”¹.

O trabalho, enquanto atividade humana, é capaz de distinguir o ser humano dos demais seres vivos. É por meio dele que o

1 Nesse sentido, Chaves (2006, p. 55) relata que “[...] na sociedade pré-industrial o trabalho era praticamente considerado como algo reduzido, menor, não era digno. E isso é curioso, eu tenho chamado a atenção [...] que hoje a realidade é totalmente diferente, hoje, quem não trabalha tem dificuldade até de se identificar socialmente. [...] hoje em dia você não pergunta a alguém de onde ele é, de quem ele é filho, a que família pertence. Você pergunta, vem cá o que você faz?”.

homem consegue interagir com os demais e com o meio em quem vive, transformando-o.

Nesse sentido, impende trazer à baila a didática distinção feita por Delgado (2015, p. 295-296) entre os termos “emprego” e “trabalho”, demonstrando que aquele corresponde a uma espécie deste.

Relação de Trabalho versus Relação de Emprego – [...] A primeira expressão tem caráter genérico: refere-se a todas as relações jurídicas caracterizadas por terem sua prestação essencial centrada em uma obrigação de fazer consubstanciada em labor humano. [...] Traduz, portanto, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual. Evidentemente que a palavra trabalho, embora ampla, tem uma inquestionável delimitação: refere-se a dispêndio de energia pelo ser humano, objetivando resultado útil. [...] A relação de emprego, do ponto de vista técnico-jurídico, é apenas uma das modalidades específicas de relação de trabalho, juridicamente configuradas. Corresponde a um tipo legal próprio e específico, inconfundível com as demais modalidades de relação de trabalho ora vigentes.

O trabalho, como dito, corresponde a um mecanismo utilizado pelo homem para intervir na natureza, produzindo bens materiais e imateriais, e para construir relações humanas. São tais funções que o dotam de grande relevância social e autorizam a afirmar que se trata de um transformador social. Nesse sentido:

[...] o trabalho é inerente à condição humana. Por meio do trabalho o ser humano desenvolve suas potencialidades, ao mesmo tempo em que recebe expressa solidariedade. Por isso o trabalho não deve ser tratado como simples mercadoria, devendo ser reconhecido como um direito individual e um dever social, que deve ser exercido em condições juntas. (DALLARI, 2004, p. 57 apud CENCI; FRANTZ, 2013, p. 61).

Diante da tamanha relevância social de que é dotado, é possível interligar a noção de trabalho com o próprio direito à vida e a dignidade da pessoa humana. É por meio do labor que o indivíduo conhece as suas potencialidades, bem como se sente útil e participativo na sociedade em que se encontra inserido.

Destarte, conclui-se que é por meio do trabalho que o ser humano toma consciência da sua condição de indivíduo livre capaz de se realizar no seu cotidiano, bem como transformar o meio em que vive.

2.2 O direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado

Demonstrada a relevância social do trabalho na sociedade capitalista contemporânea, impende esclarecer o relevante papel do direito ao meio ambiente do trabalho equilibrado, previsto no ordenamento jurídico brasileiro. É justamente a previsão de tal direito que permite a construção do discurso contra as práticas de assédio ao trabalhador.

O estudo do direito ao meio ambiente do trabalho remonta à Declaração de Estocolmo de 1972, reconhecida como marco histórico neste assunto. O mencionado diploma legal reconheceu o direito do homem de desfrutar de condições de vida adequadas em um meio ambiente capaz de propiciar uma vida digna. Em contrapartida e visando alcançar tal intento, estabeleceu a obrigação do homem de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

É o que se verifica da leitura do primeiro princípio da Declaração:

O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.

No ordenamento jurídico brasileiro, o constituinte originário tratou de alçar o direito ao meio ambiente do trabalho à condição de direito fundamental, sendo uma decorrência lógica do princípio da dignidade da pessoa humana. É o que se verifica da leitura dos arts. 7º, inciso XXII, 200, inciso VIII, e 225².

2 “Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: [...] XXII - redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; [...] Art. 200. Ao sistema

O fato de ser um direito fundamental importa em afirmar que todas as escalas dos poderes (Legislativo, Executivo e Judiciário) devem pautar a sua atuação na busca pela máxima observância e efetividade de tal direito. Outrossim, trata-se de um direito irrenunciável e inegociável, não podendo ser transacionado para reduzir os custos da empresa.

Ante o exposto, é preciso que se diga que o assédio moral atenta expressamente contra o supramencionado direito, uma vez que é responsável por desestabilizar o ambiente de trabalho em que se encontra o assediador, o assediado e os demais empregados.

Sendo o assédio moral laboral o objeto do presente estudo, cumpre realizar uma análise pormenorizada do tema.

3 O assédio moral como uma realidade no ambiente de trabalho brasileiro

Embora tenha se demonstrado que o que se espera de um meio ambiente de trabalho é o seu equilíbrio e a busca da realização pessoal do indivíduo, o que se constata na realidade é um cenário distante do ideal. Com efeito, o trabalho tem sido sinônimo de dor e sofrimento para diversos trabalhadores brasileiros.

Corroborando o quanto exposto, dados lançados pelo INSS³ demonstram o aumento vertiginoso dos casos de afastamento do trabalho em virtude de transtornos mentais, tais como depressão, ansiedade e síndrome do pânico. Como causas desses transtornos

único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei: [...] VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho. [...] Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

3 Disponível em: <<http://www.mtps.gov.br/dados-abertos/dados-da-previdencia/estatistica-saude-e-seguranca-do-trabalhador/estatistica-beneficios-previdenciarios>>. Acesso em: 1º jun. 2016.

são apontados os seguintes motivos: a violência urbana, problemas familiares e financeiros e questões relacionadas ao trabalho.

Diante do “recorte” feito pelo presente artigo, abordaremos o meio ambiente do trabalho como propulsor dos transtornos mentais que vêm afetando os indivíduos, na condição de trabalhadores.

O discurso da necessidade de um ambiente de trabalho adequado não é novidade para a sociedade. Desde a Revolução Industrial, é suscitada a necessidade de um ambiente de trabalho isento de poluições sonoras e químicas, bem como a necessidade da atenção às normas de segurança e higiene do trabalho. Contudo, somente há poucas décadas, têm-se discutido os fatores de riscos psicológicos que ameaçam o trabalhador e o equilíbrio do meio ambiente do trabalho.

O que se observa é que o mercado de trabalho, diante dos anseios do capitalismo e em conformidade com os preceitos lançados pela globalização, vem imputando ao empregado a pressão diária de atender as demandas que surgem. Somado a isto, em um cenário de crise, é propagado o discurso de que é preciso dar conta do quanto solicitado pelos chefes, bem como aceitar o que é dito, ainda que contrário às normas fundamentais trabalhistas e que atente contra a dignidade da pessoa humana, sob pena de perder o emprego para outra pessoa que se encontra desempregada e disposta a ter os seus direitos trabalhistas violados.

Nesse cenário, o que se percebe é uma constante precarização das relações de trabalho e a dilaceração da saúde física e psíquica do empregado. As práticas de assédio moral, muitas vezes incentivadas pelas empresas, como se verá, são grandes causadoras de desgastes mentais e devem ser rechaçadas do meio ambiente de trabalho a fim de que se restabeleça o equilíbrio no ambiente laboral.

Visando um maior aprofundamento do tema, insta apresentar, de forma pormenorizada, um conceito de assédio moral, seus elementos caracterizadores, as modalidades apontadas pela doutrina, as condutas típicas e seus efeitos.

3.1 Conceito e elementos caracterizadores

Conceituar o assédio moral, por si só, corresponde a uma tarefa árdua que requer certa maturidade acadêmica acerca do tema sobre o qual se pretende debruçar. Ademais, a ausência de legislação federal pátria⁴ que defina o assédio moral no trabalho faz com que se busque em outras fontes e conhecimentos técnicos (sociologia, psicologia, medicina etc.). Com efeito, a busca pela doutrina abalizada se demonstra essencial para a formação de um conceito próprio sobre o que se deve entender por assédio moral.

Feitas essas considerações iniciais, cumpre apresentar o conceito de assédio moral no trabalho de uma das maiores referências sobre o tema, a psiquiatra e vitimóloga francesa Marie-France Hirigoyen, que ensina:

POR ASSÉDIO MORAL EM UM LOCAL DE TRABALHO TEMOS QUE entender toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, por em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho. (HIRIGOYEN, 2011, p. 65).

Complementando o conceito trazido, Pamplona Filho elucidado que o assédio moral pode ser conceituado da seguinte forma:

O assédio moral pode ser conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica do indivíduo, de forma reiterada, tendo por efeito a sensação de exclusão do ambiente e do convívio social. (PAMPLONA, 2006, p. 2).

Diante das conceituações apresentadas, é possível concluir que o assédio moral nas relações de trabalho corresponde a um conjunto de atos abusivos e intencionais perpetrados por um colega de trabalho, um superior hierárquico ou pela própria empresa, de

4 O Brasil não possui legislação federal que conceitue o assédio moral laboral, embora existam dois projetos de lei sobre o tema (Projeto de Lei n. 4.742/2001 e Projeto de Lei n. 2.369/2003), bem como leis municipais e estaduais que coíbem o assédio moral na Administração Pública.

forma reiterada, que visa a desestabilização do indivíduo no seu ambiente de trabalho e atenta contra a dignidade do trabalhador.

Da análise detida da conceituação proposta neste artigo, constata-se a presença de três elementos essenciais para a configuração do assédio moral laboral, a saber: a abusividade da conduta intencional, a reiteração e prolongamento dos atos, e o ataque à dignidade do trabalhador.

A abusividade da conduta intencional deve ser entendida como a conduta que excede o limite do aceitável, ou seja, que configura o abuso do direito. Por abusividade de conduta intencional entende-se aquela que extrapola os poderes de chefia, visando exclusivamente denegrir o trabalhador na sua esfera pessoal. (WYZYKOWSKI; BARROS; PAMPLONA, 2014, p. 118).

A reiteração e prolongamento dos atos, por sua vez, correspondem a um dos elementos mais importantes do assédio moral, pois, por se tratar de uma conduta que causa lesões psíquicas, não pode ser vista como um ato isolado e pontual.

Pesquisas realizadas por psicólogos e psiquiatras propõem um parâmetro de reiteração para a configuração da prática de assédio moral laboral. Nesse sentir, Guedes, analisando os estudos de Heinz Leymann (psicólogo), destacou a necessidade de a conduta se repetir pelo menos uma vez na semana durante um período mínimo de seis meses.

É fundamental, segundo os especialistas, para que se possa falar de assédio moral, o requisito da duração do tempo. A violência psicológica deve ser regulada, sistemática e durar no tempo. Segundo os suecos, pioneiros no tratamento deste fenômeno, é necessário que os ataques se verifiquem pelo menos uma vez na semana e a perseguição dure pelo menos 6 meses. (GUEDES, 2003, p. 34 apud WYZYKOWSKI; BARROS; PAMPLONA, 2014, p. 121).

Embora o entendimento esposado pelo doutrinador encontre certo embasamento científico, não se pode adotar um entendimento engessado no tempo, uma vez que, como se sabe, cada caso concreto traz em si peculiaridades e nuances que merecem ser avaliadas com cautela.

Noutro giro, é preciso acentuar que, embora um dano decorrente de um único ato não venha a ser considerado como assédio moral, é possível requerer perante o Judiciário a sua reparação, desde que demonstrada a ocorrência do dano moral.

Por fim, é certo que a conduta abusiva deve atacar a dignidade do trabalho. O assédio moral caracteriza-se por atentar contra os direitos da personalidade do trabalhador, mais precisamente a sua dignidade e a sua saúde física e mental, visando a sua exclusão do ambiente social.

A propósito, forçoso pontuar que não se faz necessária a comprovação do dano psíquico-emocional para a configuração do assédio moral laboral. Como bem salienta Pamplona, o mencionado dano é, em verdade, uma consequência natural da violação dos direitos da personalidade, sendo um elemento a ser analisado quando da verificação da responsabilidade civil.

Sendo o assédio moral a conduta lesiva, o dano psíquico-emocional deve ser entendido como a consequência natural da violação aos direitos da personalidade da vítima. Note-se, portanto, que a necessidade do dano não é um elemento da caracterização do assédio moral, mas, sim, da responsabilidade civil decorrente de tal conduta. (PAMPLONA, 2006, p. 7).

Estabelecido um conceito de assédio moral laboral e realizada uma análise prévia dos elementos que o caracterizam, cumpre nos debruçarmos sobre as modalidades de assédio moral laboral existentes.

3.2 Modalidades

As modalidades de assédio moral no ambiente de trabalho levam em conta dois critérios básicos: a posição da vítima dentro na organização hierárquica da empresa e a sua origem.

Quanto à posição da vítima perante a estrutura organizacional hierárquica da empresa, diz-se que o assédio moral laboral pode ser horizontal ou vertical. O assédio moral horizontal é aquele em que a conduta abusiva é perpetrada por sujeitos que se encontram no mesmo nível hierárquico. É a hipótese em que os colegas do

mesmo nível hierárquico atentam contra a dignidade do trabalhador. Essa modalidade ocorre, em geral, em virtude de competição ou discriminação (de gênero, raça, orientação sexual etc.).

No assédio moral vertical, por sua vez, o ato abusivo ocorre entre trabalhadores que se encontram em posições hierárquicas diversas. Nesse sentido, o assédio moral pode ser: a) descendente: quando o assediador é o superior hierárquico (hipótese mais comum); b) ascendente: quando as práticas decorrem dos subordinados em relação ao superior hierárquico.

Esta última modalidade é mais difícil de verificar. É o caso, por exemplo, de quando um empregado que é promovido sem a consulta dos demais para chefiar os seus colegas de trabalho ou quando a empresa contrata um profissional externo para chefiar uma equipe em que os membros almejavam o cargo.

Há uma parte da doutrina que classifica, ainda, o assédio moral laboral como misto, explicando que este

exige a presença de pelo menos três sujeitos: o assediador vertical, o assediador horizontal e a vítima. Pode-se dizer que o assediado é atingido por “todos os lados”, situação esta que, por certo, em condições normais, se torna insustentável em tempo reduzido. (PAMPLONA, 2006, p. 5).

No que tange à classificação que leva em conta a origem do assédio moral no trabalho, é certo que este pode ser interpessoal ou organizacional. Diz-se que o assédio moral é interpessoal quando ele é proveniente do próprio caráter do assediador. A deformação do caráter do agressor é o grande causador da desestabilização do meio ambiente de trabalho.

Um exemplo do assédio moral interpessoal é o caso de uma oficina mecânica onde o dono do estabelecimento trata de forma agressiva os seus clientes e repete o tratamento com os seus funcionários. Ou seja, a própria distorção do caráter do agressor torna o ambiente de trabalho instável e conduz às práticas abusivas.

Noutro giro, tem-se o assédio moral laboral originário do próprio processo do trabalho, mais conhecido como assédio moral orga-

nizacional. Trata-se de modalidade muito comum nas empresas, tendo em vista o atual cenário econômico social mencionado. Em um contexto em que a globalização econômica dita o discurso da automação e da máxima produtividade com uma redução de custos, emerge nas empresas um clima de maior cobrança dos empregados.

O assédio moral organizacional corresponde a uma prática de gestão empresarial que visa alcançar a máxima produtividade, em detrimento da sua saúde física e mental do trabalhador. Nesta senda, ensinam Silva e Santos (2005, p. 13)⁵:

Nos últimos anos, entretanto, foi detectada uma nova forma de assédio moral. Trata-se do assédio moral organizacional, que está relacionado com as práticas de gestão e que alcança um grande número de trabalhadores. Esse tipo de assédio tem como principal objetivo extrair o máximo de produtividade dos empregados, incitando ao isolamento, ao egoísmo e à desunião, além de impedir a instituição da solidariedade entre os mesmos.

Com efeito, pode-se dizer que o assédio moral organizacional é uma prática de gestão em que a empresa adota posturas abusivas e hostis com os seus empregados, atentando contra seus direitos fundamentais, com o fim de atender aos objetivos institucionais de produção.

3.3 Condutas típicas

A doutrina⁶ pontua algumas práticas intentadas no ambiente de trabalho como condutas típicas de assédio moral laboral. Com efeito, é preciso esclarecer que qualquer rol de condutas apresen-

5 As autoras apresentam, ainda, o conceito didático proposto por Adriane Reis de Araújo (2012, p. 76 apud SANTOS e SILVA, 2015, p. 13): “O conjunto de condutas abusivas, de qualquer natureza, exercido de forma sistemática durante certo tempo, em decorrência de uma relação de trabalho, e que resulte no vexame, humilhação ou constrangimentos de uma ou mais vítimas com a finalidade de se obter o engajamento subjetivo de todo o grupo às políticas e metas da administração, por meio da ofensa a seus direitos fundamentais, podendo resultar em danos morais, físicos e psíquicos”.

6 Nesse sentido, PAMPLONA (2006) e WYZYKOWSKI; BARROS; PAMPLONA FILHO (2014).

tado em trabalhos acadêmicos que versem sobre o tema possui caráter meramente exemplificativo, haja vista que, como se sabe, as relações pessoais são complexas por si só e apenas com a análise de cada caso concreto é possível avaliar a existência do assédio.

O Ministério Público do Trabalho da 5ª Região (2015), em cartilha sobre o tema, listou condutas utilizadas para assediar moralmente os empregados. Diante da didática do material, cumpre listar as condutas pontuadas pelo Órgão Ministerial:

- dar instruções confusas e imprecisas ao trabalhador;
- bloquear o andamento do trabalho;
- atribuir erros imaginários ao trabalhador;
- pedir ao trabalhador, sem necessidade, trabalhos urgentes ou sobrecarregá-lo com tarefas;
- ignorar a presença do trabalhador na frente dos outros e/ou não cumprimentá-lo ou não lhe dirigir a palavra;
- fazer críticas ao trabalhador em público e/ou brincadeiras de mau gosto;
- impor horários injustificados;
- fazer circular boatos maldosos e calúnias sobre o trabalho e/ou insinuar que ele tem problemas mentais ou familiares;
- forçar a demissão do trabalhador e/ou transferi-lo de setor para isolá-lo;
- retirar do trabalhador seus instrumentos de trabalho quando necessários à execução de suas atividades, a exemplo de telefone, fax, computador, mesa etc.;
- proibir colegas de falar e almoçar com o trabalhador;
- expor o trabalhador a situações vexatórias e constrangedoras;
- violar a dignidade do trabalhador com atitudes de humilhação;
- menosprezar o trabalho realizado pelo trabalhador, entre outras.

Da análise detida das condutas pontuadas, é possível constatar que são normalmente enquadradas como assédio moral laboral as condutas que visam desestabilizar psicologicamente o empregado, colocando-o em uma condição de excluído em relação ao meio em que se encontra. Ademais, é preciso reiterar que tais condutas atacam a dignidade do assediado.

Demonstrados alguns comportamentos típicos, cumpre alertar sobre certas condutas que não devem ser assim enquadradas. Nesse sentir, é preciso relembrar que, para caracterizar o assédio moral laboral, faz-se necessária a verificação dos elementos caracterizadores explanados inicialmente.

Com efeito, o mero estresse no trabalho, o conflito ou agressões pontuais não podem ser tidos como assédio moral laboral. Como se sabe, a existência de novos desafios profissionais pode ser causa de estresse para alguns empregados e ocasionar, inclusive, agressões pontuais entre eles. Contudo, não se configuram como assédio moral em virtude da ausência dos elementos caracterizadores, mais precisamente a reiteração da conduta lesiva.

No mesmo sentido, tem-se o conflito que corresponde a um ato bilateral e explícito. É preciso esclarecer que o conflito, quando bem conduzido, é um aspecto importante e favorável para o desenvolvimento de uma empresa. É através do conflito que se amadurecem e aperfeiçoam ideias apresentadas.

Outrossim, o assédio sexual não pode ser considerado como hipótese de assédio moral laboral, tendo em vista que são modalidades que não se confundem. Com efeito, “a diferença essencial entre as duas modalidades reside na esfera de interesses tutelados, uma vez que o assédio sexual atenta contra a liberdade sexual do indivíduo, enquanto o assédio moral fere a dignidade psíquica do ser humano” (PAMPLONA, 2006, p. 3).

As más condições do meio ambiente de trabalho, tais como ruído excessivo, jornada excessiva, movimentos repetitivos, por si só não caracterizam a prática de assédio moral laboral. Para que essa prática se configure, é necessário que as condições degradantes

sejam destinadas a um empregado-alvo e tenham o propósito de fazê-lo sentir-se desmerecido no ambiente de trabalho.

Por fim, cumpre pontuar que o estabelecimento de metas e resultados não é uma conduta típica de assédio moral laboral. O empregador é detentor do poder disciplinar, fiscalizatório e regulamentador, porque assume os riscos da atividade econômica (art. 2º, da CLT); deste modo, é plenamente legítimo o direito de exigir produtividade e o cumprimento de metas dos seus empregados.

Contudo, é preciso asseverar que o assédio moral laboral pode ser caracterizado quando for atrelada à política empresarial de metas a prática de condutas vexatórias, tais como: associar um apelido a quem não conseguir cumprir a meta imposta, obrigar a cumprir “prendas” ou fazer quadros dos empregados menos produtivos.

4 Consequências do assédio moral

A prática do assédio moral laboral pode trazer consequências devastadoras tanto para o empregado assediado quanto para a empresa. É importante que se diga que tais consequências não são meramente de cunho patrimonial mas também físico e psíquico.

Nesse sentido, cumpre estabelecer os efeitos que são sentidos pelas partes envolvidas no assédio moral laboral.

4.1 Consequências sentidas pela vítima

Em regra, algumas consequências são tipicamente sentidas pelos empregados que são alvos de assédio moral. Entre elas, podemos citar:

- a perda de criatividade, produtividade e qualidade de produção;
- baixa autoestima e autoconfiança;
- ansiedade;
- estresse;
- desejo de vingança;

- depressão;
- problemas gastrointestinais, insônia, palpitação, tremores;
- aumento no risco de doenças profissionais ou acidentes de trabalho;
- suicídio etc.

O assédio moral laboral, como se demonstrou, caracteriza-se por condutas abusivas intencionais e reiteradas que visam atacar a dignidade do trabalhador. Deste modo, é certo afirmar, ainda, que a repetição de condutas hostis acaba por desestabilizar o trabalhador emocionalmente, sendo justamente essa a intenção do assediador.

As consequências sentidas por cada empregado dependem da sua história de vida, do seu quadro psíquico, físico e emocional, contudo, algumas são comuns a todos os empregados, a saber: ansiedade, baixas autoestima e autoconfiança e estresse diário.

A priori, o que se verifica é a desmotivação do empregado e o constante questionamento: “o que eu fiz de errado?”. A vítima começa a se sentir humilhada e incapaz de exercer as suas atividades laborais habituais, caindo em um quadro crônico de depressão, que afeta, inclusive, a sua saúde física, com risco de suicídio.

Outrossim, o que se percebe com a prática do assédio moral laboral é um crescente desejo de vingança por parte da vítima, que, cansada das humilhações sofridas, passa a exercer o seu trabalho de forma insatisfatória e a censurar abertamente o seu agressor. Quando este cenário se configura, constata-se uma inversão de papéis, de vítima o empregado passa a figurar como réu.

Elucidativamente, Prata (2008, p. 350) esclarece:

Em virtude do *cercos* implacável exercido sobre a vítima, as suas *muralhas morais* terminam ruindo, deixando expostas todas as suas *inatas fragilidades*, até então mantidas sob o controle razoável. O seu rendimento profissional começa a cair e ela passa a cometer *erros* de todo tipo, de banais a *estratégicos*. O relacionamento interpessoal no trabalho se deteriora. A perda do *patrimônio social* é muito

dolorosa e prejudicial para a vítima. O acossado – que antes era criativo, assíduo, pontual, cortês e produtivo – agora está isolado, confuso, desestruturado, sem saber a quem recorrer. Ele passa a ser um funcionário desmotivado, medíocre, desconfiado, negligente e retraído. A vítima passa a censurar abertamente o seu perseguidor e o sistema da empresa junto aos colegas. Isso sem se dar conta que muitos deles podem denunciá-lo aos seus superiores, a fim de obter alguma possível vantagem, prestígio ou simplesmente eliminar um *potencial concorrente*. Pode, ainda, o perseguido tentar-se vingar do assediador por meio da sabotagem. Aí, finalmente, o cerco se fecha contra o assediado. Ele, que no início era injustamente assediado, agora, contra todos os princípios de autopreservação, “dá motivos” que fundamentam as críticas contra si próprio. Quando os fatos são averiguados a *vítima* se transforma em *réu*. [Grifos do original].

Impende ressaltar, ainda, que o assédio moral laboral gera consequências que não se limitam aos muros da empresa. “Incapaz de se defender ou mesmo de fazer cessar tal situação, a vítima acaba encontrando, infelizmente, como última válvula de escape, sua própria família” (TEIXEIRA, 2009, p. 41). Isso demonstra que o sentimento de derrota influencia também suas relações interpessoais.

4.2 Consequências sentidas pela empresa

Não se deve imaginar que somente o empregado sofre com o assédio moral perpetrado, haja vista que já se verificam grandes perdas por parte das empresas que motivam a prática de tal assédio (assédio moral organizacional) ou que não a desmotivam.

A priori é possível afirmar que, ao ser alvo de assédio moral, o empregado tem a sua autoconfiança abalada, o que influencia consideravelmente na sua produtividade e eficiência. Ademais, é certo que o empregado não encontra prazer em realizar um trabalho de qualidade e utilizar a sua criatividade em prol do trabalho.

Outrossim, a existência de práticas de assédio moral na empresa acarreta a presença de um empregado desmotivado que estará mais suscetível a adquirir doenças profissionais e a sofrer acidentes de trabalho.

Por derradeiro, é certo que a rotatividade de empregados será maior em uma empresa em que o assédio moral laboral encontra-se presente, acarretando maiores gastos para a empresa, que precisará capacitar novos funcionários, bem como arcar com as futuras ações trabalhistas ajuizadas.

De forma didática, o Ministério Público do Trabalho da 5ª Região listou, em sua cartilha intitulada *Assédio Moral – Sofrimento e Humilhação no Ambiente de Trabalho* (2015), algumas perdas para a empresa:

- queda na produtividade e menor eficácia;
- alteração na qualidade do serviço/produto e baixo índice de criatividade;
- doenças profissionais, acidentes de trabalho e danos aos equipamentos;
- troca constante de empregados, ocasionando despesas com rescisões, seleção e treinamento de pessoal;
- aumento de ações trabalhistas, inclusive com pedidos de reparação por danos morais;
- a pessoa alvo é ferida na autoestima e, com isso, perde subitamente a autoconfiança e necessita afastar-se do trabalho para tratamento médico ou psicólogo;
- a vítima do assédio reduz a capacidade de trabalho e eficiência, gerando prejuízos materiais para a empresa;
- aumentam os custos em razão das faltas ao trabalho por doenças relacionadas.

Destarte, o que se percebe é que o assédio moral laboral acarreta perdas imensuráveis tanto para o empregado quanto para o empregador, devendo ser rechaçado e desmotivado no âmbito da empresa.

5 Responsabilidade civil

Conforme se verificou, a prática do assédio moral laboral atinge diretamente os direitos da personalidade do trabalhador,

causando danos de cunho moral. Com efeito, pela teoria da responsabilidade civil, prevista no Código Civil brasileiro, aquele que causa dano a outrem tem o dever jurídico de indenizar.

O dano corresponde a lesão que algum bem juridicamente tutelado sofreu. Sobre o tema ensina Cavalieri Filho:

O dano patrimonial, como o próprio nome diz, também chamado de dano material, atinge os bens integrantes do patrimônio da vítima, entendendo-se como tal o conjunto de relações jurídicas de uma pessoa apreciáveis em dinheiro. Nem sempre, todavia, o dano patrimonial resulta da lesão de bens ou interesses patrimoniais. [...] a violação de bens personalíssimos, como o bom nome, a reputação, a saúde, a imagem e a própria honra, pode refletir no patrimônio da vítima, gerando perda de receitas ou realização de despesas – o médico difamado perde sua clientela –, o que para alguns autores configura o dano patrimonial indireto. (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 90).

De logo, o que se percebe é que a noção de dano não se encontra atrelada unicamente a lesão à esfera pecuniária, podendo ter origem na lesão aos direitos da personalidade da vítima. Nesta senda, é preciso demonstrar o que se entende por dano moral, tendo em vista que este é tipicamente verificado nos casos de assédio moral laboral.

5.1 Dano moral

A priori, é preciso esclarecer que o dano moral não se confunde com o assédio moral, tratando-se de institutos distintos. O assédio moral laboral corresponde à conduta humana que ataca os direitos da personalidade do empregado, enquanto que o dano moral representa o dano extrapatrimonial aferido desta conduta ilícita:

Já a noção de dano moral, definitivamente não pode ser confundida com o assédio. De fato, o assédio, seja sexual ou moral, é uma conduta humana, como elemento caracterizador indispensável da responsabilidade civil, que gera potencialmente danos, que podem ser tanto materializados, quanto extrapatrimoniais. O dano moral é justamente este dano extrapatrimonial que pode ser gerado pelo assédio, ou seja, a violação de um direito da personalidade, causada pela conduta reprovável ora analisada. (PAMPLONA, 2006, p. 4).

Diante do exposto, verifica-se que o dano moral corresponde à violação de direitos da personalidade, tais como a honra, a liberdade, a integridade física e psicológica, a reputação, a imagem e a intimidade. Trata-se de direitos resguardados pela Constituição Federal e que não podem ser mensurados economicamente, haja vista não possuírem cunho patrimonial.

Nesta senda, a Constituição Federal, em seu art. 1º, inciso III, prevê a dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado Democrático de Direito. Com efeito, o supracitado dispositivo demonstra que a Carta Magna protege os direitos da personalidade, tendo em vista que o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana representa a consolidação dos direitos da personalidade e a valorização humana. Assim, “dano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade” (CAVALIERI FILHO, 2003, p. 112).

5.2 Responsabilidade civil do empregador

O estudo da responsabilidade do empregador diante da ocorrência do assédio moral laboral requer a análise detida do Código Civil brasileiro e da teoria da responsabilidade civil. Com efeito, o mencionado diploma legal, de forma didática, prevê inicialmente o que se entende por ato ilícito:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Uma vez exposto o que deve se entender por ato ilícito, o legislador infraconstitucional passou a tratar sobre o dever de reparar os danos causados por tal ato, disciplinando:

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Conforme se verifica dos dispositivos supramencionados, adota-se no Direito Civil brasileiro a teoria subjetivista na verificação da obrigação de indenizar, com a ressalva das duas situações elencadas no parágrafo único do art. 927.

No que se refere especificamente ao ressarcimento do assédio moral laboral sofrido, o que se constata é a interposição de ação judicial em face da empresa contratante, com fulcro no inciso III, do art. 932, e no art. 933 do ordenamento civilista pátrio, que prevê:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

Os dispositivos são claros ao imputar ao empregador o dever de reparar os danos causados por seus empregados, independentemente de culpa. Acerca do tema, preleciona Pamplona (2006, p. 14-15):

A ideia de culpa, na modalidade *in eligendo*, tornou-se legalmente irrelevante para se aferir a responsabilização civil do empregador, propugnando-se pela mais ampla ressarcibilidade da vítima, o que se mostra perfeitamente compatível com a vocação de que o empregador deve responder pelos riscos econômicos da atividade exercida.

E essa responsabilidade é objetiva, independentemente de quem seja o sujeito vitimado pela conduta do empregado, pouco importando que seja um outro empregado ou um terceiro ao ambiente laboral (fornecedor, cliente, transeunte, etc.).

Destarte, resta demonstrado que a empresa pode ser acionada judicialmente para discutir a ocorrência de assédio moral entre seus

empregados, podendo ser condenada a ressarcir os danos sofridos pela vítima em virtude do ato ilícito.

Enfrentada a responsabilidade do empregador, cumpre levantar o questionamento acerca da responsabilização do empregado assediador.

5.3 Denúnciação da lide

Há na doutrina e na jurisprudência entendimentos diversos sobre a possibilidade de o empregador fazer denúnciação da lide ao empregado assediador para que venha a responder na condição de denunciado, com fulcro no art. 934, do Código Civil, que prevê o direito de regresso.

É preciso salientar que, no âmbito trabalhista, o art. 934 do Código Civil deve ser entendido em consonância com o art. 462 da CLT, que dispõe:

Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

§ 1º - Em caso de dano causado pelo empregado, o desconto será lícito, desde que esta possibilidade tenha sido acordada ou na ocorrência de dolo do empregado.

Conforme se demonstrou, um dos elementos caracterizadores do assédio moral laboral é a intencionalidade da conduta abusiva. Desta forma, a conduta é sempre dolosa, o que permite afirmar que a empresa poderá realizar o desconto de forma lícita, caso o empregado permaneça no emprego. Outrossim, a empresa pode se valer de ação regressiva quando o empregado assediador for destituído do emprego.

Nos casos de assédio moral, o desconto é lícito, pois a conduta é sempre dolosa. Isso, evidentemente, caso o assediador permaneça no emprego, o que de fato será difícil em razão das inúmeras repercussões negativas, como também em razão de restar configurada, na quase totalidade dos casos, conforme já tratado, justa causa para rescisão contratual.

Caso não permaneça no emprego, pode a empresa demandar regressivamente contra o aludido empregado assediador. (WYZYKOWSKI; BARROS; PAMPLONA, 2014, p. 181).

A nosso ver, não há porque não se permitir a denunciação da lide nas reclamações trabalhistas que versem sobre assédio moral laboral. Corroborando com este entendimento, há de se pontuar que, com a extensão da competência da Justiça do Trabalho, a Orientação Jurisprudencial n. 227 da SDI-I⁷ foi cancelada, demonstrando uma alteração de mentalidade acerca do tema.

A denunciação da lide foi pensada justamente como um mecanismo de exaltação de alguns princípios processuais, como a economia processual, o contraditório e a harmonia dos julgados, tendo em vista que evita a instaurações de novas demandas e decisões conflitantes.

A utilização desta modalidade de intervenção serve justamente para garantir que o assediador seja responsabilizado e obrigado a ressarcir os prejuízos sentidos pela vítima e pela empresa. Sobre o assunto, Pamplona (2006, p. 17) dispõe que a denunciação da lide garante “uma resolução integral da demanda, possibilitando uma maior celeridade na efetiva solução do litígio e uma economia processual no sentido macro da expressão”.

6 Prevenção: o melhor remédio

Conforme se verificou, os males trazidos pelo assédio moral laboral são os mais diversos e afetam toda a coletividade em que a vítima se encontra inserida. Desta forma, é preciso pensar de que modo é possível combater o assédio moral nas relações de trabalho.

Inicialmente, é preciso que se diga que a melhor forma de combater o assédio moral é por meio de medidas preventivas. Nesse sentido, é acertado o ditado popular de que “é melhor prevenir do que remediar”.

7 A OJ n. 227 da SDI-I “DENUNCIÇÃO DA LIDE. PROCESSO DO TRABALHO. INCOMPATIBILIDADE”.

“A prevenção do assédio moral, portanto, deve integrar a política geral de prevenção dos riscos profissionais, pois a saúde no trabalho, principalmente, a psíquica, é um direito fundamental dos empregados” (WYZYKOWSKI; BARROS; PAMPLONA, 2014, p. 201).

A doutrina abalizada pontua algumas medidas preventivas que poderiam ser implementadas pelas empresas a fim de impedir a instauração de um ambiente propício ao assédio moral laboral. Trata-se de um rol exemplificativo capaz de auxiliar na manutenção do equilíbrio do meio ambiente do trabalho.

6.1 O direito à informação

A primeira forma de prevenção que pode ser pontuada é alcançada por meio da educação e do conhecimento. Com isso se quer dizer que é preciso que as partes integrantes da relação de trabalho possuam conhecimento do que se entende por assédio moral laboral, quais as condutas típicas e de que forma agir diante de tais práticas.

“Note-se que, quando o empregado consegue reconhecer condutas abusivas e sabe como agir diante destas, evita-se a consolidação do assédio moral, afinal tal comportamento não irá se perpetuar na relação de emprego” (WYZYKOWSKI; BARROS; PAMPLONA, 2014, p. 197). Com efeito, pensar na prevenção é pensar na introdução do diálogo no ambiente do trabalho, é dotar de voz a vítima do assédio dentro da empresa.

É preciso que se motive a discussão sobre o tema dentro da empresa. Desta forma, deve-se fomentar a realização de reuniões, palestras e *workshops* sobre o assunto, a fim de que os empregados aprendam sobre o tema e troquem experiências sobre cobranças, punições, promoções, orientações etc.

O direito à informação representa uma grande arma na busca pela manutenção do equilíbrio no meio ambiente de trabalho. Somente conhecendo o assunto é possível prevenir e fazer cessar a violência moral.

Com efeito, é de fundamental relevância que a empresa expressamente defina o que é o assédio moral, bem como declare

que não tolera nenhum tipo de prática que caracterize o assédio moral laboral.

6.2 Programa permanente de prevenção ao assédio moral

Uma medida que poderia ser implantada pelas empresas é a elaboração de um programa permanente de prevenção ao assédio moral nas empresas. A ideia de se ter um programa como esse dentro da organização da empresa é importante para demonstrar que o assédio moral é tratado com seriedade e de forma responsável.

Outrossim, a existência do citado programa traz melhorias nas relações pessoais entre os empregados e os dirigentes da empresa, pois deixa evidente a preocupação pela manutenção da saúde física e mental dos funcionários.

Infelizmente o que se percebe é certa resistência por parte dos pequenos e grandes empresários em elaborar e implantar tais programas nas empresas, haja vista afirmarem que importaria em admitir a presença do assédio moral laboral nas empresas. Contudo, esta mentalidade deve ser modificada, tendo em vista que os benefícios trazidos são superiores e suplantam qualquer tipo de crítica.

Acerca do tema, Prata (2008, p. 403) afirma que “os estudiosos sobre o tema compararam *antimobbing programmes* com os de prevenção ao alcoolismo, afirmando que estes últimos levaram 15 anos para serem adotados, a contar da primeira pressão da opinião pública”. Com efeito, é preciso que exista uma mudança de mentalidade dos empresários brasileiros para que eles possam pensar no assédio moral laboral como um problema de saúde pública e entendam a importância da implantação do programa de prevenção ao assédio moral.

6.3 Conselho interno

Outra medida preventiva do assédio moral laboral é a criação de um conselho capaz de auxiliar na orientação dos empregados da empresa, de modo a informá-los sobre o que é o assédio moral e como evitá-lo. Ademais, o conselho poderia receber as denúncias

trazidas pelas vítimas, bem como conferir todo o suporte necessário, visando restaurar a saúde física e mental do assediado.

Também é importante que exista um canal simples e direto de comunicação entre empregados e o setor de RH. E que esse canal esteja sempre aberto. Assim, ao menor sinal de ocorrência de uma prática suspeita/irregular, a empresa poderá tomar todas as medidas necessárias para impedir que isso se alastre ou que venha a se tornar uma praxe no local de trabalho. (TEIXEIRA, 2009, p. 100).

Sônia Mascaro Nascimento (2009, p. 115) ensina que esse conselho deve ser composto por membros eleitos pelos empregados e que representem todas as categorias profissionais presentes na empresa, bem como por um representante do sindicato dos trabalhadores, tendo em vista o seu distanciamento em relação à situação. A autora propõe que, enquanto não criado este órgão e escolhido o corpo de pessoal, as funções do conselho deveriam ser desempenhadas pela CIPA, tendo em vista o seu papel de prevenir os acidentes e doenças no trabalho e promover a saúde física e mental do trabalhador, conforme prevê a NR-5 do Ministério do Trabalho e Emprego⁸.

O mencionado conselho teria uma competência ampla de divulgação e informação sobre o tema, auxiliando os empregados a rechaçar a prática de tais condutas ilícitas no ambiente laboral.

Além da criação do supramencionado conselho seria interessante conceder-lhe a competência para divulgar e informar todos os setores da empresa a respeito de itens como: o que é o assédio moral, como evitá-lo, como identificá-lo, as possíveis punições, mecanismos de denúncia com proteção de vítima e testemunhas, atuação junto ao sindicato para inclusão em convenção ou acordo coletivo de trabalho de cláusula que proíba o assédio moral, formulação de sugestões no sentido de designar uma espécie de psicólogo media-

8 5.1 A Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) tem como objetivo a prevenção de acidentes e doenças decorrentes do trabalho, de modo a tornar compatível permanentemente o trabalho com a preservação da vida e a promoção da saúde do trabalhador.

dor para detectar e solucionar eventuais casos de início de assédio moral, entre outros. (NASCIMENTO, 2009, p. 115).

Também sobre o assunto, Hirigoyen (2011) apresenta um plano de prevenção que poderia ser utilizado pela empresa. Nesse plano, a autora pontua que é importante a presença de especialistas capazes de escutar os empregados assediados. Tais especialistas não fariam parte da hierarquia funcional da empresa e seriam obrigados a manter o sigilo das informações apresentadas.

A existência desses profissionais é importante, segundo a autora, para que o assediado se sinta à vontade para relatar o assédio sofrido. É certo que, caso fosse um empregado da empresa, duas consequências negativas poderiam ocorrer, a saber: a) sentimento de receio de uma futura represália por parte do assediador; b) dificuldade em denunciar a prática de assédio moral perpetrada pelo empregado alocado na função de receber as denúncias. O sigilo, por sua vez, mostra-se de fundamental relevância a fim de que a imagem da vítima seja preservada diante da empresa, bem como dos demais colegas de trabalho.

Ademais, além da existência de um canal interno de comunicação, é preciso que o empregado assediado possua uma rede de auxílio externo. Nesse sentido, é de suma relevância o acompanhamento de especialistas da área de saúde, bem como o suporte dos órgãos de classe.

6.4 A atuação preventiva do Ministério Público do Trabalho

O Ministério Público do Trabalho (MPT), por sua vez, também possui um papel de grande relevância na atuação preventiva do assédio moral laboral. Com efeito, este órgão ministerial exerce um papel preventivo mediante a celebração dos termos de ajustamento de condutas (TAC), bem como por meio de palestras e cartilhas sobre o assédio moral.

Acerca da competência do MPT para atuar na defesa dos trabalhadores que sofrem assédio moral laboral, Manoel Jorge e Silva Neto (2005, p. 34) ensina que “perseguir modelo de relações de

trabalho referente à dignidade da pessoa humana é tarefa que se atribui perenemente ao Ministério Público do Trabalho”. Ainda sobre o tema, elucida o autor:

O assédio moral ofuscantemente vulnera a dignidade dos trabalhadores, razão por que se impõe ao *Parquet* a adoção de procedimentos judiciais ou extrajudiciais (como a celebração de termo de ajustamento de conduta) para a solução do problema na empresa. (SILVA NETO, 2005, p. 34).

Demonstrada a competência do mencionado órgão, é preciso destacar que sua atuação é relevante antes mesmo de qualquer ajuizamento de ação civil pública. Com efeito, ao receber uma denúncia de assédio moral laboral, o MPT passa a investigar o ambiente de trabalho da empresa, a fim de verificar a procedência ou não da denúncia. Confirmada a ocorrência do assédio, os representantes da empresa inquirida são chamados para firmar termo de ajustamento de conduta (TAC) com cláusula de compromisso de adotar medidas para restaurar o equilíbrio do meio ambiente de trabalho, bem como para evitar novos casos.

Na prática, o que se vê é que o MPT busca instruir a empresa para que adote um procedimento interno capaz de possibilitar o recebimento de denúncias de assédio moral e a resolução do conflito, de modo que a vítima se sinta acolhida dentro da empresa. Ademais, alguns procuradores, quando da formulação das cláusulas do TAC, vêm propondo a implantação do programa permanente de prevenção ao assédio moral no ambiente de trabalho, alertando os dirigentes da responsabilidade social das empresas.

7 Considerações finais

Este artigo se preocupou em apresentar um estudo panorâmico do assédio moral no meio ambiente do trabalho. Com efeito, revelou-se que o assédio moral laboral é marcado pela presença de três elementos essenciais, a saber: a abusividade da conduta intencional, a reiteração e prolongamento dos atos e o ataque à dignidade do trabalhador.

Não se pode refutar a relevância do tema ora abordado, tendo em vista as suas consequências devastadoras. É preciso que o assédio moral laboral seja constantemente discutido dentro das empresas, escolas e da sociedade como um todo, de modo que se torne conhecido por todos e seja evitado.

Ademais, é preciso que a organização empresarial seja pensada de modo a coibir qualquer iniciativa assediadora e ações excludentes. Com efeito, a forma de pensar a gestão de uma empresa deve ser pautada na noção de ética e de respeito ao próximo, estimulando uma política empresarial transparente e respeitosa.

Registre-se que a implementação de medidas preventivas demonstra ser a melhor alternativa para se manter o meio ambiente de trabalho equilibrado e deve ocorrer mediante uma ação conjunta de empresários, empregados, CIPA e órgãos de classe. Pensar em prevenir o assédio moral laboral é pensar em cuidar da integridade física e psíquica dos empregados, tratando-se, portanto, de uma questão de saúde pública.

Nesse sentido, verifica-se a relevância do direito à informação, a importância da elaboração de um programa de prevenção ao assédio moral nas empresas e da criação de um conselho capaz de auxiliar na orientação dos empregados da empresa, a informá-los sobre o que é o assédio moral, bem como receber as denúncias.

Nesse cenário, o Ministério Público do Trabalho detém grande relevância nas ações que visam evitar o assédio moral laboral, tendo em vista o seu papel preventivo, mediante a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), bem como por meio de palestras e entrega de cartilhas sobre o assédio moral laboral.

Referências

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CENCI, Ana Righi; FRANTZ, Walter. O direito fundamental ao trabalho e a economia solidária. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, SP, v. 39, n. 150, p. 59-76, 2013.

CHAVES, Luciano Athayde. A evolução dos direitos fundamentais na Justiça do Trabalho e no Ministério Público do Trabalho. In: CORDEIRO, Juliano Vignoli; CAIXETA, Sebastião Vieira (Coord.). *O MPT como promotor dos direitos fundamentais*. São Paulo: LTr; ANPT, 2006, p. 53-65.

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

HIRIGOYEN, Marie-France. *Assédio moral: a violência perversa no cotidiano*. Tradução de Maria Helena Kühner. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2011.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO DA 5ª REGIÃO. *Assédio moral – sofrimento e humilhação no ambiente de trabalho*. Cartilha, 2015.

NASCIMENTO, Sônia Mascaro. *Assédio moral*. São Paulo: Saraiva, 2009.

ONU. *Declaração de Estocolmo de 1972*. Disponível em: <www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 4 jul. 2016.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 11, n. 1149, 24 ago. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/8838>>. Acesso em: 31 maio 2016.

PRATA, Marcelo Rodrigues. *Anatomia do assédio moral no trabalho: uma abordagem transdisciplinar*. São Paulo: LTr, 2008.

SILVA, Ana Emilia Andrade Albuquerque da; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos. Suicídio: a devastadora consequência do assédio moral organizacional. *Revista do Ministério Público do Trabalho na Bahia*, Salvador, n. 5, p. 11-30, maio 2015.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. Assédio moral e atuação do Ministério Público do Trabalho. *Revista de Informação Legislativa*, v. 42, n. 167, p. 27-38, jul./set. 2005.

TEIXEIRA, João Luís Vieira. *O assédio moral no trabalho: conceito, causas e efeitos, liderança versus assédio, valoração do dano e sua prevenção*. São Paulo: LTr, 2009.

WYZYKOWSKI, Adriana; BARROS, Renato da Costa Lino de Goes; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Assédio moral laboral e direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2014.

Direitos Humanos

O conceito e o discurso dos direitos humanos: realidade ou retórica?

Bethânia Itagiba Aguiar Arifa

Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB). Especialista em Direito Penal e Processual Penal pela Universidade Cândido Mendes (UCAM). Especialista em Globalização, Justiça e Segurança Humana e em Direito Aplicado ao Ministério Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU).

Resumo: O termo direitos humanos é comumente utilizado como retórica e com a finalidade de fazer prevalecer determinado discurso. O objetivo deste estudo é analisar, de forma crítica, o conceito e o discurso dos direitos humanos. O primeiro tópico tratou da dificuldade de se estabelecer uma definição do termo. O segundo, de alguns problemas do conceito e do discurso: vagueza, generalidade, disparidades, circularidade, reducionismo, insuficiência e seletividade. O terceiro, das possíveis causas desses problemas: a construção a partir da ideia genérica de dignidade, a força simbólica do discurso, a heterogenia na formação das Cortes, a onipresença dos direitos humanos e a proliferação das normas de proteção. Concluiu-se que, apesar da inexistência de unicidade no conceito e no discurso dos direitos humanos, não há razões para descartá-los. Todavia, não se pode ignorar os problemas apresentados, permitindo-se que a banalização acabe por enfraquecer a possibilidade de uma efetiva proteção desses direitos.

Palavras-chave: Direitos humanos. Conceito. Crítica.

Abstract: The term human rights is commonly used as rhetoric and in order to enforce certain type of language and standard on others. The purpose of the paper was to analyze critically the concept and discourse of human rights. The first topic dealt with the difficulty of establishing a definition of human rights. Second, some problems of concept and discourse: the vagueness, generality, disparities, circularity, reductionism, insufficiency and selectivity.

The third, the possible causes of these problems: the construction from the general idea of dignity, the symbolic strength of the discourse, the heterogeneous formation of the Courts, the ubiquity of human rights and the proliferation of protection rules. It was concluded that, despite the lack of uniqueness in concept and discourse of human rights, there is no sufficient reasons to dismiss them. However, the problems presented should not be ignored, allowing the trivialization to ultimately weaken the possibility of an effective protection of these rights.

Keywords: Human rights. Concept. Review.

Sumário: 1 Introdução. 2 Direitos humanos: existe um conceito? Entendemos a mesma coisa? 3 Os problemas do discurso dos direitos humanos. 3.1 Direitos humanos: um “conceito” vago e genérico. 3.2 Disparidades e circularidade dos discursos. 3.3 Reducionismo, insuficiência e seletividade. 4 Possíveis causas dos problemas do discurso dos direitos humanos. 4.1 A construção a partir da ideia de dignidade: uma “hidra de várias cabeças”. 4.2 A força simbólica do discurso: os direitos humanos como argumento de autoridade. 4.3 A formação das Cortes. 4.4 A onipresença dos direitos humanos e a proliferação das normas de proteção. 5 Conclusão.

1 Introdução

O conceito e o discurso dos direitos humanos, sem dúvida, são dotados de importância teórica e prática. A sua aplicação, contudo, tem-se banalizado. Diante da alta carga de idealismo, da vagueza, da generalidade e da abstração do termo direitos humanos, tudo se torna passível de inclusão na sua agenda. A humanização dos direitos, nos seus mais variados sentidos, é utilizada como mero argumento de autoridade e com a finalidade de fazer prevalecer determinado tipo de linguagem e de norma sobre outras.

A amplitude e a abertura do conceito e do discurso, embora, em princípio, visem ao fortalecimento e à própria disseminação dos direitos humanos, colocando-os à disposição de todos, suscitam a dificuldade de se determinar o real alcance desses direitos. Assim, o caráter abstrato e geral, além de não impedir que, na tentativa de

se fixar esse alcance, ocorra também a manipulação, sem oposições, e a perpetuação da opressão e das violações, acaba inviabilizando uma efetiva proteção dos direitos humanos.

Trindade (2007, p. 210), referindo-se ao Direito Internacional dos Direitos Humanos, afirma:

A proteção do ser humano contra todas as formas de dominação ou do poder arbitrário é da essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Orientado essencialmente à proteção das vítimas, reais (diretas e indiretas) e potenciais, regula as relações entre desiguais, para os fins de proteção, e é dotado de autonomia e especificidade própria.

Para um estudo crítico do Direito Internacional dos Direitos Humanos é essencial, portanto, identificar as características que fazem de determinado direito um direito humano a ponto de conferir-lhe autonomia e especificidade próprias¹. É preciso, ainda, estudar as nuances do conceito e do discurso dos direitos humanos para saber se eles de fato existem, se consistem em mera retórica ou se se encontram no meio, ou seja, entre a existência e a retórica.

Imbuídos desse escopo, apresentaremos no decorrer do texto: (1) a dificuldade de se estabelecer uma definição do termo direitos humanos; (2) alguns problemas do conceito e do discurso, como a vagueza, a generalidade, as disparidades, a circularidade, o reducionismo, a insuficiência e a seletividade; e (3) as possíveis causas desses problemas, quais sejam, a construção a partir da ideia genérica de dignidade, a força simbólica do discurso, a heterogenia na formação das Cortes, a onipresença dos direitos humanos e a proliferação das normas de proteção.

Todavia, antes de desenvolver o tema, convém estabelecer algumas precisões sobre o alcance do texto. A pretensão não é efe-

1 O que Trindade (2007) diz ter autonomia e especificidade próprias é o ramo do Direito, não os direitos humanos em si (direitos subjetivos). Todavia, é possível inferir da sua construção que também os direitos humanos, como objeto desse ramo do Direito, as possuem.

recer respostas ou soluções, mas diagnosticar problemas, apresentar questionamentos e lançar luzes sobre a necessidade de analisá-los de maneira consciente e crítica. Esperamos que as linhas aqui escritas contribuam para o debate sobre a consolidação da proteção dos direitos humanos.

2 Direitos humanos: existe um conceito? Entendemos a mesma coisa?

É inegável a importância teórica e prática do conceito de direitos humanos. A sua abordagem pode ser feita a partir de uma enorme variedade de perspectivas, enfoques e disciplinas, pois se trata de uma ideia aplicável às mais diversas esferas da vida humana. Contudo, é necessário questionar se existe, de fato, um conceito do que sejam os direitos humanos ou se, ao contrário, o seu significado e alcance apresentam um desacordo generalizado e amplo. Bobbio (1991) fala desse problema conceitual em relação à dignidade da pessoa humana, que é um dos valores ditos universais sobre o qual se baseiam os direitos humanos. Também acerca do tema Monsalve e Román (2009) fazem uma análise crítica sobre o desacordo e as tensões do conceito da dignidade humana.

Para Cranston (1973), um direito humano, por definição, é um direito moral universal, algo que todos os homens em todos os lugares, em todos os tempos, devem ter, algo de que ninguém pode ser privado sem uma afronta grave à justiça, algo que é devido a cada ser humano simplesmente porque ele é humano.

Outra possibilidade de conceituação dos direitos humanos é aquela realizada a partir da seguinte classificação: direitos humanos como direitos ou como processo e dinâmica social para a obtenção de direitos. De acordo com a primeira concepção, o conteúdo básico e tradicional dos direitos humanos são os direitos em si mesmos. Podem, então, ser conceituados como o “direito a ter direitos” (FLORES, 2009, p. 33)². A segunda concepção, por sua vez,

2 É importante esclarecer que Flores (2009), logo após apresentar essa visão tradicional dos direitos humanos, passa a criticá-la por encerrar um aparente simplismo que

assevera que “os direitos humanos, mais que direitos ‘propriamente ditos’, são processos”; ou seja, o resultado sempre provisório das lutas para se ter acesso aos bens necessários para a vida³.

É possível, ainda, a construção de uma definição dos direitos humanos com base nas características apresentadas por Alexy (1999). Segundo o autor, eles abrangem interesses e carências essenciais aos seres humanos (são direitos fundamentais), ocupam uma posição de prioridade no sistema jurídico (são direitos preferenciais), sua validade independe da positivação pela norma jurídica (são direitos morais), sua aplicação depende de algum tipo de limitação no caso concreto (são direitos abstratos) e têm por titulares todo e qualquer ser humano⁴ (universalidade).

Existem diversas outras possibilidades de conceituação dos direitos humanos e poderíamos desenvolver um estudo somente para apresentar cada uma delas. Isso escaparia, contudo, ao escopo do presente estudo. O que se deve questionar aqui é se, dentro dessa infinita gama de possibilidades, existe uma unidade no discurso. Quando falamos em direitos humanos, entendemos a mesma coisa⁵?

começa falando dos direitos e termina falando destes, ou seja, não verifica se há algo além dos direitos, para que são formulados e por que surgem.

3 Essa é a concepção defendida por Flores (2009, p. 35). O autor considera os direitos humanos como “dinâmicas sociais que tendem a construir condições materiais e imateriais necessárias para conseguir determinados objetivos genéricos que estão fora do direito”.

4 Em relação aos sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Amaral Júnior (2002, p. 51) faz a ressalva de que “faltam razões plausíveis para não se atribuir aos grupos e comunidades as titularidades dos direitos humanos”. Para o autor, os seres humanos não são os únicos sujeitos com capacidade para exercê-los.

5 A pergunta é feita com base em um questionamento de Bobbio (1995), quando se refere ao conceito de pluralismo. O autor se vale da pergunta “Pluralismo: entendemos a mesma coisa?” para defender que existem vários conceitos de pluralismo, e o seu discurso é banalizado. Para ele, a banalização implica a adoção do termo de uma forma não muito técnica, pois quando se fala em pluralismo nem sempre se está a falar da mesma coisa, ou seja, do que realmente é o pluralismo. Acreditamos que o mesmo raciocínio se aplica à presente discussão, visto que quando se fala em direitos humanos parece que nem sempre entendemos a mesma coisa.

3 Os problemas do discurso dos direitos humanos

Segundo Trindade (2007, p. 218), os direitos humanos são os “direitos inerentes a todo ser humano, e a ser protegidos em todas e quaisquer circunstâncias”. A grande dificuldade está em saber quais são esses “direitos inerentes ao ser humano” e o que se insere no amplíssimo espectro da expressão “em todas e quaisquer circunstâncias”.

Partindo dessa dificuldade geral, já lançada no tópico anterior, apresentaremos alguns dos problemas ou desafios enfrentados pelo discurso de proteção dos direitos da pessoa humana.

3.1 Direitos humanos: um “conceito” vago e genérico

Além da crítica de que o uso de uma expressão um tanto vaga como essa carrega em si uma forte carga de idealismo, o fato é que a sua utilização se tornou tão complexa que uma resposta certa e única sobre o que constitui um direito humano, se não é impossível, é bastante difícil⁶.

A generalização ocorre inclusive nos sistemas de proteção. Com vistas a traduzir os preceitos ligados aos direitos humanos, cada um deles desenvolveu um “arcabouço de normas e mecanismos cada vez mais abrangente e complexo” (ALENCAR, 2010, p. 177). Nem mesmo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH) apresenta um conceito único e acabado do que sejam os direitos humanos.

Com base no que vem sendo decidido nos casos apreciados pela Corte e pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, não é possível extrair um conceito. Pode-se, contudo, listar as questões de direitos humanos mais comuns e, a partir daí, construir um rol (meramente exemplificativo) do que se insere no discurso.

Para esse fim convém destacar algumas determinações advindas dessas decisões: derrogação da figura do desacato que permitia

6 O mesmo argumento é utilizado em relação a outros termos do direito internacional, como o faz Galindo (2012, p. 4) ao se referir à problemática conceitual do termo “organização pacífica da comunidade internacional”.

a criminalização da crítica política; criação de procedimentos para averiguar a verdade sobre o paradeiro de pessoas desaparecidas; implementação de programas em massa de reparação às vítimas de violações de direitos humanos ou programas de reparação coletiva de comunidades afetadas pela violência; implementação de programas oficiais de proteção de vítimas, testemunhas e defensores de direitos humanos; revisão de processos penais em que foram determinadas condenações sem o devido processo, ou revisão do arquivamento de causas penais em que agentes do Estado acusados de violar direitos humanos foram absolvidos de maneira fraudulenta; adequação das normas do código civil que discriminavam filhos nascidos fora do casamento, ou normas do código civil que discriminavam as mulheres em relação aos seus direitos no casamento; implementação de leis de cotas para mulheres nos processos eleitorais, ou leis sobre violência contra as mulheres, ou implementação de protocolos para a realização de abortos legais, ou derrogação de leis migratórias que afetavam os direitos civis dos imigrantes (ABRAMOVICH, 2009).

Outros conflitos que ocupam atenção da Corte e da Comissão e que podem ajudar na tentativa de definição dos direitos humanos são citados por Abramovich (2009, p. 17). Confira-se:

A violência policial marcada pelo recorte social ou racial, a superpopulação e a tortura nos sistemas penitenciários, cujas vítimas habituais são os jovens de classes populares; as práticas generalizadas de violência doméstica contra as mulheres, toleradas pelas autoridades estatais; a privação da terra e da participação política dos povos e comunidades indígenas; a discriminação da população afrodescendente no acesso à educação e à justiça; o abuso das burocracias contra os imigrantes indocumentados; os deslocamentos em massa de população rural em contextos de violência social ou política.

O mesmo se diz dos tratados de direitos humanos. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, utiliza a expressão “direitos essenciais do homem” como sinônimo de direitos humanos e, entre esses direitos essenciais, elenca, por exemplo, o direito a vida, liberdade e segurança (artigo 1º),

igualdade (artigo 2º), liberdade de crença (artigo 3º), liberdade de expressão e de pensamento (artigo 4º), inviolabilidade de domicílio e de correspondência (artigos 9º e 10), constituição e proteção da família (artigo 6º), descanso e recreio honesto (artigo 15), previdência social (artigo 16), reunião pacífica (artigo 21), tomar parte do governo do país (artigo 20) e presunção de inocência (artigo 26). A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, lista os seguintes direitos do homem: o direito à vida, liberdade e segurança (artigo 3º), ao reconhecimento como pessoa (artigo 6º), à igualdade (artigo 7º), à nacionalidade (artigo 15), entre outros. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 1969, também utiliza a expressão direitos essenciais da pessoa humana para se referir aos direitos humanos e, entre esses, lista o direito vida (artigo 4º), integridade pessoal (artigo 5º), liberdade pessoal (artigo 7º) e direito de reunião (artigo 15), por exemplo.

Em suma, quase tudo é passível de inclusão na agenda dos direitos humanos. Contudo, a sua vagueza e generalidade, embora, em princípio, vise a fortalecer e disseminar a proteção dos direitos humanos, colocando-os à disposição de todos, suscita um grande desafio: a determinação do alcance desses direitos. Com efeito, o caráter abstrato e geral não impede que, na tentativa de se fixar esse alcance, ocorram também a manipulação, sem oposições, e a perpetuação da opressão e das violações.

3.2 Disparidades e circularidade dos discursos

Outro problema são as disparidades na aplicação do discurso dos direitos humanos, com a utilização dos argumentos de proteção de maneira circular.

A fragilidade da argumentação circular se revela problemática e evidente, pois, em última instância, torna possível o uso do discurso dos direitos humanos para justificar tudo. Por exemplo, que a própria paz e a convivência humana pedem que, temporariamente, não se considerem alguns membros da espécie como portadores da

ficção chamada “dignidade da pessoa humana”⁷, ou seja, é possível se valer do discurso dos direitos humanos para justificar qualquer coisa, mesmo as injustificáveis⁸.

Um exemplo disso ocorreu, no âmbito do direito interno brasileiro, na discussão sobre a prisão civil do depositário infiel, travada após a ratificação e promulgação do Pacto de San José da Costa Rica pelo Brasil. A questão enfrentada era a prevalência ou não de tratados de direitos humanos com preceitos conflitantes com os vigentes na Constituição Federal, uma vez que, enquanto o Pacto de San José da Costa Rica admitia apenas a prisão do devedor de alimentos como hipótese de prisão civil por dívida, a Constituição Federal permitia também a prisão do depositário infiel.

O entendimento inicial do Supremo Tribunal Federal foi no sentido da constitucionalidade da prisão civil do depositário infiel, pois a hipótese não poderia ser revogada por tratado internacional⁹. Na defesa dessa vertente, o ministro Moreira Alves afirmou, no julgamento do Habeas Corpus n. 72.131, considerado um dos *leading cases* da temática, o seguinte:

Sendo, pois, mero dispositivo legal ordinário esse § 7º do artigo 7º da referida Convenção não pode restringir o alcance das exceções previstas no artigo 5º, LVII, da nossa atual Constituição (e note-se que essas exceções se sobrepõem *ao direito fundamental do devedor em*

7 Exemplo citado por Monsalve e Román (2009, p. 44), quando se referem à fragilidade da argumentação em relação ao conceito da dignidade.

8 Para uma abordagem sobre o lado obscuro dos direitos humanos, especialmente no que se refere ao direito humanitário, cf. Kennedy (2007).

9 O entendimento recente do Supremo Tribunal Federal é de que a prisão civil do depositário infiel é inconstitucional. No dia 23 de dezembro de 2009, foi editada a Súmula Vinculante n. 25, com a seguinte redação: “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. A questão também está pacificada no Superior Tribunal de Justiça, que, especificamente em relação ao depositário judicial, editou, em 11 de março de 2012, a Súmula n. 419, com a seguinte redação: “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel”.

não ser suscetível de prisão civil, o que implica em verdadeiro direito fundamental dos credores de dívida alimentar e de depósito convencional ou necessário), até para o efeito de revogar, por interpretação inconstitucional de seu silêncio no sentido de não admitir o que a Constituição brasileira admite expressamente, as normas sobre a prisão civil do depositário infiel, e isso sem ainda se levar em consideração que, sendo o artigo 7º, § 7º, dessa Convenção norma de caráter geral, não revoga ele o disposto em legislação especial, como é a relativa à alienação fiduciária em garantia, no tocante à sua disciplina do devedor como depositário necessário, suscetível de prisão civil se se tornar depositário infiel. [Grifo nosso].

O que o ministro quis dizer, em última análise, é que existe um direito fundamental do credor de ver o seu devedor preso¹⁰. Esse reconhecimento pode ser visto como uma disparidade na aplicação do discurso dos direitos humanos. Ora, se entendemos que os direitos humanos surgem de uma experiência de sofrimento, a posição do ministro não é nem um pouco legítima. Em contrapartida, exatamente em virtude da ausência de um conteúdo fixo desses direitos, a assertiva pode ser tida como plenamente defensável.

A questão que se coloca, portanto, é se, mesmo diante de um discurso indeterminado e vago, politicamente aceitamos como legítima a sua utilização da forma como realizada pelo ministro Moreira Alves. Dessa forma, será que consideramos legítima a utilização do discurso dos direitos humanos para dizer que uma pessoa, pelo simples fato de ter um crédito não quitado, tem o direito (fundamental) de ver o seu devedor na prisão?

Bom exemplo da circularidade do discurso são também as discussões que envolvem o direito penal internacional. A pena de morte é apontada por muitos como um mecanismo de proteção dos direitos humanos das vítimas. Por outro lado, há quem a

10 O processualista civil Marcelo Lima Guerra, ao falar da proteção do credor na execução civil, menciona o direito ao crédito como direito fundamental, cf. Guerra (2003).

rechace, valendo-se do mesmo fundamento, mas sob a perspectiva do acusado¹¹.

O Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional é apontado como um tratado internacional de direitos humanos, tanto por estabelecer uma sistemática processual para a persecução penal internacional (direitos humanos do acusado) quanto por atentar para a proteção dos direitos humanos da vítima. Como afirma Amaral Júnior (2002, p. 59), “o estabelecimento do Tribunal Penal Internacional simboliza um esforço notável de adensamento da institucionalização internacional dos direitos humanos, cuja repercussão poderá significar uma revolução copernicana no direito internacional”. Em contrapartida, o Estatuto de Roma é indicado como uma negação dos direitos humanos, na medida em que permite, por exemplo, a pena de caráter perpétuo. Por outro lado, é comum o argumento, adotado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Velázquez Rodríguez, de que o discurso dos direitos humanos deve ser aplicado inclusive para a proteção dos acusados de crimes graves¹², demonstrando, mais uma vez, a circularidade do debate.

Como afirma Koskeniemi (1990), os juristas se escondem atrás de argumentos teóricos que consideram transcendentais, quando, no fundo, a solução é pautada em escolhas que envolvem outros campos, como o político, o social e o econômico¹³. Acrescentaríamos, ainda, a moral e a religião, que, muitas vezes, são campos influentes na tomada de decisões.

11 A visão da pena de morte como violadora dos direitos humanos foi defendida, por exemplo, na ação do México que promoveu “os pronunciamentos do sistema sobre assistência consular em processos com pena de morte” (ABRAMOVICH, 2009, p. 16).

12 Eis o que consta da decisão: “A natureza humana não muda pelo fato de ter cometido algum crime; o que significa que até os piores delinquentes continuam sendo seres humanos com dignidade e, por conseguinte, devem ser assim tratados pelos Estados democráticos” (MONSALVE; ROMÁN, 2009, p. 53).

13 Para um estudo sobre o debate circular, cf. também Koskeniemi (2006).

Outro exemplo da circularidade do debate são as crescentes disparidades na economia globalizada, que, sob o argumento de estarem agindo em favor da prevalência dos direitos humanos, ora dão ênfase na busca do desenvolvimento em seu sentido econômico, ora no sentido sustentável, com enfoque precípua na pessoa humana¹⁴.

Percebe-se, portanto, que, “tal como a razão ilustrada, que produziu luzes, mas também trevas, direitos humanos podem ser usados para criar ou perpetuar o sofrimento ao qual originalmente vieram como resposta” (GALINDO, 2013, p. 97).

3.3 Reduccionismo, insuficiência e seletividade

“Mais do que uma época de transformações, vivemos uma verdadeira transformação de época” (TRINDADE, 2007, p. 227), em que se nota uma crescente vulnerabilidade dos seres humanos em face das novas ameaças do mundo exterior. Nesta nova realidade mundial, sem parâmetros definidos e, portanto, tão ameaçadora, têm-se diversificado as fontes de violações dos direitos humanos e novas formas de discriminação e exclusão têm surgido. Os problemas comumente relacionados aos direitos humanos já não se reduzem aos decorrentes da confrontação e repressão políticas, passam a ter um espectro muito mais amplo de incidência.

Diante disso, o Direito Internacional dos Direitos Humanos deve se precaver contra os riscos do reduccionismo de definições, que, com a dinâmica da realidade dos fatos e com o passar do tempo, tendem a se mostrar incompletas. Há, pois, que descartar a pretensão do definitivo (TRINDADE, 2007).

Como se vê, em se tratando de direitos humanos, o problema se agrava. O reduccionismo de definições é mais que mero problema conceitual, revela um risco ainda maior: a insuficiência do discurso.

Paralelamente à globalização da economia, a desestabilização social tem gerado uma pauperização cada vez maior das camadas des-

14 Para um exame do conceito de desenvolvimento, cf. Oliveira (2002) e Baroni (1992).

favorecidas da sociedade e, com isso, as também crescentes marginalização e exclusão sociais. Os Estados têm perdido o controle sobre os fluxos de capital e bens e se tornado incapazes de proteger os membros mais débeis ou vulneráveis da sociedade, a exemplo dos trabalhadores migrantes, dos refugiados e dos deslocados, entre outros (TRINDADE, 2007). Diante dessa realidade, é preciso perguntar: como o discurso dos direitos humanos tem enfrentado essas questões? Quais as ações intentadas pelos defensores da prevalência dos direitos humanos para minimizar ou solucionar problemas como o desenvolvimento, a redução da pobreza e a proteção dos migrantes?

Tudo isso faz parte dos chamados direitos humanos sociais e econômicos, cuja existência, apesar de essencial, ainda é controversa. O problema aqui vai além do reducionismo ou da insuficiência, trata-se da seletividade e rejeição dos deveres positivos dos Estados. Sobre o tema, Pogge (2006, p. 35) ressalta:

A despeito da indiscutível grande importância das necessidades básicas para a vida humana, a existência de direitos humanos sociais e econômicos é controversa, especialmente nos Estados Unidos, que nunca ratificaram o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Muito dessa controvérsia deve-se à falsa suposição de que o direito humano à libertação da pobreza implicaria deveres positivos correlatos. Tais deveres positivos impostos pelos direitos humanos, de ajudar e proteger quaisquer seres humanos que de outra forma sofreriam graves privações, são amplamente rejeitados nos Estados Unidos e em outros países ricos. Mas o que está sendo rejeitado aqui não é uma classe específica de direitos, mas uma classe específica de deveres: os deveres positivos.

Convém destacar que a seletividade – não somente em relação aos direitos sociais e econômicos, mas em sentido amplo – está presente até mesmo na Organização das Nações Unidas (ONU). Um estudo feito pela Freedom House em 2005 revelou que seis dos dezoito governos mais repressivos, quais sejam, China, Cuba, Eritreia, Arábia Saudita, Sudão e Zimbábue, eram membros da antiga Comissão de Direitos Humanos (SHORT, 2008). Como afirmam Voeten e Lebovic (2006), há uma constatação realista de

que organizações internacionais, a exemplo da antiga Comissão de Direitos Humanos da ONU, têm seletivamente aplicado regras para apoiar amigos e punir adversários. A própria China, membro da antiga Comissão, sustentou que “o progresso dos direitos humanos em certas partes do mundo poderia ser inflado em proporções exageradas como meio de cumprir propósitos políticos escondidos” (SHORT, 2008, p. 190).

Assim, os direitos humanos, ao invés de fundamentais, eram – e continuam sendo – subsumidos a interesses políticos, econômicos, ou de segurança dos Estados, ou seja, usados como moeda de troca. Mesmo após a criação do Conselho, continuam as críticas à ONU de que há falhas “em promover direitos humanos universais e, conseqüentemente, desamparar as pessoas do mundo que vivem sob regimes repressivos” (SHORT, 2008, p. 187)¹⁵.

É preciso, então, enfrentar e superar os reducionismos, as insuficiências e a seletividade, adequando-se o discurso dos direitos humanos à agenda internacional do século XXI e criando mecanismos para o implemento dos deveres positivos do Estado.

4 Possíveis causas dos problemas do discurso dos direitos humanos

Os variados problemas do discurso dos direitos humanos decorrem de uma diversidade e complexidade de causas, nem sempre facilmente identificáveis. Não as enquadrámos categoricamente como os motivos reais, apenas indicamos fatores que possivelmente apresentam uma relação de causalidade com os problemas referidos no tópico 3.

15 Apesar da crítica, a autora destaca que “depois de muita negociação, o Conselho introduziu consideráveis mudanças e melhoras nos trabalhos da Comissão. Estes incluem um mecanismo universal de revisão periódica; critérios mais rígidos para conseguir a qualidade de membro, incluindo medidas para combater a seletividade e garantir representação geográfica mais equitativa; e aspectos procedimentais como maior prontidão nas respostas a emergências de direitos humanos” (SHORT, 2008, p. 179). Sobre o papel do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, cf. Duran (2006).

4.1 A construção a partir da ideia de dignidade: uma “hidra de várias cabeças”

Os problemas do discurso dos direitos humanos estão ligados à base que é comumente utilizada para a sua construção, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Monsalve e Román (2009, p. 41-42), ao tratar das tensões da dignidade, apresentam a seguinte tradução de trecho da obra de Lee (2008, p. 1):

Apesar de seu *status* preeminente no Direito Internacional e em uma grande quantidade de Constituições Políticas, a dignidade não possui ainda um significado concreto ou uma definição consistente. Essa falta de precisão costuma levar os juízes a pôr seus próprios padrões morais em meio de demandas opostas de direitos que têm possibilidades de ser consideradas como violações da dignidade. A natureza ambígua da dignidade humana se torna ainda mais problemática quando considerada de forma intercultural.

Além do problema da abstração e vagueza do seu conteúdo, o conceito de dignidade padece do risco da especificação ou limitação, que suscita grandes ambivalências no momento de sua materialização. Nem mesmo os tratados que se referem expressamente ao termo livram-se desse mal.

Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Declaração Universal dos Direitos Humanos e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por exemplo, “a dignidade [aparece] relacionada de forma direta com alguns direitos, mas não com outros” (MONSALVE; ROMÁN, 2009, p. 50).

Na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, o conceito de dignidade só está explicitamente relacionado com o direito à propriedade (artigo 23) e não a outros direitos como a igualdade, a liberdade, a livre expressão, a educação etc. Por sua vez, na Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 22 e 23), “a dignidade não aparece relacionada de forma direta com o direito à propriedade, mas com os direitos à segurança social e ao trabalho” (MONSALVE; ROMÁN, 2009, p. 48).

Por fim, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 5º, vincula de forma direta a dignidade ao direito à integridade pessoal; em seu artigo 6º, à proibição da escravidão e servidão; e, no artigo 11, ao direito à honra. Isso implica, ademais, que, nas últimas duas, embora a dignidade não apareça vinculada unicamente à propriedade privada, como acontecia no caso da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, ela continua sendo concebida como algo que se esgota meramente na esfera do privado (MONSALVE; ROMÁN, 2009).

São pertinentes, portanto, as considerações de Galindo (2013, p. 91-92):

Utilizar a dignidade nesses termos inibe sobremaneira a crítica que se pode fazer a toda a normativa de direitos humanos no plano internacional. Certamente há outras dignidades que não foram contempladas ou foram contempladas de maneira opressora em instrumentos internacionais.

A dignidade não é tão provida de sentido quanto parece. É, preciso, assim, questionar: de que valor fundante estamos falando? Quem tem esses valores e qual a ideia de dignidade humana que se professa? Ora, “dignidade humana pode significar absolutamente tudo e os exemplos históricos mostram que a noção já foi utilizada para fins nada libertários ou emancipatórios” (GALINDO, 2013, p. 91).

O conceito dos direitos humanos quase sempre é construído a partir da ideia de dignidade da pessoa humana. A construção se torna, então, uma “hidra de várias cabeças”¹⁶ e gera sérios problemas. Ora, se o parâmetro para a delimitação é vago e problemático, o que se esperar do próprio conceito e de suas decorrências?

16 O termo “hidra de várias cabeças” é utilizado por Bobbio (1995) quando se refere ao conceito de pluralismo. O autor se vale da metáfora para defender que existem várias formas de pluralismo, todas construídas sobre uma base comum, que é a valorização dos grupos sociais que integram o indivíduo e desintegram o Estado. Aos direitos humanos também ousamos aplicar a metáfora, pois possuem várias dimensões e conceitos, cuja base comum, em regra, é a dignidade da pessoa humana.

4.2 A força simbólica do discurso: os direitos humanos como argumento de autoridade

De acordo com Alston (1984), a proclamação da existência de direitos humanos, naturais, ou de outro tipo de direitos inalienáveis, como uma maneira de mobilização do público e de invocação de princípios morais elevados em determinada causa ou luta é uma técnica comprovada e consagrada pelo tempo. Hoje, contudo, o objetivo dessa proclamação vai além.

“O discurso dos direitos humanos é bastante poderoso (quem pode ser contra a existência e a efetivação desses direitos?)” (GALINDO, 2013, p. 96). A defesa dos direitos humanos aparece como um objetivo admirável em todo debate, seja político, social ou acadêmico. Acreditamos, por isso, que muitos dos problemas ligados ao discurso se devam à sua força simbólica. Por diversas vezes, a proteção acaba sendo utilizada como um argumento de nobreza e de autoridade, tornando-se um mecanismo de “transformar retórica em direito” (ALSTON, 1984)¹⁷.

Essa força simbólica está intrínseca no direito interno brasileiro. O discurso dos direitos humanos é ainda mais fortalecido a partir de regras constitucionais que tratam, por exemplo, da incorporação de tratados internacionais, das cláusulas pétreas, da hierarquia e da revogação de normas. O pensamento jurídico brasileiro é preso à concepção piramidal de Kelsen e à consequente ideia de exclusão de normas por meio da hierarquia. Assim, a expressão humanizar os direitos, nos seus mais variados sentidos, é utilizada como retórica e com a finalidade de fazer prevalecer determinado tipo de linguagem e de norma sobre outras.

17 Philip Alston utiliza a expressão *transforming rhetoric into right* no capítulo “The General Assembly as arbiter in transforming rhetoric into right”, que desenvolve para tratar dos problemas das inovações que qualificam um direito como humano. Segundo o autor (ALSTON, 1984, p. 607), “reason for serious concern with respect to current trends arises not so much from the proliferation of new rights but rather from the haphazard, almost anarchic manner in which this expansion is being achieved. Indeed, some such rights seem to have been literally conjured up, in the dictionary sense of being ‘brought into existence as if by magic’”.

4.3 A formação das Cortes

De acordo com Trindade (2007, p. 208), “as instituições públicas (nacionais e internacionais) são, em última instância, as pessoas que nelas se encontram, e oscilam, pois, como as nuvens ou as ondas, como é próprio da vulnerável condição humana”. Existe um número tão grande de juízes e tribunais internacionais com interesses e agendas diversas que nem mesmo tais atores conseguiriam chegar a um conceito certo e único de direitos humanos.

Galindo (2012, p. 8) aponta esse fator como causa dos problemas referentes ao termo “organização pacífica da comunidade internacional”. Ao tratar da diversidade da formação das cortes, o autor apresenta a ideia defendida por Toufayan (2010) de que o juiz não está somente na “comunidade de cortes”, mas pertence a várias outras comunidades e é influenciado por diversos valores. Destaca, também, que “as identidades são mutantes, ainda que a tradição jusinternacionalista tenha insistido o contrário no correr dos anos” (GALINDO, 2012, p. 9).

Somadas à dificuldade do “consenso” estão a pouca oxigenação e a estática dos conceitos que se formam em torno dos direitos humanos. A formação e a atuação dos juízes internacionais, quase sempre treinados ou atuantes em instituições bastante próximas – universidades americanas ou europeias, tribunais internacionais regionais –, podem levar a que seu pensamento e suas práticas sofram pouca oxigenação, sendo endógenos e, portanto, estáticos (GALINDO, 2012). Há o risco de que essa endogenia institua um conjunto artificial de valores mundiais, obscurecendo as importantes e necessárias diferenças existentes entre os níveis global, nacional e local e, conseqüentemente, formulando conceitos de direitos humanos limitados a determinadas realidades.

Ao debater sobre o discurso dos direitos humanos é necessário, portanto, fazer alguns questionamentos: “Quem são os juízes? Como decidem? O que levam em consideração quando decidem? Quais os custos e conseqüências de suas decisões?” (GALINDO, 2012, p. 10). Somente assim será possível chegar aos elementos realmente

imprescindíveis para a construção de um conceito adequado de direitos humanos.

4.4 A onipresença dos direitos humanos e a proliferação das normas de proteção

A partir dos conceitos e críticas apresentados acima é possível verificar a onipresença dos direitos humanos. Eles estão em praticamente todas as esferas da vida humana¹⁸. Essa onipresença, somada à diversificação das fontes (inclusive as não identificadas) de violações, implica um também diversificado corpo normativo de proteção. Em pouco tempo se frutificaram numerosos tratados e instrumentos de proteção, alguns de caráter geral, outros voltados a situações concretas (e.g., prevenção de discriminação, prevenção e punição da tortura e dos maus-tratos), ou a condições humanas específicas (e.g., estatuto de refugiado, nacionalidade e apatridia), ou a determinados grupos em necessidade especial de proteção (e.g., direitos dos trabalhadores, direitos humanos da mulher, proteção da criança, dos idosos e dos portadores de deficiências) (TRINDADE, 2007), além daqueles referentes ao Direito Internacional Geral.

O *corpus* normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos *lato sensu*¹⁹ abrange o Direito Internacional Humanitário, o Direito Internacional dos Refugiados e o Direito Internacional dos Direitos Humanos *stricto sensu* e converge “na realização do propósito comum de proteger o ser humano em tempos de paz assim como de conflitos armados, em seu próprio país assim como alhures, em suma, em todas as áreas da atividade humana e em

18 De acordo com Trindade (2007, p. 217), da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) “resultou claro o entendimento de que os direitos humanos permeiam todas as áreas da atividade humana, cabendo, assim, doravante, assegurar sua onipresença”.

19 Como o faz Trindade (2007, p. 255), é importante ressaltar que “todo o novo *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos vem de ser construído em torno dos interesses superiores do ser humano, independentemente de seu vínculo de nacionalidade ou de seu estatuto político”.

todas e quaisquer circunstâncias” (TRINDADE, 2007, p. 212). Na busca da realização desses propósitos, é formada uma infinidade de normas que tratam dos direitos humanos²⁰.

Hoje o discurso dos direitos humanos vai além. Como afirma Galindo (2013), a humanização deixou de ser um projeto idealista daqueles que fazem parte do movimento internacional de direitos humanos. Pode-se dizer que a penetração do direito internacional dos direitos humanos no direito internacional geral constitui uma “revolução silenciosa” (KAMMINGA; SCHEININ, 2009). Exemplo dessa inserção é a Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados de 1969 – o mesmo valendo para a de 1986 (Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais) –, que, embora de maneira tímida, tentou espalhar algumas preocupações com os direitos humanos, no preâmbulo e no artigo 60²¹. Outros exemplos, posteriores à Convenção de Viena, são as reservas e o efeito dos conflitos

20 Amaral Júnior (2002, p. 55) lista as seguintes convenções que visam a protegê-los: “Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (1979); Convenção sobre os Direitos Políticos da Mulher (1952); Convenção Relativa à Luta contra a Discriminação no Campo do Ensino (1960); Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio (1948); Convenção sobre a Imprescritibilidade dos Crimes de Guerra e Crimes de Lesa-Humanidade (1968); Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (1984); Convenção sobre os Direitos da Criança (1989); Convenção Internacional sobre a Eliminação e a Punição do Crime de Apartheid (1973)”. Entre as Declarações, o autor destaca: “[...] a Declaração sobre os Direitos da Criança (1959); a Declaração sobre a Eliminação de Qualquer Forma de Discriminação Racial (1963); a Declaração que proíbe a Tortura, o Tratamento Cruel e Desumano (1975); a Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação com base na Religião ou Crença (1981)”.

21 Segundo Galindo (2013, p. 84), “a primeira consideração explícita do tema foi redigida no preâmbulo da Convenção, que prescreve que os Estados-Partes, ao adotarem o texto, tiveram em mente, dentre outros princípios contidos na Carta das Nações Unidas, ‘a observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais’. A segunda referência está contida no art. 60, quando estabelece que as disposições sobre extinção e suspensão de tratados por descumprimento de uma das partes não se aplica em caso de tratados de ‘caráter humanitário”.

armados nos tratados. Assim, apesar de se reconhecer que a receptividade ao processo de humanização é variável, não há como negar que a influência desse ramo especial em várias partes do direito internacional geral é significativa (GALINDO, 2013)²².

Além da proliferação das normas, tanto no Direito Internacional dos Direitos Humanos quanto no Direito Internacional Geral, há uma proliferação dos organismos protetivos. Os Estados já não são os únicos componentes do novo espaço internacional dos direitos humanos. Organizações Não Governamentais (ONGs) se formam em nível transnacional, travando com os Estados relações de conflito e cooperação. Verifica-se, dessa forma, uma disseminação não apenas de Cortes mas de ONGs que se intitulam defensoras dos direitos humanos.

É inegável que a pressão por elas exercida é decisiva para compelir os governos a adotar políticas de defesa dos direitos humanos, fazendo crescer ainda mais a consciência de que tais direitos envolvem responsabilidades compartilhadas entre instituições públicas e privadas (AMARAL JÚNIOR, 2002). Por outro lado, não se pode negar que o crescimento desordenado dessas organizações revela uma banalização do discurso. Sob o argumento da proteção de direitos fundamentais, as ONGs, muitas vezes, se utilizam de uma retórica vazia para fazer valer interesses que chegam a ser contrapostos aos ideais do discurso dos direitos humanos²³.

22 Outro exemplo é a Convenção de Viena sobre Relações Consulares. A Corte Interamericana de Direitos Humanos, na Opinião Consultiva OC-16/99, de 1º de outubro de 1999, considerou-a um tratado internacional de direitos humanos, assentando o “direito à informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal” como direito humano fundamental. Na ocasião, a Corte vinculou o direito à informação sobre a assistência consular às garantias do devido processo legal e acrescentou que sua não observância em caso de imposição e execução de pena de morte acarreta uma privação arbitrária do próprio direito à vida (nos termos do artigo 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e do artigo 6º do Pacto de Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas), com todas as consequências jurídicas inerentes a uma violação desse gênero (PEREIRA, 2009).

23 Para uma visão aprofundada do tema, cf. Neves (2007). Para um estudo crítico sobre o papel das organizações não governamentais no direito internacional, cf. Boyle e Chickin (2007).

Outro fator é a conscientização sobre os mecanismos de proteção. A comunidade de usuários do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, por exemplo, “cresceu consideravelmente em número e se tornou mais variada, plural e complexa” (ABRAMOVICH, 2009, p. 15). Também aumentou o número de servidores públicos, juízes, defensores, membros do Ministério Público e operadores judiciais que comparecem à Comissão e à Corte Interamericana de Direitos Humanos buscando proteção diante de ameaças, intimidações ou atos de violência como represália pelo cumprimento de suas funções (ABRAMOVICH, 2009). Assim, a onipresença dos direitos humanos e a proliferação das normas não passaram despercebidas; pelo contrário, hoje têm suscitado uma ampliação da busca pelos mecanismos de proteção.

Ademais, o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, que antes enfrentava basicamente questões referentes às violações sistemáticas e em massa cometidas sob sistemas de terrorismo de Estado ou no marco de violentos conflitos armados internos, hoje se preocupa com os mais variados temas de direitos humanos. Seu papel deixa de ser apenas de “um último recurso de justiça para as vítimas que não podiam buscar auxílio nos sistemas de justiça internos devastados ou manipulados” (ABRAMOVICH, 2009), para ser um mecanismo de proteção dos sistemas democráticos, de direitos afetos aos sistemas eleitorais, à liberdade de imprensa, aos sistemas policiais e penitenciários, à desigualdade e exclusão, entre outros.

Nesse novo cenário, o discurso dos direitos humanos se expande cada vez mais, visando, sem dúvida, a ampliar o leque de proteção. Por outro lado, acaba suscitando problemas: a vagueza, generalidade, abstração e inflação desmedida de seu conteúdo, e, em última análise, o risco do enfraquecimento da própria proteção.

5 Conclusão

O primeiro passo proposto no texto para a análise do discurso dos direitos humanos foi a discussão sobre a existência de um conceito desses direitos. Após apresentar algumas hipóteses de defini-

ção, concluímos que, quando falamos em direitos humanos, nem sempre entendemos a mesma coisa.

Partimos, então, para as problemáticas do tema, tratando da vagueza e generalidade do conceito de direitos humanos, bem como das disparidades, da circularidade, do reducionismo, da insuficiência e da seletividade do discurso.

Em seguida, apresentamos as possíveis causas dos problemas do discurso, a saber, a construção a partir da ideia genérica de dignidade, a sua força simbólica, a heterogenia na formação das Cortes, a onipresença dos direitos humanos e a proliferação das normas de proteção.

Feitas essas considerações, o que se conclui é que o reconhecimento do dinamismo essencial da noção de direitos humanos inevitavelmente exige a disposição de se considerar a necessidade de proclamar e reconhecer “novos” direitos humanos. O desafio é alcançar um equilíbrio adequado entre a necessidade de manter a integridade e a credibilidade da tradição dos direitos humanos e a necessidade de adotar uma abordagem dinâmica que de fato reflita as novas necessidades e perspectivas (ALSTON, 1984) e responda ao surgimento das novas ameaças à pessoa humana, sem enfraquecer a possibilidade da defesa de seus direitos.

Evidentemente, os problemas expostos não são suficientes para descartar o discurso dos direitos humanos. Como afirma Galindo (2013, p. 89), ele “tem se constituído o instrumento mais eficaz, nos dias de hoje, para combater a opressão – embora seja inegável que também gere opressão. Além disso, não há linguagens alternativas disponíveis”. O que é indesejável, contudo, é tapar os olhos para esses problemas e permitir que a banalização do discurso acabe por enfraquecer a própria proteção dos direitos humanos.

Como bem advertiu o então secretário-geral das Nações Unidas, B. Boutros-Ghali, em nota ao Comitê Preparatório da Cúpula Mundial de Copenhagen, tendo em mente o futuro da humanidade, é crucial estar atento às responsabilidades sociais do saber, uma vez que “a ciência sem consciência nada mais é do que a ruína da alma” (NAÇÕES UNIDAS/CEPAL, 1994). Não queremos

arruinar a alma, tampouco o discurso dos direitos humanos. É necessário, então, que o tema seja pensado de maneira crítica, e os questionamentos apresentados não sejam ignorados, mas lançados como objeto de futuras pesquisas e como desafios a serem superados.

Conforme exposto desde o início do texto, o debate está aberto e não é pouco o que está em jogo. Em meio a tantas indefinições, não se pode esquecer o mais importante: os direitos precisam ser efetivamente protegidos. Sem dúvida, eles são uma realidade, não mera retórica. Devemos, então, permanecer atentos a fim de que os vícios do discurso não os esvaziem ou banalizem.

Nessa direção, todos os questionamentos aqui realizados, ainda que sem respostas, têm o fim último de fomentar a discussão do tema e, assim, auxiliar a busca de meios para a maior proteção possível daqueles que, de fato, sejam os direitos essenciais da pessoa humana.

Referências

ABRAMOVICH, Victor. Das violações em massa aos padrões estruturais: novos enfoques e clássicas tensões no Sistema Interamericano de Direitos Humanos. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 7-39, dez. 2009.

ALENCAR, Antonio M. Cisneros de. Cooperação entre sistemas global e interamericano de direitos humanos no âmbito do mecanismo de revisão periódica universal. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 7, n. 13, p. 177-191, dez. 2010.

ALEXY, Robert. Direitos fundamentais no estado constitucional democrático. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 217, p. 58 et seq., jul./set. 1999.

ALSTON, Philip. Conjuring up new human rights: a proposal for quality control. *The American Journal of International Law*, v. 78, n. 3, p. 607-621, jul. 1984.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. A proteção internacional dos direitos humanos. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 39, n. 155, jul./set. 2002.

BARONI, Margaret. Ambiguidades e deficiências do conceito de desenvolvimento sustentável. *Revista de Administração de Empresas*, São Paulo, v. 32, n. 2, p. 14-24, abr./jun. 1992.

BOBBIO, Norberto. As ideologias e o poder em crise. Tradução de João Ferreira. 4. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 1999.

———. Igualdad y dignidad de los hombres. In: ————. *El tiempo de los derechos*. Madri: Sistema, 1991.

BOYLE, Alan; CHINKIN, Christine. Participants in international law-making. In: ————. *The making of international law – foundations of public international law*. Oxford: Oxford University Press, 2007. p. 41-97.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula n. 419*. “Descabe a prisão civil do depositário judicial infiel” Corte Especial. Brasília, 11 mar. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?livre=419&&b=SUMU&thesaurus=JURIDICO&p=true>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

———. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula Vinculante n. 25*. “É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” SV 25/DF. Tribunal Pleno. Proponente: Supremo Tribunal Federal. Brasília, 23 de dezembro de 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=25.NUME.%20E%20S.FLSV.&base=baseSumulasVinculantes>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

———. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus*. “Alienação fiduciária em garantia. Prisão civil do devedor como depositário infiel.[...]”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurispru>

dencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28HC%24%2ESCLA%2E+E+72131%2ENUME%2E%29+OU+%28HC%2EACMS%2E+ADJ2+72131%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>. Acesso em: 20 jul. 2017.

IX CONFERÊNCIA INTERNACIONAL AMERICANA. *Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem*. Bogotá, 2 maio 1948.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Opinião Consultiva OC-16/99*. Serie A, n. 16, 1º out 1999. “El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_16_esp.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2017.

CRANSTON, Maurice William. *What are human rights?* London: Bodley Head, 1973.

DURAN, Carlos Villan. Luzes e sombras do novo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 3, n. 5, p. 7-17, 2006.

FLORES, Joaquín Herrera. *A (re)invenção dos direitos humanos*. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

GALINDO, George Rodrigo Bandeira. Dialogando na multiplicação: uma aproximação. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 9, n. 2, p. 1-10, 2012.

———. Quando o direito internacional é humanizado: algumas reflexões sobre a fragmentação do sistema jurídico internacional e seu impacto no direito constitucional brasileiro, p. 65-93. In: ——— (Org.). *Direitos humanos e democracia: algumas abordagens críticas*. Curitiba: CRV, 2013.

GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

KAMMINGA, Menno; SCHEININ, Martin (Ed.). *The impact of human rights law on general international law*. Oxford: Oxford University Press, 2009.

KENNEDY, David. *El lado oscuro de la virtud*. Reevaluando el humanitarismo internacional. Córdoba: Almuzara, 2007.

KOSKENNIEMI, Martti. *From apology to utopia*. Cambridge: Cambridge University Press, 2006.

_____. The politics of international law. *European Journal of International Law*, Oxford, v. 1, n. 1, p. 4-32, 1990.

LEE, Man Yee Karen. Universal human dignity: some reflections in the asian context. *Asian Journal of Comparative Law*, v. 3, n. 1, p. 1-33, 2008.

MONSALVE, Viviana Bohórquez; ROMÁN, Javier Aguirre. As tensões da dignidade humana: conceituação e aplicação no Direito Internacional dos Direitos Humanos. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, v. 6, n. 11, p. 41-63, dez. 2009.

NAÇÕES UNIDAS. *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados*. Áustria, 23 maio 1969.

_____. *Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados entre Estados e Organizações Internacionais ou entre Organizações Internacionais*. Áustria, 21 mar. 1986.

_____. *Convenção de Viena sobre Relações Consulares*. Áustria, 24 abr. 1963.

_____. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Paris, 10 dez. 1948.

_____. *Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Roma, 17 jul. de 1998.

NAÇÕES UNIDAS/CEPAL. *La cumbre social* – una visión desde América Latina y el Caribe. Santiago: CEPAL, 1994.

NEVES, Marcelo. The symbolic force of human rights. *Philosophy & Social Criticism*, Boston, v. 33, n. 4, p. 411-444, 2007. Disponível em: <<http://psc.sagepub.com/content/33/4/411.full.pdf+html>>. Acesso em: 20 jul. 2017.

OLIVEIRA, Gilson Batista de. Uma discussão sobre o conceito de desenvolvimento. *Rev. FAE*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 37-48, maio/ago. 2002.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (Pacto de San José da Costa Rica). San José da Costa Rica, 22 nov. 1969.

PEREIRA, Vany Leston Pessione. Os direitos humanos na Corte Interamericana: o despertar de uma consciência jurídica universal. *Revista Liberdades*, n. 2, p. 25-38, set./dez. 2009. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/revista_liberdades_artigo/16-ARTIGO>. Acesso em: 20 jul. 2017.

POGGE, Thomas. Reconhecidos e violados pela lei internacional: os direitos humanos dos pobres no mundo. *ethic@*, Florianópolis, v. 5, n. 1, p. 33-65, jun. 2006.

SHORT, Katherine. Da comissão ao conselho: a Organização das Nações Unidas conseguiu ou não criar um organismo de direitos humanos confiável? *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, São Paulo, ano 5, n. 9, p. 173-199, dez. 2008.

TOUFAYAN, Mark. Identity, effectiveness, and newness in transjudicialism's coming of age. *Michigan Journal of International Law*, Ann Arbor, v. 31, n. 2, p. 307-383, 2010.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Desafios e conquistas do direito internacional dos direitos humanos no início do século XXI. In: MEDEIROS, Antônio Paulo Cachapuz de (Org.). *Desafios do direito internacional contemporâneo*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2007. p. 207-321.

VOETEN, Erik; LEBOVIC, James H. The politics of shame: the condemnation of country, human rights practices in the UNCHR. *International Studies Quarterly*, Oxford, v. 50, n. 4, p. 861-888, 2006.

Direito Penal e Processual Penal

Considerações sobre o crime de dispensa indevida de licitação à luz da jurisprudência dos tribunais superiores

Armando Cesar Marques de Castro

Procurador da República. Ex-Defensor Público do Estado de São Paulo.

Resumo: O crime de dispensa indevida de licitação previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 é tratado cotidianamente no trabalho dos procuradores da República com atuação perante a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão. Discute-se, em síntese, se é necessária a demonstração de dolo específico (a intenção de causar prejuízo ao erário com a dispensa da licitação), ou se basta o dolo genérico, e se é necessária a comprovação de dano ao erário para a consumação do crime. O tema é analisado à luz da doutrina e da jurisprudência dos tribunais superiores, buscando sintetizar o atual estágio do conhecimento em relação a esse crime e estabelecer parâmetros para a atuação do membro do Ministério Público Federal.

Palavras-chave: Dispensa indevida de licitação. Dolo específico. Prejuízo ao erário. Superior Tribunal de Justiça. Supremo Tribunal Federal.

Abstract: The crime of undue dispensation of public biddings is part of the daily work of the Federal Prosecutors acting in the affairs of the 5th Coordination and Review Chamber. In summary, it is discussed whether it is necessary to demonstrate specific malice (the intention to cause damage to the treasury with the waiver of the public bidding) or whether the generic malice is sufficient to characterize the crime and whether it is necessary to prove damage to the treasury for the consummation of the crime. This issue is analyzed in the views of the doctrine and jurisprudence of the Superior Courts, seeking to synthesize the current stage of knowledge and to establish parameters for the performance of the Federal Prosecutors.

Keywords: Undue dispensation of public biddings. Specific malice. Loss to the treasury. Superior Court of Justice. Federal Supreme Court.

Sumário: 1 Introdução. 2 O dolo no crime do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993. Exigência de fim específico. 3 Da necessidade de comprovação do prejuízo ao erário. 4 Conclusão.

1 Introdução

O crime de dispensa indevida de licitação previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 é um dos delitos que são tratados mais cotidianamente na atuação de procuradores da República com atribuição perante a 5ª Câmara de Coordenação e Revisão, mormente em procuradorias da República nos municípios. Verifica-se com frequência a ocorrência de dispensas indevidas de licitação, muitas vezes evidenciadas por meio dos diversos relatórios de auditoria realizados pelos órgãos de controle externo, a exemplo do Tribunal de Contas da União, tribunais de contas dos Estados e Ministério da Transparência.

O delito em testilha é tipificado no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993:

Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:

Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos e multa.

Em leitura preliminar, apenas a dispensa ou a inexigência de licitação fora das hipóteses previstas nos arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666/1993, ou mesmo a mera inobservância das formalidades previstas no dispositivo legal, já caracterizariam o crime do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993.

Contudo, os requisitos para a consumação do crime são objeto de celeuma jurisprudencial, com posições divergentes tanto na doutrina quanto nos tribunais superiores. Sem embargo de outras discussões existentes sobre os crimes de licitação, cumpre tratar,

em síntese, de dois pontos com maior importância no cotidiano do membro do Ministério Público: a) se é necessária a comprovação de dolo específico (intenção de causar prejuízo ao erário) ou apenas o dolo genérico (de dispensar a licitação ou não observar as formalidades pertinentes); e b) se a consumação do crime ocorre apenas com a dispensa indevida da licitação ou com a inobservância das formalidades ou se seria necessária a comprovação do dano ao erário.

A depender do posicionamento adotado, os juízos acerca da viabilidade de diversas ações penais podem ser modificados, com importantes reflexos na fase investigatória e na propositura de ações penais por parte dos membros do Ministério Público Federal.

Portanto, busca-se no presente artigo analisar o crime de dispensa indevida de licitação à luz da doutrina e dos principais julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, fornecendo respostas aos questionamentos supracitados.

2 O dolo no crime do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993. Exigência de fim específico

A previsão do crime de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade é uma das principais normas destinadas a garantir a observância do regular procedimento licitatório na administração pública.

Conforme teor do art. 3º da Lei n. 8.666/1993, os objetivos da licitação são “garantir a observância do princípio constitucional da isonomia; selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e promover o desenvolvimento nacional sustentável”.

São esses, portanto, os bens jurídicos que buscam ser protegidos com a figura típica do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993. Na dicção de Bittencourt (2012, p. 119):

Enfim, bem jurídico tutelado, especificamente, no art. 89 é assegurar a estrita excepcionalidade das hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação pública, garantindo a respeitabilidade, probidade, inte-

gridade e moralidade das contratações públicas, que são ofendidas com as condutas descritas no art. 89. O dispositivo ora examinado visa, acima de tudo, proteger a lisura e transparência na contratação pública, exigindo retidão no processo licitatório para permitir ampla competição observando a regra da isonomia concorrencial.

A primeira premissa que deve ser assentada, a teor do que dispõe o art. 18, II, do Código Penal, é que se trata de crime doloso, não sendo admitida a punição a título de culpa.

Não busca o preceito incriminador, portanto, punir o administrador que age com imprudência, negligência ou imperícia, mas sim aquele que dolosamente burla as normas previstas na Lei de Licitações. Nesse sentido, confira-se o posicionamento de Bittencourt (2012, p. 142):

O elemento subjetivo das condutas descritas neste art. 89 da Lei de Licitações é o dolo, constituído pela consciência e a vontade de realização das condutas descritas, quais sejam, dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade. Em outros termos, qualquer das três condutas deve ser praticada voluntariamente consciente pelo sujeito ativo, isto é, conhecendo todos os elementos constitutivos do tipo penal.

Para Leandro Paulsen (2017, p. 163), admite-se a figura do dolo eventual para o aperfeiçoamento do crime do art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993:

Assim, exige-se a ação deliberada de dispensar ou inexigir, ou de deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade quando o agente sabe que deveria agir de modo diverso e, ainda assim, decide agir em desconformidade com a lei ou, ao menos, faz pouco caso da exigência de licitação, incorrendo em dolo eventual.

Esse entendimento é encontrado também na lição de Vicente Greco Filho (2007, p. 63).

As controvérsias mais intensas surgem em relação à necessidade de comprovação de dolo específico – a intenção de causar

prejuízo ao erário – para que haja a configuração do crime de dispensa indevida de licitação.

Para Guilherme de Souza Nucci (2009, p. 848) não há necessidade de comprovação de elemento subjetivo específico, bastando a prova do dolo. Baltazar Júnior também segue essa posição, aduzindo que não há respaldo legal para a exigência de especial fim de agir (2014, p. 906).

O entendimento é compartilhado por Bittencourt, que afirma: “não se vislumbra nas elementares objetivas e subjetivas constantes do *caput* do art. 89 a exigência do denominado elemento subjetivo especial do tipo ou do injusto” (2012, p. 145). Para Paulo José da Costa Júnior (2004, p. 20), o dolo é sempre genérico.

Em sentido contrário posiciona-se Marçal Justen Filho (2014, p. 1168-1169):

O crime não se perfaz pela pura e simples contratação com dispensa ou inexigibilidade de licitação. O ponto essencial é a dispensa ou inexigibilidade praticadas intencionalmente visando frustrar a exigência de competição. Ora, isso significa que o crime somente se aperfeiçoa quando o agente tinha consciência clara e precisa da irregularidade perante o direito administrativo. Se o agente adotou interpretação razoável para as normas que disciplinam a contratação direta, poderá ter ocorrido ato viciado – mas não houve crime. E não se aperfeiçoou o crime precisamente pela ausência do elemento subjetivo específico.

Verifica-se, portanto, que a maior parte da doutrina se posiciona no sentido de ser suficiente para a caracterização do crime o dolo genérico, existindo autores que admitem inclusive a figura do dolo eventual.

Apesar disso, o Supremo Tribunal Federal vinha exigindo a demonstração do dolo específico, conforme precedente do inquérito 2.616¹:

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2.616. Rel. min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 29.5.2014, publicado 29 ago. 2014.

Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atual deputado federal. Dispensa irregular de licitação (art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93). Dolo. Ausência. Atipicidade. Ação penal improcedente. 1. A questão submetida ao presente julgamento diz respeito à existência de substrato probatório mínimo que autorize a deflagração da ação penal contra os denunciados, levando-se em consideração o preenchimento dos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não incidindo qualquer uma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. 2. As imputações feitas na denúncia aos ora denunciados foram de, na condição de prefeito municipal e de secretária de economia e finanças do município, haverem acolhido indevidamente a inexigibilidade de procedimento licitatório para a contratação de serviços em favor da Prefeitura Municipal de Santos/SP. 3. Não se verifica a existência de indícios de vontade livre e conscientemente dirigida por parte dos denunciados de superarem a necessidade de realização da licitação. *Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.* 4. A incidência da norma que se extrai do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93 depende da presença de um claro elemento subjetivo do agente político: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário, pois é assim que se garante a necessária distinção entre atos próprios do cotidiano político-administrativo e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. A ausência de indícios da presença do dolo específico do delito, com o reconhecimento de atipicidade da conduta dos agentes denunciados, já foi reconhecida pela Suprema Corte (Inq. nº 2.646/RN, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Ayres Britto, *DJE* de 7.5.10). 5. Denúncia rejeitada. Ação penal julgada improcedente. [Grifos nossos].

O entendimento é acompanhado pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que reputa imprescindível a demonstração do elemento subjetivo específico, como se extrai do Agravo no Recurso Especial n. 1582669².

2 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo interno no recurso especial n. 1582669/MG. Rel. min. Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 2.3.2017, publicado em 7 abr. 2017.

Ressalte-se que existem precedentes do Supremo Tribunal Federal que exigem a demonstração do dolo específico já na denúncia, ainda que de forma indiciária, como se verifica da análise do inteiro teor do Inquérito n. 2.688/SP³. O entendimento traz maiores ônus ao órgão de persecução penal no controle da fase investigatória e na elaboração da acusação.

A posição é acolhida pela Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que no julgamento do HC n. 377.453/RJ⁴ determinou o trancamento de ação penal por ausência de demonstração na denúncia de atos ou circunstâncias concretas que denotassem a intenção dos agentes em elidir o procedimento licitatório em prejuízo do erário.

Embora seja a posição ainda prevalecente nos tribunais superiores, a posição não é encampada pela maior parte da doutrina, como já mencionado. Ademais, o entendimento não pode ser adotado em todos os casos. A demonstração dos elementos subjetivos é matéria sempre de difícil comprovação, por impor a necessidade de demonstração da vontade psíquica do agente no mundo material. Como assevera Fernando Andrade (2016, p. 538), não se pode impor à busca dos elementos subjetivos o mesmo rigor da elucidação da materialidade.

Há situações específicas, portanto, em que se deve dispensar a exigência de comprovação de dolo específico. É que existem casos em que o administrador se afasta definitivamente de qualquer juízo de legalidade na realização de suas condutas. Em outros casos verificam-se hipóteses em que o administrador simplesmente desconsidera a regra constitucional de exigência de licitação. Essas circunstâncias devem ser sopesadas sempre em atenção ao caso concreto e às distintas realidades locais.

3 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 2.688. Rel. min. Cármen Lúcia, relator para acórdão: min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 2.12.2014, publicado em 12 fev. 2015.

4 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 377.453/RJ. Rel. min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28.3.2017, publicado em 5 abr. 2017.

Esse entendimento pode ser extraído da análise de excerto do voto do ministro Edson Fachin na Ação Penal n. 971⁵, que reputa necessária a demonstração do dolo específico, salvo em hipóteses de ilegalidades evidentes ou onde não surjam dúvidas razoáveis acerca da dispensa ou inexigibilidade:

Esse posicionamento visa a estabelecer uma necessária distinção entre o administrador probo que, sem má-fé, aplica de forma errônea ou equivocada as intrincadas normas de dispensa e inexigibilidade de licitação previstas nos artigos 24 e 25 da Lei 8.666/93, daquele que dispensa o certame que sabe ser necessário na busca de fins espúrios. *Nem sempre o Direito oferece uma solução unívoca a intrincadas questões que se apresentam no dia a dia do administrador público.* Pode-se dizer que, por vezes, não há sequer uma única solução jurídica aceitável para o caso concreto. Exemplos não faltam de situações encontráveis na jurisprudência dos Tribunais que apontam em direções opostas e aguardam por muito tempo uma pacificação. *Ainda assim, dizer que o Direito admite, para um caso concreto, mais de uma solução válida, não significa dizer que qualquer solução é admissível. Situações existem que se afastam de forma mais intensa do que determina a lei e a Constituição.* A jurisprudência cunhou as expressões “decisões judiciais teratológicas” e os denominados “erros grosseiros” na interposição de recursos a indicar justamente as hipóteses em que as soluções pretendidas se afastam em muito da solução jurídica correta. *Nas hipóteses em que as ilegalidades não são evidentes, naquelas onde podem surgir dúvidas razoáveis a respeito da dispensa ou inexigibilidade de licitação, onde o administrador pode se encontrar diante de um dilema de razoável sustentação, de uma controvérsia insoluta, e vem a optar por uma direção que depois acaba por ser pacificamente considerada incorreta, é que se tem adotado o entendimento de que a configuração da tipicidade subjetiva do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 exige vontade dirigida a lesar o erário.* Do contrário, não haveria qualquer distinção entre a infração meramente administrativa, ligada à dispensa ou inexigibilidade praticada fora dos parâmetros legais, e o crime ensejador de pena corporal. [Grifos nossos].

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação penal n. 971. Rel. min. Edson Fachin, Primeira Turma, julgado em 28.6.2016, publicado em 11 out. 2016.

Não se deve exigir, portanto, a demonstração da vontade dirigida a lesar o erário em todos os casos, mas apenas naqueles em que há uma zona cinzenta na conduta do administrador público em relação à legalidade ou ilegalidade da dispensa. Ou seja, naquelas situações em que um administrador público probo e que adota as cautelas necessárias para tomar uma decisão bem subsidiada poderia, ainda assim, incorrer em erros. Em casos como o de adoção sistemática da dispensa de licitação como forma de contratação ou de outras ilegalidades flagrantes, estaria dispensada, portanto, a comprovação do dolo específico.

É verdade que a Ação Penal n. 971 marca um ponto de mudança na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, distanciando o posicionamento da 1ª Turma do Tribunal daquele adotado pela 2ª Turma e pelas 5ª e 6ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça. Não é possível dizer que já exista jurisprudência consolidada formada no sentido acima traçado – e, como já mencionado, as turmas do STJ entendem ser caso de inépcia da denúncia a ausência de descrição do dolo específico.

Resta aguardar qual será a definição da jurisprudência do plenário do Supremo Tribunal Federal após o julgamento da Ação Penal n. 971. Todavia, o posicionamento exarado no voto do ministro Edson Fachin é mais coerente com a natureza do delito e com a necessidade de proteção dos bens jurídicos tutelados pela Lei de Licitações.

Não seria razoável imputar ao Ministério Público ônus de demonstração do dolo específico – circunstância de comprovação sempre tormentosa – naquelas hipóteses em que salta aos olhos a incorreção da conduta do gestor.

Portanto, no atual estágio jurisprudencial, o Ministério Público deve já na inicial acusatória demonstrar o dolo do agente no sentido de não observar o procedimento licitatório e de causar com tal conduta prejuízo ao erário, ressalvados os casos de ilegalidades flagrantes, em que plenamente evidenciadas a má-fé e a desonestidade do agente público.

O ônus probatório do Ministério Público aumenta, nessa toada, na medida em que se caminha em direção às situações fronteiriças, em que o administrador adote interpretação a princípio razoável e que se mostra, posteriormente, equivocada.

3 Da necessidade de comprovação do prejuízo ao erário

A questão relativa à exigência de demonstração do dano ao erário para a consumação do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 é objeto de intrincadas discussões, tanto em plano doutrinário como em sede jurisprudencial.

Para Baltazar Júnior (2014, p. 906), o crime consuma-se “com o mero ato de dispensa ou inexigibilidade, independentemente de prejuízo para a administração, cuidando-se de crime formal ou de mera conduta e de perigo abstrato”.

Para Leandro Paulsen (2017, p. 162), “tratando-se de crime pluriofensivo, o desrespeito à impessoalidade e à igualdade, por si só, configura ofensa a bem jurídico tutelado pela norma, independentemente da configuração de prejuízo econômico”.

Na dicção de Paulo José da Costa Júnior (2004, p. 20), “o crime é de perigo abstrato. Para aperfeiçoar-se, não se faz necessário que a Administração Pública venha a padecer algum prejuízo concreto. Se este advier, sobrevirá a sanção civil prevista no art. 25, § 2º”. É esse também o posicionamento de Vicente Greco Filho (2007, p. 61).

Em sentido contrário posiciona-se Marçal Justen Filho (2014, p. 1172):

Não se aperfeiçoa o crime do art. 89 sem dano aos cofres públicos. Ou seja, o crime consiste não apenas na indevida contratação indireta, mas na produção de um resultado final danoso. Se a contratação direta, ainda que indevidamente adotada, gerou um contrato vantajoso para a Administração, não existirá crime. Não se pune a mera conduta, ainda que reprovável, de deixar de adotar a licitação. O que se pune é a instrumentalização da contratação direta para gerar lesão patrimonial à administração.

Nos tribunais superiores existe tendência no sentido de considerar necessária a comprovação do dano ao erário. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça determinou recentemente o trancamento de ação penal que não descrevia o dano causado ao erário, como se nota da análise do Habeas Corpus n. 343.715/MG⁶:

HABEAS CORPUS. DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS. INÉPCIA DA DENÚNCIA. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DO EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO.

Diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que o crime do art. 89 da Lei n. 8.666/1993 não é de mera conduta, cumprindo ao *Parquet* imputar não apenas a contratação indevida, mas também o dolo específico do agente de causar dano à Administração Pública, bem como o efetivo prejuízo ao erário. Precedentes. No caso, o órgão ministerial ao apresentar a denúncia, embora tenha registrado que prefeito do município, sem a instauração de procedimento licitatório, teria contratado, com base em parecer elaborado pelo então advogado da municipalidade, serviços de assessoria jurídica de outro profissional da área, deixou de descrever o efetivo prejuízo ao erário decorrente dessa conduta. Não há na peça vestibular nenhuma menção à ocorrência de danos aos cofres públicos decorrentes da dispensa de licitação. Assim, a exordial acusatória não é apta a deflagrar a ação penal em questão. Ordem concedida para reconhecer a inépcia formal da denúncia.

Comunga desse entendimento a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai do Habeas Corpus n. 377.453/RJ.

No Supremo Tribunal Federal o posicionamento pacífico da 2^a Turma é no sentido de exigir-se a demonstração do prejuízo ao erário para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, seguindo o precedente construído pelo plenário no

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 343.715/MG. Rel. min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 17.11.2016, publicado em 1º dez. 2016.

supracitado Inquérito n. 2.616. Exemplo dessa jurisprudência é o julgamento do Inquérito n. 3.731⁷.

A Primeira Turma, contudo, alterou recentemente seu entendimento, adotando posicionamento diametralmente oposto e a meu ver mais coerente com a natureza do crime. Mais uma vez, o julgado de referência é o da Ação Penal n. 971, de relatoria do ministro Edson Fachin.

Na análise do inteiro teor do julgado verifica-se a adoção do entendimento de que o bem jurídico protegido pelo crime em questão relaciona-se *com todos os preceitos do art. 37, XXI, da Constituição da República, e não apenas com a tutela do patrimônio público*. Confira-se, a propósito, elucidativo trecho do voto:

A economicidade da proposta, por certo, é elemento importante, pois resguarda o patrimônio público. Entretanto, a razão da exigência de licitação, porque expressamente declarado pela Constituição da República, é oportunizar a todos igualdade de condições para contratar com o Poder Público. Não é por outra razão que o precitado art. 37, XXI, da CR/88 ressalta que obras, serviços, compras e alienações em geral serão contratados, ênfase, mediante “licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes”. *Não se permite, numa República, que o administrador escolha por motivos pessoais a quem contratar, ainda que se demonstre que a contratação é a mais adequada aos interesses da Administração*. A todos deve ser dado, em igualdade de condições, concorrer para fornecer bens e serviços à Administração Pública. Insustentáveis, portanto, afirmações no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666/93 não se configura se não restar demonstrada a ocorrência de prejuízo ao patrimônio público. Uma tal concepção reduz as razões, constitucionalmente assentadas, dos motivos pelos quais se exige licitação pública. Sendo o resguardo à economicidade da proposta apenas um dentre os vários objetivos tutelados pelo legislador ao tipificar a dispensa e inexigibilidade irregulares à categoria de crime no art. 89 da Lei 8.666/93, mesmo quando reste provado que não teria o

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3.731. Rel. min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 2.2.2016, publicado em 2 mar. 2016.

Poder Público obtido proposta mais favorável do que a contratada de forma irregularmente direta, ainda assim os fins constitucionais buscados pela exigência de licitação (art. 37, XXI, da CF) estariam vulnerados. Portanto, não se acolhe a tese segundo a qual, para se configurar o crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993, é necessário comprovar prejuízo econômico ao erário. *Não há essa exigência na redação do art. 89 da Lei 8.666/93 e os entendimentos nesse sentido, com a devida vênia, desconsideram que a Constituição elegeu a licitação como instrumento prévio à contratação pelo Poder Público visando a proteção de interesses que vão além da proteção ao patrimônio público.* [Grifos nossos].

Ressalte-se que, além de buscar tutelar o patrimônio público e de prestigiar o princípio constitucional da isonomia, a exigência de licitação é também importante instrumento para a intervenção do Estado na economia, buscando perseguir fins constitucionalmente legítimos. É o que se entende por função regulatória da licitação, que, na dicção de Luciano Ferraz (2009, p. 27):

Podem ser utilizadas como instrumento de regulação de mercado, de modo a torná-lo mais livre e competitivo, além de ser possível concebê-la – a licitação – como mecanismo de indução de determinadas práticas (de mercado) que produzam resultados sociais benéficos, imediatos ou futuros, à sociedade.

Confira-se, ainda, a posição de Rafael Oliveira (2014, p. 349):

O procedimento administrativo licitatório tem por objetivo a seleção, *dentro de um mercado no qual exista efetiva concorrência entre os licitantes*, da proposta mais vantajosa para a Administração Pública que não se funda exclusivamente em critérios econômicos, mas também em *outros fatores que devem ser ponderados pela Administração Pública*, tais como o desenvolvimento nacional sustentável, a promoção da defesa do meio ambiente (licitações verdes ou sustentáveis), a inclusão de portadores de deficiência no mercado de trabalho, o fomento à contratação de microempresas e empresas de pequeno porte, entre outras finalidades extraeconômicas. [Grifos nossos].

A dispensa indevida de licitação produz, portanto, danos reflexos no sentido de violar a isonomia, impedindo a formação de

mercado com efetiva concorrência. Sem embargo, tolhe também a possibilidade de atuação do Estado para perseguir finalidades constitucionalmente legítimas por meio do procedimento licitatório.

Ressalte-se, por oportuno, que a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Convenção de Mérida) prevê em seu artigo 9º, “1”, a obrigação de adotar sistemas apropriados de contratação pública baseados na transparência, na competência e em critérios objetivos de adoção de decisões.

Nota-se portanto que o posicionamento da 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal alberga de maneira mais coerente a pluralidade de bens jurídicos que se busca proteger com o art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993 e se coaduna com o regramento constitucional de proteção à transparência, isonomia e adequada gestão da coisa pública.

4 Conclusão

Pelo exposto, verifica-se a pacificação da jurisprudência em relação à exigência de demonstração do dolo específico (a intenção de causar prejuízo ao erário ou obtenção de vantagem ilícita) para a caracterização do crime previsto no art. 89, *caput*, da Lei n. 8.666/1993, apesar de maioria doutrinária em sentido contrário. Na dicção do Superior Tribunal de Justiça, esse requisito deve estar demonstrado – ainda que de forma indiciária – já na própria inicial acusatória. Reputa-se pertinente ressaltar da aplicação desse entendimento aquelas situações de ilegalidade flagrante, em que o administrador se afasta de quaisquer padrões mínimos de probidade e zelo para com a coisa pública, como se extrai do voto do ministro Edson Fachin na Ação Penal n. 971.

Em relação à exigência de demonstração do prejuízo causado ao erário, remanesce ainda controvérsia jurisprudencial em relação ao tema. A 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal, em precedente recente, dispensou a necessidade de prova da ocorrência de dano, contrariando a jurisprudência da 2ª Turma do STF e de ambas as turmas do Superior Tribunal de Justiça. O entendimento doutrinário majo-

ritário acompanha o da 1ª Turma do Supremo, no sentido de não ser necessária a ocorrência do dano ao erário para a causação do ilícito.

Nesse diapasão, nota-se que o posicionamento da 1ª Turma do STF a partir da Ação Penal n. 971 promove maior proteção dos bens jurídicos protegidos pela Lei n. 8.666/1993, atende aos ditames da Convenção de Mérida e garante o emprego da licitação em sua função regulatória, como mais um instrumento à disposição do Estado para a perseguição de finalidades constitucionalmente legítimas.

Referências

ANDRADE, F. R. Máximas de experiência e identificação do elemento subjetivo do agente. In: SALGADO, D. R.; QUEIROZ, R. P. (Orgs.). *A prova no enfrentamento à macrocriminalidade*. Salvador: JusPodivm, 2016.

BALTAZAR JÚNIOR, J. P. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

BITTENCOURT, C. R. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.

COSTA JÚNIOR, P. J. da. *Comentários aos artigos 89 a 99 da Lei 8.666/1993*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

FERRAZ, L. A função regulatória da licitação. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, v. 72, n. 3, 2009. Disponível em: <<http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/490.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

GRECO FILHO, V. *Dos crimes da lei de licitações*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NUCCI, G. de S. *Leis penais e processuais penais comentadas*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

OLIVEIRA, R. C. R. *Curso de direito administrativo*. 2. ed. São Paulo: Método, 2014.

PAULSEN, L. *Crimes federais*. São Paulo: SaraivaJur, 2017.

Denúncia e queixa criminais: teoria e prática

Diego Fajardo Maranhã Leão de Souza

Procurador da República. Mestre em Direito Processual pela Universidade de São Paulo (USP).

Gustavo Torres Soares

Procurador da República. Doutor em Direito Processual pela USP (com estágio doutoral no Instituto Max Planck de Direito Criminal – Freiburg im Breisgau, Alemanha). Mestre em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG).

Resumo: O presente artigo propõe-se a analisar aspectos básicos teóricos e prático-redacionais da petição inicial acusatória no Direito Processual Penal brasileiro, tendo em vista sua correção técnica e os direitos fundamentais dos acusados.

Palavras-chave: Direito Processual Penal. Petição inicial acusatória. Denúncia. Queixa-crime. Técnica redacional. Direitos fundamentais dos acusados.

Abstract: This paper intends to analyze the main theoretical and practical aspects in writing criminal complaints in Brazilian Criminal Procedure Law, also concerned about its formal aspects and the fundamental rights of the defendant.

Keywords: Brazilian Criminal Procedure Law. Writing criminal complaints. Formal and practical aspects. Fundamental rights of the defendant.

Sumário: 1 Introdução. 2 A linguagem da petição inicial acusatória. 2.1 Combinação de elementos narrativos, descritivos e dissertativos. 2.2 Tom acusador. 2.3 Persuasão. 3 A estrutura básica da petição inicial acusatória. 4 Lapsos técnicos mais comuns e recomendações práticas. 5 Denúncias complexas: organizações criminosas e crimes financeiros. 6 Processo eletrônico e denúncias multimídia. 7 Estratégias processuais: fatiamento da imputação. 8 Denúncia compreensiva e *emendatio libelli*. 9 Fundamentação em lastro probatório mínimo. 10 Processo penal, eficiência e garantismo.

1 Introdução

Há, no Direito Processual Penal brasileiro, talvez pelo anacronismo do Código de Processo Penal (CPP), pouco rigor quanto aos termos *ação*, *demanda*, *pretensão* e *processo*, confusão essa há muito esclarecida pelo Direito Processual Civil, o qual, especificamente neste ponto, tem algo a ensinar aos processualistas penais. Para os fins do presente artigo, considera-se *ação* o poder (direito potestativo) abstrato de, mediante simples provocação ao Poder Judiciário, dar existência a processo (inicialmente imperfeito), poder esse diretamente decorrente do art. 5º, XXXV, da Constituição da República, e gerador da exigibilidade de que o Estado-Juiz dê alguma prestação jurisdicional a quem o provocou. À manifestação concreta de tal poder, com a especificação de partes, pedido e causa de pedir, chama-se, aqui, de *demanda* (denominando-se *pretensão processual* a combinação entre pedido e causa de pedir, e *pretensão material* a justa exigibilidade decorrente de um direito ou poder). Uma vez concretamente exercido o direito-poder de ação penal, ou seja, uma vez ajuizada uma (concreta e específica) demanda penal, tem-se *processo* penal¹. Sob tais premissas conceituais, seria tecnicamente inadequada a prática dos juízos e tribunais brasileiros de chamar de *ações* penais os *processos* penais que lá tramitam. A fonte provável de tal

1 Cf. Lopes Jr. (2009, p. 339-342) e Dinamarco (2003, p. 102-144 e p. 292-330). Exatamente por entender que a ação é abstrata, e a demanda é sua concretização, Dinamarco sustenta que, em vez da expressão “elementos e condições da ação”, seria mais técnico se cogitar de “elementos e condições da demanda”.

engano talvez seja a – prosaica e nada científica – *autuação*: com ela, a secretaria do juízo ou tribunal diz, pela correspondente etiqueta: “eis a autuação da petição inicial veiculadora de ação penal” (*rectius*, demanda penal), dando-lhe número de registro; a partir daí, passa-se a chamar o ser materializado por tais autos, acriticamente, de “ação penal número tal”, quando, rigorosamente, se trata de *processo* penal. Chega-se a cogitar do “trancamento de ação penal”, quando, mais precisamente, o que se tranca é o *processo* penal. Enfim: rigorosamente, quando se diz que determinado crime é de “ação penal pública” (ou “privada”), está-se fazendo referência não ao poder de provocação ao Judiciário (que todos abstratamente possuem, ainda que sem direito ao julgamento do mérito da causa), mas, sim, à legitimidade para a propositura daquela concreta demanda – tal legitimidade pertence a uma instituição pública (Ministério Público), nos chamados crimes de ação penal pública, e a pessoas privadas, nos chamados crimes de ação penal privada.

Se o direito-poder (abstrato) de *ação* se manifesta concretamente (com partes, pedido e causa de pedir determinadas) no ajuizamento de cada *demand*a, pode-se também dizer que a *demand*a, no processo penal de conhecimento iniciado por acusação, é materializada graficamente, em linguagem escrita², pela entrega formal ao Poder Judiciário da *petição inicial acusatória* (*denúncia ou queixa*). A *ação* se concretiza na *demand*a, que, no processo penal cognitivo-acusatório, se materializa na *petição inicial acusatória* (*denúncia ou queixa*)³.

Tem-se, então, o pressuposto conceitual deste artigo: *a petição inicial acusatória* (*denúncia ou queixa*) é a *materialização gráfica, em linguagem escrita, da demanda, no processo penal cognitivo-acusatório; denomina-se denúncia a petição inicial acusatória correspondente a demandas cuja legitimidade pertence a uma instituição pública (Ministério Público), compatíveis com os chamados “crimes de ação penal pública”; e se deno-*

2 Como bem recorda Gustavo Badaró (2012, p. 125), a Lei Federal n. 9.099/1995, no art. 77, permite o oferecimento oral de denúncia ou queixa, mas seu art. 78 impõe que tal oferecimento seja reduzido a termo, ou seja, documentado por escrito nos autos.

3 A demanda não se esgota com a apresentação da petição inicial, mas esta, como seu nome diz, é a primeira materialização gráfica (escrita) daquela.

mina queixa (ou queixa-crime) a petição inicial acusatória correspondente a demandas cuja legitimidade pertence a pessoas privadas, compatíveis com os chamados “crimes de ação penal privada”.

Uma vez convencido de que houve fato típico, ilícito, culpável e punível, o Ministério Público (por dever inafastável) e o particular legitimado (se o achar conveniente) detêm titularidade jurídica para apresentar texto escrito (*denúncia* ou *queixa*) ao Poder Judiciário⁴, texto esse que, para bem atingir o fim de iniciar e condicionar o processo penal cognitivo-condenatório, precisa preencher requisitos técnico-jurídicos e atender a recomendações redacionais.

O presente artigo, pois, se volta para tais requisitos técnico-jurídicos e recomendações redacionais referentes à denúncia e à queixa-crime, com especial preocupação e enfoque práticos.

2 A linguagem da petição inicial acusatória

A petição inicial acusatória é, no Direito Processual Penal brasileiro, sempre um texto escrito, cuja finalidade é dar início ao processo penal cognitivo-condenatório e condicioná-lo, no sentido de que toda a atividade jurisdicional a ser desenvolvida naquele feito terá por principal referência o fato (supostamente típico, ilícito, culpável e punível) narrado no mencionado texto⁵.

Tratando-se de texto escrito, a petição inicial acusatória deve ser simples, clara, objetiva e gramaticalmente correta. Embora obediente à língua culta, deve ser acessível, com o mínimo de erudição possível (simplicidade). Livre de ambiguidade, duplo sentido, ironia, conteúdo implícito (clareza). Obediente à máxima “sendo completa, quanto menor, melhor” (objetividade) e às regras gramaticais⁶.

4 Cf. Soares (2016, p. 34-37).

5 Isso é decorrência do chamado princípio de correlação entre acusação e sentença, inspirador, por exemplo, do caput do art. 383 do CPP: “O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave”. [Grifo nosso].

6 V. Magalhães (2011).

A linguagem da petição inicial acusatória combina elementos *narrativos*, *descritivos* e *dissertativos*, sempre em tom *acusador* e *persuasivo*. Discorre-se, a seguir, sobre essas três características.

2.1 Combinação de elementos narrativos, descritivos e dissertativos

Resumidamente, o oferecimento de denúncia ou queixa-crime pressupõe: dirigir-se ao órgão judicial competente (“Senhor Juiz Federal da ____ Vara Federal Criminal de São Paulo, SP:”); anunciar-se e qualificar a demanda e o demandado (“O Ministério Público Federal oferece denúncia contra Fulano de Tal, portador do documento de identidade n. ...”); narrar uma ou mais condutas penalmente relevantes (imputação de fatos supostamente típicos, ilícitos, culpáveis e puníveis); descrever todas as elementares típicas e circunstâncias significativas; apresentar os elementos investigativos que fundamentaram o convencimento sobre a ocorrência de crime punível⁷; subsumir tais condutas a normas penais incrimina-

7 À formação de tal convicção se dá o nome de *opinio delicti*. Na hipótese de o legítimo interessado formar *opinio delicti negativa*, resta impossibilitado o ajuizamento de demanda penal condenatória; ao particular, convicto da inexistência de fato penalmente punível (ou da ausência insanável de elementos de informação suficientes quanto a tal fato), basta a silenciosa inércia; ao Ministério Público impõe-se a fundamentada promoção de arquivamento, dirigida ao Poder Judiciário, quanto a inquéritos policiais e peças de informação, ou, no caso de procedimentos ministeriais de investigação criminal (caso se lhes admita a validade), ao correspondente colegiado ministerial. Na hipótese de *opinio delicti positiva*, possibilita-se a correspondente demanda penal condenatória para o particular legitimamente interessado e impõe-se o seu ajuizamento, ou proposta de transação penal, quando cabível, pelo Ministério Público. Portanto, embora tradicionalmente se correlacione a *opinio delicti* à convicção ensejadora do oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, o convencimento sobre suposto crime punível pode, do ponto de vista objetivo, ser *positivo* ou *negativo* (conforme se conclua, afirmativa ou negativamente, sobre a existência e a suficiência de inicial fundamento cognitivo quanto a tal fato). E, do ponto de vista subjetivo, a *opinio delicti* pode ser formada pelo Ministério Público (como já aceito pelo senso comum), por *particular* (no caso da chamada ação penal privada) e, contra a tradição do termo, até mesmo pela *defesa* (afinal, o investigado e sua defesa têm direito a formar convencimento sobre o suposto fato, até mesmo para combaterem constrangimentos ilegais ou se prepararem para eventual processo penal

doras (imputação jurídico-penal); e pedir ao Poder Judiciário que, após a instauração e trâmite do devido processo penal (com as diligências probatórias cabíveis), aplique ao demandado a pena justa.

O núcleo sensível da petição inicial acusatória é, portanto, narrativo-descritivo, tendo-se o demandado como personagem principal da história. Sob rigorosa atenção à norma penal incriminadora que se considera infringida, deve-se narrar a conduta supostamente típica, ilícita, culpável e punível, sempre respondendo: *quem? Quando? Onde? O quê? Como?* Se possível, também é o caso de se explicar: *por quê? Para quê? Com quem? Contra quem?*

Como dito, o personagem principal da narração-descrição acusatória é o demandado (denunciado ou querelado), não o policial que o investigou ou prendeu, a vítima, a principal testemunha etc.⁸ Em vez de escrever que “os agentes de Polícia Federal José e Manuel encontraram na bagagem do acusado Miguel dois quilos de cocaína”, é mais tecnicamente adequado dizer que “o denunciado Miguel transportou dois quilos de cocaína em sua bagagem até o aeroporto, onde foi preso em flagrante pelos agentes de Polícia Federal José e Manuel”⁹. E mais: a notícia importante, na petição inicial acusatória,

cognitivo-condenatório). Apesar de soarem heterodoxas, são plenamente coerentes com os pressupostos deste estudo, ao lado da tradicional *opinio delicti ministerial e positiva*, as expressões *opinio delicti (ministerial) negativa*, *opinio delicti particular* (positiva ou negativa) e – a mais inusitada – *opinio delicti defensiva* (positiva ou negativa).

8 V. Magalhães (2014a): “Acusação é a narrativa de uma conduta criminosa. Ora, se o crime é um ato humano livre, a acusação é a narrativa desse ato direcionada ao juiz. Há, porém, muitíssimos modos de se narrar um fato. Os escritores de literatura imaginativa estão aí para provar isso. Que tipo de narrativa deve ser desenvolvido na redação de uma denúncia criminal? Eis a grande questão. É preciso, desde início, exorcizar alguns maus hábitos muito frequentes. Cito três: i) preencher a denúncia com a narrativa de um ‘esquema criminoso’; ii) narrar na denúncia o que aconteceu com a vítima ou com as coisas relacionadas à prática criminosa; e iii) redigir a denúncia como uma peça retórica que buscará convencer o juiz a respeito da culpabilidade do réu”.

9 Em reforço a essa condição de protagonista da narração acusatória, ostentada pelo demandado, é muito costumeiro, na prática forense criminal, grafar-se o nome

é a prática do verbo típico, não uma eventual prisão em flagrante – é, nesse sentido, juridicamente mais técnico se escrever “o denunciado usou, dolosamente, o documento público X, motivo pelo qual foi preso em flagrante” que dizer “o denunciado foi preso em flagrante porque usou, dolosamente, o documento público X” (embora a retórica jornalística prefira a segunda forma).

A propósito do elemento subjetivo do tipo penal, é de rigor que a denúncia explicita, da forma mais inquestionável possível, o que consubstancia o dolo ou culpa do agente. Assim, sendo hipótese de crime doloso, é recomendável que a denúncia dê destaque ao ânimo do agente em cometer o crime, com expressões como “Fulano, com vontade livre e consciente, praticou a conduta X”. Tratando-se de delito culposos, é essencial que a denúncia não apenas delimite a modalidade de conduta culposa (negligência, imprudência ou imperícia), mas que, em especial, pormenorize de que maneira a conduta do agente configurou a violação da norma legal. Ou seja, negligência, imprudência ou imperícia serão apenas a conclusão semântica da descrição de uma conduta que viole um dever de cuidado. Por exemplo, em um crime de trânsito, não bastará dizer que o motorista é responsável pelo delito porque dirigiu de forma imprudente, pois isso não descreve adequadamente a conduta. Uma imputação tecnicamente correta exige que se detalhe em que se constitui a violação do dever de cuidado: “o motorista, por trafegar acima da velocidade permitida de 40 km/h em trecho urbano próximo a estabelecimento escolar, em via devidamente sinalizada, de forma imprudente, atropelou e causou na vítima X, que concluía a travessia da via na faixa de pedestres, lesões corporais de natureza grave consistentes em...”.

Tem-se revelado boa a prática de, imediatamente após o direcionamento judicial e a qualificação do demandante, da demanda e do demandado, já de logo serem narradas e descritas as infor-

deste em letras integralmente maiúsculas (caracteres “caixa alta”): “o denunciado Miguel transportou dois quilos de cocaína em sua bagagem até o aeroporto, onde foi preso em flagrante pelos agentes de Polícia Federal José e Manuel”.

mações centrais da acusação (*quem, quando, onde, o que, como e, se possível, também o porquê, para que, com quem, contra quem*). Somente depois disso, devem ser trazidos ao texto acusatório pontos relevantes secundários, tais como a preparação do crime, a investigação policial ou as circunstâncias da eventual prisão em flagrante.

A ordem redacional *spoiler* (“estraga-prazeres”) das petições exordiais acusatórias criminais as coloca, quanto a esse aspecto, no extremo oposto dos romances policiais.

Nos romances policiais, é intenção do autor ocultar do leitor várias informações centrais para o conhecimento da história criminal narrada: é só em momento estrategicamente escolhido (clímax), geralmente perto do final da obra, que o autor, após lançar no texto várias oscilações, dúvidas e suspeitas falsas, permite ao leitor, já ávido, saber adequadamente todos os principais pontos do caso. O romancista policial trabalha com o *mistério* desafiador das investigações criminais e escreve para leitores dispostos a, prazerosamente, gastar bastante tempo enredados por tal mistério ficcional.

Já o acusador criminal trabalha com a *verossimilhança* alcançada *após* a conclusão das investigações criminais consideradas exitosas, e escreve para leitores com tempo escasso (juízes, defensores e outros acusadores), nem um pouco deleitados pelo drama *real* que se lhes impõe, por dever de ofício. Se o romancista policial precisa da penumbra narrativa, o acusador criminal depende da maior clareza expositiva possível (e desde logo). Por isso, nas denúncias e queixas-crime, tudo deve ser, já no início do texto, esclarecido: é ideal que o leitor possa, à primeira passada de olhos pelo texto acusatório, já conhecer suficientemente o fato ali contado.

Eis alguns exemplos desse “primeiro parágrafo acusador”, adaptados de casos reais nos quais os autores deste artigo oficiaram:

- “No dia 26 de julho de 2014, por volta das 16 horas, defronte ao número XXX da Rua YYY, Bairro ZZZ, São Paulo, SP, FULANO DE TAL, consciente de seus atos e intencionalmente, subtraiu, mediante grave ameaça à vítima (exercida

apontando-lhe, com palavras agressivas, o revólver ‘Taurus’, calibre .38, número de série WWW), 5 (cinco) encomendas do tipo ‘Sedex’, transportadas pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (números postais X, Y, Z, W e T). As encomendas estavam em automóvel do tipo ‘furgão’, placa ‘ABCDE’, conduzido pela vítima Sicrano de Tal, agente postal responsável pelas entregas, em serviço no momento da abordagem criminosa”.

- “BELTRANO DE TAL, exercendo a administração da empresa XYZ Comércio e Serviços Ltda., inscrita no CNPJ sob o n. WWW, localizada na Avenida XXX, n. YYY, Bairro ZZZ, São Paulo, SP, consciente de seus atos e intencionalmente, no período de janeiro de 2008 a dezembro de 2011, omitiu cerca de metade da receita daquela pessoa jurídica, referente a depósitos bancários não contabilizados, reduzindo tributos relativos a ‘IRPJ’, ‘PIS’, ‘COFINS’ e ‘CSLL’, causando prejuízo para os cofres públicos federais que, conforme os autos de infração sobre imposto de renda da pessoa jurídica e seus reflexos (v. f. XXX dos autos), datados de 21.12.2013, perfaz o montante de R\$ 34.884.788,85 (trinta e quatro milhões, oitocentos e oitenta e quatro mil, setecentos e oitenta e oito reais e oitenta e cinco centavos), em valores atualizados em 15.5.2015 (v. f. YYY dos autos). Ressalte-se que a constituição definitiva do crédito tributário, consubstanciado no Processo Administrativo-Tributário n. XXXXX, ocorreu em 21 de setembro de 2015 (v. f. ZZZ dos autos)”.
- “Em 8 de abril de 2016, no interior do Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, FULANO DE TAL trazia consigo, ocultos embaixo de suas vestes pessoais, através de bermuda elástica, para fins de comércio ou de entrega, de qualquer forma, a consumo de terceiros, no exterior, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 1.310g (mil, trezentos e dez gramas) de cocaína – massa líquida –, substância entorpecente que determina dependên-

cia física e psíquica, motivo pelo qual o ora denunciado foi preso em flagrante. No momento da prisão, o denunciado foi surpreendido pelos agentes de Polícia Federal Sicrano de Tal e Beltrano de Tal, quando estava prestes a embarcar no voo ‘XYZ’, da companhia aérea ‘XYZ Airlines’, com destino a Madri, na Espanha (v. f. XXX dos autos)”.

2.2 Tom acusador

Exercer a acusação criminal é atividade antipática e, muitas vezes, desagradável até para o próprio acusador¹⁰.

O profissional do Direito que, ainda assim, se propõe a oferecer denúncia ou queixa-crime contra alguém, deve assumir a retórica compatível: além de ter o demandado como personagem principal da história, é-lhe recomendado o emprego de voz verbal ativa e verbos (penalmente típicos) no pretérito perfeito.

Nesse aspecto, a retórica das petições exordiais acusatórias criminais é diferente dos textos jornalísticos, das petições iniciais cíveis e das manifestações defensivas.

Ao se redigir notícia de jornal ou petição inicial cível, é geralmente pouco relevante a escolha entre a voz ativa ou passiva. Em princípio, tanto se pode dizer que “Manuel foi atropelado por Joaquim” quanto “Joaquim atropelou Manuel”. E também há menor prejuízo retórico no uso do futuro do pretérito: “segundo as testemunhas arroladas, Joaquim teria atropelado Manuel”.

Nas manifestações de defesa criminal, é por vezes recomendável o emprego da voz passiva (que transmite a ideia, geralmente empática, de que o defendido se vê impactado pelo Estado) e do futuro do pretérito (que induz dúvida, sempre favorável à defesa): “o investigado foi abordado pelos referidos agentes policiais, os

10 A conhecida frase bíblica “não julgueis, para que não sejais julgados” (Mateus 7:1) provavelmente se estende a “não acuseis, para que não sejais acusados”.

quais, revistando os bolsos daquele, teriam ali encontrado cédulas monetárias falsas...”.

Nas exordiais acusatórias criminais, é diferente o efeito retórico de “Manuel foi atropelado por Joaquim” (voz passiva, com menor efeito acusatório) e de “Joaquim atropelou Manuel” (voz ativa, com maior efeito acusatório, especialmente quando se narra o dolo: “Joaquim, consciente de seus atos e intencionalmente, atropelou Manuel”). E é grande o prejuízo retórico no uso do futuro do pretérito: é muito melhor dizer “segundo as testemunhas arroladas, Joaquim atropelou Manuel” (no pretérito perfeito) que se escrever “segundo as testemunhas arroladas, Joaquim teria atropelado Manuel” (no futuro do pretérito).

Nos casos de prisão em flagrante, quando o denunciado fora interceptado em plena prática delitiva, pode também ser o caso do emprego de verbos no pretérito imperfeito: “Carlos transportava um quilo de cocaína escondida em seu estômago, quando foi surpreendido no controle aeroportuário”; “Marcelo trazia consigo, no bolso dianteiro direito, cinquenta cédulas monetárias falsas”.

Por outro lado, tom acusador não deve significar sensacionalismo: termos superlativos devem ser, em regra, evitados, assim como adjetivos e advérbios penalmente irrelevantes ou sem base objetiva nas peças de informação que acompanham a denúncia ou queixa.

2.3 Persuasão

Se o núcleo fático, na primeira metade da petição inicial acusatória criminal, é essencialmente narrativo-descritivo, a segunda metade da peça é marcadamente dissertativa, com a apresentação dos elementos investigativos que fundamentaram a *opinio delicti* positiva, a imputação jurídico-penal, o pedido condenatório e os requerimentos acessórios. Menos no primeiro e mais no segundo momento da peça, é legítimo (e até recomendável) o manejo de argumentação e retórica adequadas a convencer o julgador sobre a procedência da versão ali apresentada.

No caso do acusador privado, normas éticas e deontológicas¹¹ impõem que tal retórica persuasiva não se degenere no lançamento proposital de inverdades ou de armadilhas retóricas.

No caso do acusador público (Ministério Público), além do dever ético e deontológico, há o dever jurídico¹² de não omitir, propositalmente, pontos relevantes em favor do demandado (por exemplo, a não consumação do crime ou a idade, muito jovem ou muito avançada, do imputado¹³).

Com as devidas sobriedade e base objetiva, a redação da peça acusatória inicial é também um trabalho de convencimento tanto da própria pessoa que a elabora (que, ao organizar por escrito a *opinio delicti*, pode reafirmá-la ou renegá-la para si mesma¹⁴) quanto, mais ainda, dos futuros julgadores e legítimos interessados.

3 A estrutura básica da petição inicial acusatória

A denúncia ou a queixa pode ser estruturada em texto monolítico, ou dividida em tópicos expressos. De todo modo, é recomendável que informe ao leitor os seguintes pontos:

11 O Código de Ética e Disciplina da OAB, no art. 2º, parágrafo único, II, impõe aos advogados o dever de atuarem com veracidade.

12 Segundo o art. 127, *caput*, da Constituição da República, incumbe ao Ministério Público a defesa da ordem jurídica e dos interesses individuais indisponíveis (entre eles, a liberdade e a intangibilidade dos cidadãos).

13 Assim dispõem, respectivamente, o art. 14, parágrafo único, e o art. 65, I, ambos do Código Penal: “Salvo disposição em contrário, pune-se a tentativa com a pena correspondente ao crime consumado, diminuída de um a dois terços. [...] São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...] ser o agente menor de 21 (vinte e um), na data do fato, ou maior de 70 (setenta) anos, na data da sentença; [...]”.

14 Os autores têm experiências, próprias e também ouvidas de colegas de trabalho, nas quais, no ato de redigir acusações criminais, o pretense acusador retrocede e, percebendo frágeis os elementos de investigação, requisita novas diligências (diretamente ou por meio da polícia) ou, até mesmo, promove o arquivamento da causa, por se convencer da inexistência de atos investigativos promissores para lhe sanar a perplexidade.

- o órgão judicial competente, ao qual a peça é diretamente dirigida (“Meritíssimo Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Governador Valadares, MG”);
- o anúncio da específica provocação ao Poder Judiciário, qualificando-se a demanda e o demandado (“O Ministério Público do Estado de Minas Gerais oferece denúncia contra Fulano de Tal, portador do documento de identidade n. ..., pelos fundamentos fáticos e jurídicos a seguir narrados.”);
- a narração de uma ou mais condutas penalmente relevantes (imputação de fatos supostamente típicos, ilícitos, culpáveis e puníveis), com descrição de todas as elementares típicas e circunstâncias significativas;
- a apresentação, como dito, já no início da narrativa acusatória, de uma síntese acusatória referente a cada imputação de crime e a cada denunciado ou querelado – “parágrafo(s) *spoiler*” – facilita bastante o trabalho dos (sempre atarefados) leitores potenciais da peça (que, às vezes, são pessoas com contato fugaz – mas estratégico – com aquela petição, como é o caso do promotor de Justiça lotado em outra comarca, que oficia em audiência de carta precatória, destinada ao depoimento de testemunhas);
- após ficar(em) explícita(s) a(s) acusação(ões) então formalizadas contra o(s) imputado(s) – com todos os cuidados narrativos aqui apontados –, é frequentemente útil alguma explicação sobre os fatos periféricos ao núcleo acusatório (as primeiras suspeitas, o histórico da investigação, a coleta de elementos investigativos, a eventual prisão em flagrante etc.); ou seja: após ser resumidamente antecipado o final da trama – no(s) “parágrafo(s) *spoiler*” –, muitas vezes é útil retornar-se ao início do enredo e contá-lo mediante a cronologia cabível;
- os elementos investigativos indicativos da existência (materialidade) de crime(s) punível(is) e do envolvimento (por autoria ou participação) do(s) ora imputado(s) nesse(s) crime(s);

- a subsunção da(s) conduta(s) atribuída(s) ao(s) imputado(s) a normas penais incriminadoras (capitulação jurídica ou imputação jurídico-penal);
- o pedido, dirigido ao Poder Judiciário, para que, após instauração e trâmite do devido processo penal, aplique ao demandado a pena justa (a qual não precisa ser – e quase nunca é – quantificada pela acusação);
- caso não seja utilizada peça (“cota”) introdutória da denúncia ou queixa (“O Ministério Público Federal vem oferecer, em petição autônoma, denúncia em face de Fulano de Tal, requerendo, desde já, que...”), o próprio corpo da petição inicial acusatória poderá abrigar requerimentos finais variados, acessórios do pedido (diligências probatórias cabíveis, rol de testemunhas cujo depoimento em juízo se pleiteia, obtenção de folhas e certidões criminais referentes a demandado, eventual prisão preventiva, cogitação de suspensão condicional do processo etc.).

Sobre a utilização de “cota” introdutória da denúncia ou queixa, a prática forense é bastante dividida. É muito frequente tal uso em casos que mereçam considerações aprofundadas sobre pontos periféricos à imputação (por exemplo, competência do juízo-destinatário, capitulação legal de determinadas condutas, descabimento de transação penal ou de suspensão condicional do processo, requerimento de prisão preventiva etc.). É menos frequente a petição introdutória em casos muito simples, várias vezes substituída por breve manifestação manuscrita ou até carimbo na última folha do caderno investigativo, informando-se ao juízo o encerramento das investigações, a formação de *opinio delicti* positiva e o oferecimento de petição acusatória em peça autônoma.

4 Lapsos técnicos mais comuns e recomendações práticas

São problemas comumente verificados em denúncias e queixas-crime, os quais, na opinião dos autores, deveriam ser evitados:

- descuidado com os verbos e elementares típicos, assim como omissão de causas de aumento ou agravantes (denúncia por associação criminosa na qual se narra a reunião para a prática de um só crime; acusação de peculato sem narrar o vínculo do acusado com empresa prestadora de serviço para a Administração Pública; imputação de que “a polícia encontrou na casa do acusado vinte cédulas falsas de R\$ 50,00”, em vez de se dizer que “o acusado guardava, dolosamente, em sua casa, vinte cédulas falsas de R\$ 50,00”; ausência de menção ao comprometimento de transporte público em caso de tráfico de drogas)¹⁵; por outro lado, nos casos de crimes dolosos contra a vida, uma vez que devem ser submetidos à apreciação de juízes leigos (os jurados componentes dos respectivos conselhos de sentença), não se recomenda o emprego de detalhes fáticos irrelevantes para a imputação (por exemplo, a cor do veículo dirigido pelo imputado), uma vez que tais detalhes poderão eventualmente distrair a atenção dos conselheiros de sentença ou lhes causar perplexidade, se não confirmados pelas testemunhas que depuserem na sessão plenária de julgamento;
- excessivo emprego da palavra “irregularidade”, como se fosse sinônimo exato de “crime”;
- em casos de concurso de pessoas, falta de individualização de condutas, quando tal individualização seria plenamente possível¹⁶;

15 Art. 41 do CPP: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

16 A título de exemplo, confira-se esta decisão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que manteve rejeição de denúncia (RSE 00000686120134058101, rel. des. fed. Bruno Teixeira, Quarta Turma, pub. DJE 17 out. 2013, p. 405.): “[...] 5 – Ausência de individualização da conduta do agente político em tela, e é nisso que reside a insubsistência da imputação genericamente lançada no procedimento administrativo-fiscal em causa, que lastreou a exordial acusatória. 6 – Justamente por não restar patenteado o seu agir pessoal, a sua responsabilização direta na arrecadação, recolhimento e repasse de verbas à Previdência, associadas às contribuições

- falta de narração expressa do dolo (consciência dos fatos penalmente relevantes e intenção de os praticar);
- falta de linguagem acusatória (por exemplo, uso de verbos no futuro do pretérito – “o denunciado teria obtido vantagem indevida”, “a acusada teria subtraído bem da União”);
- atribuição do ônus da acusação a terceiros – “segundo relatório da Polícia Federal, o denunciado subtraiu...”, “conforme constatado pelo Ibama, a denunciada transportava...”, “consta do inquérito policial que o acusado teria feito uso...”;
- confusão entre denúncia e alegações finais (exordiais com longas citações jurisprudenciais, profundas considerações sobre a exigibilidade de conduta diversa etc., em questões pouco polêmicas ou desnecessárias)¹⁷;
- nos crimes praticados por pessoa jurídica (sonegação tributária e congêneres), é comum o uso impróprio da expressão “representante legal” (o qual não necessariamente tem responsabilidade criminal sobre o fato); seriam preferíveis as expressões gerente, administrador, sócio-administrador ou outra que indique que o imputado tinha domínio da conduta perpetrada pela empresa;
- em concursos de pessoas (explícitos ou não, como no caso da “mula” do narcotráfico que é processada sozinha), é frequente a menção à “participação” do demandado no crime;

sociais descontadas dos servidores da prefeitura, como consequência lógica, vez que não comprovado o desvio da verba para proveito pessoal, não pode, por isso mesmo, ser o (ex) prefeito municipal, apenas e tão-somente pela sua condição de agente político, automaticamente ser considerado sujeito ativo de crimes previdenciários. Precedentes desta Corte Regional. 7 – Não tendo a denúncia demonstrado em que o denunciado teria concorrido efetivamente para consecução do crime de sonegação de contribuições previdenciárias, impõe-se a rejeição da denúncia, por ausência de justa causa para o exercício da ação penal. 8 – Recurso em sentido estrito não provido”.

17 Prática criticada em Magalhães (2014) e também em Gavronski e Mendonça (2015, p. 300-302).

entretanto, o termo “participação” somente deve ser usado em sentido técnico-penal (referindo-se a instigação, induzimento ou auxílio material, sem domínio finalístico do fato típico), tendo-se clareza do que é “coautoria” (maioria dos casos) e do que realmente seja “participação”. Uma vez formado o convencimento sobre o envolvimento do imputado no grupo criminoso, recomenda-se atribuir-lhe, direta ou indiretamente, o verbo típico e deixar o esclarecimento sobre “coautoria” ou “participação” para a instrução processual; nessa específica situação (de convencimento sobre o envolvimento do imputado no grupo criminoso, mas dúvida sobre sua “coautoria” ou “participação”), seriam preferíveis expressões como “engajamento”, “prática”, “execução”, “colaboração”, “integração”, “coautoria”, em vez da – problemática – palavra “participação”¹⁸;

- também, nos casos de concursos de pessoas (explícitos ou implícitos), é erro comum a narrativa limitada a dizer que “o(s) denunciado(s) integrava(m) *esquema criminoso* de roubo de veículos (ou de falsificação de documentos, ou de golpes previdenciários etc.)”, sem individualizar a conduta de cada denunciado e informar exatamente qual(is) conduta(s) de cada um deles contribuiu dolosamente para o intento criminoso; tal individualização, entretanto, é imprescindível para a aptidão da denúncia ou queixa¹⁹, somente sendo dispensá-

18 V. Masson e Vilhena Jr. (2014, 37-40).

19 V. Magalhães (2014b): “Por que em geral se deve evitar, na redação de uma denúncia criminal, a narrativa de um ‘esquema criminoso’? É simples. O assunto do processo é a conduta (ou as condutas) do réu. A instrução processual buscará assegurar que determinadas condutas foram praticadas. Para que essas condutas sejam objeto da atenção do magistrado, é preciso que elas tenham sido devidamente submetidas ao crivo judicial pelo Ministério Público. É preciso que o promotor de justiça/procurador da República narre as condutas criminosas praticadas pelo acusado. O problema é que a tentação de narrar um ‘esquema’ é, com muita frequência, a tentação de abstrair os atos concretos e já passar à conclusão: o réu foi o autor de um grande esquema criminoso. Sim, é uma grande coisa surpreender a prática de

vel quando impraticável (por exemplo, em caso de sonegação tributária no âmbito de pessoa jurídica, numa situação em que todos os réus comprovadamente compartilhavam a gestão financeira e contábil da empresa-pivô na época dos fatos criminosos imputados, não sendo, porém, viável dizer exatamente qual dos réus fez o quê²⁰);

- falta de menção, às vezes em feitos volumosos, às folhas dos autos em que se encontra a demonstração objetiva do que é narrado, descrito ou sustentado; é boa a prática de serem sempre mencionadas as páginas em que estão historiados fatos e documentos importantes, porque isso facilita muito a compreensão da peça (e aumenta seu poder de convencimento)²¹; por outro lado, após o oferecimento das denúncias e queixas-crime, pode ocorrer repaginação dos autos em sede judicial,

um ‘esquema criminoso’ e buscar a sua punição. Mas, veja bem: o jurista deve ser mais técnico que os jornalistas e que os comentaristas das páginas policiais. Quais foram exatamente as condutas que o réu praticou? Escolheu os comparsas? Deu-lhes atribuições, ordens? Atirou? Ameaçou? Assinou documentos falsos? Trazia consigo mercadoria que sabia ser produto de crime? Importou cocaína? Emprestou dinheiro a traficante, sabendo que financiava o tráfico de entorpecentes? Ofereceu propina a policial militar? Tudo isso são condutas concretas que devem ser minuciosamente narradas na denúncia. Quem, quando, onde e como. Eventuais pontos cegos, relativos a circunstâncias acessórias, podem ser preenchidos através de uma responsável e ponderada atividade imaginativa, que buscará estabelecer o que muito provavelmente aconteceu. Você pode eventualmente contar, em linhas gerais, como se operava o ‘esquema criminoso’, mas jamais deve se esquecer que a essência de uma boa acusação é a imputação de condutas criminosas concretas a pessoas concretas suficientemente identificadas. A utilização da voz passiva, na denúncia, costuma tornar a narrativa deficiente. A conduta deve ser narrada no pretérito perfeito e na voz ativa. Aos jornalistas, aos sociólogos e aos historiadores, cabe a tarefa de abstrair e de tirar de determinados crimes as conclusões que lhes parecerem mais adequadas. O promotor deve ter os pés no chão dos fatos e os olhos postos em cada movimento do iter criminis; a ele cabe a narrativa do fato concreto. A ampla defesa e o contraditório agradecem”.

20 V., por exemplo, julgados pelo STF: HC 137030 AgR/PR (publicado no *DJe* de 27 mar. 2017); HC 122450/MG (publicado no *DJe* de 20 nov. 2014); HC 101.286/MG, (publicado no *DJe* de 25 ago. 2011).

21 Cf. Magalhães (2011) e Gavronski e Mendonça (2015, p. 300).

de modo que o número de determinada folha no inquérito policial (ou peça de informação) acabe sendo outro em âmbito judicial; uma forma de se evitarem erros involuntários do julgador é dizer, entre parênteses, logo no cabeçalho da peça, algo como: “Atenção: os números de página aqui mencionados se referem à ordenação dada em fase de investigação, de modo que poderão ser alterados após eventual repaginação judicial”.

Ponto interessante e polêmico diz respeito ao final da petição. É muito comum que se concluem denúncias e queixas-crime do seguinte modo: “Pelo exposto, o Ministério Público (ou ‘o querelante Fulano de Tal’) denuncia (ou ‘oferece queixa-crime em face de’) SICRANO DE TAL, pela prática do crime previsto no art. XXX da Lei Federal n. YYY...”. Essa redação, que não é incorreta, tem o inconveniente de transmitir a impressão de que é somente na conclusão que se acusa, quando, rigorosamente, toda a peça constitui a acusação inicial. *Tal momento conclusivo, em que se propõe a subsunção da conduta narrada a determinado tipo penal, não é a acusação, mas apenas parte dela, seu fecho jurídico-incriminador.* Por isso, talvez fosse mais rigoroso algo assim: “Pelo exposto, o Ministério Público (ou ‘o querelante Fulano de Tal’) imputa (ou atribui) a SICRANO DE TAL a prática do crime previsto no art. XXX da Lei Federal n. YYY...”.

Além disso, talvez valha ressaltar a desnecessidade de expressões como “Nestes termos, pede deferimento” ou “Justiça!”, pois tais desejos já estão logicamente implícitos nos pedidos e requerimentos expressamente deduzidos.

5 Denúncias complexas: organizações criminosas e crimes financeiros

Na linha do que vem sendo abordado neste artigo, resume-se a boa prática redacional de denúncias a alguns elementos principais: a denúncia há de ser técnica, descritiva e objetiva.

Ocorrerá, no entanto, demandarem alguns casos criminais complexos a elaboração de denúncias com estruturação formal

diferenciada, mais extensa, minuciosa e narrativa. Trata-se, especialmente, dos casos relacionados a grandes esquemas delituosos, organizações criminosas, crimes financeiros ou que envolvam estruturas empresariais complexas.

Sem descurar da necessária objetividade que deve permear a elaboração de toda e qualquer imputação criminal, a denúncia em crimes complexos demandará a segmentação da argumentação (em determinados casos, inclusive, será necessário lançar mão da elaboração de índice). Essa segmentação pode ser feita de dois principais modos: com a divisão da narrativa em tópicos e capítulos ou com a organização da imputação por núcleos. No mais das vezes, esses dois recursos são utilizados em conjunto.

A estruturação da imputação em tópicos é recurso de grande valia quando for necessário realizar narração evolutiva dos fatos até que seja atingido o clímax argumentativo, que é a conclusão daquele que acusa terem os agentes incorrido nos delitos X e Y por estas e aquelas condutas. Trata-se de eficaz recurso quando existe linearidade no desenrolar dos fatos que levaram à prática criminosa, os quais, por importantes e essenciais para a global compreensão das condutas e delimitação das responsabilidades, precisam ser narrados como condição indispensável para o sucesso da imputação criminal.

Para além da estruturação em tópicos, quando houver multiplicidade de agentes ou multiplicidade de crimes, com práticas delituosas diversas, a divisão da narrativa em núcleos é outro recurso argumentativo que permite um melhor entendimento de fatos complexos pelo leitor, em especial quando não se verifica linearidade da narrativa (casos em que crimes diversos, por uma multiplicidade de agentes, são praticados em paralelo no tempo e no espaço). Esses núcleos poderão ser estruturados por agrupamentos de pessoas ou pela reunião de crimes de mesma espécie, com ou sem repetição de acusados em diferentes núcleos. Por exemplo, em crimes que envolvam organizações criminosas, é muito comum a divisão das denúncias em “núcleos diretivos” (os líderes da organização, responsáveis pelas decisões estratégicas e expedição de ordens, mas que quase nunca executam materialmente as tarefas); “núcleos gerenciais”

(subordinados aos líderes e encarregados de transmitir e organizar a execução das ordens junto aos criminosos da ponta); e “núcleos operacionais” (que são os agentes que materialmente consomem os delitos a mando dos chefes da organização).

Além de tais núcleos, digamos “clássicos”, em crimes que envolvam organizações criminosas, é bastante comum também a presença de “núcleos financeiros”, que englobam os agentes encarregados de promover a lavagem de capitais provenientes dos crimes praticados, os quais, muitas vezes, são terceiros especializados em instrumentos financeiros específicos (câmbio, imóveis, mercado de artes) e que se agregam de forma perene a uma organização criminosa como seu braço dedicado ao branqueamento de dinheiro e evasão de divisas.

Em quaisquer das soluções utilizadas (divisão da denúncia em tópicos, com ou sem conjugação com a estruturação de núcleos), é de todo recomendável que a denúncia ou queixa adote o já mencionado parágrafo *spoiler* em sua abertura ou no início de cada tópico que delimite uma imputação separada, o que servirá de sumário dos elementos centrais da imputação que virá na sequência, facilitando a leitura e o entendimento pelo destinatário (denunciado, defesa, júízo, público em geral).

6 Processo eletrônico e denúncias multimídia

A complexidade crescente da vida moderna tem gerado impactos significativos na forma de estruturação de denúncias e queixas criminais. Recursos de telecomunicações os mais variados, soluções eletrônicas para armazenamento de dados na nuvem e instrumentos financeiros cada vez mais inovadores estão a demandar do operador jurídico uma evolução redacional à altura, de modo a permitir que, mesmo em cenários complexos, os crimes não fiquem sem a necessária investigação e punição.

Nesse sentido, se a técnica redacional clássica de denúncias se mantém de suma importância e será de uso constante na grande maioria dos casos criminais, haverá situações em que o órgão for-

mulador da acusação precisará lançar mão de recursos que não mais se encaixam no clássico “papel e tinta” das denúncias do tempo do processo escrito.

Já há algum tempo têm sido utilizados recursos de estilo para tornar as denúncias de mais fácil compreensão quando se trata da sumarização de fatos complexos. Tabelas, organogramas e fotografias inseridas diretamente no corpo da denúncia são opções de uso constante pelo operador que trabalha com crimes financeiros ou que envolvem organizações criminosas.

Mas, para além desses elementos, que como referido já não são novidade, novos recursos têm se mostrado de relevante eficácia persuasória. Por exemplo, a inserção de áudios de interceptação telefônica diretamente no corpo da denúncia é opção possível por meio da adição de arquivos eletrônicos de áudio (.wav ou .mp3) nos arquivos das petições acusatórias (.doc ou .pdf); em autos impressos, aqueles arquivos podem acompanhar a denúncia ou queixa na forma de anexo (gravados em mídias digitais); em autos eletrônicos, tais arquivos audiovisuais podem ser juntados virtualmente. Assim, não apenas haverá transcrição dos principais trechos das interceptações que interessam à denúncia, como o próprio teor do áudio inteiro estará inserido diretamente na exordial, o que, além de clarificar ao máximo os elementos da imputação, desvelando a intenção acusatória, assegurará, sob a ótica da defesa, um ainda mais amplo e preciso exercício do contraditório, uma vez que os áudios utilizados como prova estarão perfeitamente delimitados no corpo da denúncia, sem a necessidade de remissões a mídias digitais de interceptação encartadas de forma difusa nos autos e que não raramente se contam às dezenas em grandes investigações criminais.

As assim chamadas “denúncias multimídia”, se já viáveis através do encarte de uma mídia digital nos autos físicos, tornar-se-ão ainda mais frequentes com a consolidação do processo eletrônico, o que viabilizará que arquivos contendo não apenas áudio mas também vídeo sejam eletronicamente juntados aos autos virtuais e imediatamente acessados pelo juízo e pelos denunciados e seus defensores. Imagine-se, por exemplo, que gravações que captam

o exato momento do flagrante delito poderão ser diretamente inseridas no corpo da denúncia criminal, no exato trecho em que sejam citadas (e utilizadas) como elemento evidenciador da hipótese acusatória.

Indo além, especificamente em crimes digitais (pense-se no art.154-A do Código Penal, que trata da “invasão de dispositivo informático”²²), será possível que a denúncia na versão multimídia traga em seu bojo o próprio corpo de delito, bastando para isso que o arquivo eletrônico objeto do crime seja inserido ao arquivo textual. Em um cenário como esse, é possível operar-se um efetivo destacamento do processo penal em relação ao suporte investigatório pretérito (inquérito policial, procedimento investigativo ministerial etc.), porque a denúncia trará, em seu conteúdo, todos os elementos indispensáveis da imputação criminal, incluindo-se o corpo de delito.

7 Estratégias processuais: fatiamento da imputação

Outro ponto interessante ao se tratar da formulação da imputação criminal é o que remete à estratégia de subdivisão (ou fatiamento) de um caso em diferentes denúncias. Essa necessidade surgirá quando uma investigação puder ser desmembrada em processos distintos visando à conveniência da instrução processual penal, com base no art. 80 do Código de Processo Penal. Em outras palavras, quando tornar tanto o trabalho argumentativo da acusação quanto o manejo dos instrumentos da defesa mais eficientes frente ao cenário alternativo (a reunião de todos os fatos e acusados em um mesmo processo). A razão para se lançar mão desse recurso é, pois, essencialmente utilitária: permitir um adequado desenvolvimento do processo penal, prevenindo-se o excesso de tempo em

22 CP, art. 154-A: “Invadir dispositivo informático alheio, conectado ou não à rede de computadores, mediante violação indevida de mecanismo de segurança e com o fim de obter, adulterar ou destruir dados ou informações sem autorização expressa ou tácita do titular do dispositivo ou instalar vulnerabilidades para obter vantagem ilícita. Pena – detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa”.

prisões cautelares, a superação dos prazos prescricionais e visando à própria operacionalização dos ritos processuais²³.

Apesar de parecer simples à primeira vista, alguns cuidados são necessários para que seja operacionalizado o fatiamento da investigação e, por conseguinte, das denúncias. As provas (interceptações telefônicas, perícias) deverão ser replicadas em todos os autos, para que possam ser submetidas a contraditório por cada grupo de acusados. Especificamente quanto às testemunhas, essas deverão igualmente ser arroladas em todos os processos em que suas declarações sejam utilizáveis como prova. Quanto aos interrogatórios dos acusados, embora meio de defesa, mas se considerando a possibilidade de constituírem fonte eventual de prova, não há solução definida por parte da legislação ou jurisprudência atuais, de modo que, *de lege ferenda*, entende-se que deva ser oportunizado ao corréu em outro processo o direito de reperguntas em face do acusado que lhe traz depoimento desfavorável, até mesmo por analogia ao art. 4º, § 12, da Lei Federal n. 12.850/2013²⁴, que prevê a oitiva daquele que firma acordo de colaboração premiada a requerimento das partes.

Alerte-se, entretanto, que há casos em que as principais provas são de natureza indiciária e dependentes de compreensão judicial conglobante, tanto sobre os fatos componentes do enredo probatório quanto sobre certas “coincidências” ou “justificativas” absolutamente inverossímeis e alegadas semelhantemente por vários integrantes de grupo ou esquema criminoso investigado. Nesses casos, devem ser avaliados os riscos de diluição probatória ou argumentativa e, se eventualmente significativos, o fatiamento do feito talvez não se demonstre a técnica ali mais recomendada.

23 Cite-se, a título ilustrativo, a denominada “Operação Bola de Fogo”, desencadeada no ano de 2006 pela Polícia Federal no Estado de Mato Grosso do Sul. Foi oferecida denúncia pelo Ministério Público Federal contra 55 pessoas em um único processo, e as testemunhas arroladas superaram o número de 300. Ao que se tem notícia, até 2016, o processo ainda não havia encerrado sua fase de instrução.

24 Lei Federal n. 12.850/2013, art. 4º, § 12: “Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial”.

8 Denúncia compreensiva e *emendatio libelli*

O uso do instituto da *emendatio libelli* não é de rara ocorrência no processo penal. O desenrolar da instrução probatória poderá revelar que os fatos narrados de determinado modo na denúncia não se enquadram na figura típica inicialmente pensada pela acusação, o que levará o juízo a proceder a uma nova adequação típica.

Ocorre que, não poucas vezes, esse procedimento desborda para grande embate entre acusação e defesa, ou entre ambos e o juízo (quando a *emendatio* é realizada de ofício pelo órgão julgador e com a discordância das partes). Isso porque é por demais tênue a linha que separa a *emendatio* da *mutatio libelli*. Embora na teoria do Direito Processual Penal as definições sejam bastante diferentes, a experiência angariada dos casos concretos tem demonstrado que quase sempre a defesa bate pela desconstituição da *emendatio*, argumentando que, na realidade, teria havido uma disfarçada *mutatio* sem a observância dos requisitos legais.

A fim de se evitarem tais celeumas e garantir que a *emendatio*, se necessária, transcorra sem percalços e com o maior nível de observância das garantias do acusado, é possível lançar mão da técnica ora nominada de “denúncia compreensiva”. Trata-se da estratégia de incluir desde logo na descrição fática da denúncia as elementares e circunstâncias do tipo penal subsidiário que, eventualmente, pode vir a ser objeto de *emendatio* pelo juízo, obviamente desde que não contraditória com a imputação principal desenvolvida pela acusação.

A título de exemplo, cite-se que, na praxe processual, por vezes não se mostra indene de questionamentos a classificação de que funcionários públicos (servidores do INSS, do Fisco etc.) cometeram crimes de peculato-furto em vez de estelionato contra o ente público, quando se trata, por exemplo, da subtração de valores financeiros administrados pelo respectivo órgão (benefícios do INSS, restituições do imposto de renda etc.). Nesses casos, vislumbrando o órgão de acusação a presença dos elementos de um dos crimes (peculato-furto, por exemplo), deverá formular a acusação

contendo os elementos centrais desse crime, mas, por cautela e trabalhando com a hipótese de que o juízo poderá vislumbrar a prática de estelionato e não de peculato-furto, narrar na parte descritiva da denúncia detalhadamente o artifício utilizado pelo agente para a obtenção da vantagem ilícita.

Outro exemplo costumeiro é o do crime do art. 273-A, § 1º, do Código Penal (importação de produto falsificado, corrompido, adulterado ou alterado). Sem entrar no acerto ou desacerto do posicionamento, fato é que imputações desse delito sofrem constantemente *emendatio libelli* para o crime de contrabando. Ora, vislumbrando essa possibilidade, ainda que não seja a linha de acusação do Ministério Público, a eficácia da persecução será maximizada se desde logo a denúncia contiver, *en passant*, a descrição típica de um contrabando simples, o que permitirá tanto ao juízo quanto à defesa articularem suas linhas argumentativas a partir dos dados técnicos já constantes da denúncia, sem a necessidade da *mutatio libelli* ou até mesmo a rejeição integral da hipótese acusatória por ausência de descrição da figura típica ao final considerada.

Antes de causar qualquer embaraço à defesa, uma denúncia compreensiva nos moldes ora tratados assegurará um ainda mais amplo direito ao contraditório, porque o acusado, desde o limiar do processo penal, poderá debater sobre todas as elementares e circunstâncias postas pela acusação e não poderá reclamar de ter sido surpreendido por um “fator surpresa”, caso o juízo proceda à *emendatio libelli* em sentença.

9 Fundamentação em lastro probatório mínimo

Diante da crescente valorização e aprofundamento dos direitos das pessoas sujeitas a persecução penal, tem-se consolidado, como recomendação técnica, a explicitação, já no corpo da petição inicial acusatória, dos elementos investigativos indicativos da existência (materialidade) de crime(s) punível(is) e do envolvimento (por autoria ou participação) do(s) denunciado(s) nesse(s) crime(s).

Trata-se do que a doutrina e a jurisprudência denominam “justa causa”, ou seja a demonstração, ao juízo destinatário, de que há lastro probatório mínimo apto a justificar a instauração de processo penal em face do(s) imputado(s), instauração essa que, por si só, constitui significativo abalo para o(s) demandado(s)²⁵.

Embora os elementos colhidos na fase investigativa ainda dependam de sujeição ao contraditório processual (e, em regra, no caso das provas orais, de verdadeira renovação em juízo), eles devem ser expressamente apontados pelo acusador, com as explicações necessárias, para que o juízo destinatário avalie quão razoável e promissora é a causa ora levada a seu conhecimento – não merecendo sequer ser iniciado processo penal irrazoável ou destituído de chance significativa de resultar em condenação.

Todavia, a petição inicial acusatória não é instrumento próprio para o aprofundamento analítico sobre a prova (até porque, rigorosamente, o material colhido na fase investigatória só integrará o conjunto probatório após ser renovado sob contraditório judicial ou, no mínimo, submetido à mais ampla oportunidade de crítica defensiva). Para os fins da “justa causa”, basta que a petição inicial acusatória aponte os atos investigativos (e as respectivas folhas dos autos) indicadores de materialidade e autoria ou participação delitivas, explicando ao juízo porque tais atos permitiram ao demandante formar *opinio delicti* positiva (“o laudo pericial de f. XXX conclui fundamentadamente que a vítima foi morta por disparos de arma de fogo compatível com a apreendida em poder do denunciado”; “como se depreende dos testemunhos de f. YYY e ZZZ, o denunciado era quem, de fato, exercia toda a administração da empresa em questão” etc.). Em causas mais complexas, entretanto, tais explicações acabam necessitando de maior aprofundamento (por exemplo, nos casos de autoria mediata, especialmente envolvendo chefes de associações e organizações criminosas).

25 A título de exemplo, na jurisprudência do STF, INQ 3133/AC (publicado no *DJe* de 11 set. 2014) e INQ 2588/SP (publicado no *DJe* de 17 maio 2013); na doutrina, entre vários outros, Badaró (2012, p. 105-110) e Pacelli (2016, p. 118-120).

10 Processo penal, eficiência e garantismo

A conclusão alcançada, após essas breves linhas acerca dos elementos e estratégias da denúncia e da queixa criminais, perpassa o que, no universo acadêmico, consolidou-se como um dos mais intrincados problemas do processo penal contemporâneo: o delicado e indispensável equilíbrio entre a eficiência e o garantismo.

O processo penal, como veículo de aplicação do poder punitivo do Estado, deve necessariamente ser estruturado e operacionalizado de modo que permita atingirem-se os objetivos a que se destina. Se as denúncias ou queixas criminais pretendem a punição dos supostos autores ou partícipes de delitos, isso significa que processo eficiente será aquele apto a alcançar esse resultado do modo mais pleno possível.

No entanto, considerando as vicissitudes inerentes a qualquer atividade humana, é certo que o processo penal não está imune a falhas: o fato imputado pode não ser crime, o agente indicado na denúncia ou queixa pode ser inocente etc. Além disso, para ter legitimidade perante o corpo social, o processo penal precisa observar determinadas balizas democráticas procedimentais, de modo a respeitar o sujeito que será destinatário da sanção, ainda que claramente culpado ou confesso. É nesse contexto que a eficiência recebe como contraponto o garantismo, que sistematiza os direitos e garantias de toda pessoa acusada de crime frente ao poder repressor do Estado. É do tenso e delicado equilíbrio entre normas visando à repressão, de um lado, e as que visam à preservação do indivíduo, de outro, que exsurge o embate entre eficiência e garantismo como um dos mais ricos, instigantes e fundamentais temas do Direito Processual Penal²⁶.

26 Essa encruzilhada científica não passou despercebida do professor Antonio Scarance Fernandes, que, nos anos mais recentes de sua longa atividade acadêmica junto ao Departamento de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, desenvolveu e aprofundou estudos na busca do ponto ótimo de conciliação entre essas duas necessidades inarredáveis do processo penal – v. Scarance Fernandes (2009, p. 10): “Contudo, ante a impossibilidade de se definir com clareza o que configura esse justo equilíbrio e a imensa dificuldade em traduzi-lo nos textos de lei ou na aplicação concreta do direito, a sua busca representa uma meta, uma diretriz que deve nortear o processo penal, fazendo com que ele, no movimento pendular da história, não se distancie do ponto médio entre a proteção à liberdade e a segurança da sociedade”.

O equilíbrio entre eficiência e garantismo, em vez de con-substanciar embate entre ideias antagônicas, na realidade deve simbolizar o próprio objetivo do processo penal, como defendido por Scarance Fernandes (2009, p. 10).

É com essa concepção conglobante de processo penal como instrumento de aplicação da pena, assim como de proteção de direitos, que caminham ideias atuais como a de *garantismo penal integral*. A partir de uma visão abrangente dos conceitos trabalhados pelo garantismo, defende-se justamente a conciliação e máxima efetividade entre os necessários deveres punitivos do Estado, de um lado, e os inderrogáveis direitos fundamentais dos cidadãos, de outro, sem que, com isso, haja preponderância (ou até mesmo supressão) de um a partir dos postulados do outro²⁷.

É na esteira de um garantismo penal abrangente, que concilie tanto a necessidade de proteção de direitos quanto a eficiência do poder punitivo do Estado, que se consolida a denúncia criminal como um dos pontos máximos de aferição do justo equilíbrio entre esses valores. Uma denúncia ou queixa técnica, precisa e objetiva, nos moldes tratados neste artigo, garantirá na mais alta medida a proteção de direitos fundamentais do acusado, pois permitirá amplo e pleno exercício do direito de defesa, uma vez que o imputado saberá satisfatoriamente do que e por que está sendo acusado.

A defesa, devendo ser apenas reativa à acusação (sem necessidade de alegar ou demonstrar além do que antes acusado e evidenciado pela denúncia ou queixa), depende de que as petições iniciais acusatórias, como requisito de validade, sejam suficientemente detalhadas, delimitadas, claras e apoiadas em lastro probatório mínimo. Nesse sentido, a correta acusação é também instru-

27 Nas palavras de Fischer (2010, p. 25): “Em doutrina e jurisprudência, têm-se difundido os ideais garantistas sem que se analise pelo menos de um modo minimamente dogmático o que, efetivamente, significa garantismo penal. É a íntegra de seus postulados (devidamente concatenados) que pretendemos seja aplicada (porque assim a Constituição determina), e não o que tem havido em muitas situações (valorizando-se unicamente direitos individuais fundamentais) e que temos denominado de garantismo hiperbólico monocular, hipótese diversa do sentido proposto por Luigi Ferrajoli (ao menos na leitura que fizemos de seu integral pensamento)”.

mento para uma defesa eficiente. As petições iniciais acusatórias, portanto, também servem ao garantismo – e a expressão “acusação garantista” não seria uma contradição em termos.

Referências

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Correlação entre acusação e sentença*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

———. *Processo penal*. Rio de Janeiro: Campus; Elsevier, 2012.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de direito processual civil*. v. 2. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

FISCHER, Douglas. O que é garantismo penal (integral)? In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. Salvador: JusPodivm, 2010.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do procurador da República*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

LOPES JR., Aury. *Direito processual penal e sua conformidade constitucional*. v. 1. 4. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MAGALHÃES, Bruno Costa. Análise processual e redação de manifestações processuais. *As Travessias*, 26 abr. 2011. Disponível em: <<http://http://astravessias.org/163/>>. Acesso em: 1º set. 2017.

———. Denúncias... *Cartas a um jovem promotor de justiça*, 14 out. 2014a. Disponível em: <<https://cartasaumjovempromotor.org/2014/10/>>. Acesso em: 1º set. 2017.

———. As denúncias e a narrativa de um “esquema criminoso”. *Cartas a um jovem promotor de justiça*, 23 dez. 2014b. Disponível em:

<<https://cartasaumjovempromotor.org/2014/12/>>. Acesso em: 1º set. 2017.

MASSON, Cleber; VILHENA JUNIOR, Ernani de Menezes. *Prática penal* – Ministério Público. 2. ed. Rio de Janeiro; São Paulo: Forense; Método, 2014.

MINAS GERAIS. Ministério Público. Procuradoria-Geral de Justiça. Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional. *Manual de atuação funcional do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*. Belo Horizonte: CEAF, 2008.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. São Paulo: Atlas, 2016.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. *A reação defensiva à imputação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____. O equilíbrio na repressão ao crime organizado. In: SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (Coord.). *Aspectos processuais do crime organizado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

_____. *Processo penal constitucional*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SOARES, Gustavo Torres. *Investigação criminal e inovações técnicas e tecnológicas*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016.

SOARES, Gustavo Torres; SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. Denúncia e queixa criminais: entre a técnica e o garantismo. In: VAZ, Denise Provasi et al. *Eficiência e garantismo no processo penal* – estudos em homenagem a Antonio Scarance Fernandes. São Paulo: LiberArs, 2017. p. 113-129.

SOUZA, Diego Fajardo Maranhã Leão de. *O anonimato no processo penal: proteção a testemunhas e o direito à prova*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2012.

Educação e sustentabilidade indígena

Desafios jurídico-institucionais à participação das comunidades indígenas no processo administrativo de demarcação das terras indígenas no Brasil

Carolina Mota Mourão

Professora de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestre em Direito do Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (USP). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Bacharel em Ciências Sociais pela Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo (FFLCH/USP).

Resumo: A proteção das terras indígenas no Brasil vem enfrentando inúmeros desafios do ponto de vista jurídico e institucional para a sua efetiva concretização. A promulgação da Constituição Federal de 1988 revelou um importante avanço em relação aos textos constitucionais anteriores no que concerne ao tratamento da questão indígena no Brasil e, em particular, ao reconhecimento dos direitos dos índios às terras por eles ocupadas. A Constituição Federal de 1988 rompeu com as práticas e políticas integracionistas, abrindo uma nova perspectiva de reconhecimento dos direitos territoriais e culturais dos povos indígenas. No entanto, inúmeros impasses relativos à efetivação desses direitos ainda persistem. Este artigo tem por objetivo analisar criticamente as normas que disciplinam o processo administrativo demarcatório e os instrumentos jurídicos nele previstos para a garantia dos direitos indígenas sobre as terras por eles ocupadas no Brasil, com ênfase nos instrumentos voltados à participação das próprias comunidades indígenas envolvidas na demarcação de suas terras. Mais especificamente, pretende-se identificar quais são os instrumentos jurídicos que permitem a participação dos povos indígenas em cada uma das fases do processo demarcatório e analisar quais são os principais entraves jurídicos para que as comunidades indígenas possam efetivamente garantir a concretização de seus direitos sobre as suas terras em face das competências atribuídas à União, bem como em face dos interesses

fundiários e econômicos conflitantes de outros entes federativos (estados e municípios) e de setores privados da sociedade brasileira.

Palavras-chave: Processo administrativo. Demarcação de terras indígenas. Direitos originários. Participação. Controle social. Responsabilização.

Abstract: The protection of indigenous lands in Brazil has been facing numerous legal and institutional challenges for its effective implementation. The promulgation of the Federal Constitution of 1988 revealed an important step forward in relation to the previous constitutional texts with respect to the indigenous matter in Brazil and, in particular, to the recognition of the property rights to the lands they occupy. The Federal Constitution broke with ancient integrationist practices and policies, opening up a new perspective of recognition of indigenous people territorial and cultural rights. However, numerous dilemmas related to the implementation of these rights still exist. This article presents a critical analysis of the rules governing the administrative procedure for the recognition of indigenous lands, as well as the existing legal instruments to guarantee indigenous rights over such land, with emphasis on the instruments aimed to guarantee the participation of indigenous people in such procedure. More specifically, this article aims to identify what are the legal instruments which allow the participation of indigenous peoples in each stage of the land recognition administrative process and analyze what are the main obstacles, from a legal point of view, so that indigenous communities can effectively ensure the fulfilment of their rights on their land in the face of the competences conferred to the Federal Government, as well as in the face of the conflicting land and economic interests of other government bodies (States and municipalities) and Brazilian private sector.

Keywords: Administrative process. Demarcation of indigenous lands. Originating rights. Participation. Social control. Accountability.

Sumário: 1 Introdução. 2 A participação como mecanismo de efetividade dos direitos dos índios. 3 A demarcação das terras indígenas no Brasil: o processo administrativo e seus sujeitos. 4 Os sentidos da participação dos índios no processo de demarcação das terras indígenas no Brasil. 5 Considerações finais.

1 Introdução

A proteção das terras indígenas no Brasil vem enfrentando inúmeros desafios do ponto de vista jurídico e institucional para a sua efetiva concretização.

Por um lado, há desafios históricos e culturais. Isso porque, historicamente, a política estatal tinha como principal fundamento a ideia de assimilação e aculturação das populações indígenas com o objetivo de integrá-las à sociedade nacional. Por outro lado, há desafios jurídico-institucionais decorrentes da própria estrutura administrativa e do ordenamento jurídico vigente no País.

Como se sabe, o reconhecimento constitucional dos direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas no Brasil é relativamente recente, a despeito dos mais de quinhentos anos de convivência entre índios e não índios. A primeira Constituição brasileira a tratar dos direitos indígenas foi a de 1934. Ainda assim, foi somente com a Constituição Federal de 1988 que os direitos dos povos indígenas foram enunciados de forma sistemática.

A promulgação da Constituição Federal de 1988 revelou um importante avanço em relação aos textos constitucionais anteriores no que concerne ao tratamento da questão indígena no Brasil e, em particular, ao reconhecimento dos direitos dos índios às terras por eles ocupadas. Pela primeira vez, a Constituição apresentou um capítulo dedicado aos índios (Capítulo VIII – Dos Índios), inserido no título relativo à ordem social, contendo dois artigos que trazem uma série de determinações, entre as quais o reconhecimento dos “direitos originários sobre terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens” (art. 231, *caput*). Os índios, dessa maneira, são titulares de direito congênito à terra, sendo a demarcação entendida não como fonte dos direitos indígenas no sentido constitutivo, mas apenas uma exigência constitucional, de natureza declaratória, que visa à proteção de tais direitos e interesses.

De fato, a Constituição Federal de 1988 rompeu com as práticas e políticas integracionistas, abrindo uma nova perspectiva de

reconhecimento dos direitos territoriais e culturais dos povos indígenas (MOTA, 2008, p. 18-19). Contudo, inúmeros impasses relativos à efetivação desses direitos ainda persistem.

Entre os principais desafios encontra-se a garantia da participação dos povos indígenas tanto no processo administrativo de demarcação de suas terras como em outros processos decisórios relativos a políticas que envolvam os seus direitos territoriais e culturais.

Diante desse quadro, este artigo tem por objetivo analisar criticamente as normas que disciplinam o processo administrativo demarcatório e os instrumentos jurídicos nele previstos para a garantia dos direitos dos índios sobre as terras por eles ocupadas no Brasil, com ênfase nos instrumentos voltados à participação das próprias comunidades indígenas envolvidas na demarcação de uma determinada terra indígena.

Mais especificamente, pretende-se identificar quais são os instrumentos jurídicos que permitem a participação dos povos indígenas em cada uma das fases do processo demarcatório e analisar os principais entraves, do ponto de vista jurídico, para que as comunidades indígenas possam efetivamente garantir a concretização de seus direitos sobre as suas terras em face das competências atribuídas à União, bem como diante dos interesses fundiários e econômicos conflitantes de outros entes federativos (estados e municípios) e de setores privados da sociedade brasileira.

2 A participação como mecanismo de efetividade dos direitos dos índios

A participação das comunidades indígenas em processos decisórios que resultem, direta ou indiretamente, em consequências à sua organização social, cultura e terras que tradicionalmente ocupam, tem papel central na concretização dos direitos dos índios no Brasil, especialmente em um contexto no qual se busca superar as práticas e políticas integracionistas por parte do Estado brasileiro e no qual foram reconhecidos aos índios, por meio da Constituição

Federal de 1988, “sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam” (art. 231 da CF/1988).

A incorporação da participação das comunidades indígenas em processos decisórios corresponde a um novo modo de compreender a questão indígena: os povos indígenas deixaram de ser *objeto* de políticas governamentais e passaram a ser *sujeitos* nos processos decisórios conduzidos pelo Estado¹. Isso significa dizer que finalmente foi reconhecido aos índios o direito de estar em uma relação fundada na reciprocidade e na *autonomia* dos agentes envolvidos, rompendo-se dessa forma com a tradição de um regime de tutela civil em relação ao índio.

Diante da afirmação constitucional dos direitos indígenas e do reconhecimento dos índios como protagonistas na sociedade brasileira, não há qualquer fundamento jurídico capaz de afastá-los da participação nos processos jurídico-administrativos que afetem seus direitos culturais e territoriais. Ao contrário, é preciso garantir-lhes a efetiva participação em tais processos – uma participação qualificada, e não meramente formal –, com a *autonomia* necessária para decidirem sobre as formas de manutenção de suas tradições e costumes e para decidirem livremente sobre seu destino.

Ainda que não se pretenda discutir a participação dos povos indígenas em processos decisórios no quadro mais amplo das teorias democráticas, o fato é que toda e qualquer noção de participa-

1 A Constituição Federal de 1988, em seu capítulo dedicado aos índios, reconhece os direitos dos índios à sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, assim como os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Desse modo, reconhece os índios como sujeitos de direitos. Além disso, estabelece expressamente, em seu art. 232, que os índios, suas comunidades e organizações são partes legítimas para ingressar em juízo em defesa de seus direitos e interesses. A Convenção OIT n. 169 também reconheceu os povos indígenas como sujeitos, e não como objeto de políticas do Estado. Nesse sentido, a convenção visa garantir a identidade desses povos (por meio da manutenção de suas instituições sociais, econômicas, culturais e políticas), bem como seus direitos à participação em decisões que afetem ou que possam afetar de alguma forma sua organização social.

ção está inevitavelmente atrelada, ainda que de modo subjacente, à teoria da democracia que se adota como “marco de referência”².

Nesse sentido, este artigo adota como marco conceitual o modelo de democracia deliberativa, cujo principal teórico foi Jürgen Habermas, conforme a bastante esclarecedora leitura elaborada por Luís Werle em “Democracia deliberativa e os limites da razão pública” (2004, p. 137):

[...] o tema predominante na concepção deliberativa da democracia consiste na ideia de que as regras do jogo político democrático, incorporadas nas instituições e na cultura política pública, devem constituir-se como condições de realização do ideal de autodeterminação política dos cidadãos como livres e iguais. O propósito da concepção de democracia deliberativa é determinar um conjunto amplo de procedimentos e condições para os cidadãos formarem juízos sobre questões políticas fundamentais, os quais tenham a seu favor a pretensão de legitimidade e de aceitabilidade racional. Em geral, a teoria da democracia deliberativa concentra-se mais nos processos formais e informais de discussão e argumentação pública que antecedem o ato final da tomada de decisão. Portanto, mais nos processos de formação e transformação das preferências, e menos nos mecanismos tradicionais de agregação de preferências.

E ainda (p. 138-139):

A aposta da democracia deliberativa é de que o processo de articular boas razões em público tem o efeito benéfico de induzir os atores políticos a pensar sobre o que pode valer como uma boa razão para todos os outros envolvidos. A finalidade da deliberação é produzir decisões legítimas, que vinculem todos a partir de razões mutuamente aceitáveis. Ela transforma as preferências e possibilita a mediação dos conflitos.

Partindo da leitura acima, pode-se afirmar que a democracia deliberativa corresponde a um modelo fundado em uma lógica coletiva, distanciando-se, portanto, da lógica dos interesses indi-

2 Nesse sentido, cf. UGARTE, 2004, p. 94.

viduais. Para esse modelo, importa a consideração dos distintos argumentos dos sujeitos participantes dos processos decisórios, de modo a possibilitar a construção de uma *razão pública* dotada de maior legitimidade em substituição à tradicional – e, muitas vezes, centralizadora – *razão de Estado*.

Analisando a importância da democracia deliberativa para a efetiva emancipação diante de disputas políticas que envolvam os poderes do mercado e do próprio Estado, o filósofo Marcos Nobre (2004, p. 37) sustenta que:

[...] se a deliberação e a participação devem encontrar seu lugar no Estado Democrático de Direito, será necessário aceitar um jogo entre, de um lado, espaços públicos autônomos e as novas formas de institucionalidade que projeta, e, de outro, macroestruturas definidoras do regime democrático, que serão a cada vez testadas em seus limites e suas configurações presentes. Não se trata, entretanto, de um “livre jogo” entre os dois polos, mas de uma disputa política que só mostrará avanços emancipatórios se for capaz de afastar, a cada vez, em cada conflito concreto, o jugo determinante do dinheiro e do poder administrativo.

A democracia deliberativa está, portanto, estreitamente vinculada à existência de *participação em espaços públicos não estatais e à autonomia dos participantes nos processos decisórios*. Nesse sentido, o ideal deliberativo afasta a concepção estritamente procedimental de democracia em que prevalece a regra da maioria em processos estatais. Ao contrário (COELHO; NOBRE, 2004, p. 11),

[...] a teoria propõe diversos mecanismos de fortalecimento de uma esfera pública política – que se diferencia do Estado e do mercado – em que a sociedade possa, a partir da competição de discursos e do uso da razão pública, elaborar projetos coletivos que reivindicam não apenas ser reconhecidos e acolhidos pelo Estado, mas também ser identificados socialmente como projetos legítimos.

Esse modelo teórico – como todo modelo ideal – nem sempre pode ser aplicado em sua integralidade aos casos concretos e, por

essa razão, apresenta suas desvantagens. Sobre isso, também é bastante esclarecedora a análise de Luis Werle (2004, p. 139):

Claro, ninguém em sã consciência diria que a deliberação produz necessariamente acordos unânimes sobre todas as questões. Algo não apenas pouco realista, mas que, inclusive, não seria nem desejável do ponto de vista normativo, pois correr-se-ia o risco de consegui-lo à custa de silenciar as vozes discordantes, a pluralidade que caracteriza a vida social moderna. Na verdade, pode acontecer que a deliberação acabe por exacerbar os conflitos, no sentido de multiplicar os pontos de vista sobre o que está em questão nos conflitos políticos e, com isso, aprofundar as divergências. Portanto, é de bom-tom também desconfiar ou reduzir a fé no poder de deliberação pública para fundamentar acordos. A possibilidade de não chegar a acordos sobre todas as questões é algo que faz parte do próprio exercício da razão prática sob instituições fundamentadas nos ideais de liberdade e igualdade.

Embora esse modelo implique na multiplicação de pontos de vista e possa resultar, de fato, em processos bastante conflitivos, *o que se quer destacar neste artigo é a importância de pensarmos a participação indígena dentro dos pressupostos da democracia deliberativa como forma de obter decisões legítimas e que respeitem as diversidades étnicas e culturais dos povos indígenas, a partir de seus próprios termos.*

Isso significa dizer que a determinação de procedimentos meramente formais de participação dos índios estabelecidos em processos administrativos conduzidos no âmbito do Executivo, destinados a produzir decisões técnicas e legítimas a partir do ordenamento jurídico vigente, pode não ser suficiente para o reconhecimento dos direitos indígenas a partir de uma lógica de auto-determinação e, portanto, para garantir a efetividade das normas constitucionais e dos tratados internacionais ratificados pelo País sobre a matéria.

A escolha desse marco de referência conceitual também revela um distanciamento em relação ao tradicional modelo de democracia representativa, no qual as principais decisões são tomadas exclusivamente no âmbito do sistema político-partidário. Esse afas-

tamento se deve ao fato de que esse sistema não dispõe de mecanismos suficientemente capazes de mediar os diversos interesses que convivem na sociedade, especialmente quando tocam em questões relacionadas a minorias e nas quais há evidentes assimetrias de poder, como é o caso dos povos indígenas.

Nesse modelo, as disputas em torno de questões que afetam direitos dos índios – assim como de outras minorias – são travadas no âmbito do Legislativo, dentro da lógica político-partidária, cujos canais institucionais produzem decisões consideradas legítimas a partir da formação de maiorias parlamentares. Por estar justamente voltado à agregação de preferências que levem à formação dessas maiorias, esse modelo incentiva fortemente a formação de bancadas de parlamentares, com base na identificação de interesses comuns, que se organizam para a votação em bloco, o que resulta inevitavelmente na desconsideração dos grupos minoritários e que não tenham condições de barganha na votação de outros projetos de interesse do bloco majoritário.

Em um contexto de assimetria de poder, essa dinâmica mostra-se particularmente nociva porque permite que as escolhas sejam feitas em torno de partidos que não se organizam para debater argumentos e razões públicas a partir de uma identidade comum em torno de princípios, mas sim para defender interesses de grupos específicos que utilizam para tanto a estrutura partidária.

No caso das demarcações de terras indígenas no Brasil, as disputas no Legislativo são particularmente difíceis, tendo em vista que o tema está estreitamente vinculado a questões fundiárias e agrárias do País e considerando que a bancada ruralista é uma das maiores e mais organizadas da Câmara dos Deputados (especialmente se comparada numericamente à bancada dos direitos humanos).

Ainda que a bancada ruralista represente interesses de grupos distintos – agronegócio, mineração, madeireiros, pecuária e grandes proprietários de terras em geral –, ela agrega preferências comuns em torno do uso das terras no País. O objetivo comum desse bloco parlamentar é ampliar as terras disponíveis para o agronegócio e para o desenvolvimento de outras atividades produtivas

em detrimento do direito que os índios possuem sobre as terras tradicionalmente ocupadas, seja por meio de estratégias indiretas dos parlamentares para o bloqueio dos processos de demarcação pelo Executivo, seja pela apresentação de propostas de alteração da legislação para atribuir ao Legislativo a competência para demarcar terras indígenas em substituição ao Executivo.

Em resposta à defesa da proposta de alteração da legislação de demarcação de terras indígenas feita pelo deputado Aldo Rebelo, o antropólogo Carlos Fausto (2009) manifestou-se no seguinte sentido:

[...] a democracia funda-se no respeito à diversidade, seja ela social, cultural, étnica ou de opinião. Regimes autoritários, de direita ou de esquerda, têm horror à diferença, tratando as minorias de modo desrespeitoso e, por vezes, brutal. Mas respeito à diferença significa segregar ou dividir, como faz crer o deputado? De modo algum. Trata-se de um conceito central ao Estado de Direito. Significa que, em situações de assimetria de poder, o Estado deve dar condições aos grupos sociais minoritários para que possam relacionar-se de modo mais simétrico com os setores hegemônicos. No caso indígena, essa noção está expressa no art. 231 da Constituição Federal. A norma constitucional distancia-se tanto do imobilismo romântico como do assimilacionismo desenvolvimentista. O respeito à diversidade não implica que os índios devam permanecer congelados no tempo, mas que ao Estado cabe prover os meios para que possam mudar em seus próprios termos, e não nos termos determinados pelo padrão socio-cultural dominante. Daí a importância de demarcar devidamente terras ocupadas pelos índios, sobre as quais eles possuem direitos originários.

Diante da atual estrutura e dinâmica do sistema político-partidário, verifica-se o difícil acesso dos índios aos processos decisórios que afetam o reconhecimento de seus direitos constitucionais – o que não ocorre com os agentes estatais e os do mercado.

Diversamente, a democracia deliberativa preocupa-se em superar essa dinâmica dos interesses privados e das finalidades individuais, dando ênfase ao processo de formação da vontade e das preferências, e não apenas à sua agregação para a obtenção de um resultado majoritário final.

A participação no processo decisório projetado pela democracia deliberativa corresponde a uma participação substantiva que requer, entre outros aspectos, a *autonomia* dos participantes – e é este o aspecto que nos interessa, uma vez que consiste em que os sujeitos do processo possam eles próprios expressar suas preferências *em seus próprios termos*, e não em função de circunstâncias externas.

Mas o que significa a *autonomia* dos povos indígenas em processos decisórios que envolvam o reconhecimento de seus direitos às terras por eles ocupadas?

Como se sabe, são inúmeros os sentidos da autonomia. A *autonomia* corresponde a um conceito-chave quando falamos em teorias da democracia e regimes democráticos. De modo geral, a autonomia traz consigo a ideia de autogoverno, autodeterminação, emancipação, soberania, liberdade. Contudo, essa expressão pode ser compreendida de formas mais ou menos amplas.

Para melhor compreendê-la no quadro das teorias e dos regimes democráticos, pode-se tomar como ponto de partida a ideia de *autonomia* como a possibilidade de que cada indivíduo dispõe para tomar decisões nos assuntos que lhe afetem de que algum modo. Trata-se de um sentido mais individualista da autonomia, na medida em que se baseia em escolhas e interesses individuais, dentro da lógica “cada cabeça um voto”.

Contudo, sobre esse sentido de *autonomia* como possibilidade de escolha individual, há que se destacar a interessante reflexão de Wanderley Reis (2004, p. 71), que conduz, em última análise, à primazia da regra da maioria:

Como, porém, o mesmo princípio se aplica a todos, nas decisões coletivas (ou seja, em situações em que o debate deveria idealmente ocorrer) a tradução prática do princípio leva à ideia da igualdade política e da busca de regras que lhe sejam afins: a unanimidade e o direito de veto por parte de cada um, se possível, ou, mais realisticamente, a regra da maioria.

Seguindo esse raciocínio, a autonomia individual leva à primazia da regra da maioria porque pressupõe-se que cada sujeito

decidirá individualmente, de acordo com seus próprios interesses, nas questões que lhe digam respeito.

Essa concepção de autonomia, no entanto, parece não se coadunar com a *autonomia* projetada pela concepção deliberativa de democracia. Isso porque a deliberação está intrinsecamente vinculada a uma lógica coletiva, isto é, à possibilidade de argumentação pública entre iguais tendo por objetivo a construção de um acordo que mais se aproxime de uma decisão unânime, e não um acordo que resulte tão somente da regra da maioria³.

Desse modo, o sentido da autonomia, conforme elaborado pela democracia deliberativa, parece melhor acolher a forma como os índios pensam a sua própria identidade e como a reconstruem e a reproduzem continuamente.

No processo deliberativo no qual os diferentes argumentos são debatidos em um espaço público, o sentido de autonomia é, portanto, distinto: trata-se da *autonomia* como a possibilidade de que os sujeitos possam participar do debate apresentando seus argumentos e razões livremente e em condições de igualdade com os demais participantes e, ainda, que esses argumentos e razões sejam efetivamente levados em consideração na formação do ato estatal que expressa a decisão final.

Nesse sentido, a *autonomia* é central para a formação de uma vontade indígena que não se confunda com a vontade estatal – seja do administrador público, do legislador ou do juiz – e que possa obter o reconhecimento da legitimidade de seus direitos e enfrentar as sempre contundentes razões do poder econômico. A vontade estatal, como se sabe, pode pautar-se na proteção da diversidade e cultura dos povos indígenas, mas também pode apresentar um

3 Sobre essa questão, Wanderley Reis argumenta no seguinte sentido: “Destacar a relevância dos aspectos estratégicos não redundaria em negar, em nível abstrato e doutrinário, a importância da comunicação e do debate como referência última do ideal democrático, com ênfase deste na autonomia. Na verdade, penso que a ideia de um processo de deliberação coletiva guiado pela busca do acordo unânime se acha inevitavelmente subjacente, como referência utópica, à própria ideia de política” (2004, p. 67).

caráter tutelar ou mesmo um viés marcado por interesses econômicos que não necessariamente se coadunam com os direitos já garantidos pela Constituição de 1988.

É, portanto, a partir dessa perspectiva de *autonomia* que devem ser analisados os instrumentos e procedimentos de participação das comunidades indígenas na demarcação de suas terras: a autonomia para que os índios possam identificar e estabelecer *em seus próprios termos* os limites das terras que tradicionalmente ocupam em face das competências atribuídas aos agentes públicos para a prática de atos relacionadas ao processo demarcatório – sejam eles oriundos do Executivo, do Legislativo ou mesmo do Judiciário, bem como em face dos interesses fundiários e econômicos dos agentes do mercado.

3 A demarcação das terras indígenas no Brasil: o processo administrativo e seus sujeitos

A demarcação de terras indígenas destina-se a reconhecer o direito originário dos índios às terras tradicionalmente por eles ocupadas. Nos termos da Constituição Federal de 1998, as terras tradicionalmente ocupadas são assim definidas (art. 231, § 1º):

[...] são terras tradicionalmente ocupadas pelos índios as por eles habitadas em caráter permanente, as utilizadas para suas atividades produtivas, as imprescindíveis à preservação dos recursos ambientais necessários a seu bem-estar e as necessárias a sua reprodução física e cultural, segundo seus usos, costumes e tradições.

O reconhecimento dos direitos dos índios às suas terras não decorre de *ato administrativo simples*, isto é, de ato estatal oriundo da vontade de uma única autoridade (atos simples singulares) ou de um único órgão (atos simples colegiais) que defina os limites de uma determinada terra indígena. Em outras palavras, o presidente da Fundação Nacional do Índio (FUNAI), o ministro da Justiça ou mesmo o presidente da República não podem, sozinhos, demarcar terras indígenas. As terras indígenas tampouco podem ser demarcadas a partir de atos oriundos apenas de um único e exclusivo órgão da administração pública.

Ao contrário, o reconhecimento desses direitos originários requer a realização de *processo administrativo* no âmbito do Poder Executivo da União, no qual participam diversos sujeitos vinculados a diferentes órgãos, com poderes jurídico-administrativos para produzir, em uma determinada sequência, os atos disciplinados pelo ordenamento jurídico. O administrativista Bandeira de Mello (2009, p. 423) trata do processo administrativo nos seguintes termos:

Com efeito, ao desempenhar suas atividades administrativas, o Poder Público frequentemente não obtém o resultado pretendido senão mediante uma sequência de atos ordenados em sucessão. Daí a figura do procedimento administrativo, isto é, a noção de procedimento administrativo, que, justamente, reporta-se a estas hipóteses em que os resultados pretendidos são alcançados por via de um conjunto de atos encadeados em sucessão itinerária até desembocarem no ato final.

Para além de uma sequência de atos administrativos que desembocam em um ato final, o processo administrativo também se caracteriza como o caminho a ser percorrido para a formação da vontade estatal com os devidos controles e garantias de participação dos administrados antes da decisão final dos órgãos do Estado (NOHARA, 2017, p. 242).

A existência de um processo administrativo no qual diferentes sujeitos estatais exerçam competências e que ainda abra a possibilidade para outros sujeitos participarem da formação dos atos administrativos corresponde a uma exigência dos regimes democráticos. Isso porque a Administração Pública deve decidir, por um lado, de modo a limitar os poderes dos administradores públicos e, por outro, de modo a proteger os indivíduos contra poderes arbitrários que venham a ser exercidos pelas autoridades. Em um contexto democrático temos, portanto, que “decidir é fazer processos” (SUNDFELD, 2006, p. 19).

Sobre o sentido do processo administrativo e das leis gerais que o regulam, destaca-se a análise do administrativista Carlos Ari Sundfeld (2006, p. 18):

Em termos singelos, trata-se [*a lei geral de processo administrativo*] de um conjunto de normas objetivando, de um lado, limitar os poderes dos administradores públicos, desde os Chefes do Executivo e seus auxiliares diretos até as autoridades de menor escalão, com a fixação de prazos e condições adjetivas para o exercício de todas as suas competências; e de outro, proteger os indivíduos e entidades contra o poder arbitrário exercido por autoridades, ao dar-lhes instrumentos legais para que apresentem, à Administração, suas defesas, impugnações, recursos, e, mais amplamente, peticionem com suas reivindicações, denúncias, sugestões, críticas e daí por diante.

O processo demarcatório de terras indígenas corresponde a um tipo específico de processo administrativo, com características e regras próprias, o qual se encontra atualmente regulamentado pelo Decreto Federal n. 1.775, de 8 de janeiro de 1996, ato de competência do presidente da República, e por outras normas infralegais correlatas que disciplinam de forma pormenorizada o processo administrativo de que trata o referido decreto. Dentre elas, destacam-se os seguintes atos normativos de competência do ministro da Justiça e do presidente da FUNAI⁴:

- Portaria do Ministério da Justiça n. 14/1996, que estabelece regras sobre a elaboração do relatório circunstanciado de identificação e delimitação de terras indígenas;
- Portaria do Ministério da Justiça n. 2.498/2011, que estabelece regras sobre a participação dos entes federados no âmbito do processo administrativo de demarcação de terras indígenas;
- Portaria FUNAI n. 320/2013, que estabelece diretrizes e critérios para auxílio financeiro aos indígenas que participam das ações de proteção e promoção de direitos, e que revogou a Portaria n. 116/2012, que estabelecia diretrizes e critérios

4 Como se sabe, a FUNAI, criada pela Lei n. 5.371, de 5 de dezembro de 1967, corresponde a uma fundação pública vinculada ao Ministério da Justiça, sendo a principal entidade pública responsável pela proteção e promoção dos direitos dos povos indígenas.

a serem observados na concepção e execução das ações de demarcação de terras indígenas;

- Portaria FUNAI n. 682/2008, que estabelece o manual de normas técnicas para demarcação de terras indígenas (especificações a serem apresentadas no processo de licitação); e, por fim,
- Instruções Normativas da FUNAI n. 02/2012 e n. 03/2012, que tratam, respetivamente, do pagamento de indenização pelas benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé em terras indígenas e da emissão dos documentos denominados Atestado Administrativo e Declaração de Reconhecimento de Limites.

O Decreto Federal n. 1.775 dispõe sobre o processo administrativo de demarcação de terras indígenas considerando o disposto no art. 231 da Constituição Federal e o art. 2º, inciso IX, da Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973 (Estatuto do Índio).

Mais especificamente, trata-se de processo administrativo cuja condução é de competência da União e que, assim como outros tipos de processo administrativo, ocorre por meio de um encadernamento de atos administrativos subsequentes de competência de diferentes agentes públicos vinculados a distintos órgãos e entidades da Administração Pública, organizados em torno de um conjunto de fases, voltados a finalidades específicas: produzir os marcos físicos que fixam os limites de uma determinada terra indígena (Portaria FUNAI n. 682/2008) e o registro da terra demarcada no registro de imóveis da comarca correspondente e na Secretaria de Patrimônio da União (art. 6º do Decreto n. 1.775). Essas finalidades correspondem ao bem jurídico objetivado pelo processo (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 387).

Deve-se destacar que, segundo o autor, cada ato ou processo tem uma finalidade decorrente da norma que o concebeu. Por essa razão,

Não se pode buscar através de um dado ato a proteção de bem jurídico cuja satisfação deveria ser, em face da lei, obtida por outro tipo ou categoria de ato. Ou seja: cada ato tem a finalidade em vista

da qual a lei o concebeu. Por isso, por via dele só se pode buscar a finalidade que lhe é correspondente, segundo o modelo legal. [...] a propósito do uso de um ato para alcançar finalidade diversa da que lhe é própria, costuma-se falar em “desvio de poder” ou “desvio de finalidade”. (BANDEIRA DE MELLO, 2009, p. 387-388).

Diante disso, o processo demarcatório deve necessariamente alcançar as finalidades estabelecidas no Decreto Federal n. 1.775 e demais atos normativos correlatos, os quais, em última análise, destinam-se a dar efetividade aos direitos dos índios garantidos no texto constitucional, sob pena de desvio de finalidade.

Além dos objetivos bastante concretos de estabelecer marcos físicos e proceder ao registro das terras junto aos órgãos competentes, a demarcação tem por objetivo a realização de uma declaração: a declaração dos limites de uma determinada terra indígena.

Por se tratar de direitos originários, a demarcação possui natureza declaratória, não sendo, portanto, constitutiva de direitos. Desse modo, a declaração almejada não faz nascer uma nova situação jurídica; ao contrário, destina-se a afirmar a existência prévia do direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos índios. Contudo, essa declaração traz consequências bastante concretas, como, por exemplo, o efeito desconstitutivo do domínio privado eventualmente incidente sobre a área demarcada e a proibição de circulação de não índios nessas terras.

Considerando a natureza declaratória da demarcação, a sua importância reside, portanto, na segurança física e jurídica que ela proporciona, e não na geração de direitos dos índios às terras que tradicionalmente ocupam (SOUZA et al., 2009, p. 14).

Conforme pesquisa realizada no âmbito do projeto Pensando o Direito, da Secretaria de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, a demarcação corresponde a um ato secundário. Isso significa que,

[a]inda que a terra indígena não esteja demarcada, o fato de existir ocupação tradicional já é suficiente para que as terras sejam protegidas pela União. Na lição de Carlos Marés, “o que define a terra indí-

gena é a ocupação, ou posse ou o ‘estar’ indígena sobre a terra e não a demarcação”. (MARÉS, 2006, p. 148 apud SOUZA et al., 2009, p. 14).

Para atingir as finalidades almejadas, o processo de demarcação de terras indígenas deve necessariamente observar as seguintes fases previstas no Decreto n. 1.775/1996, todas de competência do Executivo: estudos de identificação e delimitação, aprovação pela FUNAI, contestação, decisão do ministro da Justiça e declaração dos limites da terra indígena, demarcação física, homologação e registro.

Além dessas fases, a análise dos demais atos normativos que tratam do referido processo indicam que há, ainda, fases relativas a avaliação e pagamento de benfeitorias realizadas de boa-fé, retirada de ocupantes não índios e reassentamento.

Desse modo, o processo demarcatório envolve as seguintes fases:

- estudos de identificação e delimitação;
- contraditório administrativo;
- declaração dos limites;
- demarcação física;
- levantamento fundiário de avaliação de benfeitorias implementadas pelos ocupantes não índios, realizado em conjunto com o cadastro dos ocupantes não índios;
- homologação da demarcação;
- retirada de ocupantes não índios, com pagamento de benfeitorias consideradas de boa-fé, e reassentamento dos ocupantes não índios que atendem ao perfil da reforma;
- registro das terras indígenas no cartório e na Secretaria de Patrimônio da União; e
- interdição de áreas para a proteção de povos indígenas isolados.

Conforme se depreende do Decreto n. 1.775 e atos correlatos, verifica-se ao longo desse itinerário a atuação – em certas hipóteses obrigatória, em outras, facultativa – de uma série de sujeitos.

Os regulamentos fazem referência expressa aos seguintes sujeitos: presidente (titular) da FUNAI, ministro da Justiça, presidente da República, antropólogo nomeado pelo presidente da FUNAI, grupo técnico especializado composto preferencialmente por servidores do próprio quadro funcional, técnicos do órgão federal ou estadual para levantamento fundiário, grupo indígena, membros da comunidade científica ou de outros órgãos públicos para embasar os estudos feitos pelo grupo técnico, estados e municípios, demais interessados no processo.

Há ainda uma série de sujeitos que não são expressamente mencionados nesses atos normativos, mas que estão diretamente envolvidos com o sucesso (ou bloqueio) do processo demarcatório. São eles: servidores pertencentes aos quadros da FUNAI (notadamente da Diretoria de Proteção Territorial), servidores comissionados da FUNAI, empresas especializadas na demarcação física das terras (contratadas por meio de licitação, nos termos da Portaria FUNAI n. 682/2008), servidores pertencentes aos quadros do Ministério da Justiça, servidores comissionados do Ministério da Justiça, servidores pertencentes aos quadros do INCRA, servidores comissionados do INCRA, advogados da União (Consultoria Jurídica – Conjur – do Ministério da Justiça), procuradores federais (procuradorias federais especializadas da FUNAI e do INCRA), eventuais funcionários terceirizados, tabelião titular do cartório de registro de imóveis, Secretário da Secretaria do Patrimônio da União e respectivos servidores com competência para efetuar o registro da terra.

Em síntese, há sujeitos que possuem competências para produzir atos administrativos no curso do processo; essa capacidade é pressuposto de validade do ato. Por outro lado, há outros sujeitos que podem participar da formação dos atos administrativos – e da formação da motivação ou fundamentação dos atos –, mas que não detêm poderes jurídico-administrativos necessários para efetivamente produzir atos válidos no processo administrativo de demarcação.

Um exemplo dos poderes atribuídos aos diferentes sujeitos no processo encontra-se na própria declaração da terra indígena: nos termos do art. 2º, § 10, I, do Decreto n. 1.775/1996, a declaração

corresponde a ato de competência do ministro da Justiça, que pode aprovar ou desaprovar a identificação feita no âmbito da FUNAI. Esse ato expressa uma decisão tomada por autoridade com poderes para produzir atos de declaração ou de desaprovação válidos diante do ordenamento jurídico vigente. Essa decisão, no entanto, é tomada a partir de uma série de *razões* – com maior ou menor conteúdo jurídico – apresentadas por sujeitos que não estão expressamente indicados nas normas relativas ao processo de demarcação, mas que de maneira direta ou indireta atuam na estrutura administrativa do Ministério da Justiça e permeiam o processo de decisão nesse órgão.

Nesse sentido, poderíamos citar os advogados da União, que produzem pareceres jurídicos para orientar o ministro da Justiça a partir de atos normativos expedidos pelo advogado-geral da União, responsável pelo assessoramento da Presidência da República em assuntos jurídicos. Esse é o caso da Portaria AGU n. 303/2012, que fixou a interpretação das salvaguardas às terras indígenas estabelecidas pelo STF no julgamento do caso da Terra Indígena Raposa Serra do Sol e que deve ser seguida de maneira uniforme por todos os órgãos jurídicos da Administração Pública Federal direta e indireta, o que inclui os órgãos jurídicos do Ministério da Justiça, da FUNAI e do INCRA. Em outras palavras, ainda que os advogados da União não estejam indicados como sujeitos diretos do processo demarcatório, suas interpretações sobre atos normativos e sua atuação em conformidade com as orientações dos dirigentes da Advocacia-Geral da União trazem consequências concretas para o processo demarcatório e, portanto, para o “bem jurídico” pretendido⁵.

5 Nesse sentido, cumpre ressaltar que a Lei Complementar n. 73, de 10 de fevereiro de 1993, que disciplina a estrutura e o regime jurídico aplicável à Advocacia-Geral da União, estabelece que a Consultoria-Geral da União está subordinada ao Advogado-Geral da União, tendo por missão institucional colaborar com este na atividade de assessoramento jurídico ao Presidente da República, produzindo pareceres, informações e demais trabalhos jurídicos que lhe sejam atribuídos pelo chefe da instituição. Por sua vez, às consultorias jurídicas, órgãos administrativamente subordinados aos Ministros de Estado, compete, entre outras funções, prestar assessoria e consultoria jurídica no âmbito dos Ministérios, elaborar estudos, informa-

Diante desse quadro, observa-se uma pluralidade de sujeitos envolvidos na formação dos atos administrativos do processo. Teoricamente, essa pluralidade mostra-se não somente positiva, mas necessária, na medida em que permite potencialmente reunir contribuições das diversas partes interessadas na decisão final. Conforme a avaliação de Bandeira de Mello, o conjunto de razões apresentadas pelos mais diversos participantes, incluindo órgãos técnicos, é que permitirá conhecer como e por qual razão o administrador chegou à conclusão traduzida no ato (2009, p. 470).

Por outro lado, é preciso avaliar os sentidos dessa pluralidade de sujeitos – bem como os pesos atribuídos à participação de cada um desses sujeitos, que não raro se encontram escondidos nas hierarquias jurídico-políticas que permeiam o processo administrativo.

É nesse quadro que a participação dos índios no processo administrativo de demarcação das terras indígenas deve ser examinada.

4 Os sentidos da participação dos índios no processo de demarcação das terras indígenas no Brasil

A importância da participação para a garantia dos direitos dos índios foi reconhecida na Constituição Federal de 1988 e na Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (datada de 1989), as quais também reconhecem o direito dos índios de viverem segundo seus usos e costumes, revogando qualquer dispositivo legal que adote o modelo integracionista⁶.

ções e minutas de atos normativos, bem como fixar a interpretação da Constituição, das leis, dos tratados e dos demais atos normativos a ser uniformemente seguida em suas áreas de atuação e coordenação quando não houver orientação normativa do Advogado-Geral da União. Nesse sentido, os membros da advocacia pública desempenham papel que não pode ser desconsiderado em processos administrativos relativos à proteção de direitos dos índios.

6 Como se sabe, era esse o caso das Constituições brasileiras anteriores à Constituição de 1988 e da Convenção n. 107, concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes. Conforme a análise de Figueroa, “o texto da C107 vinculou o ‘desenvolvimento’ das populações indígenas e tribais à sua integração com o resto da sociedade. O

A Constituição de 1988, em seu art. 231, § 3º, estabeleceu expressamente o dever de consulta às comunidades indígenas no caso de aproveitamento dos recursos hídricos, incluídos os potenciais energéticos, bem como no caso de lavra dos minérios nas terras indígenas, antes da autorização dessas atividades pelo Congresso Nacional.

Se, por um lado, esse dispositivo representa um avanço no sentido da participação e autonomia dos povos indígenas, por outro, corresponde à única hipótese de participação das comunidades indígenas expressamente prevista pela Constituição de 1988 – ainda bastante tímida se examinada diante do texto da Convenção OIT n. 169 sobre os povos indígenas e tribais, elaborada em 1989, ou seja, apenas um ano após a promulgação da Constituição brasileira.

A Convenção OIT n. 169, ratificada pelo governo brasileiro somente em 2002 e promulgada em âmbito interno pelo Decreto presidencial n. 5.051 apenas em 2004, estabelece uma série de disposições a respeito da participação dos povos indígenas em decisões dos Estados que afetem sua organização social, terras, cultura e costumes.

A análise do texto da referida convenção evidencia que, a partir da perspectiva jurídica, a criação de mecanismos de participação dos povos indígenas não é uma faculdade por parte dos Estados que a ratificaram, mas sim um dever a ser cumprido, sob pena de responsabilização pelo descumprimento da convenção⁷.

conceito de integração não foi explicitamente definido naquela Convenção, mas concebido como um processo progressivo: era dever dos Estados oferecer medidas especiais para proteger as populações indígenas e tribais de processos exploratórios e opressivos ‘durante o tempo e que sua situação social, econômica e cultural’ os impedisse de ‘gozar dos benefícios da legislação social do país a que pertencem’. Dessa forma, a OIT construiu uma hipotética etapa posterior ao processo de integração, quando as populações indígenas e tribais seriam capazes de elaborar planos de desenvolvimento que respondessem ao esquema ocidental europeu” (2009, p. 17-18). E assim sintetiza a autora: “Porém ao contrário de proteger sua autodeterminação, a OIT promoveu o dever dos Estados de prestar assistência para o ‘progresso social e econômico’ dos povos indígenas, ou seja, integrá-los às sociedades coloniais em nome de seu desenvolvimento” (2009, p. 17).

7 Nesse sentido, o art. 2º da Convenção n. 169, item 1: “Os governos deverão assumir a responsabilidade de desenvolver, com a participação dos povos interessados,

É importante destacar que a convenção também assegura que a participação dos povos indígenas seja concretizada por meio de mecanismos que permitam aos índios se manifestarem sobre suas prioridades em seus próprios termos, por meio de suas instituições representativas e de acordo com sua identidade indígena, e em condições de igualdade com outros setores da sociedade⁸.

Outro aspecto central da convenção diz respeito aos objetivos dessa participação: trata-se de medida voltada a buscar acordos e obter o consentimento em relação às medidas legislativas e administrativas propostas pelos Estados⁹.

uma ação coordenada e sistemática com vistas a proteger os direitos desses povos e a garantir o respeito pela sua integridade” Ademais, cumpre ressaltar que, para assegurar e fiscalizar o cumprimento dos termos da convenção, a Constituição da OIT (Declaração de Filadélfia) estabelece que os Estados devem apresentar relatório anual sobre as medidas tomadas para a implementação do documento a que aderiram. Nesse sentido, o artigo 22 dispõe: “Os Estados-Membros comprometem-se a apresentar à Repartição Internacional do Trabalho um relatório anual sobre as medidas por eles tomadas para execução das convenções a que aderiram. Esses relatórios serão redigidos na forma indicada pelo Conselho de Administração e deverão conter as informações pedidas por este Conselho”.

8 “Artigo 6º

1. Ao aplicar as disposições da presente Convenção, os governos deverão:

a) consultar os povos interessados, mediante procedimentos apropriados e, particularmente, através de suas instituições representativas, cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente;

b) estabelecer os meios através dos quais os povos interessados possam participar livremente, pelo menos na mesma medida que outros setores da população e em todos os níveis, na adoção de decisões em instituições efetivas ou organismos administrativos e de outra natureza responsáveis pelas políticas e programas que lhes sejam concernentes;

c) estabelecer os meios para o pleno desenvolvimento das instituições e iniciativas dos povos e, nos casos apropriados, fornecer os recursos necessários para esse fim.”

9 “Artigo 6º

[...]

2. As consultas realizadas na aplicação desta Convenção deverão ser efetuadas com boa fé e de maneira apropriada às circunstâncias, com o objetivo de se chegar a um acordo e conseguir o consentimento acerca das medidas propostas.”

Especificamente em relação às terras, a convenção assegura aos povos indígenas as terras que ocupam ou que de alguma forma utilizam, assim como a sua participação na formulação, avaliação e aplicação de planos e programas que afetem essas áreas.

A garantia do direito à terra é também central no texto da convenção. Isso explica inclusive a razão pela qual o Brasil levou tanto tempo para ratificá-la. Além de reconhecer os direitos de propriedade e posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam¹⁰, a convenção estabelece que os governos devem adotar as medidas necessárias para determinar as terras tradicionalmente ocupadas pelos povos indígenas e assim garantir seus direitos sobre elas¹¹.

Em síntese, a Convenção OIT n. 169 prevê a participação como elemento central das relações entre os Estados e os povos indígenas, atribuindo aos governos o dever de instituir os mecanismos que permitam a sua efetivação.

Contudo, tais instrumentos, a partir do teor da Convenção OIT n. 169, não devem ser traduzidos e adotados no âmbito interno de cada Estado como simples mecanismo formal de agregação de preferências, dentro de uma lógica individualista de formação de maiorias, mas sim como mecanismo de diálogo e formação de acordos, isto é, da construção de preferências coletivas. Note-se que o texto da convenção adota a expressão “acordos” e “consentimento”, não fazendo apenas menção genérica ao termo “participação”.

Quanto à regulação interna do processo de demarcação, o Decreto federal n. 1.775/1996, já citado anteriormente, é o principal ato normativo que trata desse processo. Ato de competência do presidente da República, esse decreto – embora editado tar-

10 Essa cláusula da convenção é interpretada de forma diversa no Brasil, em razão de serem as terras indígenas propriedade da União, nos termos da Constituição de 1988.

11 Conforme art. 14 da Convenção OIT n. 169.

diamente¹² – representa ainda hoje uma das principais referências em relação às etapas a serem observadas no processo demarcatório, garantindo expressamente a participação dos povos indígenas envolvidos no procedimento em todas as suas etapas (art. 2º, § 3º).

Deve-se destacar, no texto do decreto, que o grupo indígena envolvido seja representado no processo segundo suas próprias formas. Dessa maneira, o ato normativo se apresenta como uma importante iniciativa para uma legislação menos integracionista e que propicia maior autonomia aos índios, na medida em que permite e incentiva que tomem as decisões de acordo com sua própria organização social.

Não obstante, esse decreto apresenta fragilidades e deixa lacunas. Primeiramente, o decreto corresponde a ato de competência do presidente da República. Nesse sentido, pode ser alterado ou revogado por outro ato presidencial, o que implica uma forte fragilidade do ponto de vista jurídico-institucional.

Em segundo lugar, não disciplina quaisquer mecanismos ou instrumentos que deem concretude ao dispositivo que prevê a participação indígena: não há referência à garantia de orçamento, equipe especializada para o apoio específico da comunidade indígena que permita “traduzir” o processo administrativo para uma melhor compreensão pela comunidade – mesmo que esse apoio seja de competência da FUNAI – e, ainda, qualquer medida ou forma de controle quanto à observância do referido dispositivo.

Nesse sentido, não há obrigações e tampouco penalidades específicas aplicáveis às autoridades competentes relativas ao descumprimento do art. 2º, § 3º, do Decreto n. 1.775/1996. Não há, portanto, consequência jurídica em casos, por exemplo, de inexistência de previsão orçamentária necessária à participação ou de inexistência de agentes públicos capacitados e em número suficiente para promover a participação na formação dos atos administrativos.

12 Nos termos do art. 65 da Lei n. 6.001/1973 (Estatuto do Índio), o Poder Executivo deveria realizar a demarcação das terras indígenas no prazo de cinco anos a contar da sua publicação.

Essas omissões são bastante simbólicas: o Decreto n. 1.775 disciplina o processo administrativo e, portanto, o itinerário a ser percorrido para a produção de atos administrativos até que se alcance a decisão final, incluindo nesse processo a previsão da participação indígena. No entanto, o decreto, por si só, não traz meios que representem garantias à efetivação dessa participação. Em outras palavras, não há quaisquer critérios ou parâmetros para determinar a nulidade de ato administrativo em razão da ausência ou da participação limitada das comunidades indígenas.

Em 2012, o então presidente da FUNAI editou a Portaria n. 116, por meio da qual regulamentou a participação indígena em ações coordenadas por órgãos daquela fundação. Tal portaria representou uma importante iniciativa no sentido de estabelecer as diretrizes e critérios para se efetivar essa participação, bem como os meios a ela necessários.

Nesse sentido, a portaria estabeleceu a realização de reuniões com as comunidades indígenas, tanto na área onde vivem como na FUNAI, com o objetivo de informar sobre as ações da referida entidade de apoio ao índio, orientar sobre as etapas do processo administrativo de demarcação, bem como sobre formas de participação coletiva e individual dos índios (art. 2º, III).

Entre as principais diretrizes estabelecidas pela portaria estava o estímulo ao protagonismo da coletividade indígena na defesa de seus territórios, como incentivo à autodeterminação e à participação social das comunidades indígenas, respeitadas as formas de organização social de cada povo indígena (art. 2º, V).

Quanto aos meios, houve, por parte da presidência da FUNAI, a importante iniciativa de estabelecer formalmente o pagamento de auxílio financeiro aos indígenas que participam da demarcação, prevendo inclusive o *Elemento de Despesa* pelo qual correria esse auxílio, bem como as regras para sua concessão.

Essa portaria, no entanto, foi revogada pela Portaria FUNAI n. 320/2013, que, embora tenha mantido diversas disposições da Portaria n. 116, suprimiu os artigos referentes às diretrizes e cri-

térios a serem observados nos planos operacionais dos grupos técnicos e nos processos para promover ações de demarcação de terra indígena. Essa portaria tem o caráter de tratar de forma pormenorizada a concessão do auxílio financeiro pela FUNAI aos índios que participam das ações de proteção e promoção de direitos¹³.

5 Considerações finais

Diante do repertório teórico e normativo sobre a participação indígena no processo de demarcação de terras, temos que o procedimento cumpre seu papel dentro do discurso do Direito: o de produzir uma decisão técnica final válida, por meio de uma sequência de atos administrativos produzidos por agentes públicos com competência para tanto. A partir do cumprimento de todas as etapas do processo – verdadeiro ritual jurídico –, temos um resultado válido em face do ordenamento jurídico vigente.

Não se pode deixar de ressaltar, no entanto, que, para além da questão da validade ou não da decisão final, o processo é o lócus por excelência da produção de razões – e, no caso do Direito, razões de pretensão universal. É por esse motivo que o processo demarcatório deve ser também examinado a partir da perspectiva dos discursos e interesses que mobiliza: quais são os sujeitos cujas razões têm maior ou menor sucesso no processo administrativo? Quais sujeitos melhor operam o direito administrativo para participarem da formação da vontade estatal? Seriam as comunidades indígenas, as organizações não governamentais, os órgãos jurídicos do Estado (como Advocacia-Geral da União e procuradorias federais), os titulares de ministérios, os estados e municípios ou as entidades do mercado? Como essas razões se associam na formação de cada ato administrativo? O ato estatal final será o resultado dessas razões que emergem mais (ou menos) claramente no processo, mas sob o manto de uma *razão de Estado*.

13 Há inclusive exigência de que o pagamento seja feito por meio de conta bancária apta para o recebimento, sendo a ordem bancária excepcional (art. 10, § 3º).

Assim, a despeito da previsão da participação das comunidades indígenas, é preciso dar contornos mais definidos ao percurso que leva à efetividade do direito. É preciso, na verdade, romper com paradigmas e reformular velhas estruturas que conformam o atual direito administrativo para reconhecer os direitos inerentes ao povo indígena.

Referências

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 22. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. A efetividade das normas constitucionais revisitada. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 197, p. 30-60, jul./set. 1994.

_____. *O novo direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

CUNHA, Manuela Carneiro da. *Os direitos do índio*. Ensaios e documentos. São Paulo: Brasiliense, 1987.

_____. *Índios no Brasil*. História, direitos e cidadania. São Paulo: Claro Enigma, 2013. (Coleção Agenda Brasileira).

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

FAUSTO, Boris; FAUSTO, Carlos. “Surto antiindígena”. *O Estado de São Paulo*, p. A2, 28 abr. 2008.

FAUSTO, Carlos. Nacional por adição. *O Estado de São Paulo*, p. A2, 22 jun. 2009.

FIGUEROA, Isabela. A Convenção 169 da OIT e o dever do Estado brasileiro de consultar os povos indígenas e tribais. In: ROJAS GARZÓN, Biviany. *Convenção 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais*. Oportunidades e desafios para sua implementação no Brasil. São Paulo: ISA, 2009. p. 13-48.

GALLOIS, Dominique Tilkin. Por que valorizar patrimônios culturais indígenas? *Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência*, São Paulo, ano 60, n. 4, p. 34-36, out. 2008.

JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de direito administrativo*. 10. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MOTA, Carolina; GALAFASSI, Bianca. A demarcação da Terra Indígena Raposa Serra do Sol: processo administrativo e conflitos judiciais. In: GONGORA, Majoi; MIRAS, Julia; MARTINS, Renato; PATEO, Rogerio (Orgs.). *Makunaima Grita – Terra Indígena Raposa Serra do Sol e os direitos constitucionais no Brasil*. Rio de Janeiro: Beco do Azougue, 2009.

MOTA, Clarice Novaes. Repensando a experiência indígena nos dias de hoje. *Revista da Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência*, São Paulo, ano 60, n. 4, p. 18-19, out. 2008.

NOBRE, Marcos. Participação e deliberação na teoria democrática: uma introdução. In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos. *Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

NOHARA, Irene Patrícia. *Direito administrativo*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

REIS, Fábio Wanserley. Deliberação, interesses e “sociedade civil”. In: COELHO, Vera Schattan P.; NOBRE, Marcos (Orgs.). *Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

ROJAS GARZÓN, Biviany; YAMADA, Érika; OLIVEIRA, Rodrigo. *Direito à consulta e consentimento de povos indígenas, quilombolas e comunidades tradicionais*. São Paulo: Rede de Cooperação Amazonia (RCA); Washington, DC: Due Process of Law Foundation, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés et al. *Projeto Pensando o Direito – Estatuto dos Povos Indígenas*. Curitiba: Pontifícia Universidade Católica do Paraná, 2009.

SUNDFELD, Carlos Ari. *As leis de processo administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2006.

UGARTE, Pedro. Que participação para qual democracia? In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos. *Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

WERLE, Denílson L. Democracia deliberativa e os limites da razão pública. In: COELHO, Vera Schattan; NOBRE, Marcos. *Participação e deliberação*. Teoria democrática e experiências institucionais no Brasil contemporâneo. São Paulo: Editora 34, 2004.

Desenvolvimentismo e ecocídio: causa e (possível) consequência no contexto de ruptura das bases existenciais dos povos originários no Brasil

Flávio de Leão Bastos Pereira

Professor convidado no Programa de Pós-Graduação *Lato Sensu* “Conflitos Armados e Globalização” da Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP), no qual coordena a linha de pesquisa “Genocídio dos Povos Indígenas”. Membro do rol de *experts* da International Nuremberg Principles Academy. Membro da International Association of Genocide Scholars (IAGS). Membro da International Network of Genocide Scholars (INoGS). Professor de Direitos Humanos e Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutorando no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie.

Desde que começou a respirar e a se alimentar, até a invenção dos engenhos atômicos e termonucleares, passando pela descoberta do fogo... a única coisa que o homem fez foi dissipar tranquilamente bilhões de estruturas para reduzi-las a um estado em que não são mais capazes de integração. (Claude Lévi-Strauss – Tristes Trópicos¹).

Resumo: O artigo tangencia as conexões entre as concepções colonialistas, a exploração econômica, a escravização, a espoliação dos povos indígenas e a constatação de sua precedência enquanto fatores que conduziram e ainda conduzem ao esgotamento ambiental gerado pela visão predatória e desenvolvimentista predominante entre os Estados contemporâneos, que conduz ao desaparecimento dos povos ancestrais e tradicionais cujas existências dependem fundamentalmente da preservação do ecossistema, bem como da

1 LÉVI-STRAUSS, Claude. Tristes Trópicos. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

garantia de acesso pleno às referidas dimensões territoriais tradicionais e seus recursos. Para tanto, é analisada a percepção mais recente relacionada ao tema e consistente na gradativa construção teórica que conduz à imputabilidade penal internacional tipificada como ecocídio, ou seja, a destruição do ecossistema com tal gravidade de modo que cause o desaparecimento dos povos dele dependentes, consequências essas geradas não apenas pela ação ilícita de grupos privados com interesse na espoliação dos recursos naturais existentes nas tradicionais terras indígenas mas, também, por opções políticas pela realização de grandes obras de infraestrutura geradoras de impactos destrutivos e nocivos sobre a existência de tais povos, em todas as suas dimensões.

Palavras-chave: Povos indígenas. Direitos humanos. Etnocídio. Ecocídio. Desenvolvimentismo.

Abstract: The article touches on the connections between the colonialist conception, economic exploitation, enslavement and spoliation of the indigenous people and the recognition of its precedence as factors that led and still leads to the environmental depletion generated by the predominant predatory and developmentalist view among contemporary states and that takes to the disappearance of ancestral and traditional peoples whose lives fundamentally depend on the preservation of the ecosystem, as well as on the guaranteeing of full access to the aforementioned traditional territorial dimensions and resources. In order to do so, the most recent perception related to the subject is analyzed, and it consists of the gradual theoretical construction that leads to international criminal imputability typified as ecocide, that is, the destruction of the ecosystem with such seriousness as to cause the disappearance of the peoples dependent on it, consequences generated not only by the illicit action of private groups with interest in the spoliation of the natural resources existing on traditional indigenous lands, but also by political options for the accomplishment of great infrastructure realizations that causes, as a consequence, destructive and harmful impacts on the existence of such peoples, in all its dimensions.

Keywords: Indigenous people. Human rights. Ethnocide. Ecocide. Developmentalism.

Sumário: 1 Espoliação, desenvolvimentismo, etnocídio e Estado omissivo. 2 Visão relacional. 3 Negligência em relação à Constituição da República de 1988. 4 Ecocídio. 5 Conclusão.

1 Espoliação, desenvolvimentismo, etnocídio e Estado omissivo

A *invisibilidade* é o estado e a condição que resultam do que poderíamos denominar de uma suposta *não existência* de uma dada entidade ou de um certo agrupamento humano, perante a sociedade, o Estado e seus Poderes constituídos. Pode ser também o único referencial a chamar a atenção para algo ou alguém que, parece, *insiste em existir*, ainda que não tenhamos – ou não queiramos ter enquanto membros da sociedade envolvente – percepção sobre suas expressões e necessidades que legitimamente resistem em permanecer se manifestando e existindo. No contexto das referidas sociedades dominantes, massificadas e baseadas exclusivamente na busca do acúmulo de riquezas, qualquer teimosa perseverança em se desejar permanecer *existindo* ou *sobrevivendo*, por parte de quem não se enquadra nos padrões étnico-econômicos preponderantes, é tida por tais sistemas dominantes e suas esferas decisórias como *empecilho*, *obstáculo* e, talvez, até como *ameaça*, não importando a milenaridade de riquíssimas culturas ou a própria *condição humana* de povos distintos entre si, mas que, em face do não enquadramento nos padrões produtivistas, racistas e hedonistas esperados, são vistos como obstáculos a serem removidos. A sociedade etnocida dominante, ainda que no âmbito de referenciais formalmente “democráticos” e “civilizados”, reúne distintos povos e culturas sob um único rótulo cuja expressão e sonoridade podem significar uma sentença de morte ou um futuro sob constante ameaça e espoliação: os “índios”, que insistem em continuar vivendo, apesar das pressões destrutivas de uma sociedade baseada no consumo desenfreado e na exploração dos recursos naturais do planeta, exercidas sob a complacência e a omissão de um Estado com esferas políticas

e administrativas frágeis, com baixo grau institucional, cooptado e corrompido, ao longo de sua história.

O *desenvolvimentismo* é o termo que vem chancelando o destino dos povos tradicionais das Américas, presentes no continente por, pelo menos, 10 mil anos (para nos valermos das projeções mais conservadoras e plenamente aceitas). Consideremos o período da chegada dos europeus às Américas, a colonização que se seguiu; o período do governo de Getúlio Vargas com sua marcha para o Oeste; a fase da ditadura civil-militar instaurada por golpe em 1964; ou, ainda, o período da redemocratização a partir do início da Nova República em 1985; não importa: em todas as fases ora citadas, sem exceção, o desenvolvimento da sociedade brasileira foi baseado em diretrizes econômicas impostas por meio da opressão e da violência sobre povos considerados inferiores e “pedras no caminho da civilização”, numa aliança letal entre capitalismo e racismo, sob a visão etnocêntrica de todos os governos que se sucederam no exercício do Poder e, acima de tudo, colonizadora. Isto, pois, na medida em que foi sendo estratificada a “raça” brasileira ao longo do tempo – como bem descrito por Darcy Ribeiro em sua clássica obra *O Povo Brasileiro* –, a consolidação das estruturas políticas, econômicas e sociais passou a contar com a discriminação direta ou indireta por parte do Estado brasileiro em relação às nações e comunidades tradicionais presentes em suas terras ancestrais. Neste sentido, a referida discriminação e o racismo passaram a constituir argamassa imprescindível à manutenção e ao incremento de um sistema de produção e distribuição de riquezas cujas circunstâncias necessárias para seu funcionamento apresentaram – e ainda apresentam – consequências destrutivas para os grupos humanos que jamais mantiveram relação de exploração predatória com a terra e o ecossistema.

Rubens Valente (2017, p. 23) tangencia as origens das visões que enxergavam nos povos ancestrais do território brasileiro obstáculos ao desenvolvimento do País, devendo, portanto, ser “amansados” e aproveitados como mão de obra em fazendas e como trabalhadores braçais, nos termos seguintes:

A tese de que o Exército deveria liderar um esforço nacional de “ocupação” da Amazônia era recorrente entre os militares desde, pelo menos, o final do século XIX, quando o primeiro presidente da República, o marechal Deodoro da Fonseca, pregou a “fundação de colônias nacionais” no vasto território do atual estado do Amapá, de forma a utilizar “terrenos férteis, hoje inteiramente inertes, para a formação da riqueza nacional”. Nesse processo, caberia ao índio, considerado um “estorvo”, o papel de trabalhador braçal.

Neste sentido, o referido autor menciona mensagem encaminhada ao Congresso Nacional pelo presidente da República, em 15 de junho de 1891, pela qual expressamente determinava a consecução de esforços para que os costumes “selvagens” dos índios fossem abrandados, bem como para atrair tais povos ao “trabalho” (VALENTE, 2017, p. 23). Assim, os efeitos decorrentes da ruptura entre os povos indígenas e suas bases fundamentais de existência, imposta pelo Estado e agentes privados interessados nas riquezas existentes em terras ancestrais no Brasil, podem ser constatados até os dias que correm, com populações nativas relegadas à pobreza, à desagregação com suas respectivas comunidades, além da violência imposta por setores econômicos e latifundiários, fato bem conhecido no Brasil e no plano internacional. A manutenção de trabalhadores indígenas como mão de obra barata – ou em regime de semiescravidão – para o funcionamento do sistema econômico vigente no Brasil não é novidade para os pesquisadores e estudiosos. Referido processo – atender às necessidades desenvolvimentistas e capitalistas – ganha especial impulso após o golpe civil-militar de 1964, período no qual as políticas indigenistas no País sofrem uma transição de objetivos de cunho mais protetivo para uma fase na qual a visão assimilacionista, por razões econômicas, passava a predominar. Orlando Villas Bôas Filho (2016, p. 354-355) comenta tal contexto, ressaltando a desconsideração do regime quanto à cultura dos povos indígenas:

A partir de então, a política indigenista brasileira passaria a estar atrelada aos imperativos desenvolvimentistas da política econômica estatal. Nesse contexto, segundo Davis (1977), começa a ganhar progressiva expressão o “modelo integracionista”, que, pautado por

metas desenvolvimentistas, partia da premissa de que as comunidades indígenas deveriam ser rapidamente integradas economicamente à sociedade brasileira como contingente de reserva de mão de obra para o trabalho ou mesmo como produtoras de mercadorias, dando impulso às economias regionais em expansão, que poderiam, a partir daí, integrar-se às regiões mais desenvolvidas do país. Ao modelo integracionista, que estava subordinado à racionalidade da esfera econômica, obviamente não interessavam maiores considerações acerca da cultura indígena, mesmo porque o índio era visto exclusivamente a partir da ótica própria das relações de produção.

Na medida em que os cerca de 305 distintos povos e nações indígenas existentes em território nacional² mantêm, cada qual, especial relação com a terra, base essencial e imprescindível à sua existência, até porque a terra ocupa especial papel cosmológico e mítico em relação a toda estrutura relacional de invenção e reinvenção de tais formações e conformações sociais, o extermínio físico e cultural dos povos ancestrais no Brasil, desde a chegada dos europeus em continente americano, passou a ser visto como indissociável e como fenômeno paralelo mas intimamente ligado à destruição do ecossistema por certos setores. Assim, destruída a fauna e a flora, destroem-se as fontes da vida física (já que o alimento deixa de existir) e cultural (posto que a floresta, fonte e ambiente das crenças e dos mitos necessários ao sentimento de pertencimento, deixa também de existir). O próprio Estado brasileiro, ao permitir a realização de obras de infraestrutura com importantes impactos ambientais e no modo de vida de populações inteiras, simplesmente ignorando os procedimentos estabelecidos por normas internacionais às quais aderiu, colabora para o desaparecimento de culturas milenares, já que permite a incidência de inúmeros efeitos perniciosos e letais, decorrentes das citadas obras, sobre os povos

2 Segundo o IBGE, Censo de 2010 (ver: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2015/04/populacao-indigena-no-brasil-e-de-896-9-mil>>. Acesso em: 16 jul. 2017). Por sua vez, o Instituto Socioambiental (ISA) divulgou, em seu mapa dos povos indígenas no Brasil, lançado em 2017, a existência de 252 povos, embora reconhecendo a distinção entre as metodologias adotadas pelo IBGE e pelo ISA. Ver RICARDO; RICARDO (2017, p. 7-17).

ancestrais³. O desenvolvimento a qualquer custo implica a violação de normas nacionais e internacionais, com o comprometimento da continuidade da vida individual/coletiva e física/cultural dos representantes dos povos indígenas, demandando intenso trabalho de apuração e responsabilização por parte das entidades oficiais e não governamentais comprometidas com a preservação dos Direitos Humanos, como o Ministério Público Federal (MPF), o Instituto Socioambiental (ISA) e o Conselho Indigenista Missionário (CIMI).

O avanço tecnológico, em que pesem os benefícios vários para a humanidade, trouxe consigo, porém, especificamente no que tange à necessidade de manutenção da roda da produção e do consumo cada vez mais acelerada, sempre em nome de um bem-estar coletivo condicionado a uma economia forte e pujante, o comprometimento dos recursos naturais sob novos padrões em termos de eficácia e abrangência: esgotam-se com mais rapidez e em maior quantidade os recursos naturais, com a obtenção de excedentes lucrativos, viabilizando também um consumo desenfreado e descontrolado, sob o alerta, constante, de que qualquer outra via significaria o caos, de que não existe alternativa.

Entre inúmeros prejuízos ao planeta e, por óbvio, ao ser humano, as nações e comunidades indígenas são, talvez, as primeiras e mais impactadas vítimas desse processo altamente predatório. Aliás, identificamos aqui a conveniência de ideias racistas e eugênicas que embasaram as ações ditas “civilizatórias” a partir do século XIX, também impulsionadas pela necessidade de expansão além-fronteiras do capitalismo por parte das nações hoje indus-

3 É o caso do povo Guarani, cujas terras ancestrais foram inundadas pelo aumento do volume de água do rio Paraná após a construção da Usina de Itaipu. Conforme relato da Comissão Nacional da Verdade de 9 de abril de 2014, a etnia Guarani passa a ser perseguida ao final da década de 1940, quando construído um quartel do Exército em suas terras e iniciado o processo de colonização da terra Guarani. A situação no Oeste do Paraná ganha em contornos de gravidade, na medida em que os indígenas que não fugiram viram-se submetidos ao trabalho sob condições de semiescravidão, alguns sendo mortos mesmo após terem colaborado com seus algozes (RICARDO; RICARDO, 2017, p. 808).

trializadas, racismo tal que perdura incrustado na cultura e nas relações cotidianas da sociedade brasileira como legado do período das expansões coloniais, além de ser critério para distribuição de riquezas e esferas de comando político. Silvio Almeida (2017, p. 7) detalha tal movimento histórico e econômico, e que marca o racismo – inclusive as teorias racistas pseudocientíficas – como elemento fundamental na expansão do capitalismo e instrumento de manutenção do poder:

O imperialismo marcou o início da dominação colonial e da transferência das disputas capitalistas do plano interno para o plano internacional. Isso porque a crise de superacumulação de capital obrigou o capitalismo a expandir-se além das fronteiras nacionais. Essa é a explicação econômica do imperialismo, mas que também teve como base um argumento ideológico preponderante: o racismo.

A ideologia imperialista baseou-se no racismo e na ideia eurocêntrica do progresso. Os povos da África, por exemplo, precisavam ser “salvos” pelo conquistador europeu de seu atraso natural. Essa ideologia racista, somada ao discurso pseudocientífico do “darwinismo social” – que afirmava a superioridade “natural” do homem branco –, foram o elemento legitimador da pilhagem, assassinatos e destruição promovida pelos europeus no continente africano [...].

Ao se considerar a escravização dos povos indígenas; a marcha para o Oeste acima mencionada, do período getulista; os crimes praticados contra os povos indígenas no Brasil pelas próprias estruturas administrativas que deveriam protegê-los, como o *Serviço de Proteção ao Índio* (SPI)⁴, e por grupos privados interessados na tomada de suas terras tradicionais; os constantes massacres pra-

4 Neste ponto, sugerimos a leitura do Relatório Figueiredo (1967). Disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/dados-da-atuacao/grupos-de-trabalho/violacao-dos-direitos-dos-povos-indigenas-e-registro-militar/docs-1/relatorio-figueiredo/relatorio-figueiredo.pdf>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

ticados por garimpeiros, fazendeiros, grileiros etc. sob as vistas do Estado brasileiro⁵; a visão desenvolvimentista do regime de exceção instaurado em 1964 e os massacres praticados pelo regime contra as comunidades indígenas (v.g., o caso do Reformatório Krenak⁶); os genocídios praticados contra tais povos, como no caso do denominado *Genocídio de Haximu*, assim reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, que reconheceu o extermínio de Yanomamis como genocídio (1993)⁷, além das obras de infraestrutura realizadas já durante o período redemocratizado e com flagrante desrespeito às normas internacionais, com graves e preocupantes impactos no ecossistema, especialmente sobre terras das quais dependem os povos indígenas para poderem sobreviver; entre outros, pode-se concluir que a postura negligente e omissa do Estado brasileiro revela-se fator fundamental na manutenção de evidentes processos etnocidas, com exceção das medidas que vêm sendo adotadas pelo Ministério Público Federal, com apoio de entidades não governamentais.

5 Narra Shelton Davis: “[...] Brazilian government files, [...] contained evidence that substantiated charges that Indian agents and landowners had used biological as well as conventional weapons to wipe out Indian tribes. These files indicated that outsiders had deliberately introduced smallpox, influenza, tuberculosis, and measles organisms among the tribes of the Mato Grosso region between 1957 and 1963. In addition, the files of the Brazilian minister of the interior also suggested that outsiders had consciously introduced tuberculosis organisms among the tribes of the northern section of the Amazon Basin in 1964 and 1965 [...]” (DAVIS, 1977, p. 11).

6 Para compreensão do caso do Reformatório Krenak, prisão de torturas e mortes dos povos indígenas durante a ditadura civil-militar de 1964, sugerimos o documentário Guerra sem Fim, produzido pela Unnova Produções em parceria com o Ministério Público Federal (MPF – 6ª CCR; PR-MG; PRR 3ª Região) com apoio da Associação Nacional dos Procuradores da República (ANPR) e da ANDHEP. Produção Executiva: MPF, Inês Prado Soares, Unnova, Vitor Blotta. Roteiro e Direção: Vitor Blotta e Fabrício Bonni (Unnova). Disponível em: <<https://youtube/DfkGVfkJpAM>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

7 Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=67508>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

No ano de 1981 o *etnocídio* foi reconhecido e declarado pela UNESCO como *genocídio cultural* e violação do direito internacional⁸, *equivalente ao genocídio*, condenado pela Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio, das Nações Unidas, de 1948. Referida convenção entende por genocídio a *submissão deliberada de um grupo a condições de existência que acarretarão a sua destruição física, total ou parcial*, o que foi reiterado pelo artigo 6º, alínea “c”, do Estatuto de Roma, do Tribunal Penal Internacional. O importante documento de 1981, autêntico instrumento de *soft law*, marcou passo relevante na caminhada pelo reconhecimento, como etnocídio, das agressões sofridas pelos povos indígenas por ações ilícitas realizadas sobre suas terras, suas riquezas e seus recursos, por parte do Estado e de particulares, especialmente a submissão de grupos humanos a condições de vida insustentáveis. Cumpre ressaltar, ainda, que Raphael Lemkin (2009, p. 153-154), jurista polonês de família judaica e criador do termo *genocídio*, explicitou em sua clássica obra *Axis Rules in Occupied Europe* (1944):

Por “genocídio” entendemos la destrucción de una nación o un grupo étnico... Podría utilizarse otro término para la misma idea, a saber, etnocidio, compuesto por la palabra griega etnos –nación– y la palabra latina cide. El genocidio tiene dos etapas: una, la destrucción del patrón nacional del grupo oprimido; la otra, la imposición del patrón nacional del opresor.

Portanto, *etnocídio* é *genocídio*; a destruição de grupos humanos por razões étnicas, tal como reconhecido pela doutrina e pela Convenção das Nações Unidas para prevenção e repressão ao crime de genocídio, configura tal *core crime*, passível de julgamento pelo Tribunal Penal Internacional. E a experiência histórica a partir do genocídio cometido pelo Império alemão contra os povos Namas e Hereros na Namíbia, ao que se soma o genocídio do povo armênio (1915-1923), comprovam a eficiência do extermínio cultural enquanto método para o desaparecimento de um povo, que deixa de ser visível por meio de suas expressões cosmológicas.

8 UNESCODOC. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0004/000499/049951so.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

2 Visão relacional

Necessária é a compreensão de que a destruição da vida de um ser humano por pertencer a um certo grupo nacional, racial, étnico ou religioso, no contexto genocida, constitui apenas uma das vias para anulação ou desaparecimento do grupo-alvo. Outros meios e instrumentos existem e que conduzem ao mesmo resultado. O Direito, apenas, não fornece todos os elementos necessários ao adequado tratamento da questão, de modo a prevenir e evitar o crime de genocídio e, quando necessário, responsabilizar perpetradores. A sociologia, por exemplo, constitui importante fonte teórica para a elaboração de análises mais aprofundadas no contexto das vítimas, importante passo para tornar o Direito mais eficaz, a partir de análises dialógicas entre tais campos do conhecimento, assim como também com a antropologia. A existência, a visibilidade e a auto-percepção de indivíduos como pertencentes a certo grupo resultam de laços comuns e das dinâmicas evolutivas naturais e quotidianas do referido agrupamento humano. Tais dinâmicas, próprias a todas as estruturas humanas e em constante e natural evolução, para seu desenvolvimento necessitam ter suas condições fundamentais de existência garantidas. Tais condições são proporcionadas por fontes de expressão e existenciais distintas, como as crenças; os mitos; os idiomas e dialetos; os sistemas social e de realização da justiça; as artes; e, principalmente, no caso dos povos indígenas, as terras ancestrais, por óbvio inseridas no respectivo ecossistema. Significa afirmar que a ação destrutiva e espoliativa, dolosa ou omissiva, exercida sobre qualquer dos referenciais acima mencionados – seja por um Estado totalitário ou ditatorial burocraticamente organizado para tanto, seja por um Estado democrático-liberal, mas cujas estruturas socioeconômicas e étnicas exerçam pressões destrutivas, assimilacionistas e anuladoras das expressões cosmológicas e culturais de um dado grupo étnico, por exemplo –, constitui etnocídio na medida em que provoca a inviabilização da continuidade da vida e existência do grupo. Vale dizer: o etnocídio (e, ao nosso ver, o próprio genocídio) não é cometido apenas por meio do extermínio físico. Daí a visão aclaradora de Raphael Lemkin.

Neste sentido, os agrupamentos humanos podem ser analisados a partir de uma abordagem enquanto *figurações dinâmicas relacionais*, conforme ensinamentos do sociólogo alemão Norbert Elias (1897-1990). Outro sociólogo conterrâneo de Elias, Georg Simmel (1858-1918), também vislumbrou e analisou os aspectos relacionais das estruturas sociais, sempre enfatizando os ângulos processuais da sociedade enquanto consequência e resultado da interação entre as partes que a compõem. Conforme explica Waizbort (2001, p. 100-101):

A sociologia simmeliana é uma sociologia dos processos; ele postula uma “concepção dinâmica e relacional de sociedade como socialização” [...], em que o todo é o conjunto das relações mútuas, funcionais [...]. No sentido mais rigoroso possível, pode-se e deve-se dizer o mesmo da sociologia de Norbert Elias. A defesa simmeliana da diferença entre sociedade e socialização [...] reproduz-se assim no sociólogo de Breslau; agora se fala não propriamente de “socialização”, mas sim dos “entrelaçamentos” e “interdependências” que configuram a sociedade enquanto tal. O que é a sociedade? O conjunto das “relações humanas”; a “sociedade enquanto todo” é “o entrelaçamento global dos homens” [...]. Tais entrelaçamentos, relações, referências e dependências encontram-se, como Simmel mostrou, em incansável processo.

Uma compreensão mais adequada, portanto, acerca da extensão do crime de genocídio, suas causas e consequências, implica o questionamento proposto pelo Professor e sociólogo Christopher Powell (2007): o que o genocídio mata? Neste sentido, o sociólogo e pesquisador canadense propõe que a prevenção e a busca pela proscricção do crime de genocídio devem ter como bem a ser protegido a *identidade social coletiva*, resultante das dinâmicas interações em constante movimento no âmago das formações sociais. Tais figurações sociais constituem exatamente o alvo desse violento processo de destruição que configura o genocídio.

Formulando tal reflexão sob o cenário de ruptura das condições ambientais das quais os povos indígenas dependem para viver e expressar suas identidades, causada pela realização de obras de infraestrutura ou pela pura e simples tomada ilícita de tais terras ocupadas por posseiros, companhias extrativistas e pelo agronegócio, inclusive as terras tradicionais nas quais localizados, por exemplo, antigos

cemitérios onde sepultados ou cremados os ancestrais e as anteriores gerações das referidas nações, a conclusão não pode ser outra senão a de que em casos tais há evidente imposição de condições de existência que implicarão a inviabilização da continuidade de existência coletiva dos respectivos povos indígenas. A ação sobre o meio ambiente, nem sempre direcionada diretamente sobre as comunidades indígenas e seus indivíduos, é suficiente para lhes causar o desaparecimento, tanto em suas expressões culturais quanto em sua existência física. Ações diretas sobre os recursos naturais dos quais dependem grupos, comunidades e povos indígenas, tais como envenenamento de alimentos, da água; a destruição de vilarejos e aldeias; e a realização de grandes obras de infraestrutura em terras indígenas e com irreversíveis impactos gerados sobre a biodiversidade, sem observância às normas nacionais e internacionais, vêm impedindo a continuidade da vida coletiva de inúmeros povos indígenas, bem como de sua expressão perante a sociedade brasileira. Casos como o da construção da Usina de Belo Monte ou o da tragédia provocada pelo rompimento da barragem da mineradora Samarco sobre o ecossistema, do qual dependiam os povos Krenak (MG), constituem ações gravíssimas contra a existência dos povos impactados.

Neste sentido, cabe a indagação sobre o significado das terras ancestrais para tais povos. Referidas terras não constituem apenas a base territorial onde nações e comunidades indígenas estabelecem suas tribos, suas áreas de caça ou plantio etc. Tais terras possuem valor e significado muito mais profundo e condicionante para a existência coletiva do grupo, verdadeiro veículo para o natural desenvolvimento sobre bases cosmológicas próprias de cada nação indígena. “As terras indígenas são áreas fundamentais para a reprodução física e cultural dos povos indígenas, com a manutenção de seus modos de vida tradicionais, saberes e expressões culturais únicos, enriquecendo o patrimônio cultural brasileiro”⁹. São, por exemplo, as Tekoha do povo Guarani, ou seja, o espaço físico onde o modo de ser deste povo é exercido, inventado e reinventado.

9 FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-25-20>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

Não fosse suficiente a preservação de variadas culturas tradicionais, a proteção das terras indígenas (TIs) por meio das respectivas demarcações, além de auxiliar na construção e consolidação de uma sociedade pluriétnica, auxilia relevantemente na preservação do meio ambiente, já que os povos originários convivem harmonicamente com a terra. Segundo dados do Plano de Prevenção e Controle do Desmatamento na Amazônia, 2004–2012 (PPCDAM), as áreas mais preservadas do ponto de vista ambiental são exatamente as terras indígenas¹⁰. Eis aqui importante exemplo de conexão e de relação marcada por contundente fundamentalidade entre a preservação do ecossistema e a tutela dos direitos das nações indígenas no Brasil. O comprometimento e o esgotamento da biodiversidade implicam a destruição dos povos ancestrais. Tal comprometimento, permitido pelo Estado omissivo, por sua gravidade e irreparabilidade, deve acarretar responsabilidades tanto no plano coletivo quanto no plano individual.

O extermínio dos povos nativos ao redor do mundo, inclusive no Brasil, não foi efetivado apenas de modo direto e organizado por Estados colonizadores ou ditatoriais. Especialmente nos dias atuais, é o sistema econômico, desenvolvimentista e consumista vigente nas sociedades contemporâneas que promove acelerado esgotamento dos recursos naturais do planeta, do qual sempre dependeram referidos povos, tidos como obstáculos ao citado desenvolvimento e que sofrem a interrupção no prosseguimento natural de suas dinâmicas sociais e culturais. Caracteriza-se, neste ponto, o etnocídio. O mencionado comprometimento da biodiversidade impede a continuidade da relação harmônica e sustentável entre o ecossistema e seus povos originários, e conseqüentemente de suas expressões como nações com identidades distintas e definidas.

Não bastasse a capacidade de preservação do meio ambiente por parte dos povos indígenas, também deve ser ressaltada sua *capacidade produtiva* quando recebem adequado apoio e treinamento, sem

10 FUNAI. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-25-20>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

que provoquem qualquer dano ou esgotamento ambiental. Apenas a título de exemplo pode ser lembrada a elevação de produtividade verificada nas aldeias indígenas Kopenoty, Nimuendajú, Ekeruá e Tereguá, todas localizadas na terra indígena (TI) Araribá, no município de Avaí (Estado de São Paulo), cujo resultado da safra de mandioca dos anos de 2012/2013 foi bem superior ao mesmo resultado relativo aos anos de 2011/2012, com um aumento da área plantada de 58% e também com aumento da renda da produção triplicado. Dito faturamento foi resultado do chamado “Projeto Microbacias II – Processamento da Mandioca”, parceria entre a Secretaria de Agricultura, por meio da Coordenadoria de Assistência Técnica Integral (CATI) e a Secretaria da Justiça e da Defesa da Cidadania, por meio do Instituto de Terras do Estado de São Paulo (ITESP). O referido projeto provocou o aumento da lucratividade com a elevação do preço da unidade da caixa de mandioca de oito reais para dezoito reais. Foram comercializadas, no total, duzentas toneladas de mandioca processada, resultando no faturamento de cento e sessenta mil reais para os povos indígenas produtores, bem como na criação de 25 novos empregos diretos nas aldeias envolvidas no projeto (SJDC/GOVERNO DE SP, 18.9.2013) (RICARDO; RICARDO, 2017, p. 810).

Portanto, a manutenção da vida, da cultura, das crenças, e o desenvolvimento e o incremento das bases sociais e relacionais das comunidades tradicionais no território brasileiro dependem absolutamente do fator territorial. A supressão e a espoliação das terras por grupos motivados por interesses puramente econômicos, que se valem normalmente de ações violentas, bem como de ações políticas pelas vias institucionais (como a ameaça representada pela PEC n. 215 no Poder Legislativo e pela tese do *marco temporal*, já debatida pelo Poder Judiciário), interesses que são representados por parlamentares com estes comprometidos e que provocam não apenas a violação de direitos fundamentais constitucionalizados e assegurados pelos instrumentos internacionais aos quais o Estado brasileiro aderiu, mas também inviabilizam a continuidade da vida, física e cultural, das respectivas nações e comunidades tradicionais.

A ação direta de grupos privados contra os povos indígenas, contudo, não constitui a única ameaça à continuidade da vida e das culturas indígenas no Brasil, por meio de ações impactantes sobre o ecossistema do qual dependem tais nações originárias. Neste ponto retornamos ao tema do *desenvolvimentismo*, tão danoso às nações nativas durante o regime de exceção instaurado em 1964 e que, ainda hoje, prossegue em sua reiterada ação destrutiva do meio ambiente e, portanto, danosa às bases fundamentais para as culturas tradicionais. Um dos exemplos recentes mais comentados – anteriormente mencionado – refere-se à construção da Usina de Belo Monte na Bacia do Rio Xingu, com impactos nocivos e perniciosos para as comunidades indígenas na região e violação de normas nacionais e internacionais, com consequências etnocidas evidentes sobre as comunidades indígenas ribeirinhas da região do Xingu, entre outras. Isso demonstra a desconsideração do Estado brasileiro para com os povos nativos e, ainda, para com os compromissos internacionais assumidos. Embora a Convenção n. 169 da *Organização Internacional do Trabalho* (OIT) determine a prévia realização de consulta aos povos indígenas impactados por medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente (alínea *a*, item 1, artigo 6º, da referida Convenção), dita consulta simplesmente não foi realizada. Temos, pois, no caso, uma intencional e flagrante ação do Estado, entre outras no caso, com a consequente destruição do ecossistema do qual dependiam, para sua própria existência, nações indígenas, entre outros agrupamentos humanos ao longo do Xingu. O fato de o Estado ter ignorado a observância a certas providências de cunho administrativo e obrigatórias para obras de infraestrutura de tal porte, com repercussão no ecossistema e no modo de vida dos povos indígenas, motivou o Ministério Público Federal a promover a devida investigação e propositura de ação judicial perante a Justiça Federal de Altamira-PA, em face do Estado brasileiro e da Concessionária Norte Energia, buscando obter o *reconhecimento da natureza etnocida da obra de Belo Monte* por ter causado a destruição da organização social, dos costumes, línguas e tradições dos povos indígenas que suportaram as consequências da referida obra. A licença de operação foi concedida pelo governo à referida concessionária.

3 Negligência em relação à Constituição da República de 1988

Não são apenas as normas internacionais às quais o Brasil aderiu as únicas violadas por sucessivos governos, inclusive os mais recentes, já que as pressões pela realização de obras de infraestrutura no País historicamente sempre atenderam interesses os mais variados, como se pode verificar pela análise dos exemplos da construção da rodovia Transamazônica; da construção de Usina Binacional de Itaipu; e, mais recentemente, conforme já exemplificado acima, da construção da usina de Belo Monte.

Também a facilitação de acesso aos recursos naturais e às terras indígenas sempre foi uma tônica no desenvolvimento de um sistema econômico que atingiu diretamente a diversidade étnica no Brasil. Ainda que a posse das terras indígenas e o usufruto de suas riquezas já fossem objeto de atenção pelas Constituições de 1934, 1946, 1967 e pela revisão constitucional de 1969, a facilitação do acesso a tais recursos, até mesmo a companhias estrangeiras, foi uma constante. Shelton H. Davis (1977, p. 34–35), já nos anos 1970, registrava como a visão desenvolvimentista do Estado ditatorial inaugurado em 1964 viabilizou referido acesso a companhias, inclusive, já investigadas por governos anteriores:

In April 1965, just a year after the military coup, Fortune magazine wrote that “For Hanna, the revolt which overthrew Goulart [...] arrived like a last minute rescue by the First Cavalry”. Whether Hanna Mining company brought influence to bear on the events of April 1964 is still unknown. What is certain is that Hanna, along with several other multinational companies, directly benefited from new mining policies that were instituted in the years immediately following the coup [...] Through a series of contacts with powerful Brazilian bankers, industrialists, and government officials, Hanna Mining Company slowly became one of the major multinational corporations in Brazil. In the rich iron ore triangle of Minas Gerais, it was followed by several other international mining companies. Among these companies were: Samitri, controlled by the

Luxembourg Burbach-Eich- Dudelang Steel Company; Samarco¹¹, a joint venture controlled by Marcona International; and Ferteco Mineração, a company in which the German Thyssen group had a controlling interest [...].

Exatamente com o término do regime ditatorial, em 1985, é que a Constituinte de 1987, entre inúmeras conquistas para os direitos fundamentais profundamente violados durante o regime de exceção, consagrou o reconhecimento e a necessidade do Estado e da sociedade brasileira de proteger e preservar as diversas culturas indígenas existentes em seu território, num significativo avanço em direção ao Estado plurinacional. Nesse sentido, os arts. 210, § 2º; 215, § 1º; 231 e 232, todos da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988, estabeleceram um conjunto de parâmetros que envolvem os referenciais culturais e cosmológicos dos povos indígenas, rompendo com uma tradição assimilacionista e integracionista que, como atualmente se reconhece, era fundamentalmente etnocida, já que causadora do desaparecimento de seus referenciais culturais.

Portanto, tendo em vista ditos parâmetros constitucionais, que em sua natureza jurídica apresentam *status* de direitos fundamentais dos povos ancestrais do Brasil e, portanto, constituem cláusulas pétreas, nos termos do § 4º do art. 60 da referida Carta Constitucional, as omissões perante as ações de setores privados e as ações diretas do Estado brasileiro, todas relacionadas ao meio ambiente, e de modo a impossibilitar a preservação e a continuidade do modo de vida desses povos nativos, implicam evidente responsabilidade pela ruptura de suas dinâmicas de expressão e existência perante si próprios e perante a humanidade. Ora, a decisão de

11 A companhia Samarco recentemente ocupou as manchetes do país e do mundo em face de sua responsabilidade pela maior tragédia ambiental da história do Brasil, com o rompimento de sua barragem e comprometimento de todo o ecossistema da região (especialmente do Rio Doce), inclusive com grandes impactos na vida de comunidades e povos indígenas, especialmente para o povo Krenak. Ver: <<http://acervo.oglobo.globo.com/em-destaque/maior-desastre-ambiental-do-brasil-tragedia-de-mariana-deixou-19-mortos-20208009>> e <<http://g1.globo.com/espírito-santo/desastre-ambiental-no-rio-doce/noticia/2016/10/apos-lama-tribo-krenak-deixou-de-fazer-rituais-e-festas-no-rio-doce.html>>. Acesso em: 16 jul. 2017.

retardar a demarcação de terras indígenas ou de permitir que consórcios construam usinas em terras tradicionais, gerenciando diretamente as questões decorrentes dos impactos resultantes das obras de infraestrutura marcadas por alta complexidade, impõe aos referidos grupos étnicos a inviabilidade da continuidade de sua existência coletiva. Não sem razão, o Brasil ostenta altos índices de suicídios entre jovens indígenas, com a caracterização de quadro de pandemia em regiões como a Amazônia e o Estado do Mato Grosso do Sul¹². A *Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio das Nações Unidas* (1948) prevê, em seu artigo 2º, o crime de genocídio por meio da *submissão deliberada e intencional de grupo (inclusive étnico) a condições de existência que acarretem a sua destruição física, total ou parcial*. Referida Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto n. 30.822, de 6 de maio de 1952. Vale afirmar, portanto, que, além do instrumento de *soft law*, como a Declaração da UNESCO de San José (1981), também as normas internacionais buscam proteger grupos étnicos submetidos a condições de vida que lhes imponham sua destruição. Some-se, no caso brasileiro, o diálogo entre normas internas e internacionais viabilizado pela denominada *cláusula de abertura constitucional* (§ 2º, art. 5º, da CF/1988).

4 Ecocídio

Neste ponto chegamos a uma possível convergência que vem ganhando espaço entre os estudiosos da teoria do genocídio e do direito ambiental, consistente no desenvolvimento de bases científicas quanto ao reconhecimento do fenômeno do *ecocídio*, e de bases normativas para a responsabilização individual e criminal, no plano internacional, pelo cometimento de ações *ecocidas*.

Cabe esclarecer que o neologismo *ecocídio* passa a ser utilizado durante a guerra do Vietnã, derivando da palavra grega *oikos* (casa,

12 *Suicídio de jovens indígenas é pandemia em locais do Amazonas e MS, aponta relatório*. Disponível em: <<http://radioagencianacional.etc.com.br/geral/audio/2016-07/suicidio-de-jovens-indigenas-e-pandemia-em-locais-do-amazonas-e-ms-aponta>>. Acesso em: 19 jul. 2017.

lar) e da expressão latina *cide* (destruição). Foi exatamente no ano de 1970 que um grupo de cientistas norte-americanos cunharam o termo para denunciar a destruição ambiental e uma provável catástrofe para a saúde humana em razão do programa de guerra herbicida desenvolvido durante aquele conflito e denominado Operação *Ranch Hand*¹³. Referido movimento desencadeado pelos aludidos cientistas obrigaram o governo norte-americano a rever sua política de guerra, inclusive renunciando ao uso de herbicidas em guerras futuras (SHORT, 2016, p. 38).

Atualmente, o termo *ecocídio* passou a ser compreendido como “o dano de tal extensão que provoca a destruição ou a perda do ecossistema existente em um dado território, seja por ação humana, seja por causa diversa, e cujas proporção e gravidade impõem a redução da possibilidade do uso e gozo pacíficos do referido território, pelos respectivos habitantes” (HIGGINS apud SHORT, 2016, p. 63). Adam Jones (2011, p. 26) define ecocídio como:

A destruição voluntária do ambiente natural e dos ecossistemas, através de (a) poluição e outras formas de degradação ambiental e (b) esforços militares para minar a sustentabilidade da população e seus meios de subsistência. Exemplos: desmatamento da Amazônia e de outros lugares; uso do Agente Laranja pelos Estados Unidos e outros desfolhantes na Guerra do Vietnã [...]; a campanha de Saddam Hussein contra os Árabes das regiões pantanosas, no Iraque¹⁴. (Livre tradução do autor).

O movimento pela criminalização do ecocídio, resultante da violação do Direito Internacional tem como uma de suas principais

13 Sobre a Operação Ranch Hand: <<http://bluewaternavy.org/harbors/missionranchhand.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

14 O texto original apresenta os seguintes termos: “The wilful destruction of the natural environment and ecosystems, through (a) pollution and other forms of environmental degradation and (b) military efforts to undermine a population’s sustainability and means of subsistence. Examples: Deforestation of Amazon and elsewhere; US use of Agent Orange and other defoliants in the Vietnam War [...]; Saddam Hussein’s campaigning against the Marsh Arabs in Iraq”.

responsáveis a advogada Polly Higgins, que, por meio da campanha *End Ecocide on Earth*¹⁵, buscou sensibilizar juristas, ativistas, autoridades e governos para que o ecocídio fosse reconhecido como o quinto crime internacional, ainda ausente da competência material do *Tribunal Penal Internacional*, além dos crimes de genocídio, crimes de guerra, crimes contra a humanidade e crime de agressão (crimes contra a paz).

Fato é que a principal inspiração para o crescente e provável reconhecimento desta nova figura típica penal no plano internacional é exatamente a destruição do ecossistema do qual dependem as nações indígenas para a preservação de seu bem-estar físico, espiritual e cultural, normalmente ameaçados e destruídos por ações de governos e de grupos privados em nome do crescimento econômico, sob o contexto econômico neoliberal. A construção da usina de Belo Monte no Estado do Pará, ao longo do rio Xingu, é considerada na esfera internacional, entre outros, caso típico de *ecocídio*, com a realocação entre 20.000 e 40.000 indígenas e com o envolvimento de companhias europeias como *Alstom* e *Andritz und Voith*.

O Tribunal Penal Internacional vem analisando 17 emendas propostas ao Estatuto de Roma, no sentido de incluir entre os crimes contra a paz, além daqueles já constantes do referido estatuto, também o ecocídio. Mas já se pronunciou no sentido de que, mesmo por ocasião das análises dos crimes de reconhecida competência sua, dará especial atenção às conexões destes *core crimes* com três condutas típicas do cenário de ecocídio: *exploração ilícita de recursos naturais; destruição do ecossistema e desapossamento ilegal de terras*¹⁶. Tais medidas poderão ter consequências interessantes no futuro, na medida em que a República brasileira é membro daquela Corte Penal Internacional e, em caso de desinteresse no julgamento e punição de um suposto e futuro crime de ecocídio contra nações

15 Ver: <<https://www.endecocide.org/>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

16 Nesse sentido: <<https://www.theguardian.com/global/2016/sep/15/hague-court-widens-remit-to-include-environmental-destruction-cases>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

indígenas em território nacional, poderá ser acionada a jurisdição do Tribunal Penal Internacional.

A ocupação ilícita de terras indígenas implica a ruptura das vias para o desenvolvimento natural e próprio de cada nação originária, com a conseqüente destruição do respectivo grupo, tanto do ponto de vista físico (*extermínio físico* segundo os ensinamentos de Raphael Lemkin, isto é, genocídio propriamente dito) quanto do ponto de vista cultural (*etnocídio*, segundo o mesmo jurista). A *Convenção para Prevenção e Repressão ao Crime de Genocídio* (9.12.1948) prevê expressamente que a submissão de certo grupo – inclusive étnico – a condições que não permitam a continuidade de sua vida (no aspecto coletivo) constitui crime de genocídio. Também a Declaração da UNESCO, de San José, de dezembro de 1981¹⁷, estabelece o etnocídio como crime de genocídio cultural e violação do direito internacional.

5 Conclusão

Não restam dúvidas de que obras de infraestrutura do porte da Usina Hidrelétrica de Belo Monte, realizada com violações das normas internacionais, e também das vigentes no Brasil, constituem flagrante etnocídio contra os povos indígenas impactados, sem conseqüências em termos de responsabilização do Estado e, do ponto de vista penal, sem qualquer imputação a quem quer que seja. Assim, o reconhecimento da figura do ecocídio como o quinto crime contra a paz a figurar na competência do Tribunal Penal Internacional poderá reforçar os instrumentos de controle e preservação dos direitos inalienáveis dos povos originários no Brasil, com a preservação de suas terras ancestrais, base fundamental para sua existência e para a continuidade de suas manifestações e expressões culturais, que tantos benefícios geram para o ecossistema e para o Brasil, Estado pluriétnico que é. Se, de um lado, na seara política, verifica-se ver-

17 Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0004/000499/049951eo.pdf>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

dadeira ofensiva contra os direitos inalienáveis e imprescritíveis dos povos tradicionais no Brasil, como se nota pela proposta da PEC n. 215 e pela tese do marco temporal, ao que se soma o desmonte da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) atualmente em curso, de outro, no plano internacional, poderemos constatar significativo avanço na seara criminal, com a ampliação da competência do Tribunal Penal Internacional para apreciação dos casos de ecocídio.

Ainda que críticas possam ser apresentadas pelos estudiosos do fenômeno dos processos genocidas, já que a submissão de grupos humanos a ambientes que não permitem a continuidade da vida já é reconhecido como crime de genocídio pela Convenção das Nações Unidas, conforme anteriormente mencionamos, o reconhecimento do ecocídio pela Corte Penal Internacional poderá viabilizar a identificação e a prevenção de ações normalmente executadas por Estados formalmente democráticos, em nome do desenvolvimento, mas que, em sua essência, podem traduzir efetiva ação genocida. É a hipótese da destruição da biodiversidade, com o comprometimento das bases mínimas para a sobrevivência dos povos que dependem das florestas para sua existência e evolução, tanto física quanto cultural, ao que podemos acrescentar, como consequência da referida destruição do ecossistema, o inafastável aumento da pobreza, da miséria e das injustiças sociais, efeitos legados aos povos indígenas no Brasil desde a chegada dos europeus à costa brasileira em 1500 até os dias atuais.

Assim enfatizou Adam Jones (2011, p. 601), ao defender a compreensão do crime de genocídio sob uma perspectiva mais ampla, em relação à conceituação restritiva do Direito:

Portanto, [...] minha preferência por uma abordagem mais ampla e inclusiva acerca do genocídio, ao invés de um conceito restritivo em termos estritamente legalistas. A “paz” significativa não pode existir ao lado de maciças desigualdades em termos de riqueza, saúde e educação. E, pouco nos servirá para suprimir o genocídio e estabelecer a amizade entre os povos, se a própria Terra finalmente se revolta contra as espécies que causaram tantos danos ecocidas.

De fato, historicamente, verificamos uma clara conexão entre colonização, exploração econômica, escravização, espoliação, tortura, extermínio, miséria e esgotamento ambiental. Daí a adequabilidade de eventual atenção, por parte do Tribunal Penal Internacional, no sentido de que o genocídio pode se dar por uma ação *ecocida*, própria de estruturas sociais e estatais democrático-liberais, porém com efeitos destrutivos e que provocam a ruptura das estruturas e formações sociais em suas dinâmicas de expressão e existência.

Referências

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Capitalismo e crise: o que o racismo tem a ver com isso? In: Dennis de Oliveira (Org.). *A luta contra o racismo no Brasil*. v. 1. São Paulo: Edições Fórum, 2017. p. 187-198.

BLOTTA, Vitor; BONNI, Fabricio. *Guerra sem fim*. Ministério Público Federal. Unnova Produções. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=DfkGVfkJpAM&t=1500s>>. Acesso em: 18 jul. 2017.

DAVIS, Shelton. *Victims of the miracle – development and the indians of Brazil*. Cambridge: Cambridge University Press, 1977.

JONES, Adam. *Genocide – a comprehensive introduction*. London: Routledge, 2011.

LEMKIN, Raphael. *El dominio del Eje en la Europa ocupada*. Buenos Aires: Prometeo Libros, 2009.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *Tristes trópicos*. São Paulo: Companhia das Letras, 2016.

POWELL, Christopher. What do genocides kill? A relational conception of genocide. *Journal of Genocide Research*, v. 9, n. 4, p. 527-547, dez. 2007.

RICARDO, Beto; RICARDO, Fany. *Povos indígenas no Brasil*. 2011/2016. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2017.

SHORT, Damien. *Redefining genocide – settler colonialism, social death and ecocide*. London: Zed Books, 2016.

VALENTE, Rubens. *Os fuzis e as flechas – a história de sangue e resistência indígenas na ditadura*. São Paulo: Companhia das Letras, 2017. (Coleção Arquivos da Repressão no Brasil).

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. A juridicização e o campo indigenista no Brasil: uma abordagem interdisciplinar. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, São Paulo, v. 111, p. 339-379, jan./dez. 2016.

WAIZBORT, Leopoldo. Elias e Simmel. In: _____ (Org.). *Dossiê Norbert Elias*. 2. ed. São Paulo: EDUSP, 2001.

De vassalos d'El Rey a meros ninguéns

Marcio José Silva

Graduado em Letras pela Universidade de Guarulhos. Graduado em Ciências Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (PUC-GO). MBA em Gestão Escolar pela Universidade de São Paulo (USP). Estudante de Direito. Mestrando em Educação, Arte e História da Cultura pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pesquisador do Núcleo GERE – Gênero, Raça e Etnia (CNPq), voltado para questões de múltiplos gêneros, identidade de gênero, identidade social, sexualidades e violências simbólicas e estruturais em questões de gênero. Pesquisador do grupo GENOS, que estuda as dinâmicas genocidas e os mecanismos de sua efetivação em sentido socioantropológico e psicossocial.

Resumo: Os povos ancestrais estão no Brasil há milênios, muito antes da invasão europeia do século XVI. Mesmo assim, da chegada dos europeus em diante, foram privados de toda sorte de direitos em nome da civilização imposta pela ótica do europeu. Não era mera questão de um olhar da cristandade mas também da alteridade do europeu quanto aos novos seres que viram, os quais, não sendo correspondentes ao conhecido, foram submetidos a abusos ao longo dos séculos seguintes. Chegamos ao século XXI com uma população que não excede 800 mil pessoas e que estão fora do nosso alcance, não por serem pessoas indispostas ou insociáveis, mas por termos o mau hábito de buscar a assimilação desses ao invés de lhes assegurar espaço e direitos que lhes deveriam ser inerentes. Se a sociedade ou o Direito estão aptos a lhes socorrer é uma pergunta que nos fazemos e cuja resposta não é dada em apenas algumas palavras. Que possamos, então, fazer o exercício da dialética e reflexão sobre o assunto: os que foram tratados em um momento histórico como nobres, vassalos do rei, hoje, na sociedade, são tratados como se fossem ninguém.

Palavras-chave: Educação. Cultura. Povos ancestrais. Direito.

Abstract: Ancestral peoples have been in Brazil for millennia, long before the European invasion of the sixteenth century. Even so, from the arrival of Europeans onwards, they were deprived of all rights in the name of civilization imposed by the European. It was not merely a question of a glance of Christendom, but also of the otherness of the European in regard to the new beings whom they saw, who, not corresponding to the known, were subjected to abuses over the following centuries. We have reached the twenty-first century with a population that does not exceed 800,000 people and is out of our reach, not because they are indisposed or unsociable, but because we have the bad habit of seeking assimilation of these rather than guaranteeing them space and rights which should be inherent in them. Whether society or the law is capable of succoring them is a question that we ask ourselves and whose answer is not given in just a few words. May we then exercise the dialectic and reflection on the subject: those who were treated at a historical moment as noble, vassal of the king, today, in society, are treated as if they were nobody.

Keywords: Education. Culture. Ancestral peoples. Law.

Sumário: 1 Introdução. 2 Fatos borrados na história. 2.1 Vassalos d’El Rey, jamais do Imperador. 3 A necessidade das classes dominantes. 3.1 O Direito, a retórica e a dialética. 4 Considerações finais.

1 Introdução

A República brasileira, se é que a podemos assim considerar, está prestes a completar 130 anos de existência. A expressão *res + publica*, da língua latina, seria a “coisa pública”, sendo, assim, pertencente e extensiva ao povo ou povos que estão sob sua tutela, sem distinções. Não obstante, após séculos de organização sob o modelo europeu, o Brasil parece ser, como nos tempos colonial e imperial, uma *res + proprium* (coisa particular): de poucos, para poucos, que atende aos interesses desses. O Direito, mecanismo que deveria possibilitar o equilíbrio social, estendendo a todos a possibilidade de direitos, assim como age para impor deveres, tra-

balha, não pelo *status quo*¹ (GIANT, 2002, p. 269-270), mas numa ação *in perpetuum* (em continuidade) pelos que podem acessar a justiça, normalmente pela paga.

Dessa forma, o Estado brasileiro cria algumas incongruências muito exóticas, todas amparadas pela lei: todos podem falar, desde que seja o que a minoria dominante quer ouvir; há liberdade de expressão, se essa estiver em harmonia com o que as grandes mídias produzem; todos são iguais, mas alguns são mais iguais que outros (ORWELL, 1996, p. 78). Portanto, temos um Estado literalmente democrático no estilo da Grécia antiga. Naquela sociedade era cidadão o homem, livre, que possuísse escravos e que tivesse o tempo para o ócio criativo. Mulheres, escravos e estrangeiros não entravam nesse cômputo. Eles poderiam estar na sociedade grega, mas não seriam cidadãos. O Brasil é exatamente assim. Isso não poderia ser diferente num país que assimilou uma expressão ridícula: “minorias”.

O que são essas “minorias”? Do ponto de vista sociológico não há minorias, mas minorizados. Para o Direito seriam as pessoas vulneráveis especialmente à violação de direitos fundamentais e humanos, ou pessoas que na efetivação de seus direitos são minoria. Mesmo que o preponderante não seja, em ambos os casos, o número absoluto de pessoas, permanece a realidade: mais de 100 milhões de mulheres; aproximadamente 111 milhões de negras e negros (IBGE, 2016, p. 1). Assim sendo, os povos ancestrais², que mal chegam a 800 mil, podem parecer, de fato, uma mino-

1 *Statu quo* é uma locução latina que significa “no estado das coisas”. Também é grafada como *status quo*, significando “o estado das coisas”. A expressão é desconhecida em textos latinos antigos, e foi usada inicialmente na linguagem diplomática, já na Idade Moderna, como uma forma reduzida da expressão *in statu quo res erant ante bellum* (“no estado em que as coisas estavam antes da guerra”) ou *in statu quo ante bellum* (“no estado das coisas antes da guerra”). Posteriormente, a expressão passou a ser empregada para designar o estado atual de algo ou a situação em que algo se encontra, como em “manter o *statu quo*”, “defender o *statu quo*”, “mudar o *statu quo*” ou “considerando o *statu quo*”. Assim, basicamente essa expressão está ligada a uma posição ou condição diferenciada dos demais da sociedade comum.

2 Há muitas maneiras e expressões para se referir a essa população. Elegemos “povos ancestrais” por entender que, estando esses há milênios no continente americano, têm precedência e ancestralidade a todos os demais.

ria. Contudo, aconteceu com esses o mesmo que se passa com as demais “minorias”: primeiro foram minorizados, esbulhados de direitos, não puderam ser sujeitos de direitos, foram transformados em meros personagens de direitos e, lentamente, foram dizimados e levados às periferias do país, das cidades, dos bairros. Todas essas pessoas vulneráveis são, portanto, rebaixadas na tríade social.

A tríade social (ou trindade da desgraça) é a relação interseccionada dos fatores que movem nossa sociedade contemporânea, embora sua construção tenha ocorrido por séculos. Os três fatores de perfeição são: ser homem, branco e rico. Tudo que estiver fora desses atributos será, inevitavelmente, vítima de alguma violação de direitos. Sobre isso, Pagu, nos anos 1930, disse:

Não percebe que a distinção se faz nas próprias casas de parir. As criancinhas da classe que paga ficam perto das mães. As indigentes preparam os filhos para separação futura que o trabalho exige. As crianças burguesas se amparam desde cedo, ligadas pelo cordão umbilical econômico. (GALVÃO, 1994, p. 58).

Nesse excerto, Pagu estava relatando o que ela via e vivia naqueles anos, uma denúncia das já presentes e atuantes: discriminação de gênero, de classe e econômica ou todas ao mesmo tempo³. Todavia, analisar e falar sobre os povos ancestrais no Brasil é, indiscutivelmente, uma temeridade, quase uma insanidade, especialmente ao considerar os muitos momentos pelos quais essas nações indígenas passaram: de amigos do reino português, com exceção de tribos resistentes, objeto de interesse da Ordem de Jesus, para aculturá-los nos modos católicos e, posteriormente, um

3 Esse assunto, a interseccionalidade, só será amplamente analisado nos anos 1960 quando ganha os bancos universitários dos Estados Unidos, especialmente pelas feministas dali, que viam uma discrepância no movimento feminista, o qual, além de não corrigir as distorções de gênero, perpetrava outras injustiças, como as étnico-econômicas. Não obstante, uns 30 anos antes, no Brasil, que já vivia isso com a mesma intensidade, já tínhamos Pagu tratando do assunto com exímia maestria. O problema era que Pagu era comunista, logo, suas palavras não seriam tidas em conta pelo Império dos EUA ou seus acadêmicos.

cínico projeto de anulação de sua existência, ao mesmo tempo em que são lembrados como relicário de ancestralidade, sempre, porém, relegados a indiferença e desprezo. Além disso, as espetacularizações desses povos levam sempre as pessoas ao falho desejo de querer categorizar os povos ancestrais em nossas concepções de mundo, envolvendo posse, Direito, direitos e sujeitos, algo que, para esses povos, tem um modo específico de ver, viver e agir (DEBORD, 2003, p. 18-20).

Não podemos nos esquecer, tampouco, da enorme indústria cultural, grandemente difundida pelas mídias, que leva o imaginário das massas a criar uma ideologia sobre o que vem a ser o indígena, não um sujeito de direito, mas um objeto de direito, algo que soa como irracional ao positivismo clássico, mas que, por fim, é revestido de significação nos signos representativos do que é o indígena: o não civilizado, o nudista, o primitivo, o alheio (ADORNO; HORKHEIMER, 2006, p. 114, 115). Assim, o que invade os imaginários populares raramente corresponde à realidade vivida e sentida pelos povos ancestrais brasileiros. Exemplos clássicos são as novelas, que chegam ao ponto de reproduzir o indígena como pessoa loira, como uma criança ingênua ou pessoa similar ao símio, desprovida até de língua.

2 Fatos borrados na história

Ao considerarmos os primeiros documentos por parte de Portugal quanto às suas invasões nas Américas, há uma visão diferenciada sobre o que eram aqueles seres. Evidentemente, os europeus, não sabendo o que eram as Américas, encontraram algo que lhes causava espanto e até medo: o que eram aqueles que se assemelhavam a eles próprios, mas não tinham nenhum aspecto de identificação ou similaridade com o que conheciam? O Alvará Régio de 1548, estabelecendo o Governo Geral nas terras brasileiras, atribuía à pessoa de Tomé de Souza a incumbência de tal resposta e a convocação dos jesuítas a comporem as missões de educação indígena. Houve, contudo, uma desconsideração de algo precípuo: os jesuítas, além de severos, não estavam psíquica ou culturalmente

prontos para encontrar o que encontraram no Brasil. Um exemplo é o excerto de uma das cartas do padre Nóbrega sobre um português, João Ramalho, que se tornou, para os jesuítas, um problema (LEITE, 1956, p. 46). Dizia o padre:

Nesta terra está um João Ramalho. É o mais antigo dela e toda a sua vida e a dos seus filhos é conforme a dos índios e é uma *petra scandali* para nós, porque a sua vida é principal estorvo para com a gentili-
dade que temos, por ele ser muito conhecido e muito aparentado com os índios. Tem muitas mulheres. Ele e seus filhos andam com irmãs e têm filhos delas, tanto o pai como os filhos. *Vão à guerra com os índios e as suas festas são de índios e assim vivem andando nus como os mesmos índios.* [Grifo nosso].

Parece jocoso o fato, mas esse é o início da educação dos povos ancestrais no Brasil. O processo envolveu, desde sempre, a aculturação, a assimilação, a absorção dos povos ancestrais pelos padrões católicos da Ordem Jesuíta, ao passo que o mencionado João Ramalho foi o português que compreendeu que era possível viver como eles e com eles, o que seria muito mais sensato que meramente vestir o indígena e atribuir-lhe um nome cristianizado. Podemos dizer que, macrossociologicamente, os jesuítas foram os primeiros antropólogos difusionistas do mundo, ao passo que João Ramalho foi o primeiro antropólogo estruturalista do Brasil. Obviamente que não eram João Ramalho ou os jesuítas pessoas imbuídas de bondade para com os povos ancestrais. Todos esses foram movidos por interesses pessoais: seja pela obtenção de riquezas, seja pelo ardor na catequese de novas pessoas.

É preocupante perceber o que o padre Nóbrega tinha de receio ao comentar o que ocorria entre a família de João Ramalho e seus costumes. Nóbrega e Anchieta só puderam fundar o que hoje conhecemos como São Paulo graças à concessão de Tibiriçá, cacique tupiniquim que liderava a aldeia Piratininga, a qual se estendia por quase todo o território do que atualmente é a capital paulista. Esse ato de Tibiriçá, que abraçou, aparentemente por opção, a fé católica e foi rebatizado como Martim Afonso, nome

do primeiro donatário da capitania de São Vicente, primeira vila do Brasil (GODOY, 2014, p. 191-212), foi a pedra fundamental da cidade de São Paulo de Piratininga, não a chegada dos jesuítas ou a construção de uma capela e colégio. Aliás, o que está hoje no Pátio do Colégio nada se parece com o que foi construído originalmente por uma razão simples: os povos ancestrais ergueram a construção segundo seus conhecimentos e materiais, não os dos padres da Companhia de Jesus.

A cidade de São Paulo é a maior e mais rica da América do Sul e uma das mais importantes do planeta. Seu berço não é glorioso, mas simplório, um aldeamento, posteriormente casas de taipas, insignificante para o Brasil até meados do século XIX e só considerada relevante após o Golpe de Estado de 1889. Contudo, São Paulo reescreveu estrategicamente sua história, especialmente no século XX, com a escrita, por exemplo, do hino nacional em 1909, no qual o ponto central do “grito” do Ipiranga, e do heroico povo que brada de maneira retumbante, está todo em São Paulo. Ironicamente a palavra Ipiranga é indígena, não portuguesa, na sua etimologia.

São Paulo, no entanto, faz um esforço para apagar ou borrar sua verdadeira certidão de nascimento. A singela homenagem a Tibiriçá é sua tumba na cripta na Catedral da Sé, uma das poucas no mundo a conter restos mortais de um indígena. São Paulo orgulha-se dos seus bandeirantes: homens violentos, assassinos, que saíram pelo interior do Brasil devastando as tribos que existiam no território. Veja um exemplo nítido da distorção: um dos seus “honoráveis” bandeirantes, Borba Gato, tem uma estátua na Avenida Santo Amaro e está retratado com seu enorme trabuco. Essa foi a arma de fogo utilizada para exterminar, especialmente, povos ancestrais da região. Ora, para chegar ao limite da cidade, uma vez que Santo Amaro até 1935 foi um município emancipado, esse homem passou pela região do Pacaembu (hoje região de Higienópolis), Ibirapuera, Moema, Itaim etc. Esses nomes indígenas são os que sobreviveram à invasão, e podemos concluir que eram nomes usados pelos povos ancestrais.



Figura 1: Borba Gato, bandeirante paulista (1649-1718)⁴

Que isso é razoável vem de outros exemplos: a segunda maior cidade do Estado de São Paulo, Osasco, era chamada de Quitaúna, nome tupi; a terceira, Guarulhos, era uma tribo; Itaquaquecetuba, Moji (hoje aportuguesado para Mogi) das Cruzes, Arujá, Biritiba, Itapevi, Itapeçerica, Juquitiba e bairros da cidade de São Paulo como Guaianases (da tribo dos guaianaz), Itaquera, Itaim Paulista, Tatuapé, Jaraguá etc. Todos esses nomes não podem ter sido escolha dos invasores portugueses, postas as escolhas que eles sempre

4 Disponível em: <https://commons.wikimedia.org/wiki/File%3ABorba_Gato%2C_est%C3%A1tua_em_Santo_Amaro%2C_S%C3%A3o_Paulo_%E2%80%A2_1_%E2%80%A2_crop.jpg>.

faziam, segundo seu contexto e realidade de mundo: Santo André da Borda do Campo, São Paulo de Piratininga, Santa Cruz de Cabrália, São Salvador da Baía, São Sebastião do Rio de Janeiro. Os portugueses não falavam guarani, exceto os jesuítas que o aprendiam e mantinham esses nomes em algumas sesmarias que recebiam da coroa portuguesa. O que era dominado pelo português comum ou pelos bandeirantes era nominado com dedicatória a algum santo da Igreja, a algum “ilustre” membro da sociedade portuguesa, segundo seu costume e sua realidade.

Assim, se fizéssemos uma arqueologia em São Paulo, é evidente que encontraríamos muitas tribos que foram literalmente soterradas em nome da liberdade e civilização. Estas são, até os dias atuais, algumas das primeiras políticas públicas, mais eficientes e abrangentes de todas da nossa história: bala, violência e silenciamento. São Paulo e o território brasileiro são, como disse Darcy Ribeiro (1996, p. 454), literalmente “romanidade lavada em sangue índio [...]”. Contudo, a história que São Paulo e o Brasil escolheram ter para si foi a da cidade aberta a todos os povos, da prosperidade e do desenvolvimento econômico. Triste é o fato de ter sistematicamente apagado suas origens e, mesmo tendo em seu território atual remanescentes de povos originários, considerá-los um expurgo, a ser tratado e devidamente eliminado.

2.1 Vassallos d’El Rey, jamais do Imperador

No século XVII, Portugal concedeu aos povos ancestrais um reconhecimento régio quanto à terra, algo que era muito peculiar. O Alvará Régio de 1º de abril (e não é mentira!) de 1680 assegurava: “porque na concessão destas se reserva sempre o prejuízo de terceiro, e muito mais se entende, e quero que se entenda ser reservado o prejuízo, e direito os Índios, primários e naturais senhores delas” [grifo nosso]. O que havia de *suis generis* nesse direito indígena? O Brasil era composto por sesmarias, as terras estavam ocupadas com a função imperativa de produzir para a coroa portuguesa. Portanto, o que restava aos povos ancestrais? Não restava, era dia da mentira.

O momento obscuro da vida dos povos ancestrais só foi piorado com a era pombalina. Até fins do século XVIII, esses povos tinham alguma assistência educacional dos jesuítas, que buscavam catequizá-los. Tais assistentes conseguiam dar proteção parcial contra abusos por parte dos muitos posseiros e capitães do mato que faziam esforços extremos para sua escravização. Pois bem, quando Pombal torna-se Secretário de Estado de José I de Portugal, outra ironia da história visita o Brasil. Em Portugal, ele era uma pessoa controversa, literalmente um déspota esclarecido, expressão muito comum na época ali na Europa: soberanos ou seus representantes que gostavam do ideário iluminista, mas não abriam mão de seu poder absoluto. Assim, embora Pombal, pelas ações, lesse Diderot, Voltaire, La Fontaine, Rousseau etc., baniu todo o material produzido por esses em Portugal e alhures (PALMELA, 1883, p. 57).

Como todo “gênio” é também um tolo, ele tomou a decisão de abruptamente banir os jesuítas de Portugal e todos os seus controles, como o Brasil, por exemplo. A educação em Portugal foi quase à falência. O Brasil, que tinha um sistema para os muitíssimo ricos, com o auxílio dos jesuítas e seu *Ratio Studiorum*, e um de catequese para os povos ancestrais, simplesmente perdeu tudo (PALMELA, 1883, p. 94). Os que podiam ter preceptores seguiram obtendo seus estudos. Os povos ancestrais foram eliminados em sentido social das terras brasileiras e só voltaram a ter existência como cidadãos autônomos legítimos em 1988, com a promulgação da Constituição Federal, e para a Educação eles só voltam a surgir em 1996, com a promulgação da Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Assim, desse momento em diante, os que haviam sobrevivido e não eram considerados em nenhum sentido foram paulatinamente assassinados pelos que estavam por aqui.

No ano de 1822, quando o lusitano Pedro de Bragança começa a entrar num conflito de identidade e de poder, o Brasil, agora nominado Reino Unido a Portugal e Algarves, começou a deslocar o controle político da Metrópole para si. Esse processo só será efetivo em 1841, quando D. Pedro II é coroado, o primeiro governante nascido em terras brasileiras e cidadão brasileiro,

porque nasceu quando o Brasil já tinha assinado seu matrimônio com Portugal⁵. Todos os governantes antes de D. Pedro II, especialmente seu pai, que nasceu, viveu e morreu lusitano (tivemos por um período de quase dez anos dois imperadores ao mesmo tempo e os dois eram portugueses!), e os regentes antes desse eram nascidos no Brasil, que era parte do Reino de Portugal, assim, não eram brasileiros natos como D. Pedro II.

Todavia, o Imperador jurou a Constituição de 1824, outorgada por Pedro I, escrita por dez pessoas, cinco delas baianos, isto é, os primeiros grandes proprietários de terra do Brasil, amantes da escravidão, na qual não existia nem índio, nem vassalos d'El Rey, nem povos originários, nada! Nessa Constituição e na da “gloriosa” República, de 1891, eles são ninguém. Nas demais são “gentilmente” chamados de silvícolas, termo usado para descrever pessoas da selva, ou seja, selvagens, quase animais. Se fossem considerados quase pessoas, ficaríamos aliviados, mas como eram, de fato, quase animais, assim continuaram sendo tratados por muitas décadas.

Essa piada só não foi mais abusiva do que a Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850, elaborada e forjada pelo evocado Eusébio de Queirós, suposto não escravocrata que criou a escravidão social no Brasil. Por quê? Se de um lado, por simples pressão inglesa, aprovou-se a lei que baniu o tráfico de escravos africanos⁶, por outro,

5 Usamos essa expressão matrimônio e não independência porque em 1825, quando Pedro I, a Grã-Bretanha e Portugal “sentam” para negociar a autonomia do Brasil, algumas decisões tomadas são: o Brasil pagará indenização de £ 2 milhões a Portugal, que só recebeu £ 600.000, o restante a Grã-Bretanha reteve como dividendos de Portugal; João VI, rei de Portugal, também seria chamado Imperador do Brasil, logo, o Brasil, ou Brasis, tinha dois imperadores; o tratado é chamado de Tratado de Amizade e Aliança, um verdadeiro casamento, não independência.

6 Eusébio de Queirós não é responsável pelo fim do tráfico de negros para o Brasil. A Grã-Bretanha, por seus interesses políticos e econômicos, é. O que leva à promulgação da lei de 1850 é o *Aberdeen Act*, cujo texto tem como ementa o seguinte título: *Lei que altera a Lei* (grifo nosso), que institui um ato para a execução de uma Convenção entre Sua Majestade e o Imperador do Brasil, para o Regulamento e a Abolição Final do Comércio de Escravos Africanos.

ele, na chamada lei de terras, esbulhou de vez os povos ancestrais: agora não havia sesmarias, mas sim propriedade privada e “terras devolutas” que deveriam ser adquiridas somente por dinheiro, não mais pelo sistema hereditário. Logo, os povos ancestrais, que a essa época eram possuidores de grande fortuna, comprariam as terras, era seu direito. Contudo, num lugar em que predominava o latifúndio e cuja economia era movida pela mão de obra de escravos negros, é evidente que isso foi mais uma piada de mau gosto do Estado brasileiro para com esses.

O Brasil simplesmente apagou de sua história somente sua raiz original e, como toda pessoa sem ancestrais não tem história, vivemos hoje o preço altíssimo disso: somos um povo que se olha no espelho do tempo e não se identifica, não aceita o que vê, não reconhece o que é. Buscamos nos associar com o planeta todo, mas não aceitamos a verdade tão básica: temos entre nossos ancestrais os indígenas ou os negros. Os brancos são somente o tempero nessa mistura brasileira. Mesmo os fluxos migratórios que trouxeram ao Brasil pessoas de todo o planeta no fim do século XIX e início do XX criaram o que nós somos: tudo e nada ao mesmo tempo. Não existe linhagem no Brasil que esteja “livre” dessa genética nossa. Esse, talvez, seja o maior terror e pânico, especialmente das elites: admitir que suas tataravós andavam nuas pelas campinas do país, que seus tataravôs estavam sendo chibatados nas muitas fazendas dos rincões brasileiros. Aceitar essa realidade é inadmissível.

3 A necessidade das classes dominantes

A República no Brasil, como dissemos, não foi um movimento nem popular, nem de conhecimento geral. Esse Golpe de Estado de 1889 foi uma vingança dos novos burgueses brasileiros contra o sistema imperial. Contudo, o Golpe foi tão bizarro que, por fim, os detentores do poder econômico centralizado na posse e produção da terra, a oligarquia do império, acabaram organizando esse sistema político e permaneceram no poder até sua falência generalizada, em 1929, e o outro Golpe de Estado, em 1930. Se os senhores da hegemonia não podiam se manter no cenário político,

que estorvo era para esses lidarem com dois fardos insuportáveis: negros que não podiam mais estar em cativeiro e os povos ancestrais espalhados em suas posses. Assim é a política brasileira: de Golpe em Golpe não vamos a lugar nenhum!

Para isso eles começaram a usar as expressões que denotavam seus sentimentos: bugres, os selvagens violentos, para todos os povos ancestrais, aos negros, diversos adjetivos para rebaixá-los em sentido psicossocial. A “civilizada” República, embora desejasse profundamente destruir esses seres humanos (negros e indígenas), pela sua aparente civilidade, contida, desenvolveu a sua nova política pública muito eficiente, também de extermínio: isolamento, pobreza e humilhação. As aldeias passaram a ser devastadas simbolicamente (em alguns casos literalmente) com a intenção sempre presente de aculturar o selvagem, fazer-lhe esse favor. Esse papel foi fortemente desempenhado especialmente pelas instituições religiosas, querendo transformá-las a todo custo em “pessoas salvas”, “verdadeiros adoradores”, “livrá-los do inferno” etc. O Estado tinha na Comissão Demarcadora de Limites, que simplesmente invadia as terras indígenas, usava os povos ancestrais para seus objetivos e assim desenhava o mapa do Brasil, um dos seus conhecidos membros: Rondon.

Como o Brasil sempre cria seus heróis, forjando pessoas que não existiram, Cândido Rondon é descrito como tendo estabelecido “relações cordiais” com os povos ancestrais em seu caminho. Claro que, de posse de uma arma de fogo, fazemos amizade com qualquer ser humano, embora os povos ancestrais brasileiros, culturalmente, não sejam beligerantes ao extremo, o que certamente facilitou os abusos do Estado. Não havia nenhuma preocupação quanto a educação, trabalho, moradia e saúde dessas pessoas. Como adendo destrutivo, a entrada de não índios nessas aldeias levou-lhes nossos vícios, especialmente alimentares, e passou a surgirem coisas inimagináveis: pessoas outrora robustas e saudáveis agora padecendo de tabagismo (do fumo industrializado), diabetes, pressão alta, cáries dentárias, toxicodependência (de cocaína, crack, mas principalmente álcool), além das epidemias de sarampo, catapora, gripe e outros males dos “civilizados”. Se os europeus conseguiram

exterminar um bom número de povos originários com varíola, doenças sexualmente transmissíveis e gripe no século XVI, o Brasil renovou seus votos no século XX.

É algo fantástico a capacidade humana de destruir um povo pela introdução de costumes danosos. Os povos ancestrais sempre lidaram, e até fizeram uso ritualístico, com substâncias mais potentes do que nossas drogas. Entretanto, não se tem conhecimento de um membro de qualquer tribo que acabasse em ruínas por isso. Contudo, só o nosso açúcar, que nem é considerado um tóxico, destruiu a saúde de milhares. Os que vieram para os centros urbanos e proximidades, iludidos com os brilhos da cidade e levados pelo seu desconhecimento, foram levados a toda sorte de abusos possíveis (LÉVI-STRAUSS, 2010, p. 381-386).

Pode parecer algo trivial a questão alimentar. Não obstante, a questão alimentar, para os povos ancestrais, está como a Educação está para nós. Há uma relação simbiótica que perpassa a questão nutricional. Existe uma construção cultural que é transmitida por gerações, que deve ser preservada se desejamos que esses povos continuem a existir. O Professor Viveiros de Castro (2014, p. 317-344) relembra que se dar conta do perspectivismo indígena permite reconsiderar a atividade do xamã, o único capaz de comunicar-se com animais e espíritos tal como qualquer homem podia fazê-lo nos tempos míticos. Ou ainda tomar o corpo como aquilo que distingue os animais entre si e os homens. Seus diferentes corpos esconderiam algo que têm em comum com os homens. Daí os indígenas se vestirem com máscaras, adereços e pinturas, e não se despirem para se identificarem com um animal. Também sua conversão religiosa (ou cultural) estaria menos atenta à doutrina que aos gestos e cuidados corporais. Com base em toda essa construção cultural, será construída, veja que interessante, a relação dos povos ancestrais e com a alimentação.

Não obstante, o que a sociedade dita “civilizada” não está devidamente treinada para compreender é a amplitude desses aspectos culturais que vão muito além da nossa lógica binário-maniqueísta. Não sabemos pensar exceto em termos de certo ou

errado, bom ou mau, deus ou diabo, santo ou profano. A verdade é que nós simplificamos a tal ponto nossa existência e relações que banalizamos a visão de mundo que temos, incluindo o modo como vivemos como comunidade. Chega a ser irritante dizer que organizamos uma “sociedade”, porque um pacto social em que se exclui, independentemente dos motivos, já não é uma sociedade, mas uma agremiação da qual apenas os seletos podem fazer parte.

Essa realidade não é algo novo, tampouco algo desconhecido. Os séculos de história brasileira mostram que as classes dominantes sempre trabalharam com essa retórica do pacto social, com a malversação do Direito, um dos institutos mais nobres para fazer com que seu poderio dominante se sobreponha aos que não têm como se evadir dos abusos. Exatamente como Marx expôs: se há o tal pacto e contrato social, onde esse está e quem o assinou? A história e seus profetas, como os filósofos alemães expostos por Marx (2015, p. 74-75), são a comprovação de que a ideologia está a serviço dos dominantes para impor e justificar seu domínio sobre dominados. Não é na inépcia dos povos ancestrais que reside a deficiência em sua emancipação, mas no controle estratégico, programado, desenhado para esses, assim como o é para os milhões de brasileiros que não são cidadãos por não terem acesso ao mínimo necessário para sustentar sequer as suas vidas.

Nesse sentido, Darcy Ribeiro (2015, p. 56), há 40 anos, denunciava o que era o chamado de “crise” na Educação brasileira, que de crise nada tinha. Disse ele:

Primeiro, que não é nas qualidades ou defeitos do povo que está a razão do nosso atraso, mas nas características de nossas classes dominantes, no seu setor dirigente e, inclusive, no seu segmento intelectual. Segundo, que nossa velha classe tem sido altamente capaz na formulação e na execução de projeto de sociedade que melhor corresponde a seus interesses. Só que este projeto para ser implantado e mantido precisa de um povo faminto, xucro e feio. [...] a crise educacional do Brasil da qual tanto se fala não é uma crise, é um programa. Um programa em curso, cujos frutos, amanhã, falarão por si mesmos.

É óbvio que os “civilizados” jamais admitiriam, mas toda a deterioração da Educação brasileira e o estratégico esquecimento dos povos ancestrais são só mais um dos muitos projetos de extermínio cultural e psicossocial de vários povos, pessoas que se tornam inconvenientes, um fardo e um estorvo à “sociedade” por não sabermos o que fazer, não sabendo não por desconhecimento, mas pelas inúmeras inconveniências que envolvem admitirmos o quão bárbaros temos sido no modo de organização social que admite somente alguns poucos e exclui milhões. É necessário, para alimentar a ética esmolária (do latim *eleemosyna*, vindo do grego *ἐλεημοσύνη*, que significam dó ou pena), que existam pessoas em situação de miséria e dependência. Essa mentalidade, por sua vez, nutre a mente das pessoas com a anestesia (do grego antigo *αν-*, *an-*, “ausência”; e *αἴσθησις*, *aísthésis*, “sensação”) mental de que são pessoas bondosas, compassivas e amorosas. O seu oposto, a ética social, é exatamente o que as pessoas evitam e repudiam: a compreensão de que é necessário libertar as pessoas dos jugos de pobreza e miséria para que possam ser livres e desfrutar de sua autonomia construída.

O problema é que, estando as pessoas livres e autônomas, a quem se controlará? Qual será o sentido de manipular alguém? O que anestesiará nossas mentes ou hipnotizará nossos sentidos para as realidades brutais: que o Brasil é um país sanguinário, que não tem compaixão de nada ou ninguém e que aqueles que não têm o poder econômico não poderão comprar os recursos para o acesso à justiça, que só é cega ao que lhe convém, mas tem capacidade de olhar cor de pele, saldo bancário e outros fatores os quais não deveriam ser necessários à efetivação dos direitos e realização do justo? Como disse Darcy, para essa sociedade mesquinha e avarenta, é necessário que se culpe o povo pelos problemas e, além de se lhes culpar, é preciso lhes atribuir muitos defeitos, como falta de inteligência, estupidez, mau gosto etc.

No entanto, coloquem-se todos com as mesmas oportunidades, desde o mais simples até o mais nobre, e vejamos se o cérebro humano é tão limitável assim por fatores externos irrelevantes ao aprendizado e à experiência. Qualquer ser humano está apto a aprender e alcançar o sucesso. Poucos, contudo, estão com os

meios disponíveis para isso, porque tais meios são, costumeiramente, recursos econômicos. Assim, os pobres sofrem, os negros sofrem, as mulheres sofrem, os povos ancestrais são esquecidos. Entretanto, quando o assunto é obter a vantagem ou o reconhecimento, surgem inúmeros benfeitores, pessoas piedosas e bondosas, cuja única preocupação é não caírem no esquecimento, e assim fazem suas doações condicionadas às famosas placas elogiosas de agradecimento e reconhecimento.

3.1 O Direito, a retórica e a dialética

Onde, afinal, erramos nessa salada toda, com idas e vindas ao tempo, mostrando que andamos em círculos quando se trata dos povos ancestrais do Brasil? Especialmente os operadores do Direito e membros dos Poderes da República devem atentar a essa questão. O Estado brasileiro é muito bom em escrever leis, mas um desastre em efetivá-las. Infelizmente a razão é evidente: os legisladores, e posteriormente os operadores das leis, são, na sua vasta maioria, os mesmos brancos, não mais jesuítas. Estamos vendo o poder da retórica sobreposto à dialética ao ponto de parecer um desdém o modo como a Educação dos povos ancestrais e a sua própria existência no Brasil são tratadas.

As altas cortes estão trabalhando para os ruralistas, alguns são descendentes de fazendeiros; o Congresso Nacional, quando não é assediado pelo *lobby* do agronegócio, elege membros dessa área da economia para ocuparem suas cadeiras. Isso é uma construção social em que tanto o Legislativo quanto o Judiciário são compostos basicamente de homens brancos e ricos. O Executivo não fica menos deficiente: de todos os presidentes da República que já governaram o Brasil, com exceção dos oito militares que governaram à base da espada ou do terror, tivemos somente cinco presidentes que não eram advogados. Contudo, todos os cinco ou tiveram um vice-presidente advogado, ou ministros principais (Interior, Justiça e Casa Civil) que eram advogados. Assim, nesse panorama histórico é nítido que há algo muito errado não com o Direito, mas com os que o operam; afinal, o Direito é tal qual a religião: sua força e seu poder

emanam da crença que as pessoas nele depositam; essa crença, por sua vez, reside no carisma daquele que fala ou se dirige às pessoas.

Por esse motivo, ficamos muito intrigados se é por meio das instituições do Direito que viria uma possível solução. Exemplo disso é a própria LDB (Lei n. 9.394/1996) vigente. Sobre a Educação dos povos ancestrais, diz essa:

Art. 78. O Sistema de Ensino da União, com a colaboração das agências federais de fomento à cultura e de *assistência* aos índios, desenvolverá programas integrados de ensino e pesquisa, para oferta de educação escolar *bilíngue e intercultural* aos povos indígenas, com os seguintes objetivos:

[...]

Art. 79. A União apoiará técnica e financeiramente os sistemas de ensino no provimento da educação intercultural às comunidades indígenas, desenvolvendo programas integrados de ensino e pesquisa.

§ 1º Os programas serão planejados com *audiência* das comunidades indígenas.

§ 2º Os programas a que se refere este artigo, incluídos nos Planos Nacionais de Educação, terão os seguintes objetivos:

[...]

§ 3º No que se refere à educação superior, sem prejuízo de outras ações, o atendimento aos povos indígenas efetivar-se-á, nas universidades públicas e privadas, mediante a *oferta de ensino e de assistência estudantil*, assim como de estímulo à pesquisa e desenvolvimento de programas especiais. [Grifo nosso].

Ao lermos o texto da lei, e propositalmente grifamos o que pode parecer uma lacuna, indagamo-nos: educação para assistência; bilíngue e intercultural; audiência das comunidades; oferta do ensino superior e assistência? Bem, conhecendo um pouco da obra de Darcy Ribeiro, é muito provável que ele tivesse em mente que todo esse processo acontecesse puramente intertribos, com mero

amparo do Estado, incluindo o bilinguismo entre línguas de matrizes indígenas, que no Brasil podem chegar a 270, segundo o que conhecemos. A questão é: aos povos ancestrais é imposta a necessidade da língua portuguesa por necessidade deles ou nós julgamos isso como necessário? Consideramos esses povos tão ineptos que não possam organizar seu sistema educacional ao ponto de termos que impor o nosso? Somos ingênuos de imaginar que todos os membros das inúmeras etnias são providos de inocência e pureza que não permitiriam a alguns desses, detentores de um conhecimento alheio à comunidade, tornar-se um membro opressor ou corrupto?

Aqui mencionamos que tanto a história quanto a sociologia têm por objeto de análise seres humanos e seus atos em sociedade no decorrer do tempo espiralado; heróis e vítimas são campos deixados para a psicanálise⁷. Infelizmente, jamais saberemos o que Darcy Ribeiro tinha em mente, porque três meses após a promulgação da lei – que foi extremamente custosa, com embates violentos, justamente por ser uma proposta de estender a Educação a todos, desde o nível básico ao superior com qualidade e de maneira gratuita – seu autor veio a falecer. Essa intenção de Darcy foi violentamente combatida em todas as discussões no Congresso Nacional e talvez tenha sido o fator que acelerou o mal físico que o levou à morte. Restaram para falar acerca dela várias pessoas. Como sempre, o Brasil tem um panteão de pessoas esclarecidas que parecem não ver um palmo à frente da testa. Criaram textos, interpretações e inúmeras emendas à lei ao ponto de se dizer que o texto da lei atual já não tem qualquer ligação com o texto original. Necessidades das classes dominantes novamente atendidas.

Que dizer do Judiciário brasileiro, que, em composição com os demais Poderes da República, deveria vir em socorro desses

7 Não afirmamos com isso que a história ou a sociologia sejam neutras ou insensíveis às ações bárbaras de pessoas. Todo este artigo mostra o contrário. Contudo, a função da análise material do assunto requer a busca de fatos, não de simples arquétipos mitológicos (segundo nossa tradição) para culpar ou desculpar pessoas. Caso contrário, até os horrores de Hitler seriam compreensíveis. Tampouco a psicanálise faz esse tipo de exercício de desculpa. Ao contrário, sua função precípua é investigar, compreender e prevenir a fim de mitigar coisas esdrúxulas que já vimos ocorrer várias vezes.

povos vulneráveis? É sob as togas negras do Judiciário que surgem as barbáries mais insanas em prol dos interesses de poucos, algo que não nos causa espanto nenhum. A persistência do Direito contemporâneo em querer se identificar com o Direito Romano, além de cômica, é vergonhosa. O que temos como institutos da lei hoje é a pior versão do Direito Canônico, desde as vestimentas até as práticas parciais, injustas, persecutórias e exclusivistas. Para essa última situação, criou-se o Tribunal do Santo Ofício, sob os cuidados da *Ordo Praedicatorum* (dominicanos), cuja vestimenta distintiva é exatamente a toga negra, até hoje comum nos tribunais do direito “laico” (GILISSEN, 1979, p. 134).

Logo, o Judiciário e o Direito, que são os instrumentos aptos para um equilíbrio social de relações, seja da sociedade civil, seja dos povos ancestrais que a esses mecanismos recorrem para poderem ter direitos essenciais atendidos, necessitam de uma séria reflexão. Há, do ponto de vista sociológico, não apenas uma elitização desses meios. Para Bourdieu, essa relação é ácida e, evidentemente, sua sociologia tornou-se anátema para os juristas. Em 1991 (p. 95), ele espeta o Direito, os juristas e o Judiciário com a expressão “guardiões da hipocrisia coletiva”, pois:

A formulação de uma sociologia do direito pressupõe a superação do dualismo sociologia/direito, resultado de um modo de pensar em geral dualista, criador de antagonismos. Este era o problema epistemológico das ciências sociais que mais perturbava Bourdieu: o pensamento dualista com seus diversos antagonismos, tais como interno/externo, absolutismo/relativismo, verdade/história e, particularmente nas ciências jurídicas, direito como ciência/direito como ideologia, formalismo/instrumentalismo. Para superar esse dualismo nas questões jurídicas, Bourdieu esboçou uma sociologia crítica do direito, cujo objeto é tanto o direito positivo como a teoria jurídica dividida em formalista/instrumentalista. Bourdieu critica o formalismo por considerar o direito um sistema fechado, que se desenvolve historicamente em função da dinâmica interna de seus conceitos e métodos, independentemente do mundo social. Essa crítica visa tanto à Teoria pura do Direito de Kelsen (para quem o direito deve libertar-se de todas as formas de determinação social) como ao sistema legal autorreferencial de Luhmann (segundo o qual o direito se

transforma de acordo com suas próprias leis). O instrumentalismo, por sua vez, é criticado por Bourdieu por conceber o direito e a ciência jurídica como uma expressão direta da determinação econômica e dos interesses dos grupos dominantes. [Tradução nossa].

Assim, os juristas de modo geral atêm-se à formulação bourdiana de *habitus*, como se sua sociologia fosse resumida a somente essa questão. Na verdade, não é comum ou agradável aos “guardiões” ouvir a verdade, pois é fato social que o Direito não socorre os que estão em situação de desolação social, basta visualizarmos que no Brasil os supostos sujeitos de direitos (detentores de direitos e deveres para os romanos) são transformados em personagens de direitos (indivíduos aptos a serem submetidos ao poder de outrem ou uma ordem). Nesse sentido, ocorre algo que na essência do Direito não é sua concepção: pessoas transformadas em atores são coisificadas e, assim, tornam-se inaptas a alcançar seus pretensos direitos.

Particularmente concordamos com a exposição franca da concepção de Bourdieu que não exclui ou execra o Direito, mas expõe a necessidade de seus operadores serem menos burocratas e mais agentes de transformação social. Bourdieu, falando acerca de Luhmann, em 1986, mencionou a razoabilidade de sua teoria, que, aparentemente, é concreta em sua efetivação, no sentido estrito, filosófico de teoria (do grego θεωρία, a observação metafísica que produz concepções de realidade sobre nosso *kosmos*). Portanto, socorrer os povos ancestrais por meio do Direito é algo possível e urgente a fim de preservarmos essa herança de milênios que, para muitos de nós, perpassa o cultural e adentra no genético.

4 Considerações finais

Voltando ao nosso receio inicial, e após essa viagem pelo tempo, de um momento em que os povos ancestrais são vassallos do Reino de Portugal – o que, pelo sistema feudal, implica reconhecimento de propriedade sobre a terra e a doação ao suserano (rei) para obtenção de favores e proteção –, ao que aconteceu no passar dos séculos, ficamos impressionados com o modo como

os assuntos foram estrategicamente conduzidos para se apagar da memória social quem são os nossos povos ancestrais. Prova disso é São Paulo. Um dos bairros mais ricos da cidade leva o nome indígena Moema. Um dos mais pobres, Engenheiro Marsilac, onde há povos ancestrais vivendo, recebeu esse nome em homenagem a um engenheiro da revolução paulista de 1932, embora pudesse levar o nome da tribo que ali reside. E veja que espanto o nosso: além de entregarmos esses à miséria, fazemo-los de atração turística em sua pobreza, ao passo que erguemos junto ao parque do Ibirapuera (nome indígena) um “monumento” às Bandeiras que os exterminaram e devastaram pelo interior do Brasil ou a Pedro Álvares Cabral, que jamais passou ou passaria por ali. Isso é incrível!

Contudo, a nossa preocupação se estende não apenas pelos altos e baixos da história, da qual ninguém escapa. Ficamos mais aturdidos com o fato de que o Direito, em toda sua nobreza e poderio, lutou para socorrer tantos interesses egoístas, especialmente a propriedade privada, que por muitos anos incluiu ter como propriedade uma pessoa, mas não foi capaz de fazer ou refazer o exercício da memória e do resgate para sanar os danos que causamos às multidões que aqui estavam milhares (ou milhões) de anos antes da invasão europeia. Ao contrário, esse tem sido o mecanismo mais útil para causar danos aos povos ancestrais, dando do nosso ponto de vista míope a ideia de legalidade, mas, do ponto de vista humanístico, uma verdadeira imoralidade.

Mesmo as categorias temáticas atendidas pelo Direito Canônico ganharam um nova roupagem: corporativismo, doutrinação, interesses especiais, casos extremos e ofensa contra a honra (essa última é a mais bizarra de todas porque por honra não se trata, como querem fazer acreditar, uma ofensa à pessoa subjetiva, mas sim ofensa ao que a pessoa representa como ente social, sua posição, suas propriedades, seu poder econômico; prova disso é que pobres raramente estão envolvidos nesse tipo de ofensa; os povos ancestrais que foram dizimados, tampouco). Assim sendo, a única coisa que o *Aufklärung* realizou quanto ao Direito foi apagar velas e acender lamparinas, tudo continua exatamente como era.

Isso é irônico porque a expressão alemã *Aufklärung*, desenhada a partir do século XVII, é traduzida como “iluminismo”, embora, em sentido amplo, ela chegue a significar esclarecimento. O conceito kantiniano de esclarecimento é um exercício que possibilita às pessoas emancipação, autonomia e maioridade. Em que sentido? Na concepção ampla de que, embora haja e sempre vá haver entre humanos a diferença, prevalecerá como princípio basilar a liberdade, não a ideológica, relacionada ao físico, corporal, mas a ética, que considera a subjetividade e a individualidade da pessoa como inalienáveis. Essa autonomia é um estado de excelência que garante ao indivíduo a possibilidade de pensar, reflexionar e agir com a possibilidade de reformular sua realidade em consonância com todas as dinâmicas sociais em que ele se encontra inserido.

Os povos ancestrais, por séculos, foram privados de sua autonomia. Inicialmente porque eram chamados amigos da coroa, para atender às necessidades dessa. Posteriormente foram obnublados em nome de um projeto de governo que privilegiou somente a pequena nobreza fabricada no século XIX. O século seguinte foi o tempo de serem esses considerados meros silvícolas e, como tais, dependentes da assimilação e aculturação para serem considerados pessoas independentes. Infelizmente, chegamos ao século XXI sem saber exatamente como conviver com tais povos ou de que maneiras podemos garantir que esses tenham assegurada apenas uma das mais básicas necessidades humanas: o direito de ser.

Assim, vemos que o Direito é um exímio praticante de retórica, com palavras bonitas, discursos embasados, infundáveis leis (cânones) sobre tudo e sem efetividade. É como se estivéssemos patinando na lama. Vemos o esforço extremo, inútil e descabido, mas por estarmos em movimento, apenas nós, acreditamos que fazemos algum avanço. Atualmente, toda a legislação sobre proteção aos direitos dos povos ancestrais, incluindo o direito fundamental à Educação, é uma coletânea de árvores tombadas para satisfação do nosso senso errôneo de justiça, porque, àqueles a quem deveria servir ou ser útil, ainda não foi possível visualizar mudanças significativas.

A menos que passemos ao exercício desagradável da dialética, que inclui, como era comum no Direito Canônico, um *mea-culpa*, atravessaremos mais algumas décadas falando do que nós imaginamos ser a necessidade dessas populações, que, se não fosse sermos nós um estorvo à sua simplicidade complexa, estariam muito bem assistidos por si mesmas. É com a nossa interferência persistente e arrogante que perturbamos sua ordem social, desvirtuando costumes, desestabilizando sociedades e ignorando crenças que superam as nossas em muitos séculos. Se ao menos buscássemos cooperação e convivência, talvez fizesse algum sentido esse esforço todo. Todavia, enquanto a mentalidade for de tutela, que nós devemos tutelar ou curatelar esses povos, incorreremos nos mesmos erros de sempre. Como disse o poeta, seremos “como nossos pais” (BELCHIOR, 1976).

Nosso dever, como irmãos mais jovens, não mais velhos, é dar aos nossos povos ancestrais o espaço, geográfico e social, de que necessitam e assegurar que tenham direito de ser, viver e agir como eles sempre o fizeram. Auxiliá-los na Educação não passa pelo nosso modelo cartesiano, germânico e decaído de escola, que para nós já se mostrou ineficiente e incapaz. Temos escolas cheias, e analfabetos funcionais em iguais proporções. Contudo, uma preocupação premente é quanto às nossas faculdades de Direito. Devem deixar de lado a ênfase na norma kelseniana, que era tão excelente ao ponto de ser o Prof. Kelsen obrigado a fugir da Europa para não morrer, tudo segundo a norma absoluta, monista do Estado. Podemos buscar uma maneira de pensar a Ciência Jurídica. As Faculdades de Normas que hoje temos servem apenas para habilitar os estudantes, em sua maioria, para um exame da Ordem, mas não para serem agentes sociais, como é previsto para uma Faculdade de Direito.

Portanto, esse exercício sobre como buscar meios de efetivar os direitos dos povos ancestrais no Brasil engendrará meios de repensar o que nós estamos fazendo com a nossa Educação. Não podemos auxiliar ninguém em absolutamente nada se o nosso modelo, ultrapassado e decaído, não for também repensado. A Educação que não emancipa, como ensinava Kant, que antes de filósofo era professor, leva ao questionamento, mas não a um questionamento

vazio. Leva ao processo de libertação de amarras ideológicas, mencionadas décadas depois por Marx, que escravizam o pensamento e mantêm as pessoas em eterna menoridade racional. Alcançar a maioria e sua autonomia é o exercício diuturno de pensar, não de decorar regras e normas. Que ajudemos os nossos estudantes a praticarem esse exercício libertador, desprendendo-nos do orgulho e da soberba, da ideia errônea de que necessitamos de “carrapatos humanos” para alimentar nosso ego. É tornar uma pessoa livre e autônoma que permitirá mudarmos o Brasil e darmos aos povos ancestrais a Educação, a sustentabilidade e tudo aquilo que lhes for necessário, não apenas de direito.

Referências

ADORNO, Theodor W.; HORKHEIMER, Max. *Dialética do esclarecimento*. São Paulo: Zahar, 2006.

BELCHIOR. *Alucinação*. Rio de Janeiro: PolyGram, 1976.

BOURDIEU, Pierre. Les juristes, gardiens de l’hypocrisie collective. In: CHAZEL, François; COMMAILLE, Jacques (Orgs.). *Normes juridiques et régulation sociale*. Paris: LGDG, 1991. p. 95-99.

BRASIL. FUNAI. *Direito originário*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/2014-02-07-13-26-02?highlight=WyJkaXJlaXRvIl0=>>>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. *Lei de 7 de novembro de 1831: declara livres todos os escravos vindos de fora do Império, e impõe penas aos importadores dos mesmos escravos*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei_sn/1824-1899/lei-37659-7-novembro-1831-564776-publicacaooriginal-88704-pl.html>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. *Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850: dispõe sobre as terras devolutas do Império*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L0601-1850.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. *Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973*: dispõe sobre o Estatuto do Índio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. *Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996*: estabelece as diretrizes e bases da Educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em: 21 abr. 2017.

_____. IBGE. *Estimativas da população residente no Brasil e unidades da Federação com data referência em 1º julho de 2016*. Disponível em: <ftp://ftp.ibge.gov.br/Estimativas_de_Populacao/Estimativas_2016/estimativa_dou_2016_20160913.pdf>. Acesso em: 27 maio 2017.

DEBORD, Guy. *A sociedade do espetáculo*. Comentários sobre a sociedade do espetáculo. Rio de Janeiro: Contraponto, 2003.

GALVÃO, Patrícia Rehder. *Parque industrial: um romance proletário*. 3. ed. Porto Alegre: Mercado Aberto, 1994.

GILISSEN, John. *Introdução à história do direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1979.

GIANT, J. et al. *The Middle East Process: vision versus reality*. Oklahoma: Oklahoma University Press, 2002.

GODOY, Silvana Alves. Martim Afonso Tibiriçá. A nobreza indígena e seus descendentes nos campos de Piratininga no século XVI. *Recôncavo: Revista de História da Uniabeu*, v. 4, n. 7, p. 191-212, 2014.

LEITE, Serafim. *Cartas dos primeiros jesuítas do Brasil*. São Paulo: Comissão do IV Centenário da Cidade de São Paulo, 1956. Tomo 1.

LÉVI-STRAUSS, Claude. *O cru e o cozido*. 2. ed. São Paulo: Cosac & Naify, 2010. (Coleção Mitológicas).

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. *A ideologia alemã: crítica da mais recente filosofia alemã em seus representantes Feuerbach, B. Bauer e Stirner, e do socialismo alemão em seus diferentes profetas*. São Paulo: Boitempo, 2015.

ORWELL, George. *O triunfo dos porcos*. 2. ed. Lisboa: Europa América, 1996.

PALMELA, José. *O centenário e a vida do marquês de Pombal: estudo biográfico do primeiro gênio político de Portugal*. Lisboa: F. A. Ferreira de Mello, 1883.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

———. *Ensaio insólitos*. 3. ed. São Paulo: Global, 2015.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. *A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia*. São Paulo: Cosac & Naify, 2014.

Formação de professores indígenas como política pública: um estudo sobre a interculturalidade no Projeto Açaí

Aly Orellana

Doutorando no Programa de Pós-Graduação Educação: História, Política, Sociedade da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Mestre em Educação: História, Política, Sociedade pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP). Licenciado em Letras pela Universidade Federal de Rondônia (UNIR). Pesquisador bolsista do CNPq.

Resumo: O tema desta pesquisa foi a formação de professores indígenas no Projeto Açaí, desenvolvido no Estado de Rondônia pela Secretaria de Estado da Educação, por meio do Curso de Magistério Indígena realizado entre 1998 e 2004. O estudo teve por objetivo principal identificar como o Projeto Açaí trabalhou com a interculturalidade no processo de formação de professores indígenas, considerando os diferentes sujeitos envolvidos no processo. Inicialmente analisou o processo de elaboração do projeto pelos órgãos oficiais do Estado de Rondônia e como foi efetivado no currículo. Em seguida realizou a análise da interculturalidade no Projeto Açaí e suas condições para desenvolver práticas interculturais, destacando o bilinguismo e a produção didática, problematizando a atuação dos professores formadores no curso, considerando a complexa relação entre os conhecimentos indígenas e os ocidentais no processo educacional. A pesquisa incluiu a avaliação dos professores indígenas sobre o projeto por intermédio de depoimentos e de questionário articulando a avaliação aos documentos e textos oficiais. A análise dos depoimentos se pautou no referencial teórico da História Oral, estabelecendo a relação entre história e memória.

Palavras-chave: Educação escolar indígena. Interculturalidade. Formação de professores indígenas. Currículo. Bilinguismo.

Abstract: The theme of this research is the formation of indigenous teachers in the Açai Project developed in the State of Rondônia by the State Secretary of Education, through the course of indigenous teaching run between 1998 and 2004. The main goal of this research was to identify how the Açai Project worked on interculturality in the process of formation of indigenous teachers, considering the different subjects involved in the process. Initially it analysed the process of elaboration of the Project by the official organs of the State of Rondônia and how it was effected in the curriculum. Following it realized the analyses of the interculturality in the Açai Project and its ways in developing intercultural practices, highlighting the bilinguism and the didactic production, problematizing the performance of the professors responsible for the course, considering the complex relation between indigenous and Western knowledge in the educational process. The research includes the evaluation of the indigenous teachers about the project by means of statements and a questionnaire articulating the evaluation to the official documents and texts. The analyses of the reports focused on theoretical referential of the Oral History establishing the relation between history and memory.

Keywords: Indigenous school education. Interculturality. Formation of indigenous teachers. Curriculum. Bilinguism.

Sumário: 1 Introdução. 2 A interculturalidade nos cursos de formação. 3 Algumas considerações.

1 Introdução

O presente trabalho faz parte da dissertação apresentada ao programa de Pós-Graduação em Educação: História, Política, Sociedade (EHPS), da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC-SP), cujo título foi: *Formação de professores indígenas em Rondônia: a interculturalidade e seus desafios*. A pesquisa fez uma análise sobre o Curso de Magistério Indígena, realizado entre 1998 e 2004 e desenvolvido no Estado de Rondônia pela Secretaria de Estado da Educação. Fundamenta-se, também, em uma análise iniciada em 2010 no projeto de pesquisa Momentos e Lugares

da Educação Indígena¹: memória, instituições e práticas escolares, desenvolvido pelo Programa EHPS-PUC-SP; DH/USP e DH/UNIFESP-Guarulhos, coordenado pela professora doutora Circe Maria Fernandes Bittencourt.

Trata-se de um tema relativamente novo na história da educação brasileira. As iniciativas no sentido de consolidar propostas de educação escolar entre os povos indígenas também são recentes. As sociedades indígenas, desde os primeiros contatos com a sociedade nacional, conheceram as práticas e os modelos educacionais impostos de acordo com os objetivos de cada instituição e agente. Em primeiro lugar, conheceram as iniciativas de educação das missões religiosas, cujo objetivo principal era a catequese. Historicamente os programas de escolarização nas áreas indígenas foram criados segundo a ideia de que é necessário “fazer a educação do índio” seguindo um modelo transplantado de outro povo, de outro mundo, sem considerar a realidade dos povos indígenas, seus conhecimentos, suas cosmovisões.

Contrastando com a concepção colonialista, etnocêntrica, surgem outras possibilidades que consideram a autonomia dos povos indígenas na condução de seus próprios projetos educacionais. A partir do final da década de 1970 e início da década de 1980, surgiram projetos alternativos, desenvolvidos pelo indigenismo não oficial, com destaque para as organizações não governamentais (ONGs) e o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), que concentrou suas ações na meta da autodeterminação desses povos. A escola, nesse processo, deixou de ser instrumento de imposição e assimilação para se tornar instrumento de afirmação de identidades diferenciadas.

Atualmente, esse modelo alternativo foi encampado pelo Estado e, assim, tornou-se oficial. Passou de local a nacional, de informal a formal, de algo a ser reivindicado a algo a ser oferecido pelo Estado. Grupioni (1995) afirma que, ao ser oficial, a educação escolar indígena tornou-se política pública desenvolvida

1 Esta pesquisa faz parte do projeto Observatório da Educação Escolar Indígena, financiado pela CAPES/INEP/SECAD.

por técnicos governamentais e pode contar com recursos públicos. Oficialmente, a partir da década de 1990, passou a ser uma política oficial do Estado com respaldo da Constituição Federal de 1988, que, respondendo às pressões de movimentos indígenas e indigenistas, assegurou-lhes direitos como o usufruto das terras tradicionalmente por eles ocupadas, a manutenção de seus modos particulares de vida e a educação em seus processos próprios de aprendizagem (CONSTITUIÇÃO FEDERAL, 1988, art. 231).

O professor indígena, nesse processo, é um sujeito novo na história da educação brasileira e, em particular, na história da educação escolar indígena. O leque de atribuições que lhe cabe é muito amplo. O fato de ter acesso aos códigos da sociedade brasileira faz com que se perceba, e com que seja percebido, como elemento crucial na interlocução cultural e política de seu grupo étnico com a sociedade envolvente. É responsabilidade do professor indígena não apenas preparar seus alunos para conhecerem e exercitarem seus direitos e deveres no interior da sociedade brasileira, mas também garantir que seus alunos continuem exercendo amplamente sua cidadania no interior da sociedade indígena à qual pertencem. Conforme Grupioni (1995), esses profissionais indígenas têm demandado, juntamente com suas comunidades, uma formação específica, que lhes permita concluir a escolarização básica e obter uma formação em magistério, de modo que possam exercer uma educação qualificada em benefício das crianças indígenas. Essa formação específica, à qual o autor se refere, está prevista na legislação que trata dos direitos dos índios a uma educação intercultural diferenciada dos demais segmentos da população brasileira.

A formação de índios como professores e gestores das escolas localizadas em terras indígenas é hoje um dos principais desafios e prioridades para a consolidação de uma educação escolar indígena pautada pelos princípios da diferença, da especificidade e da interculturalidade. Grupioni (2003) diz que essa é uma tarefa complexa, que tem encontrado soluções muito diferentes em várias localidades do País e para a qual não há um único modelo a ser adotado, vistas a extrema heterogeneidade e a diversidade de situações

sociolinguísticas, culturais, históricas e de formação e escolarização vividas pelos professores índios e por suas comunidades.

No tocante à política de formação de professores indígenas, entre 1999 e 2001, o MEC convocou profissionais, instituições civis e representantes de órgãos governamentais e universidades para colaborarem na elaboração dos Referenciais para a Formação de Professores Indígenas (BRASIL, 2002). O objetivo foi apresentar referenciais e orientações que pudessem nortear a tarefa de implantação permanente de programas de formação inicial e continuada de professores indígenas dos sistemas de ensino estadual, de modo a atender às demandas das comunidades indígenas e às exigências legais de titulação do professorado em atuação nas escolas indígenas do País.

De acordo com os Referenciais para a Formação de Professores Indígenas, publicado pelo MEC em 2002, um dos problemas centrais são as relações interculturais na formação desses professores. A interculturalidade é um problema, uma vez que, de um lado, temos a cultura nacional com seus saberes universais e, de outro lado, temos a cultura indígena com seus saberes tradicionais. Dessa forma, o problema central da pesquisa é apreender, no Projeto Açaí, os princípios da interculturalidade que dão ênfase ao contato, ao diálogo entre as culturas, à interação, à interlocução, à reciprocidade e ao confronto entre identidade e diferença.

Esta pesquisa tem como base referenciais teóricos da História, em particular da História da Educação, da Antropologia e da Sociologia da Educação, que privilegiam, dentro de uma temática mais ampla sobre políticas educacionais e culturais articuladas aos processos de escolarização, os estudos sobre a formação de professores indígenas a partir da formalização do Estado nas delimitações educacionais propostas pela Constituição Federal de 1988 para os atuais momentos.

Diante do exposto, o objetivo principal da pesquisa foi analisar como o Projeto Açaí trabalhou com a interculturalidade no processo de formação dos professores, considerando os diferentes sujeitos envolvidos no processo. Esta análise visou constatar como o projeto foi elaborado pelos órgãos oficiais do Estado de Rondônia

e realizado pelos professores formadores. Buscou-se dar voz ao professor indígena, com a finalidade de verificar se o Projeto Açáí conseguiu alcançar a interculturalidade, pelo menos em parte, na complicada relação entre os conhecimentos indígenas e os ocidentais.

As questões de pesquisa investigadas foram: O que os professores indígenas estavam pensando sobre sua formação?; Como se caracterizou esse programa de formação de professores indígenas, em especial, no tocante às questões relacionadas à interculturalidade e bilinguismo?; Quais foram as especificidades mais relevantes do curso de formação?

Somando-se aos problemas apontados, podemos citar outras situações: a ausência de pessoal com perfil adequado ao assessoramento pedagógico às escolas e aos professores indígenas leva a alta rotatividade de técnicos no setor, engessando o desenvolvimento do processo ensino-aprendizagem. Matos e Monte (2006), ao identificarem alguns dos principais desafios para a Educação Intercultural Bilingue (EIB) no Brasil, afirmam:

Entre alguns itens da agenda de ações necessárias e urgentes, está a continuação de um trabalho de formação e capacitação em serviço não apenas de professores indígenas em todos os níveis de ensino, mas das instituições e seus profissionais, a partir do confronto crítico entre suas antigas práticas com as novas realidades, incentivando-se a qualificação dos novos atores para a enorme tarefa pública que se apresenta. (MATOS; MONTE, 2006, p. 106).

Sendo assim, justifica-se nesta pesquisa a preocupação em identificar o ponto de vista dos professores indígenas em relação à sua formação. A esse respeito, Bittencourt (2009) postula que a análise histórica desse momento corresponde a estudos sobre as experiências que estão ocorrendo em diferentes “lugares”, conferindo maiores especificidades às distinções entre educação, escola, alfabetização, conhecimentos tradicionais e conhecimentos curriculares. No que diz respeito aos currículos, Bittencourt (1994) nos informa que nenhuma proposta curricular poderá se efetivar sem um trabalho de investigação da realidade social de cada população,

em seu viver na aldeia, que deve tornar-se o centro de uma pesquisa de campo, analisando onde o processo educativo se efetivará. Conclui a autora que a uniformização de propostas curriculares para áreas indígenas torna-se impossível, assim como é impossível limitar-se a elaboração desse conhecimento a especialistas distantes da realidade desses povos. Logo, a criação de um currículo específico não pode se limitar a uma adaptação dos currículos oficiais: tem que haver uma interação entre os saberes indígenas e os ocidentais no processo educativo, levando em conta como e onde esse processo tem ocorrido.

A pesquisa se fundamentou na concepção de interculturalidade integrada ao bilinguismo. A partir dessa concepção foram selecionadas e analisadas as seguintes fontes: documentos escritos oficiais procedentes da Secretaria de Educação de Rondônia (SEDUC-RO), tais como: projeto de implantação do Projeto Açaí I, relatório de aproveitamento de estudos, Constituição Estadual, projetos de leis estaduais que versam sobre a educação escolar indígena, aplicação de 26 questionários e realização de sete entrevistas nas cidades de Ji-Paraná e Porto Velho, em agosto de 2010, com os professores indígenas formados pelo Projeto Açaí. Para a análise da documentação escrita, tomamos por base o *método indiciário* indicado por Carlo Ginzburg, com leituras fundamentadas na distinção entre “textos monológicos (ou monofônicos), dominados pela voz mais ou menos oculta do autor e textos dialógicos (ou polifônicos), que contrapõem visões opostas do mundo, diante das quais o autor não toma partido” (GINZBURG, 2002, p. 88-89). Para a análise das entrevistas nos apoiamos na concepção de História Oral proposta por Alessandro Portelli (2010), que enfatiza as relações entre memória e história, entendendo que a operação histórica requer um movimento não só retrospectivo como também prospectivo, tomando a memória como campo social de reflexão e diálogo, permeado pelas lutas sociais engendradas cotidianamente. Trata-se de estabelecer diálogo aberto com as pessoas e incorporar seus pontos de vista, lidando com as narrativas orais. As análises possibilitam observar e distinguir formas de resistência, ações políticas e estratégias subentendidas nas ações dos agentes do poder educacional.

O Projeto Açáí, Magistério Indígena de Rondônia, foi instituído pelo governo do Estado por meio do Decreto n. 8.516, de 1998, e autorizado no Conselho Estadual de Rondônia (CEE-RO) de acordo com Parecer n. 031/98-CEE-RO, de 26 de maio do mesmo ano, depois de muitas tentativas e negociações por parte dos indígenas e organizações não governamentais do Estado de Rondônia. O projeto atendeu uma grande diversidade linguística e cultural. Inicialmente participaram 128 professores, pertencentes a aproximadamente 30 etnias e falantes de cerca de 23 línguas, formando-se em 2004 a turma única composta de 120 professores indígenas.

No Estado de Rondônia existe uma população indígena constituída por mais de 33 grupos étnicos e 23 línguas distintas, conforme a classificação linguística em tronco, família, línguas e dialetos. No século XVIII, estima-se que no atual Estado de Rondônia havia uma população de mais de 80 mil indígenas de diferentes etnias, ou seja, 14 vezes mais que a população hoje existente. A afirmação está no livro *Panewa* (CIMI-RO, 2003). No Vale do Guaporé viviam aproximadamente 40 mil índios, que, após o contato com os brancos, não resistiram a doenças contagiosas como gripe, sarampo, catapora, caxumba, tuberculose, malária, as quais eles não conheciam antes. Os povos indígenas de Rondônia, a partir do violento processo do contato interétnico, decresceram assustadoramente, chegando-se a registrar menos de quatro mil pessoas na década de setenta (CIMI-RO, 2003). Assim sendo, Rondônia não difere em termos de perspectiva do que se deu no âmbito nacional. Atualmente, a população indígena no estado cresceu e estima-se que está entre 9.000 e 12.000 pessoas, segundo dados dos órgãos governamentais, sem contar os povos desaldeados ou sem contato.

Os números oficiais da população indígena do estado diferem de um órgão para outro devido a uma série de fatores. Para exemplificar, citamos o Censo da FUNAI que contabilizou 9.134 indivíduos (FUNAI, 2003). Por sua vez, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a população indígena no estado é de 10.683 indivíduos (IBGE, 2000).

Para efeito de dados quantitativos, as informações sobre povos indígenas são bastante desencontradas. As informações heterogêneas

e os métodos censitários contraditórios dificultam um conceito mais adequado de identidade étnica. Nesse caso, ressalte-se que muitas vezes não se encontram informações sobre os milhares de índios que vivem nas áreas urbanas, como também aqueles chamados de isolados.

Em decorrência das pressões dos movimentos indígenas e dos grupos de indigenistas que atuavam em Rondônia, o Governo de Valdir Raupp, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), que num ato contraditório, uma vez que sempre apoiou os grupos econômicos do Estado, por meio do Decreto Estadual n. 8.516, de 15 de outubro de 1998, instituiu o Curso de Formação de Professores Indígenas – Habilitação em Magistério em Nível Médio, denominado Projeto Açaí, exclusivo para habilitar docentes leigos em efetivo exercício de regência em sala nas quatro primeiras séries do ensino fundamental das escolas localizadas em terras indígenas de Rondônia.

O projeto se desenvolveu ao longo de seis anos (1998-2004), executado em onze etapas, e uma destas se realizou nas comunidades “Açaí nas Aldeias”. Uma das principais características do projeto foi atender uma grande diversidade linguística e cultural; participaram 128 professores, pertencentes a aproximadamente 30 etnias e falantes de cerca de 23 línguas. Em 2004, formou-se a turma única, composta de 120 professores indígenas.

Por se tratar de uma proposta para formação de professores em contextos tão distintos quanto à língua, à cultura, ao tempo de contato e ao processo de escolarização, levando-se em consideração a necessidade de formação desses professores que já estavam atuando em suas comunidades, não se estabeleceu a necessidade de formação inicial. Este fator intensificou a heterogeneidade das turmas: o curso contou com professores em estágio inicial de alfabetização na Língua Portuguesa e com professores que possuíam ensino médio completo. O corpo docente foi composto por especialistas qualificados, com experiência comprovada em trabalhos de formação com populações indígenas. Foi dada preferência aos consultores que estavam cadastrados no livro intitulado *Cadastro Nacional de Consultores da Educação Escolar Indígena* publicado e organizado pelo MEC. Contou-se com a seguinte estrutura organiza-

cional: Coordenação-Geral, Coordenação de Pólo, Coordenação Regional e Coordenação Local.

Segundo relatório da SEDUC, o Projeto Açaí avançou no objetivo de formar professores indígenas para o magistério, uma vez que além de estes atuarem como docentes nas escolas das comunidades indígenas, ofereceram-se subsídios teóricos necessários para promoção de uma educação escolar voltada para os interesses de cada povo. O principal eixo orientador do curso foi a reflexão crítica sobre a realidade cultural e linguística de cada povo, por meio da construção de projetos políticos pedagógicos específicos e da produção de material didático (RONDÔNIA, 2004).

Analisando o projeto de implantação do Magistério Açaí, percebemos essa preocupação por parte da equipe gestora:

O propósito deste projeto é consolidar uma educação escolar para as populações indígenas de Rondônia coerente com sua diversidade linguística e cultural e com o contexto educacional dessas populações. Para isso, este projeto pretende formar os professores indígenas em nível médio, com ênfase no desenvolvimento de suas habilidades para a pesquisa e produção de material didático específico, através das seguintes ações: curso de magistério; elaboração dos projetos políticos pedagógicos das escolas, com a participação efetiva das comunidades indígenas; formulação de uma política linguística adequada, considerando o processo histórico de cada etnia e as relações interculturais vivenciadas por elas. (RONDÔNIA, 2004).

Desta forma, a equipe interinstitucional de discussão e elaboração do Programa de Formação de Professores Indígenas reconhecia a importância desse processo de formação, cujo objetivo era a qualificação de professores indígenas e a viabilização de uma educação escolar que atendesse às especificidades dos povos do Estado de Rondônia. Resta saber se por parte dos professores indígenas foi entendido da mesma forma, uma vez que os documentos oficiais mostram apenas o ponto de vista de um dos dois lados envolvidos no processo.

Ainda no que se refere ao ponto de vista do governo, analisando o relatório de trabalho da professora formadora, Maria do

Socorro Pimentel da Silva, constatamos a seguinte avaliação sobre o Projeto Açaí:

Apesar dos obstáculos, principalmente, no que diz respeito às dificuldades encontradas nas instituições responsáveis pelo processo educacional do Estado em conceberem a educação escolar indígena como processo intercultural em construção, o Projeto Açaí pode ser considerado um marco divisório para esta categoria de educação em Rondônia. (SILVA, 2003, p. 29).

2 A interculturalidade nos cursos de formação

Vários autores e autoras, nos últimos anos, vêm discutindo os significados, possibilidades e impasses do que vem se denominando *educação intercultural*, apontando semelhanças e distinções com relação às propostas que se apresentam com os prefixos *multi*, *pluri* ou *trans*. Segundo Azibeiro (2006), uma das primeiras formulações da concepção de educação intercultural está vinculada à Declaração sobre a Raça e sobre Preconceitos Raciais, documento da UNESCO de 1978, que propõe “uma educação para a paz e prevenção do racismo”. Esse documento entende a educação intercultural como condição estrutural da educação para sociedades multiculturais. A autora entende interculturalidade como os espaços e processos de encontro/confronto dialógico entre as várias culturas que podem produzir transformações e desconstruir hierarquias. Lugar no qual todas as vozes podem emergir, manifestar-se, (in)fluir.

Como nos lembra Santos (2003, p. 443): “No diálogo intercultural, a troca não é apenas entre diferentes saberes, mas também entre diferentes culturas, ou seja, entre universos de sentido diferentes e, em grande medida, incomensuráveis”.

Referindo-se, principalmente, à dimensão da interculturalidade, ao ler o projeto de implantação do Projeto Açaí, encontramos indícios sobre o conceito:

O propósito deste projeto é consolidar uma educação escolar para as populações indígenas de Rondônia coerente com sua diversi-

dade lingüística e cultural e com o contexto educacional dessas populações. Para isso, este projeto pretende formar os professores indígenas em nível médio, com ênfase no desenvolvimento de suas habilidades para a pesquisa e produção de material didático específico, através das seguintes ações: curso de magistério; elaboração dos projetos políticos pedagógicos das escolas, com a participação efetiva das comunidades indígenas; formulação de uma política lingüística adequada, considerando o processo histórico de cada etnia e as relações interculturais vivenciadas por elas. (RONDÔNIA, 2004).

A educação intercultural é vista como instrumento de inclusão das minorias e de atribuição de poder às populações que estão às margens da cultura dominante. A ideia subjacente a essa visão é a de que, por meio do domínio tanto dos seus códigos específicos como dos códigos “ocidentais” ou nacionais, as minorias poderiam reivindicar um espaço na sociedade e na economia nacionais e globais.

Entretanto, como nos alerta Collet (2003), temos que ter cuidado ao utilizar este conceito para não cometermos equívocos, porque essa mesma ideia de diversidade pode ser utilizada para excluir e para manter os “pobres” à parte das oportunidades econômicas e políticas. Essa educação, que parece voltada para a tolerância e o respeito, na verdade, pode encobrir os profundos conflitos e as estruturas de poder. Por essa razão, precisa-se documentar e avaliar como as ideias ou a retórica da interculturalidade são traduzidas tanto na prática nos cursos de formação de professores como no dia a dia da experiência escolar indígena.

Hoje o termo educação intercultural está muito na moda no Brasil. Em muitos cursos de Magistério Indígena, o termo é usado indiscriminadamente; conforme Silva (2008, p. 108), “[é] importante fazer uma distinção entre interculturalismo funcional e interculturalismo crítico”. A autora faz uma distinção entre esses dois tipos de interculturalismos. O primeiro busca o diálogo sem considerar as causas da assimetria cultural; postula o diálogo intercultural sem dar o devido peso à situação subalterna vivida pelas sociedades chamadas minoritárias, em que o discurso sobre a pobreza é substituído pelo discurso sobre a cultura. O interculturalismo crítico, por sua vez, busca discutir as causas da assimetria cultural;

baseia-se no direito a uma cidadania intercultural, a uma cidadania indígena. Busca desconstruir o diálogo da colonização do poder, do saber, ou seja, da imposição cultural.

Um aspecto central do projeto de educação intercultural está fundamentado no ensino bilíngue. A importância desse tipo de ensino também pôde ser verificada nas respostas dos professores indígenas ao questionário aplicado durante a pesquisa. A questão 2 do referido questionário foi formulada da seguinte maneira:

Sublinhe de três a cinco palavras ou expressões que lembrem o conceito de INTERCULTURALIDADE: diálogo, especificidade, etnocentrismo, bilinguismo, etnicidade, superioridade, relativismo cultural, respeito, relação interétnica, etnoconhecimento.

Constatou-se uma forte relação do bilinguismo com a interculturalidade, o bilinguismo teve 80,8% como sentido atribuído ao conceito de interculturalidade. Diante disso, surge o questionamento de qual deve ser o tipo de bilinguismo concebido nos cursos de formação de professores indígenas.

Silva (2008) constatou que há uma confusão entre ensino de línguas e educação bilíngue. A pesquisadora e linguista faz uma diferenciação da seguinte forma:

Ensino de línguas, pelo menos como é tratado na escola, independentemente da concepção que o fundamenta, refere-se às línguas que, na melhor das hipóteses, consideram suas riquezas, suas especificidades, sua pluralidade, seus contextos de produção. Tem por objetivo ensinar a ler, escrever, produzir e interpretar textos etc. Já educação bilíngüe é um projeto muito mais amplo, do qual fazem parte as línguas, como área de conhecimento específico, e também outros saberes – ciências, arte, cosmologia, visão de mundo – veiculados, evidentemente, por meio das línguas. A educação bilíngüe, portanto não se limita apenas ao estudo de duas línguas. Ultrapassa essa fronteira também na medida em que se reconhece não só o valor intrínseco das línguas, mas se propõe a construir contextos e processos de aproximação, de conhecimento recíproco e de interação entre povos distintos e a trabalhar conflitos, possibilitando a dissolução da subalternidade. (SILVA, 2008, p. 111-112).

Um roteiro básico de entrevista foi elaborado, visando delimitar alguns aspectos, que foram enriquecidos, porém, a partir dos próprios relatos, já que essas entrevistas foram realizadas de forma descontraída. Considerando que reconstruir histórias, situações, acontecimentos, subsidiado pela voz do outro, deve tornar o pesquisador responsável e comprometido com o valor de sua investigação e a difusão de seus resultados para o público leitor, acreditamos que características éticas acompanham essa investigação, uma vez que ao se dar a conhecer por meio da narrativa ao pesquisador, o outro desvela seu universo íntimo e torna-se coautor do conhecimento. Os sete professores entrevistados permitiram o uso das suas entrevistas mediante cartas de cessão assinadas por eles.

Foram selecionados alguns temas que julguei relevantes para efeito de análise no que diz respeito à avaliação que os professores indígenas fizeram sobre o Projeto Açaí. As respostas às dez perguntas possibilitaram que eu os agrupasse em três tópicos fundamentais:

- *As vozes sobre a profissionalização:* os professores já possuíam experiência nas escolas das aldeias, eram contratados em caráter provisório tanto pelo estado quanto pelas prefeituras. Alguns tiveram experiências formativas anteriores em cursos de curta duração. A maioria dos entrevistados ocupam ou ocuparam algum cargo de liderança, tanto em órgãos oficiais como não oficiais. Do ponto de vista da formação, a partir dos depoimentos, percebe-se que o Projeto Açaí foi marcante na vida deles.
- *As vozes sobre o curso:* ao fazer uma avaliação do Projeto Açaí, de modo geral o consideraram como bom, mas se percebe que os professores indígenas não ficaram muito satisfeitos com a qualidade das aulas de boa parte do corpo docente do curso, sugerem que alguns pontos podem ser melhorados, entre eles a qualidade dos professores formadores, que devem ser mais bem preparados e demonstrar mais conhecimento acerca das etnias com que vão trabalhar, trazer novos conteúdos e

não ensinar o que os professores indígenas já sabem. Isso nos remete aos questionamentos levantados por Grupioni, citados no capítulo II da dissertação (ORELLANA, 2011), ao se referir aos cursos de formação de professores indígenas no País. Para o autor não está claro se é viável conseguir estabelecer consensos pedagógicos, curriculares e procedimentos operacionais que possam ser sistematizados e largamente empregados de norte a sul do País e que sejam capazes de atender a extrema diversidade sociocultural e histórica das mais de duzentas etnias indígenas do Brasil. Perante essa constatação, concluímos que o problema da capacitação específica dos professores formadores para ministrar esses cursos não é apenas algo enfrentado pelo Projeto Açaí, mas uma realidade para a maioria dos cursos similares no País.

- *As vozes sobre a interculturalidade*: um ponto que chama a atenção nas entrevistas é o que se relaciona ao significado atribuído ao conceito de interculturalidade pelos professores indígenas. Quando questionados acerca das discussões sobre interculturalidade no decorrer das disciplinas do Projeto Açaí, a maioria não conseguiu precisar exatamente se houve e quais os pontos, mas nas questões subsequentes aparecem alguns aspectos da Educação Intercultural Bilíngue, como a produção de materiais didáticos e o ensino das línguas maternas. Verificamos nas falas deles a realização de atividades e discussões relacionadas à interculturalidade que, graças ao trabalho da memória, recuperam esses acontecimentos que vivenciaram coletivamente.

No que se refere ao ensino de línguas, os professores indígenas relatam que poderiam ter avançado mais no decorrer do curso se os professores formadores tivessem mais conhecimentos das línguas indígenas. Eles nos informam que alguns professores ficavam apenas no plano das traduções da Língua Materna para a Língua Portuguesa, enquanto outros faziam um debate mais profundo, tratando de ensino de segunda língua, trazendo elementos linguísticos que davam um suporte consistente para o debate.

3 Algumas considerações

Este trabalho propôs uma reflexão sobre a formação dos professores indígenas no Projeto Açaí I, estabelecendo as relações entre a proposta oficial e o ponto de vista dos indígenas no que se refere à interculturalidade.

Buscou-se apreender a interculturalidade que fundamenta a educação escolar indígena, em sua vertente de valorização dos etnoconhecimentos, das formas próprias de constituição e transmissão desses saberes e de contextualização às realidades sociolinguísticas de cada povo indígena. No que se refere aos programas de formação de professores indígenas, trabalhamos com a concepção de que esses cursos devem capacitar os professores índios para: a elaboração de currículos e programas específicos para as escolas indígenas; o ensino bilíngue, no que se refere à metodologia e ensino de segunda língua; a condução de pesquisas de caráter antropológico, visando à sistematização e à incorporação dos conhecimentos e saberes tradicionais das sociedades indígenas; e a elaboração de materiais didático-pedagógicos, bilíngues ou não, a serem usados nas escolas instaladas em suas comunidades. A partir dessa perspectiva, concluímos que o Projeto Açaí atendeu alguns aspectos e que particularmente ele se insere na proposta oficial que se limita ao entendimento de que interculturalidade se resume ao bilinguismo. E, mesmo dentro desse aspecto, o Projeto Açaí apresentou alguns problemas: entre eles está aquilo que já foi apontado por Grupioni e outros autores, de que os cursos de formação de professores têm problemas com os próprios formadores, uma vez que os próprios, na sua maioria, não possuem conhecimentos linguísticos suficientes acerca das línguas indígenas com que vão trabalhar.

De modo geral, não há uma formação adequada para os professores em atuação nas escolas indígenas, sejam eles índios ou não índios, que possibilite àqueles a aquisição de conhecimentos para o exercício do magistério dentro de uma proposta escolar que tem por princípios a especificidade, a diferença, a interculturalidade e o bilinguismo.

Em relação ao bilinguismo pudemos verificar que o curso de formação de professores indígenas, apesar de todos os aspectos

não terem sido contemplados, constituiu um importante espaço de reflexão e busca de estratégias pedagógicas e didáticas para tratamento valorativo da língua indígena. Os professores indígenas passaram a cada vez mais usar suas línguas como meio de instrução e objeto de estudo, propiciando a dinamização, revitalização e continuidade de seu uso pelas gerações mais jovens. Isso pôde ser constatado na fala de alguns professores indígenas que participaram do Projeto Açaí. Verificamos que algumas etnias conseguiram iniciar um processo de revitalização de suas línguas que estavam em fase de desaparecimento, outros relatam que conseguiram resgatar suas festas tradicionais que haviam sido deixadas de lado, como no caso dos Arara, que no dia do índio tinham que se deslocar para outras aldeias para comemorar a data, uma vez que eles já não praticavam suas festas.

No que se refere à produção de material didático, apesar de as respostas dos professores não terem sido muito animadoras, houve uma considerável produção. Os professores indígenas relatam que todo esse material não foi publicado pela SEDUC, até hoje eles reivindicam a publicação na íntegra de todo o material que está arquivado no Núcleo de Educação Indígena. Por sua vez, em relação à qualidade dos materiais, pudemos verificar na cartilha publicada pela SEDUC uma concepção de tradução, ou seja, da Língua Indígena para a Língua Portuguesa.

A pesquisa contribuiu para o entendimento que esse curso de formação de professores só foi realizado devido à demanda do próprio movimento indígena e indigenista de Rondônia e que de certa forma as políticas públicas de Rondônia estão sendo pressionadas pelo MEC, uma vez que é o Governo Federal que repassa as verbas para os governos estaduais executarem os cursos de formação. Outro aspecto que ficou claro foi o da não efetivação desses professores: apesar de terem recebido essa formação, e um número considerável estar cursando a licenciatura intercultural, ainda continuam sendo contratados pelos governos estadual e municipal em caráter temporário. Até a finalização da pesquisa não havia sido realizado concurso público para o cargo de professor indígena efetivo.

A pesquisa foi significativa ao colocar as vozes dos professores indígenas porque eles que nos forneceram os elementos para identificação dos reais problemas do Projeto Açaí. Caso contrário, não poderíamos ter tido essa dimensão sobre o curso, principalmente no que se refere à interculturalidade, que na prática não conseguiu superar o interculturalismo funcional, apesar de constar na proposta oficial do Projeto Açaí uma concepção de interculturalismo crítico. Percebe-se na análise das entrevistas dos Professores Indígenas quão grande é a vontade que esses educadores indígenas demonstram em fazer de suas escolas e de seus atos educacionais processos formadores que expressem a afirmação de suas culturas, bem como em discernir, em cada momento histórico, o porquê e o para quê de suas ações pedagógicas. Afirmam que o curso e a convivência com outros povos permitiu-lhes valorizar mais suas culturas, fornecendo elementos pedagógicos para atuar melhor em sala de aula.

Acreditamos que os agentes envolvidos na elaboração e execução desses cursos de formação devem ter bem claro que esse processo formativo, conforme Cavalcante (2003) aponta, constitui um processo inesgotável que se constrói e reconstrói a cada dia, na interlocução com a categoria mais ampla – de professores – num diálogo que deve ter como marca o compromisso, rigorosamente ético, de defesa de uma vida digna e, como projeto e utopia, a construção de um mundo melhor, onde os seres humanos possam expressar e aprimorar a humanidade que os constitui, numa vivência solidária e fraterna.

Cada vez mais, dentro das perspectivas apontadas pelos aportes teóricos dos estudos interculturais e do que as vozes dos professores indígenas desvelaram, fica claro que é necessário se estabelecer uma educação diferenciada por demanda, ou seja, entender que dentro da diversidade cultural existem diferenças, logo, povos com demandas educacionais e sociais específicas. A educação tem-se constituído como um instrumento importante de resistência para os povos indígenas e outras minorias.

Neste trabalho procuramos nos aproximar das questões que envolvem os cursos para o Magistério Indígena, ora buscando res-

postas, ora reformulando questões. Mais do que certezas sobre um campo em plena constituição, esperamos que esta pesquisa contribua para o debate da formação de professores indígenas no País, que passa por um momento de expansão quantitativa e pela diversificação das experiências desses cursos.

Referências

AZIBEIRO, Nadir Esperança. *Educação intercultural e comunidades de periferia: limiares da formação de educador@s*. 2006. Tese (Doutorado em Educação) – Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2006.

BITTENCOURT, Circe Maria Fernandes. O ensino de história para populações indígenas. *Em Aberto*, Brasília, ano 14, n. 63, p. 105-116, jul./set. 1994.

_____. Projeto de pesquisa – Momentos e Lugares da Educação Indígena: memória, instituições e práticas escolares. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <http://www.pucsp.br/sites/default/files/download/posgraduacao/programas/ehps/momentos_lugares_ed_indigena.pdf>.

BRASIL. Presidência da República. Decreto n. 26, de 4 de fevereiro de 1991. Dispõe sobre a Educação Indígena no Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 5 fev. 1991.

_____. Ministério da Educação. *Diretrizes para a Política Nacional de Educação Escolar Indígena*. Brasília: MEC/SEF, 1994.

_____. Ministério da Educação. *Referenciais para a Formação de Professores Indígenas*. Brasília: MEC/SEF, 2002.

_____. Ministério da Educação. *Referencial Curricular Nacional para as Escolas Indígenas*. Brasília: MEC/SEF, 2002.

CAVALCANTE, Lucíola Inês Pessoa. Formação de professores na perspectiva do Movimento dos Professores Indígenas da Amazônia. *Revista Brasileira de Educação*, n. 22, p. 14-24, 2003.

CIMI-RO. *Panewa especial*. Porto Velho: Conselho Indigenista Missionário – Regional Rondônia, 2003.

COLLET, Célia Letícia Gouvêa. Interculturalidade e educação indígena: um breve histórico. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (Org.). *Formação de professores indígenas: repensando trajetórias*. (Coleção Educação para Todos). Brasília: Ministério da Educação e UNESCO, 2003. p. 11-37.

GINZBURG, Carlo. *Mitos, emblemas, sinais*. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2002.

GRUPIONI, Luís Donisete Benzi. Livros didáticos e fontes de informações sobre as sociedades indígenas no Brasil. In: SILVA, Aracy Lopes da; GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (Orgs.). *A temática indígena na escola: novos subsídios para professores de 1º e 2º graus*. Brasília: MEC/MARI/UNESCO, 1995. p. 481-493.

_____. Experiências e desafios na formação de professores indígenas no Brasil. *Em Aberto*, Brasília, v. 20, n. 76, p. 13-18, fev. 2003.

MATOS, Kleber Gesteira; MONTE, Nietta Linderberg. O estado da arte da formação de professores indígenas no Brasil. In: GRUPIONI, Luís Donisete Benzi (Org.). *Formação de professores indígenas: repensando trajetórias*. (Coleção Educação para Todos). Brasília: Ministério da Educação e UNESCO, 2003. p. 69-111.

ORELLANA, Aly David Arturo Yamall. *Formação de professores indígenas em Rondônia: a interculturalidade e seus desafios*. 2011. Dissertação (Mestrado em Educação) – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2011.

PORTELLI, Alessandro. *Ensaio de história oral*. São Paulo: Letra e Voz, 2010.

RONDÔNIA. Secretaria de Estado da Educação. *Projeto Açaí I: Programa de Formação de Professores Indígenas de Rondônia*. PRODEF/SEDUC, Porto Velho, RO, jun. 2004.

_____. Secretaria de Estado da Educação. Conselho Estadual de Educação. Parecer n. 31, de 26 de maio de 1998. Porto Velho, RO, 26 maio 1998.

SILVA, Maria do Socorro Pimentel da. Relatório de trabalho da disciplina de práticas de ensino turma 03. In: *Relatório Geral do Projeto Açaí Etapa VIII: Curso de Formação de Professores Magistério Indígena*. PEEI/SEDUC, Porto Velho, RO, jul. 2003. (Disponível em CD-ROM).

_____. *Fronteiras etnoculturais: educação bilíngue e suas implicações*. In: ROCHA, Leandro Mendes; BAINES, Sthepen Grant (Coords.). *Fronteiras e espaços interculturais: transnacionalidade, etnicidade e identidade em regiões de fronteira*. Goiânia: UCG, 2008. p. 107-117.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003. p. 427-462.

Tombamento: regime jurídico e a diminuta quantidade de culturas afro-brasileiras, indígenas e de comunidades tradicionais em Sergipe¹

Marília Mendonça Morais Sant'Anna

Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (Dinter-Unit) na linha de pesquisa “A Cidadania Modelando o Estado”. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora universitária e advogada.

Mario Jorge Tenorio Fortes Junior

Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (Dinter-Unit) na linha de pesquisa “A Cidadania Modelando o Estado”. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor universitário e advogado.

Resumo: A proteção constitucional ao meio ambiente, nos moldes do art. 225, impõe deveres de tutela ao Poder Público e à coletividade, bem como assegura o meio ambiente como direito fundamental de natureza difusa. Por sua vez, a definição de meio ambiente ultrapassa a proteção do meio ambiente natural, incluindo, para fins deste estudo, a proteção constitucional ao meio ambiente histórico e cultural (arts. 215 e 216) e a tutela internacional decorrente da condição brasileira de país signatário da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, realizada em 1972. Nesse sentido, o tombamento apresenta-se como um dos instrumentos legais viabilizadores da tutela da cultura e da história de indígenas, afro-brasileiros e das comunidades tradicionais. Por esta

1 Resumo apresentado para o Grupo de Trabalho “Direito à cidade e combate à pobreza”.

razão, o presente artigo busca demonstrar a relevância da utilização desse instrumento administrativo na tutela dos direitos das minorias (especialmente o direito à identidade), bem como sua aplicabilidade prática, partindo da realidade vivenciada no Estado de Sergipe.

Palavras-chave: Cultura. Minorias. Tombamento.

Abstract: The constitutional protection to the environment, in the mold of art. 225, imposes duties of protection to the Government and to community, as well as ensures the environment as a fundamental right of diffuse nature. In turn, the environment definition goes beyond the protection of the natural environment, including, for purposes of this study, the constitutional protection to the historical and cultural environment (art. 215 and 216) and the international protection resulting from the Brazilian condition of signatory country of the Convention concerning the Protection of the World Cultural and Natural Heritage, held in 1972. In this sense, the register as a cultural heritage presents itself as one of the legal instruments that enables protection of culture and history of indigenous, Afro-Brazilian and traditional communities. For this reason, this article seeks to demonstrate the importance of using this management tool in the protection of minority rights (especially the right to identity) as well as its practical applicability, starting from the reality experienced in the State of Sergipe.

Keywords: Culture. Minorities. Register as cultural heritage.

Sumário: 1 Introdução. 2 Exclusão e desigualdade e o papel do Estado. 3 Do tombamento como instrumento de política pública de combate à exclusão e à pobreza e sua utilização no Estado de Sergipe. 4 Resultados da pesquisa – levantamento dos tombos em Sergipe. 5 Conclusão.

1 Introdução

O presente artigo tem como objeto de estudo a necessidade de criação de mecanismos capazes de exigir do Poder Público a proteção ao patrimônio histórico e cultural das culturas afro-brasileiras, indígenas e das comunidades tradicionais. Para tanto, realizou-se

pesquisa sobre o procedimento de tombamento feito no Estado de Sergipe e, a partir da tabulação desses resultados, foi possível identificar quais os bens jurídicos tutelados pelo referido ente e como ele se posiciona em relação ao patrimônio histórico e cultural afro-brasileiro, indígena e das comunidades tradicionais.

Assim, elaborou-se o presente estudo com o objetivo de demonstrar que compete ao Estado proteger o meio ambiente cultural e histórico de grupos sociais excluídos, tais como culturas afro-brasileiras, indígenas e comunidades tradicionais.

Ademais, pretende-se verificar como o procedimento de tombamento é conduzido no Estado de Sergipe e quais são os bens jurídicos e interesses tutelados. Mostra-se tal estudo medida de grande relevância, pois não apenas irá assegurar o direito à informação, mas, sobretudo, poderá, caso identificadas omissões estatais, viabilizar a adoção das providências necessárias à defesa desses grupos.

Nesse sentido, o estudo se enquadra no grupo de trabalho “Direito à cidade e combate à pobreza”, pois reflete aspectos relativos às cidades contemporâneas e às lutas sociais que compõem a disputa por políticas públicas que atendam aos direitos sociais e ambientais de grupos sociais excluídos da proteção pública de sua cultura e história.

Optou-se pelo método de abordagem dialética unindo aspectos relativos à proteção da história e da cultura da população afro-brasileira, indígena e das comunidades tradicionais, realizando-se o tratamento jurídico do procedimento de tombamento e, por fim, a avaliação da condução desse procedimento no Estado de Sergipe.

Quanto à metodologia, este estudo se baseia nos métodos monográfico e tipológico, destacando-se que o uso do método monográfico está presente na exploração aprofundada dos temas indicados acima. Foram utilizados como técnica de pesquisa os escritos de livros, revistas, artigos científicos e demais publicações, com a finalidade de contextualizar a necessidade de uso do tombamento como instrumento hábil à tutela do patrimônio cultural e histórico das culturas afro-brasileiras, indígenas e das comunidades tradicionais.

O presente projeto foi construído a partir das seguintes hipóteses iniciais: necessidade de tutela estatal do patrimônio histórico e cultural dessas populações; uso do tombamento como instrumento administrativo apto à garantia do direito fundamental à tutela; viabilidade da implementação dessa sistemática no Estado de Sergipe.

De posse dessas informações, definiu-se como objetivo geral deste artigo demonstrar a necessidade de utilização do regime de tombamento para viabilizar a tutela estatal do patrimônio histórico e cultural das populações afro-brasileiras, indígenas e das comunidades tradicionais.

Por sua vez, os objetivos específicos refletem as hipóteses levantadas, razão pela qual destacam-se: I) identificar o papel do Estado na tutela da história e da cultura dos povos indígenas, afro-brasileiros e das comunidades tradicionais; II) apresentar a importância da utilização do tombamento como instrumento adequado à tutela do direito fundamental discutido no presente artigo; III) avaliar o comportamento adotado no Estado de Sergipe e identificar os bens jurídicos protegidos pela sistemática de tombamento.

Dessa forma, este artigo aborda a relação entre exclusão e desigualdade e o papel do Estado, bem como a possibilidade de aliar o combate conjunto aos dois problemas mediante a implementação de política pública com duplo objetivo. Para tanto, identificou-se o tombamento como o instrumento mais adequado. Por fim, dada a importância do tombamento no combate conjunto à exclusão e à desigualdade, observou-se a ineficácia desse instrumento em terras sergipanas, o qual se limita a poucas ocorrências e possui viés predominantemente religioso.

2 Exclusão e desigualdade e o papel do Estado

Conforme leciona Boaventura de Souza Santos (2005, p. 11), a exclusão é um processo histórico, um fenômeno cultural e social no qual uma determinada cultura tenta se impor sobre as demais em diferentes graus, variando entre a integração subordinada e o seu extermínio (grau extremo).

Prossegue o referido autor destacando que desigualdade e exclusão podem estar acopladas entre si, podem se combinar mediante práticas sociais, ideologias e demais atitudes, tanto no cenário nacional quanto no sistema mundial (SANTOS, 2005, p. 11-14).

Nesse sentido, compete ao Estado moderno implementar políticas públicas voltadas à redução da exclusão e da desigualdade, especialmente atrelando a política de inclusão social com outras de natureza cultural e educacional.

Para tanto, inicialmente é preciso observar que a expressão “política pública” possui definição em órgãos oficiais², embora seja objeto de debates doutrinários, podendo incluir o campo de atividade, propósito político ou mesmo um programa de ação. Por essa razão, adotar-se-á no presente artigo a definição de Maria Paula Dallari Bucci, que defende políticas públicas como “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados” (BUCCI, 2006, p. 241).

Por sua vez, embora sejam diversos os instrumentos para implementação de uma política pública, esta ficará caracterizada apenas quando houver participação do Estado – promoção ou chancela (DUARTE, 2013, p. 18).

Trata-se, pois, de mecanismos para concretização de direitos mediante atuação do Estado (BERCOVICI, 2006, p. 144)³. Nos

2 Segundo o Ministério da Saúde, “políticas públicas configuram decisões de caráter geral que apontam rumos e linhas estratégicas de atuação governamental, reduzindo os efeitos da descontinuidade administrativa e potencializando os recursos disponíveis ao tornarem públicas, expressas e acessíveis à população e aos formadores de opinião as intenções do governo no planejamento de programas, projetos e atividades” (MINISTÉRIO DA SAÚDE. *Política nacional de plantas medicinais e fitoterápicos*. Brasília, 2006, p. 9).

3 Para Bercovici (2006, p. 144), “[o] próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública. O desenvolvimento econômico e social, com a eliminação das desigualdades, pode ser considerado como a síntese dos objetivos históricos nacionais”.

países em desenvolvimento, observa-se certa majoração do papel do Estado, pois recaem sobre o governo as funções de “organizar a alocação dos meios públicos, dirigir e executar a Administração Pública e, mais importante, coordenar e planejar a ação coletiva, em diversos níveis e abrangências” (BUCCI, 2013, p. 16).

No caso em tela, a atuação estatal poderá ocorrer mediante intervenção sobre o domínio econômico desenvolvendo atividades de direção ou indução; intervenção no domínio econômico atuando como agente executor de atividades em regime exclusivo (absorção) ou concorrencial (participação); ou, por fim, mediante planejamento como técnica de racionalização do investimento público e do desenvolvimento de uma determinada região.

Essa interferência do Estado no domínio econômico ocorre de três maneiras diversas, segundo Celso Antônio Bandeira de Mello (2012, p. 810): a) pelo poder de polícia, expresso por intermédio da edição de atos normativos, a exemplo de leis, decretos, regulamentos, portarias etc. O Estado exerceria a fiscalização e o planejamento, visando influenciar a atividade privada; b) diretamente, mediante a produção de bens e a prestação de serviços por pessoas jurídicas criadas para atender esses objetivos; e c) por meio dos benefícios tributários ou financeiros concedidos à iniciativa privada.

No caso concreto, busca-se do Estado que, racionalizando os investimentos em políticas públicas, implemente projeto consistente na realização de tombamentos de áreas que representem a cultura das minorias, ou seja, de grupos sociais discriminados, subjugados, ainda que majoritários em quantitativo populacional.

A realização de tombamento dessas áreas, além de proteger a cultura e a identidade de tais grupos sociais, pode ser utilizada como um programa de inclusão social, possibilitando aos beneficiários do tombamento o direito ao recebimento de renda mínima suficiente para assegurar-lhes a sobrevivência digna e permitir a manutenção dos bens tombados.

3 Do tombamento como instrumento de política pública de combate à exclusão e à pobreza e sua utilização no Estado de Sergipe

Compulsando o ordenamento jurídico brasileiro, observa-se a tentativa de proteger a cultura e a história dos grupos sociais brasileiros, incluindo aqueles que representam minorias.

O art. 225 da Constituição Federal estabelece que o meio ambiente ecologicamente equilibrado é um dever do Estado e da sociedade, e, entre as espécies de meio ambiente, encontram-se o histórico e o cultural. Assim sendo, a tutela desse direito é um dever do Estado a ser assegurado pelos diversos instrumentos jurídicos, especialmente pela adoção da sistemática de tombamento.

Ademais, além do fundamento citado, cumpre aduzir que a tutela da cultura das minorias (afro-brasileiras, indígenas e de comunidades tradicionais) encontra-se devidamente fundamentada na Constituição, especialmente nos arts. 215 e 216, e na tutela internacional decorrente da condição brasileira de país signatário da Convenção para a Proteção do Patrimônio Mundial, Cultural e Natural, criada em 1972. Nesse sentido, o tombamento apresenta-se como um dos instrumentos legais viabilizadores da tutela da cultura e da história de indígenas, afro-brasileiros e de comunidades tradicionais.

A Constituição Federal estabelece o direito de propriedade (art. 5º, XXII), mas condiciona seu exercício à satisfação de uma função social (art. 5º, XXIII). Assim sendo, para o uso e o gozo dos bens e riquezas particulares, o Poder Público impõe normas e limites e, quando o interesse público o exige, intervém na propriedade privada por meio do exercício do poder de polícia.

Por sua vez, entende-se por intervenção na propriedade privada todo ato do Poder Público que compulsoriamente retira ou restringe direitos privados ou sujeita o uso de bens particulares a uma destinação de interesse público. Essa intervenção na propriedade particular pode ocorrer mediante diferentes instrumen-

tos, tais como: limitações administrativas, ocupação temporária, tombamento, requisição, servidão administrativa e desapropriação.

Especificamente quanto ao tombamento, este pode ser conceituado como forma de intervenção limitadora da propriedade privada visando à preservação de bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico, estando regulado pelo Decreto-Lei n. 25/1937 e podendo incidir sobre bens públicos ou privados, sendo no caso destes últimos de forma voluntária ou compulsória.

O proprietário de bens tombados poderá solicitar o repasse de verbas públicas relativas à Lei de Incentivo à Cultura e outras transferências legalmente disciplinadas, valores que poderão incluir as despesas necessárias à restauração e à conservação dos bens, bem como o montante necessário à sobrevivência digna dos grupos populacionais excluídos.

Para tanto, é preciso realizar um levantamento das legislações (federal, estaduais e municipais), de forma a verificar a possibilidade de apresentar projetos para promover as alterações legislativas necessárias à implementação de política pública com o duplo objetivo proposto.

Assim sendo, diante da importância desse mecanismo, procedeu-se à pesquisa sobre a quantidade de tombamentos realizados no Estado de Sergipe, buscando-se apurar quais os critérios adotados pelos entes públicos especificamente envolvidos na realização desse procedimento em relação a bens de culturas afro-brasileiras, indígenas e de comunidades tradicionais, e se Estado e sociedade estão cumprindo seu dever constitucional de assegurar a tutela da história e da cultura das minorias.

Nesta pesquisa, observou-se que não existe tombamento federal de bens de cultura indígena, afro-brasileira ou de comunidades tradicionais nos Livros do Tombo de Sergipe, e que não há nenhum registro de templos de religiões africanas, terreiros, áreas indígenas, costumes, festas, tradições, casas, sobrados que tenham qualquer ligação com as culturas mencionadas. Todavia, em compensação, observam-se diversos tombamentos de igrejas católicas, capelas, sobrados e prédios públicos fortemente vinculados à cultura branca europeia de famílias tradicionais de Sergipe.

Por sua vez, o Estado de Sergipe, embora de forma tímida, procedeu ao tombamento de alguns bens de culturas afro-brasileira e indígena, tais como o Terreiro Filhos de Obá, em Laranjeiras, e a Fonte dos Caboclos, em Cristinápolis. Esses poucos casos refletem as prioridades culturais estatais, concentradas majoritariamente em igrejas católicas, prédios públicos e sobrados associados às famílias tradicionais sergipanas nessa mesma esfera. Portanto, o conhecimento desses dados viabiliza um controle social e institucional dos entes públicos que não cumprem com seus deveres de tutela da história e da cultura das comunidades tradicionais, indígenas e afro-brasileiras.

4 Resultados da pesquisa – levantamento dos tombos em Sergipe

Neste item será exposto o levantamento dos bens tombados em Sergipe, seja na esfera federal, seja na municipal, possibilitando a identificação e a comparação do número de bens tombados de origem indígena ou afro-brasileira em relação a outros bens, como templos cristãos, prédios públicos, entre outros.

O registro de bens tombados é feito em um dos quatro Livros do Tombo, a depender de suas características e da categoria à qual pertencem. São eles: Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico; Livro das Artes Aplicadas; Livro das Belas Artes; e Livro Histórico.

O primeiro deles, denominado Livro Arqueológico, Etnográfico e Paisagístico, destina-se ao registro dos sítios e coisas pertencentes às pesquisas arqueológicas, etnográficas, ameríndia e popular, bem como de monumentos naturais e paisagens. Nesse cenário, identificou-se o registro federal do conjunto arquitetônico, urbanístico e paisagístico das cidades de São Cristóvão e Laranjeiras.

O segundo, Livro das Artes Aplicadas, destina-se ao registro de bens de grande relevância; neste segmento, não há registro de qualquer bem sergipano.

O terceiro, denominado Livro das Belas Artes, é destinado à arte erudita. Nesse livro, identificou-se a existência de 24 bens tombados (em 20 registros), todavia nenhum exclusivamente deste

segmento, mas registrados de forma concomitante no livro quatro, Livro Histórico.

Para facilitar a compreensão, são listados os 27 bens sergipanos tombados em 23 registros no Livro Histórico, destacados com o sinal (*) aqueles inscritos concomitantemente no Livro das Belas Artes e no Livro Histórico.

LOCAL	BEM TOMBADO	INSCRIÇÃO	PROCESSO
Divina Pastora	Igreja Matriz de Nossa Senhora Divina Pastora*	195	0290-T-41
Estância	Casa à Praça Rio Branco, 35	346	0679-T-62
Itaporanga D'ajuda	Casa de Tejupeba e Capela do Colégio	213	0289-T-41
Laranjeiras	Engenho Retiro: Casa e Capela de Santo Antônio*	231	0297-T-41
Laranjeiras	Igreja de Comandaroba*	207	0299-T-41
Laranjeiras	Igreja Matriz do Coração de Jesus*	199	0294-T-41
Laranjeiras	Engenho Jesus, Maria, José: capela*	209	0308-T-42
Nossa Senhora do Socorro	Igreja Matriz de Nossa Senhora do Perpétuo Socorro*	201	0296-T-41
Riachuelo	Engenho Nossa Senhora da Penha: capela*	208	0308-T-42
Santo Amaro das Brotas	Engenho Caieira: Capela de Nossa Senhora da Conceição*	232	0300-T-41
Santo Amaro das Brotas	Igreja Matriz de Santo Amaro*	200	0295-T-41
São Cristóvão	Sobrado à Rua das Flores*	228	0309-T-42

LOCAL	BEM TOMBADO	INSCRIÇÃO	PROCESSO
São Cristóvão	Engenho Poxim: Capela de Nossa Senhora da Conceição*	225	0298-T-41
São Cristóvão	Convento e Igreja de Santa Cruz*	184	0303-T-41
São Cristóvão	Convento e Igreja do Carmo*	211	0301-T-41
São Cristóvão	Igreja e Casa de Misericórdia*	230	0302-T-41
São Cristóvão	Igreja da Ordem Terceira do Carmo*	212	0304-T-41
São Cristóvão	Igreja de Nossa Senhora do Amparo	343	0675-T-62
São Cristóvão	Igreja de Nossa Senhora do Rosário dos Homens Pretos*	198	0293-T-41
São Cristóvão	Sobrado à Rua Castro Alves, 2*	226	0306-T-42
São Cristóvão	Sobrado do Balcão Corrido*	227	0307-T-42
São Cristóvão	Igreja Matriz Nossa Senhora das Vitórias*	197	0292-T-41
Tomar do Geru	Igreja de Nossa Senhora do Socorro*	196	0291-T-41

Destes, apenas 4 registros não possuem vinculação com aspecto religioso de viés católico e nenhum deles possui relação com culturas afro-brasileira, indígena ou com comunidades tradicionais.

Há ainda um quinto livro, o de bens registrados como Patrimônio Cultural do Brasil, no qual se insere o Modo de Fazer Renda Irlandesa em Sergipe, no município de Divina Pastora. Deve-se destacar ainda para a Praça São Francisco, em São Cristóvão, reconhecida como Patrimônio Mundial.

Por fim, expõem-se aqui os bens reconhecidos como de interesse cultural:

LOCAL	BEM TOMBADO
Boquim	Estação Ferroviária de Boquim
Boquim	Caixa D'Água
Boquim	Casa do Maquinista em Boquim
Boquim	Casa do Agente Ferroviário em Boquim
Propriá	Estação Ferroviária Velha de Propriá (Tiro de Guerra)
Propriá	Terreno da Estação Velha de Propriá
Aracaju	Área do Pátio Ferroviário de Aracaju, onde estão os Galpões
Aracaju	Rotunda do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Galpão Carpintaria do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Galpão Torneiros do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Galpão Ferraria do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Galpão Recuperação do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Galpão Ferramentas do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Caixa D'Água do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Estação Ferroviária de Aracaju
Boquim	Estação Ferroviária de Boquim
Boquim	Caixa D'Água
Boquim	Casa do Maquinista em Boquim
Boquim	Casa do Agente Ferroviário em Boquim
Propriá	Estação Ferroviária Velha de Propriá (Tiro de Guerra)
Propriá	Terreno da Estação Velha de Propriá
Aracaju	Área do Pátio Ferroviário de Aracaju, onde estão os Galpões
Aracaju	Rotunda do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Galpão Carpintaria do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Galpão Torneiros do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Galpão Ferraria do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Galpão Recuperação do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Galpão Ferramentas do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Caixa D'Água do Pátio Ferroviário de Aracaju
Aracaju	Estação Ferroviária de Aracaju

Diante do exposto, observa-se que, na esfera federal, inexistente tombamento de bens de cultura indígena, afro-brasileira ou de comunidades tradicionais nos Livros do Tombo de Sergipe, ou seja, não se encontra registrado nenhum tipo de templo de religiões africanas, terreiros, áreas indígenas, costumes, festas, tradições, casas, sobrados que tenham qualquer ligação com as culturas mencionadas. Em contrapartida, veem-se nesses livros inúmeras igrejas católicas, capelas, sobrados e prédios públicos totalmente vinculados à cultura branca europeia, notadamente de famílias tradicionais sergipanas.

Na esfera estadual, por sua vez, é possível observar o tombamento de bens de cultura afro-brasileira e indígena, mas de maneira muito tímida e em número inferior ao de igrejas católicas, prédios públicos e sobrados associados às famílias tradicionais sergipanas nessa mesma esfera.

A fim de ilustrar tal disparidade, expõe-se a seguir um gráfico do artigo “Elite intelectual e patrimônio cultural no Conselho Estadual de Cultura de Sergipe” (PASSOS; NASCIMENTO, 2013).

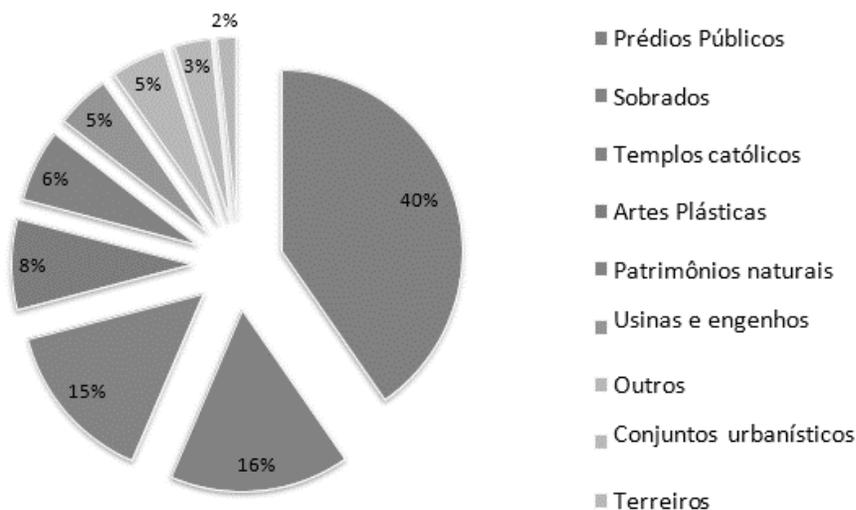


Gráfico 1: Composição da lista de bens tombados em Sergipe em nível estadual (fonte: GOVERNO DE SERGIPE. *Monumentos Sergipanos: bens protegidos por lei e tombados através de decretos do governo estadual*. Aracaju: Sercore, 2006).

Diante do exposto, resta evidenciado que o tombamento é um importante instrumento de proteção histórico-cultural, tanto na esfera federal quanto nacional. No entanto, os dados tabulados permitem a conclusão de que: a) na esfera federal, a proteção se concentrou em aspectos religiosos, estando ausente qualquer proteção ao patrimônio histórico e cultural afro-brasileiro, indígena e das comunidades tradicionais; e b) na esfera estadual, embora haja maior diversidade de bens jurídicos tutelados pelo instituto do tombamento, a proteção ao patrimônio histórico e cultural afro-brasileiro, indígena e das comunidades tradicionais é mínima, quase inexpressiva.

Identificados os dados, deve-se passar a questionar as razões e os critérios adotados na definição do instituto do tombamento. Estar-se-ia diante de um cenário em que inexisteriam bens representativos das culturas afro-brasileiras, indígenas e das comunidades tradicionais? Trata-se de bens que sofrem maiores barreiras legais ou governamentais para sua proteção na sistemática de tombamento? Ou será que inexiste uma política pública que contemple a proteção dessas culturas?

Acredita-se que o presente levantamento possa servir como ponto de partida para um debate mais profundo sobre o tema e que os questionamentos formulados possam ser desenvolvidos por aqueles que desejam que a proteção do patrimônio histórico-cultural brasileiro vá além de aspectos relativos à Igreja Católica ou à cultura europeia, contemplando a proteção das minorias.

5 Conclusão

Pobreza (desigualdade) e exclusão são fenômenos que se acoplam entre si, atingindo mais gravosamente as minorias sociais, tolhidas de oportunidades de desenvolvimento e sufocadas em sua cultura. Por essa razão, é dever do Estado promover políticas públicas que alcancem essas duas mazelas, atrelando a inclusão social com a tutela cultural e educacional.

Assim sendo, a racionalização dos investimentos em políticas públicas deve orientar a atuação do Estado, de forma a permitir a

adoção de instrumentos capazes de satisfazer os aspectos relativos à inclusão social e à proteção da cultura e identidade das minorias. E, nesse cenário, o tombamento se apresenta como o instrumento ideal de intervenção limitadora da propriedade privada, visando à preservação de bens de valor cultural, histórico, arqueológico, artístico, turístico ou paisagístico.

Além da tutela histórica e cultural, a possibilidade de recebimento de repasses públicos para a restauração e a conservação desses bens pode servir como instrumento relevante de inclusão social dos prejudicados pela exclusão. Para tanto, faz-se necessário implementar modificações legislativas que assegurem o repasse de valores que contemplem duplo objetivo: assegurar a sobrevivência digna de pessoas excluídas e preservar o patrimônio histórico e cultural das minorias.

Além de promover a reforma legislativa citada, é preciso rever a postura estatal relativa à aplicação do instituto. Especificamente em Sergipe, foi identificada a inexistência de tombamento federal de bens de cultura indígena, afro-brasileira ou de comunidades tradicionais, bem como de casos esporádicos de tombamento pelo Estado.

Portanto, apresenta-se o instituto do tombamento como relevante instrumento de combate à desigualdade e à exclusão, viabilizador de uma política pública com dupla finalidade. Todavia, para que tal instrumento se torne eficaz, faz-se necessária a promoção de reformas legislativas (incluindo o repasse de recursos com dupla finalidade) e de mudanças na condução pública de gestores, valorizando o instituto e destinando-o à tutela dos direitos fundamentais e, especialmente, à inclusão social e à proteção histórica e cultural das minorias.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.

DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patricia Tuma Martins (Org.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 39. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2013.

PASSOS, Lucas Santos; NASCIMENTO, Maíra Ielena Cerqueira. Elite intelectual e patrimônio cultural no Conselho Estadual de Cultura de Sergipe. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE POLÍTICAS CULTURAIS, 4., 2013, Rio de Janeiro. *Comunicações...* Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 2013. Disponível em: <<http://culturadigital.br/politicaculturalcasaderuibarbosa/files/2013/11/Lucas-Santos-Passos-et-alii.pdf>>.

SANTOS, Boaventura de Souza. Desigualdad, exclusión y globalización: hacia la construcción multicultural de la igualdad y la diferencia. *Revista de Interculturalidad*, ano 1, n. 1, p. 9-44, out. 2004/ mar. 2005.

TELLES, Antonio Augusto. Queiroz. *Tombamento e seu regime jurídico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

Ministério Público em outros países

National Prosecuting Authority: o Ministério Público da África do Sul no período *pós-apartheid*

Felipe da Silva Müller

Procurador da República. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília (UCB). Especialista em Ciências Penais pela Universidade Anhanguera.

Resumo: Este artigo apresenta o atual modelo de Ministério Público existente na África do Sul e as suas características que poderiam ser aproveitadas no padrão brasileiro. Após a Segunda Guerra Mundial, a África do Sul teve a sua sociedade e órgãos estatais estruturados em um sistema institucionalizado de dominação racial (*apartheid*). Em razão disso, o próprio Ministério Público – sob a chefia dos *attorneys-general* das províncias – foi instrumento para a manutenção dos objetivos segregatórios do governo, por meio da persecução penal de crimes políticos e sujeição às ordens do Poder Executivo. Com a queda do *apartheid* e a promulgação da Constituição de 1996, foi atribuída nova denominação ao Ministério Público – National Prosecuting Authority (NPA) – e, da mesma forma, conferida a devida independência dos demais poderes. O NPA, chefiado pelo *national director of Public Prosecutions*, é uma instituição nacional, atuante em todo território do país, com a função precípua de praticar todos atos necessários à persecução penal. Para tanto, o órgão, por intermédio de seus membros, possui elevado poder discricionário no exercício de suas atividades. Essa discricionariedade, juntamente com o modelo de *community prosecution* instituído pelo NPA para combater diretamente a criminalidade, poderia servir de base para o aprimoramento do Ministério Público brasileiro, de modo a se tornar mais eficiente em sua atuação e elevar sua participação comunitária.

Palavras-chave: Ministério Público. África do Sul. Período *pós-apartheid*. Poder discricionário. *Community prosecution*.

Abstract: This paper presents the current model of Prosecution Service in South Africa and its characteristics that could be imported to the Brazilian standard. After World War II, the society and state organs of South Africa were structured into an institutionalized system of racial domination, known as apartheid. During this time, the Prosecution Service, under the guidance of provincial attorneys-general and submission to the government's orders, was an instrument to maintain the segregatory frame through the prosecution of political crimes. With the fall of apartheid and the promulgation of the 1996 Constitution, the Prosecution Office got a new denomination – National Prosecuting Authority (NPA) – and became independent of the executive power and the other branches. The NPA, headed by the National Director of Public Prosecutions, is the single national prosecuting authority in the Republic, with the power and responsibility to institute criminal proceedings on behalf of the state. Therefore, the NPA, through the activity of the members, has a high level of discretionary power in the exercise of its functions. This discretionary power and the model of community prosecution instituted by the NPA to reduce crime rates could serve as a basis for the improvement of the Brazilian Prosecution Service, in order to get more efficient and increase the community participation.

Keywords: Prosecution Service. South Africa. Post-apartheid period. Discretionary power. Community prosecution.

Sumário: 1 Introdução. 2 África do Sul: fim do *apartheid* e nova ordem constitucional. 3 O Ministério Público na África do Sul. 3.1 Do *attorney-general* ao National Prosecuting Authority. 3.2 National Prosecuting Authority: estrutura, organização e funções. 3.3 A discricionariedade na atuação dos *prosecutors* e o trabalho na prevenção de crimes. 4 Conclusões.

1 Introdução

O Ministério Público do Brasil possui características únicas, que não são encontradas em apenas um órgão nos demais países, mas diluídas em diversos entes. Isso, no entanto, não impede que os demais modelos existentes no plano internacional não possam,

de alguma forma, servir como inspiração para o aprimoramento da instituição ministerial brasileira.

O estudo do Ministério Público sul-africano, atualmente com a denominação de National Prosecuting Authority (NPA), é desafiador. Trata-se de uma instituição que passou por uma grande evolução com a entrada em vigor da Constituição da República da África do Sul de 1996 (SOUTH AFRICA, 1996), adquirindo organização, estrutura e independência inexistentes no período que antecedeu a nova ordem constitucional.

E, falando nesse período, é impossível não mencionar a estrutura social que até pouco tempo imperava naquele país, por meio da separação das pessoas em raças, como forma de permitir o domínio político e social de um grupo sobre os demais indivíduos. Foi nesse ambiente que o Ministério Público exerceu suas atividades durante grande lapso temporal, com características específicas que refletiam diretamente aquela realidade. Com a posterior mudança da sociedade, houve a necessidade de sua ampla reformulação.

Dessa forma, como prévia ao objeto deste texto, a seção seguinte (seção 2) abordará justamente o cenário social do *apartheid* sul-africano, desde o seu apogeu até o seu declínio, culminando com a edição da nova Constituição.

Na sequência (seção 3), o tema específico será o Ministério Público da África do Sul, tratando da sua evolução no tempo (3.1), da estrutura, organização e funções do National Prosecuting Authority (3.2), até chegar a duas características importantes e diferenciadas da instituição: o poder discricionário no exercício das funções por seus membros e a criação do modelo de *community prosecution* (3.3).

Por fim, a conclusão a que se chega (seção 4) é de que o NPA possui alguns atributos que podem perfeitamente servir de base para uma rediscussão do formato e das atividades exercidas pelo Ministério Público brasileiro, com foco no aprimoramento de sua eficiência funcional e na aproximação com a comunidade.

2 África do Sul: fim do *apartheid* e nova ordem constitucional

O período de segregação racial na África do Sul, chamado de *apartheid*, teve seu auge no lapso temporal compreendido entre os anos de 1948 e 1978. Nessas três décadas, o Partido Nacional (National Party), dirigido pelos *afrikaners*, dominou o parlamento, o governo e as posições de maior influência perante a sociedade, por meio da institucionalização, mediante atos legislativos, de um critério biológico (genético) diferenciador das pessoas pelas suas raças, que acabava repercutindo em seus respectivos direitos civis, impondo a supremacia dos brancos sobre a população composta por negros (*africans*), asiáticos/indianos (*indians*) e mestiços (*coloured*). Trata-se da mais notória forma de dominação racial que o mundo pós-guerra conheceu (THOMSON, 2001, p. 187-220).

A decadência do *apartheid*, entre os anos de 1978 e 1989, decorreu, basicamente, da própria crise do Estado sul-africano. Com o enfraquecimento estatal, foram progressivamente caindo as bases de sustentação do modelo de segregação racial. Em 1984, foi aprovada uma nova Constituição, que em parte suavizou o *apartheid* – permitindo ao menos a participação no parlamento de mestiços e indianos, embora em ampla minoria¹ – mas manteve as linhas discriminatórias e de imposição da supremacia branca. Além disso, com a fundação, em 1983, da United Democratic Front (UDF)², a oposição interna ao modelo segregador se tornou mais intensa, sendo que, no plano internacional, o país passou a sofrer sanções econômicas. A crise interna e os protestos *anti-apartheid* levaram à decretação de estado de emergência, o qual perdurou de meados de 1985 a 1988, com forte repressão armada aos ativistas e controle da população, gerando uma violenta guerra civil (THOMSON, 2001, p. 221-240).

1 E deixando de fora os negros, que, na época, compreendiam 75% da população do país.

2 A história da UDF e a sua participação no processo de desestruturação do *apartheid* é tratada, de forma minuciosa, na obra de Kessel (2000), decorrente da publicação de sua tese de doutorado.

Entre 1989 e 1994, ocorreu a transição política na África do Sul. Durante o estado de emergência, o governo iniciou um diálogo com Nelson Mandela, líder político negro que se encontrava preso e que possuía forte apoio popular. Com a posterior queda do presidente Botha, em 1989, De Klerk assumiu o cargo e, em 1990, determinou a soltura de vários prisioneiros políticos, entre os quais Mandela³, e realizou várias outras medidas conciliatórias, tornando-se o líder da transição para um novo país. Em 1993, foi aprovada uma Constituição interina – a qual vedava a separação racial – e, em 1994, ocorreram novas eleições para o parlamento. Nesse mesmo ano, Nelson Mandela foi escolhido por seus pares como o novo presidente da República (THOMSON, 2001, p. 241-264).

A atual Constituição da República da África do Sul (SOUTH AFRICA, 1996) entrou em vigor em 8 de maio de 1996 e sepultou de vez a segregação racial promovida pelo modelo de sociedade anterior (*apartheid*). Era a consolidação de uma nova África do Sul, que reconhecia os erros do passado e se voltava para um futuro baseado nos ideais de igualdade e união, consoante referido no início do preâmbulo constitucional:

We, the people of South Africa,
Recognize the injustices of our past;
Honour those who suffered for justice and freedom in our land;
Respect those who have worked to build and develop our country;
and
Believe that South Africa belongs to all who live in it, united in
our diversity⁴.
[...]

3 Após 27 anos na prisão.

4 Em tradução livre: “Nós, o povo da África do Sul, reconhecemos as injustiças de nosso passado; honramos aqueles que sofreram pela justiça e liberdade em nossa terra; respeitamos aqueles que trabalharam para construir e desenvolver nosso país, e acreditamos que a África do Sul pertence a todos que vivem nela, unidos em nossa diversidade”.

Em termos gerais, a Constituição sul-africana de 1996 é um instrumento exaustivo de proteção dos indivíduos e de organização das funções essenciais do Estado, em muitos aspectos semelhante à Constituição brasileira de 1988.

Em respeito à diversidade étnica, na Constituição da África do Sul foram reconhecidas onze línguas como oficiais (Capítulo 1); em seu Capítulo 2, há um amplo rol de direitos fundamentais, denominado de *Bill of Rights* – constando, de forma expressa, a igualdade de todos perante a lei; dividiu-se a administração governamental em três esferas: nacional, provincial e local (Capítulo 3); seccionou-se a função parlamentar em duas casas: National Assembly, representante das pessoas, e National Council of Provinces, representante das províncias (Capítulo 4); foi adotado o parlamentarismo como sistema de governo, em que o presidente da República é eleito pelo parlamento e acumula as funções de chefe de Estado e de governo (Capítulo 5); organizou-se o Poder Judiciário em quatro níveis de tribunais (Constitutional Court, Supreme Court of Appeal, High Court of South Africa e The Magistrates' Courts), havendo expressa possibilidade de ampliação de algumas cortes por ato do parlamento, e neste mesmo capítulo (Capítulo 8) também foi conferida estrutura essencial ao Ministério Público (Prosecuting authority); e no Capítulo 9 foram previstas diversas instituições independentes com o objetivo específico de proteger a democracia no país, como na defesa da probidade administrativa, dos direitos humanos, da igualdade, da cultura, da religião, das línguas e do sistema eleitoral, por exemplo. O restante da Constituição segue o padrão dos demais países, com a organização do serviço público, da segurança e das finanças.

No que se refere ao Ministério Público sul-africano, tema deste artigo, a seção seguinte o examinará de forma detalhada.

3 O Ministério Público na África do Sul

3.1 Do *attorney-general* ao National Prosecuting Authority

Durante o auge do *apartheid*, as forças estatais de repressão ao crime eram utilizadas como instrumentos para a manutenção da

situação política então vigente, inclusive o Ministério Público, o qual tinha a responsabilidade de fazer uso dos meios legais necessários para processar criminalmente quem se opusesse ao Estado (crimes políticos) (CLARK; WORGER, 2011, p. 84-86).

Nessa época, a chefia do Ministério Público era representada pela figura do *attorney-general*, cargo esse que não era único, havendo um em cada província. A função desses *attorneys-general* era a de conduzir a atividade de persecução penal – tal qual na atualidade –, mas sem a independência necessária para o exercício do seu trabalho, uma vez que nos anos de 1926 e 1935 foram editados atos legislativos que colocaram a chefia do órgão sob o controle e revisão direta do ministro da Justiça, o qual, por sua vez, era um órgão de governo (REDPATH, 2012, p. 9-10).

Há quem diga que não havia uma interferência tão intensa do ministro da Justiça sobre as funções do *attorney-general*, como se imagina. No entanto, existe um consenso de que essa “sombra interventiva” do representante do executivo acabava pautando as ações (e omissões) do órgão persecutório (BECKER, 1995, p. 27-28).

A sujeição do chefe do Ministério Público aos poderes do ministro terminou em 1992, a partir de um ato do parlamento – conhecido como The Attorney-General Act (SOUTH AFRICA, 1992) –, já na fase da transição política sul-africana (BECKER, 1995, p. 28). No entanto, somente com o fim do *apartheid* e com a consolidação da ordem constitucional de 1996 é que emergiram mudanças mais profundas para o Ministério Público.

De plano, essa nova realidade normativa acarretou outra nomenclatura para o órgão: National Prosecuting Authority (NPA), previsto no Capítulo 8 da Constituição de 1996 (Seção 179), o mesmo do Poder Judiciário. Além disso, não foi repetida a coexistência de vários *attorneys-general* de forma simultânea nas províncias, destacando a Constituição que agora haveria apenas uma instituição ministerial nacional, com o poder de instituir processos criminais no interesse do Estado, devendo exercer suas funções sem medo, favorecimento ou parcialidade (“There is a single national prosecuting authority in the Republic [...] has the power to institute crim-

inal proceedings on behalf of the state [...] exercises its functions without fear, favour or prejudice.”) (REDPATH, 2012, p. 4).

Como se vê, o Ministério Público da África do Sul evoluiu de um órgão instrumental de execução dos anseios governamentais para uma instituição una, imparcial e independente dos demais poderes, em uma consolidação plena dos novos valores formalizados na Constituição republicana (WATERS, 2008, p. 26).

3.2 National Prosecuting Authority: estrutura, organização e funções

A estrutura principal do National Prosecuting Authority encontra-se no Capítulo 8, Seção 179, da Constituição sul-africana (SOUTH AFRICA, 1996), tendo a regulamentação da instituição ocorrido por mediante um ato legislativo (SOUTH AFRICA, 1998).

Como já dito, a Constituição da República da África do Sul estabeleceu a existência de apenas um Ministério Público, de caráter nacional, cujo nome é National Prosecuting Authority (“There is a single national prosecuting authority in the Republic [...]”).

Segundo a Seção 179 da Constituição, o chefe da instituição é o *national director of Public Prosecutions* (NDPP), que é indicado pelo presidente da República para o exercício do cargo. A ele cabe determinar as diretrizes de atuação do órgão (*prosecution policy* e *policy directives*), as quais deverão ser observadas nos procedimentos de persecução penal, podendo inclusive intervir em caso de descumprimento. Ademais, ele tem o poder de rever uma decisão de processar ou não determinada pessoa, estando hierarquicamente acima dos demais membros do NPA.

Além do NDPP, a Constituição também consigna que o órgão ministerial é complementado por *directors of Public Prosecutions* e *prosecutors*, a serem estruturados em ato do parlamento.

O National Prosecuting Authority Act 32 of 1998 (SOUTH AFRICA, 1998) regulamentou o dispositivo constitucional que criou o Ministério Público no país africano. Segundo esse ato legislativo,

o NPA compreende, em síntese, o *national director*, *deputy national directors*, *directors*, *deputy directors* e *prosecutors* (Seção 4).

O gabinete do *national director* é composto por este e seus adjuntos (*deputy national directors*), além de alguns *investigating directors*⁵ e *special directors* (Seção 5). Há também representantes do NPA com atuação perante as High Courts, cujo gabinete é composto por *directors* e/ou *deputy directors* e *prosecutors* (Seção 6).

O NPA, nos dias atuais, é dividido em sete núcleos temáticos: National Prosecutions Service (NPS), Integrity Management Unit (IMU), Asset Forfeiture Unit (AFU), Sexual Offences and Community Affairs (SOCA), Specialised Commercial Crime Unit (SCCU), Witness Protection Unit (WPU) e Priority Crimes Litigation Unit (PCLU) (MATTHEWS, 2009, p. 99).

O Capítulo 3 do ato do parlamento que organizou o NPA estabelece a forma de indicação de seus membros. O NDPP, o qual, como já dito, é indicado pelo presidente da República, deve obrigatoriamente ser um cidadão sul-africano que demonstre aptidão para o cargo, de acordo com sua experiência, consciência e integridade, e esteja em condições de assumir as responsabilidades da função perante todos os tribunais (Seção 9). O mandato do NDPP é de dez anos, ou até que alcance 65 anos de idade (Seção 12)⁶, sendo este também o limite etário de atividade para os demais membros do órgão.

O presidente também tem o poder de indicar até quatro adjuntos do *national director*, após consulta a este e ao ministro da Justiça (Seção 10), o mesmo ocorrendo com a indicação de *directors* (Seção 13). Os *deputy directors*, por sua vez, são indicados pelo ministro

5 Os *investigating directors*, que podem ser alocados no gabinete do NDPP com funções investigatórias para temas específicos, são regulamentados pela Seção 7 do ato legislativo.

6 Caso o *national director* (ou o *deputy national director*) tenha condições mentais e físicas de permanecer no cargo, e a continuidade seja de seu interesse e do presidente da República, seu mandato poderá ser estendido até os 67 anos de idade, nunca ultrapassando o tempo limite de dez anos no exercício de tal atividade.

da Justiça, após consulta ao *national director* (Seção 15). Por fim, os *prosecutors* são designados diretamente pelo NDPP, para atuação perante quaisquer diretorias ou junto aos tribunais de nível inferior (*lower courts*) (Seção 16).

Como se observa, a vinculação do NPA ao Poder Executivo consiste, basicamente, na designação de seus principais membros. Além disso, algumas disposições legislativas conferem certo poder ao ministro da Justiça no que se refere ao estabelecimento conjunto da *prosecution policy*, mas o que se observa é que essa relação, assim como ocorre com o parlamento, consiste muito mais em *accountability* da instituição, em termos amplos e, principalmente, financeiros, do que propriamente em uma intervenção na atividade-fim. Na atualidade, portanto, a função persecutória estatal é vista pelos demais poderes como necessariamente independente, imparcial, justa e efetiva, devendo haver controle externo de suas ações e decisões (REDPATH, 2012, p. 19-20).

Uma disposição interessante contida na Seção 8 do ato do parlamento é a de que na escolha de membros para comporem o NPA deverá ser respeitada a diversidade racial e de gênero existente no país, em um sentido totalmente inverso à legislação segregatória que vigorava até o final da década de 1980.

Na África do Sul, não há concurso para ingresso no serviço público, como no Brasil. Dessa forma, a indicação dos *prosecutors* e demais membros do NPA deve seguir as regras gerais do Public Service Act (SOUTH AFRICA, 1994), consoante previsão expressa da Seção 19, tratando-se basicamente de uma escolha fundamentada em critérios de merecimento e aptidão para o exercício do cargo, respeitados alguns poucos requisitos obrigatórios (como ser cidadão sul-africano ou residente permanente no país).

Na Seção 179 da Constituição da República, consta que o NPA tem o poder de instituir procedimentos criminais no interesse do Estado (“The prosecuting authority has the power to institute criminal proceedings on behalf of the state [...]”). Em complemento, no Capítulo 4 do regulamento do NPA estão arrolados os poderes e funções dos seus membros.

O National Prosecuting Authority, de modo geral, exerce a função clássica do Ministério Público no sistema criminal de justiça: é o titular das ações penais e demais expedientes de ordem sancionatória-penal⁷. Para tanto, há previsão expressa de exercício dessas atividades com imparcialidade, consoante previsto na Seção 32 do ato regulamentador.

O sistema de justiça da África do Sul, no âmbito criminal, sustenta-se em três pilares: a polícia, responsável pela prevenção e investigação de delitos; o *prosecution service* e o Poder Judiciário, os quais processam e punem os acusados considerados culpados pelos delitos; e o sistema prisional, com a responsabilidade de execução das penas (SCHÖNTEICH, 2001, p. 8).

Não há previsão constitucional específica de poder investigatório ao Ministério Público sul-africano. No entanto, a legislação (Seção 7 do NPA Act) permite que alguns membros sejam alocados no gabinete do NDPD como *investigating directors*, para que exerçam atividades de investigação em questões de interesse do chefe da instituição. A título de exemplo, esses membros podem, no exercício de suas funções, realizar interrogatórios sob juramento e executar medidas restritivas de direitos (SCHÖNTEICH, 2001, p. 38).

De modo geral, porém, as investigações criminais são conduzidas pela polícia (South African Police Service – SAPS), cujas provas são formalizadas em inquéritos (*dockets*). O membro do Ministério Público, frente a esse material, pode determinar a sua devolução à polícia, para outras diligências, ou tomar as providências processuais cabíveis, como o arquivamento, a acusação formal ou a adoção de outras medidas que lhe são permitidas (SCHÖNTEICH, 2001, p. 10–12). Além disso, o NPA possui o poder, conferido por ato legislativo (Seção 24 do NPA Act), de dar orientações por escrito à autoridade policial, como forma de guiar as atividades investigatórias a serem adotadas em determinada região.

7 Na subseção seguinte deste artigo será examinada outra função do NPA, no combate direto à criminalidade, que acabou sendo desenvolvida com o transcorrer da vigência da nova ordem constitucional.

Como se observa, apesar de diferenças pontuais, não há uma distinção muito substancial entre as funções clássicas criminais do órgão persecutório da África do Sul e do Brasil⁸, assim como na relação mantida com o sistema policial. No entanto, as demais atribuições constitucionais conferidas ao Ministério Público brasileiro, como a atuação na defesa do patrimônio público e social, do meio ambiente e dos direitos indígenas, entre outros⁹, foram submetidas a órgãos distintos no país africano, conforme previsão contida no Capítulo 9 da Constituição da República da África do Sul (SOUTH AFRICA, 1996).

Na subseção seguinte, por outro lado, serão tratados dois aspectos curiosos do Ministério Público sul-africano que, apesar de diferirem da prática brasileira, podem contribuir para novas discussões com foco em sua evolução institucional: a discricionariedade na atuação do órgão ministerial e a possibilidade de atuação direta na prevenção de delitos.

3.3 A discricionariedade na atuação dos *prosecutors* e o trabalho na prevenção de crimes

Na África do Sul, o National Prosecuting Authority tem enorme poder discricionário para decidir em quais situações processar ou não alguém pela prática de um fato criminoso (MATTHEWS, 2009, p. 100).

Essa discricionariedade do órgão persecutório sul-africano é decorrente do princípio da oportunidade, na linguagem jurídica daquele país. Esse princípio contrasta com os princípios da legalidade ou da obrigatoriedade da ação penal, os quais são comuns nos locais que seguem o padrão europeu (*European continental legal systems*) e conferem obrigatoriedade à persecução penal se houver suficientes razões para se acreditar que um fato foi praticado e existirem provas para tanto (SCHÖNTEICH, 2001, p. 12).

8 Art. 129, I, VII e VIII, da Constituição da República Federativa do Brasil.

9 Art. 129, III e V, da Constituição da República Federativa do Brasil.

A Seção 21 do National Prosecuting Authority Act (SOUTH AFRICA, 1998) prevê, de forma expressa, que as atividades do Ministério Público, na persecução penal, deverão seguir as orientações constantes no *Guidelines on The Role of Prosecutors*, das Nações Unidas (UNITED NATIONS, 1990). Tal documento, em seu artigo 17, estabelece que, nos países em que os *prosecutors* possuam poderes discricionários, a atividade de acusação penal deverá ser regulamentada, de modo a conferir balizas de atuação e segurança jurídica na tomada de decisões sobre quem – e em quais ocasiões – submeter a juízo.

No país sul-africano, o NPA publicou o *Prosecution Policy Manual* (NATIONAL PROSECUTING AUTHORITY, 2013), o qual passa por constantes atualizações e serve de base para o exercício da função por seus membros.

Segundo esse manual, para que se decida instituir ou não um procedimento criminal contra determinada pessoa, os *prosecutors* devem, em primeiro lugar, examinar se as provas pré-produzidas conferem uma chance razoável de sucesso na persecução penal. Para tanto, alguns aspectos deverão ser analisados: a força do caso para o Estado; a admissibilidade das provas em juízo; o crédito a ser dado à palavra das testemunhas; a solidez e disponibilidade da prova; e a força do caso para a defesa (NATIONAL PROSECUTING AUTHORITY, 2013, tópicos 2.A e 2.B).

Em seguida, se as etapas anteriores forem superadas e o caso esteja apto a ser levado a juízo, por chance de provável obtenção de édito condenatório, os *prosecutors* ainda assim podem fazer um exame de “interesse público” do caso, para decidir se devem ou não proceder a seu ajuizamento. Nesse sentido, deverão ser analisadas as seguintes circunstâncias: a natureza do crime; o impacto do fato na vítima e na comunidade; o interesse da vítima e da comunidade local; condições pessoais do criminoso; e as prioridades de atuação do Ministério Público para a região que abarca o local do fato (NATIONAL PROSECUTING AUTHORITY, 2013, tópico 2.C).

Além dessa discricionariedade persecutória, o NPA também possui o poder de negociar acordos que encerrem a apuração dos

fatos criminosos (chamados de *pleas of guilty*), impondo-se, desde já, medidas sancionatórias ao infrator, desde que sejam compatíveis com a gravidade do caso e com o interesse da justiça (NATIONAL PROSECUTING AUTHORITY, 2013, tópico 5.C).

Por fim, esse poder discricionário do Ministério Público sul-africano acabou por lhe permitir uma atuação direta na prevenção de crimes, por meio da denominada *community prosecution* (MATTHEWS, 2009, p. 100-101).

Community prosecution consiste em uma atuação proativa do membro do Ministério Público, em conjunto com a comunidade de determinada região, para a identificação de problemas e soluções para reduzir a criminalidade e aprimorar a qualidade de vida da população envolvida. Trata-se de uma estratégia de atuação do *prosecutor*¹⁰ que varia conforme a situação fática do local de atuação e respectivo contexto social (TAIT, 2007, p. 6-7).

Frente a níveis alarmantes de criminalidade no país, o *South African Community Prosecution Project* foi formalmente lançado em março de 2007, após a realização de diversos *workshops*, como uma forma de diminuir a distância entre o NPA e a população e, progressivamente, reduzir as estatísticas gerais de delitos. Em 2006, foram inicialmente selecionadas nove regiões para implementação de um piloto desse modelo, cujos objetivos básicos, em suma, eram os seguintes: abordagem integrativa de estratégias reativas e proativas; construção de parcerias de longo prazo; uso de métodos variados de prevenção, intervenção e reação diferentes dos tradicionais; e estímulo à participação da comunidade (TAIT, 2007, p. 7).

No ano de 2007, foi divulgado um primeiro estudo, elaborado por um consultor externo, abrangendo um ano de funcionamento do projeto-piloto de *community prosecution* nas nove regiões antes referidas, e os resultados foram amplamente favoráveis, inclusive com impactos na redução da criminalidade e recomendação para adoção do modelo em nível nacional (GRIGGS, 2007). Apesar disso,

10 Com influência norte-americana.

na atualidade, essa forma de atuação dos *prosecutors* está praticamente em extinção no país sul-africano, e há fortes críticas quanto aos poucos investimentos por parte do NPA em sua execução¹¹.

O fato, porém, é que se trata de uma interessante opção de combate direto à criminalidade, justamente pelo órgão responsável pela sua persecução em juízo. Trata-se de uma nova visão de Ministério Público, inserido na comunidade e participativo na evolução desta, que pode trazer consequências proveitosas à sociedade em um futuro bastante próximo.

4 Conclusões

O Ministério Público da África do Sul, com a Constituição de 1996, evoluiu de um modelo vinculado aos anseios governamentais em uma estrutura social discriminatória e racista, vigente no *apartheid*, para uma instituição de âmbito nacional com atuação imparcial e independente. A nova sociedade exigiu um novo nome para seu representante: National Prosecuting Authority.

O NPA, hierarquizado em diversos níveis de membros, é basicamente o órgão responsável pela persecução penal em juízo, na qualidade de titular da ação penal. Trata-se da função clássica conferida ao Ministério Público no sistema criminal de justiça.

Algumas de suas características, no entanto, conferem-lhe certo destaque internacional: a discricionariedade no exercício de suas atividades – herança inglesa – e a implantação da *community prosecution* – sob influência norte-americana.

A discricionariedade decisória do *prosecutor*, muito comum nos países que adotam o *common law*, é, além de um grande poder, enorme responsabilidade conferida ao membro ministerial. Todavia, talvez seja a única maneira de conferir maior efetividade no exercício das atividades pelo Ministério Público, uma vez que a

11 A título de exemplo: <<http://www.saferspaces.org.za/be-inspired/entry/community-prosecution>>.

atuação em todos os casos que chegam ao seu conhecimento, sem qualquer possibilidade de estabelecimento de prioridades – como no modelo brasileiro –, acaba por burocratizar a sua função e reduzir o alcance social de seu trabalho.

Ademais, essa discricionariedade permitiu que fosse adotado, pelo NPA, o modelo de *community prosecution*, em que o membro ministerial atua integrado à comunidade e decide, em conjunto com esta, as medidas a serem adotadas para a prevenção e repressão à prática de delitos em determinadas localidades. É uma inserção social profunda do *prosecutor*, em atuação proativa para a redução de níveis regionais de criminalidade.

Esses dois atributos do Ministério Público sul-africano – poder discricionário e *community prosecution* – habilitar-se-iam, com certas ressalvas, a ser aproveitados pelo Brasil. Trata-se de visões avançadas de atuação do membro ministerial, seja no aspecto da eficiência, seja no âmbito da participação social, que poderiam servir para que se repensasse o modelo institucional brasileiro, com foco no aprimoramento de sua atividade-fim.

Este artigo, portanto, partindo do direito comparado, objetiva dar impulso a uma nova discussão envolvendo o Ministério Público do Brasil. Não se trata de uma abordagem exauriente – nem é essa a intenção –, mas de uma pequena contribuição para que se tragam visões externas direcionadas à evolução da realidade brasileira.

Referências

BECKER, Peet M. National or super attorney-general: political subjectivity or judicial objectivity? *Consultus*, v. 8, n. 1, p. 27-31, abr. 1995.

CLARK, Nancy L.; WORGER, William H. *South Africa: the rise and fall of apartheid*. 2. ed. New York: Routledge, 2011.

GRIGGS, Richard A. *An evaluation of nine pilot sites to propose a South African model of community prosecution*. 2007. Disponível em: <<http://justiceforum.co.za/CPI-evaluation.asp>>.

KESSEL, Ineke van. *Beyond our wildest dreams: the United Democratic Front and the transformation of South Africa*. Virginia: The University Press of Virginia, 2000.

MATTHEWS, Iole. The National Prosecuting Authority. In: CARTWRIGHT, John; SHEARING, Clifford. *Criminal (in)justice in South Africa: a civil society perspective*. Pretoria: Institute for Security Studies, 2009. p. 98-123.

NATIONAL PROSECUTING AUTHORITY. *Prosecution Policy Manual*. Pretoria, 2013.

REDPATH, Jean. *Failing to prosecute? Assessing the state of the National Prosecuting Authority in South Africa*. Pretoria: Institute for Security Studies, 2012.

SCHÖNTEICH, Martin. *Lawyers for the people: The South African Prosecution Service*. Pretoria: Institute for Security Studies, 2001.

SOUTH AFRICA. *National Prosecuting Authority Act 32*. 1998.

_____. *Public Service Act*. 1994.

_____. *The Attorney General Act*. 1992.

_____. *The Constitution of The Republic of South Africa*. 1996.

TAIT, Sean. *Community prosecution: developing a strategy for community prosecution in South Africa*. Newlands: Open Society Foundation, 2007.

THOMSON, Leonard. *A history of South Africa*. 3. ed. New Haven: Yale University Press, 2001.

UNITED NATIONS. *Guidelines on the role of prosecutors*. 1990. Disponível em: <<http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>>.

WATERS, Timothy. Overview: design and reform of Public Prosecution Services. In: COOPER, B.; WATERS, T. W. (Eds.). *Promoting prosecutorial accountability, independence and effectiveness: comparative research*. New York: Open Society Institute Sofia, 2008. p. 21-79.