

# 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



# Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Ano 18 – Número 53 – janeiro/junho 2019  
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](http://www.escola.mpu.mp.br)  
E-mail: [asseduc@escola.mpu.mp.br](mailto: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,  
João Gustavo Borges Marques, Letícia de Oliveira Santiago

**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](mailto:ideal@idealgrafica.com.br)

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

**Boletim Científico – Escola Superior do Ministério Público da União**

Brasília : ESMPU, ano 18, n. 53, jan./jun., 2019

Semestral

ISSN 1676-4781

1. Direito. I. Título

CDD:340.1

## Editorial

Apresentamos a edição de número 53 do *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*. Com bastante alegria, vemos o Boletim Científico receber artigos de grande qualidade e servir como valioso meio para divulgar produção científica em temas caros às atividades do Ministério Público.

Este volume tem artigos de diferentes disciplinas que atacaram temas palpitantes a partir de perspectivas diversas. Mais uma vez, o Boletim Científico da ESMPU tem como característica histórica sua abertura para a diversidade, acolhendo diferentes análises, críticas, escolas, e admitindo e publicando textos de profissionais de inúmeras carreiras.

A presente edição foi dividida em seis seções dedicadas aos seguintes grupos de temas: direitos das comunidades indígenas; atuações contemporâneas do Ministério Público; Direito e Processo do Trabalho; Direito Administrativo e tutela da probidade administrativa; Direito Penal e Direito Penal Militar; e reforma agrária. Nestas várias vertentes, foram tratados temas como: adoção do marco temporal em matéria de terra indígena; saúde indígena; MP e meios adequados de resolução de conflitos pelas câmaras de conciliação e mediação; atuação do MP com pescadores artesanais da Amazônia; acidentes de trabalho; reforma trabalhista e desconsideração da personalidade jurídica; trabalho escravo no setor têxtil e responsabilização jurídica das grifes; deveres, vedações e custeio dos sindicatos pós-reforma trabalhista; representação dos trabalhadores na empresa; postura do MP diante da terceirização ilícita; indisponibilidade de bens e desconsideração de personalidade jurídica em ações de improbidade administrativa; conselhos de fiscalização profissional, sua natureza e o regime jurídico aplicável aos seus servidores; indevida utilização dos atos administrativos do CMN e do BACEN para fins de tipificação do crime de evasão-depósito; aplicabilidade da colaboração premiada na Justiça Militar da União; e direito e a literatura brasileira como mecanismo de reflexão acerca da reforma agrária.

Como se vê, são artigos atuais e provocativos, de índole propositiva, que abordam temas variados, mas todos com o norte de contribuir não só com discussão teórica como também com ferramentas úteis para a atividade cotidiana dos membros do Ministério Público.

Fazemos votos de que o *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União* continue proporcionando este espaço de pesquisa, reflexão, troca de experiências e boas práticas.

ANTONIO DO PASSO CABRAL

Procurador da República  
Coordenador da Câmara Editorial da ESMPU

# Sumário

## **Direitos das Comunidades Indígenas**

Breves apontamentos acerca de  
causas e consequências na adoção  
do marco temporal em matéria de terra indígena

*Leonardo Gonçalves Juzinskas e  
Rodrigo Santa Maria Coquillard Ayres* ..... 13

O despertar de uma política:  
as dificuldades de concretização do subsistema  
de saúde indígena entre 1999 e 2015

*Julio José Araujo Junior* ..... 41

## **Atuações Contemporâneas do Ministério Público**

Ministério Público Federal  
e meios adequados de resolução de conflitos:  
Câmaras de Conciliação e Mediação – CCMs

*Andréia da Silva Araújo Höltz* ..... 81

O Ministério Público Federal e sua atuação  
com os pescadores artesanais da Amazônia  
em defesa de manguezais: o caso do Porto do Espadarte

*Elysângela Sousa Pinheiro e Aline Maria Dias Bastos* ..... 109

## **Direito e Processo do Trabalho**

A representação dos trabalhadores na empresa:  
análise da regulamentação do instituto  
pela Lei n. 13.467/2017

*Aílton Vieira dos Santos e Eduarda Mendes Andrade* ..... 145

Desafios do sindicalismo: deveres, vedações e custeio dos sindicatos pós-reforma trabalhista <i>Állysson Feitosa Torquato Scorsafava</i> .....	167
Análise espacial exploratória dos acidentes de trabalho no Brasil <i>Danny de Castro Soares</i> .....	205
Por trás dos panos: o trabalho escravo no setor têxtil brasileiro e a responsabilização jurídica das grifes <i>Rafaela Neiva Fernandes</i> .....	233
A reforma trabalhista e o procedimento de desconconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho <i>Roberto Carlos de Souza Galvão</i> .....	259
Terceirização ilícita e atuação do Ministério Público do Trabalho em face da “reforma” trabalhista <i>Rubens Bordinhão de Camargo Neto</i> .....	279
<b>Direito Administrativo e Tutela da Probidade Administrativa</b>	
A indisponibilidade de bens e a desconconsideração de personalidade jurídica em ações de improbidade administrativa <i>Luíz Antonio Miranda Amorim Silva</i> .....	307
Os conselhos de fiscalização profissional, sua natureza e consequências jurídicas: análise do regime jurídico aplicável aos seus servidores <i>Caio César Almeida Rocha</i> .....	323
<b>Direito Penal e Direito Penal Militar</b>	
A indevida utilização dos atos administrativos do CMN e do BACEN para fins de tipificação do crime de evasão-depósito <i>Bernard Castilho Zenaide</i> .....	355

Análise da aplicabilidade da colaboração premiada  
na Justiça Militar da União: a inovação legislativa  
promovida pela Lei n. 13.491/2017

*Lara Carneiro Sampaio*.....387

### **Reforma Agrária**

A interface entre o direito e a literatura brasileira  
como mecanismo de reflexão acerca da reforma agrária

*Arthur Ramos do Nascimento e Larissa dos Reis Maria*..... 419



# Direitos das Comunidades Indígenas



# Breves apontamentos acerca de causas e consequências na adoção do marco temporal em matéria de terra indígena

Leonardo Gonçalves Juzinskas

Procurador da República. Mestre em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

Rodrigo Santa Maria Coquillard Ayres

Indigenista Especializado da FUNAI. Pós-graduado em Direito pela Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

*Nós somos a terra. Somos indissociáveis dela.  
Não queremos terra para gerar lucro, mas para garantir a nossa existência.*

SONIA GUAJAJARA

**Resumo:** Este estudo problematiza a *tese do marco temporal* e as suas contradições, posição abraçada pelo Supremo Tribunal Federal em importantes julgados. Atenta, em primeiro lugar, para o instituto do indigenato e para a trajetória da política indigenista do Estado brasileiro, a fim de compreender o contexto em que ocorre a adoção desse posicionamento por parte do tribunal, com atenção especial para as suas consequências. Procura demonstrar, a partir da ordem constitucional, a inconsistência do marco temporal de 1988 bem como a do caráter extremamente restritivo atribuído ao conceito de renitente esbulho, que produzem os efeitos deletérios de banalizar e catalisar violações de direitos contra os povos indígenas no Brasil.

**Palavras-chave:** Marco temporal. Renitente esbulho. Indigenato. Terras indígenas. Demarcação.

**Abstract:** This paper discusses the *time frame thesis* and its contradictions, a position conducted by the Brazilian Supreme Court in important claims. Attends, first of all, to the institute of indigenism and to the trajectory of the indigenous policy of the Brazilian State, in order to understand the context in which the Court assets this guidance, concerning specially consequences. It seeks to demonstrate, from the constitutional law, the inconsistency of the 1988 time frame, as well as of the extremely restrictive character given to the concept of reluctant disseisin, which produce the deleterious effects of trivializing and seizing the rights of the indigenous peoples in Brazil.

**Keywords:** Time frame. Reluctant disseisin. Indigenate. Indigenous lands. Demarcation.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Os povos indígenas e o Estado brasileiro. 2.1 O indigenato. 2.2 O novo paradigma constitucional. 3 O Supremo Tribunal Federal e as terras indígenas. 3.1 A tese do marco temporal. 3.2 O esbulho possessório indígena sob a ótica constitucional e transnacional. 4 Conclusão.

## 1 Introdução

A questão indígena, infelizmente, ainda é uma chaga aberta na sociedade brasileira. A partir da chegada dos europeus, a vida das populações originárias foi radicalmente afetada, resultando em um grande genocídio que dizimou povos e culturas por completo, muitas vezes sem deixar rastros. É imensurável o tamanho da dívida que o Estado brasileiro possui para com os indígenas sobreviventes, que seguem resistindo frente às pressões e aos avanços da chamada civilização sobre os seus modos de viver e – principalmente – sobre as suas terras.

Não por acaso, a terra é o elemento central da questão indígena, razão de tensões e conflitos em todo o País. Em 1988, a Constituição inaugurou uma nova ordem democrática, que possibilitou, com maior efetividade, a garantia dos direitos indígenas. Com as demarcações de terras, esses procedimentos passaram a ser judicializados por aqueles que se sentiram prejudicados, o que

aumentou o clima de instabilidade e a insegurança jurídica. Nesse cenário, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi chamado a se pronunciar e formulou a tese do marco temporal com a finalidade de parametrizar a questão e combater a referida insegurança.

Naturalmente, o posicionamento adotado pela Suprema Corte é objeto de grandes divergências, haja vista se tratar de um tema extremamente delicado, que envolve interesses tão diversos. A adoção do citado conceito tem impactos diretos em vários povos indígenas, não refletindo uma questão meramente teórica. É uma opção jurídica que traz implicações concretas na própria política indigenista do Estado, de sorte que o seu estudo se faz rigorosamente necessário para dar luz à questão, de relevância nacional e muito esquecida.

Não é possível compreender a questão indígena e os conflitos em torno de suas terras sem se deter no estudo da tese do marco temporal. Sem a pretensão de esgotar o tema, é preciso debruçar-se sobre a historicidade dos institutos que garantem os direitos fundamentais indígenas, iluminando o conceito trazido pelo STF e a sua eventual (in)compatibilidade com a Constituição e os normativos internacionais, atentando-se sempre às consequências produzidas por esse entendimento jurisprudencial.

## **2 Os povos indígenas e o Estado brasileiro**

### **2.1 O indigenato**

Não é preciso muita digressão para se reconhecer o genocídio sofrido pelos povos indígenas no Brasil. Não há como precisar a quantidade de indígenas que habitavam estas terras em 1500, quando os portugueses aqui desembarcaram. Há, em verdade, grande controvérsia a respeito, de forma que “as cifras variam largamente, entre 800 mil e 5 milhões, a depender do autor e dos critérios utilizados” (PAGLIARO; AZEVEDO; SANTOS, 2005, p. 16). Passados mais de 500 anos, de acordo com o resultado do Censo Demográfico de 2010, “817,9 mil pessoas se declararam indígenas, representando 0,4% da população” (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012, p. 54). Esses povos estão divididos

em 305 etnias e são falantes de 274 línguas (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2012, p. 85-90), havendo dezenas de referências a índios não contatados, em situação de isolamento.

Houve um prolongado extermínio. Os povos originários sofreram todos os tipos de violência desde os primeiros contatos com os europeus. “Assim é que a civilização se impõe, primeiro, como uma epidemia de pestes mortais. Depois, pela dizimação através de guerras de extermínio e da escravização” (RIBEIRO, 2006, p. 42). Mesmo após os anos de cativeiro, durante todos esses séculos até hoje, os povos indígenas seguem sofrendo com os ataques aos seus direitos mais básicos, e é a espoliação de suas terras o elemento central dessa tragédia.

As primeiras referências ao direito dos índios às terras por eles habitadas se deram no século XVI, com destaque para o Alvará Régio de 1680, editado pela Coroa portuguesa, que reconhece a posse delas. A partir desse reconhecimento expresso, ganha contorno o instituto do indigenato, “fonte primária e congênita da posse territorial” pelos indígenas (SILVA, 2006, p. 855). Relaciona-se a um direito originário, anterior e precedente a qualquer outro, devendo ser declarado por parte do Estado. Vale transcrever, neste ponto, um trecho do Alvará Régio de 1680 (PORTUGAL, 1680):

E para que os ditos Gentios que assim decerem e os mais que ha de prezente melhor se conservem nas Aldeas, Hei por bem que sejam senhores de suas fasendas como o são no Certão sem lhe poderem ser tomadas nem sobre elles se lhes fazer molestia, e o Governador com parecer dos ditos Religiosos assignará aos que descerem do Certão logares convenientes para nelles lavrarem e cultivarem e não poderão ser mudados dos ditos logares contra sua vontade, nem serão obrigados a pagar foro ou tributo algum das ditas terras, ainda que estejam dadas em sesmaria a pessoas particulares por que na concessão destas se reservaria sempre o prejuizo de terceiro, e muito mais se entende e quero se entenda ser reservado o prejuizo e direito dos Indios primarios e naturaes Senhores dellas.

Por conseguinte, desde o segundo século da colonização já existe legislação que, pelo menos em tese, garante o direito originário dos índios às terras por eles habitadas, dando forma ao ins-

tituto do indigenato. Perrone-Moisés (1998, p. 119), ao analisar a legislação indigenista do período colonial, encontra vários diplomas legais que, de uma forma ou de outra, já se referiam a esse direito imprescindível para a sobrevivência dos povos indígenas:

As terras das aldeias são garantidas aos índios desde o início. A expressão “senhores das terras das aldeias, como o são na serra”, declaração dessa garantia, aparece pela primeira vez no Alvará de 26/7/1596 e será retomada nas Leis de 1609 e 1611. Várias Provisões tratam da demarcação (presente desde o Alvará de 26/7/1596) e garantia de posse dessas terras (p. ex.: Provisão de 8/7/1604, Carta Régia de 17/1/1691, Diretório de 1757, pars. 19, 80).

Esse reconhecimento prossegue no chamado Diretório dos Índios, por meio de uma lei editada em 1755, na administração do Marquês de Pombal, que reformula a política indigenista do império. Um pouco depois, a Lei n. 601, de 1850, também conhecida como Lei de Terras, foi regulamentada pelo Decreto n. 1.318, de 1854, cujo art. 75 dizia que

as terras reservadas para colonização de indígenas, e por elles distribuidas, são destinadas ao seu usufructo; e não poderão ser alienadas, em quanto o Governo Imperial, por acto especial, não lhes conceder o pleno gozo dellas.

Em termos constitucionais, Silva (2016, p. 4) afirma com propriedade que a “Constituição de 1934 foi a primeira a acolher expressamente o indigenato, [...] regra que foi repetida nas demais Constituições”. Percebe-se, então, que o primeiro marco constitucional do instituto seria de 1934, sendo reproduzido pelas constituições que se seguiram, até a atual. Assim, a Constituição de 1988 não pode ser considerada o ponto de partida do direito às terras indígenas, seja por uma perspectiva legal, seja constitucional, como ensina o autor (SILVA, 2006, p. 857-858):

Os dispositivos constitucionais sobre a relação dos índios com suas terras e o reconhecimento de seus direitos originários sobre elas nada mais fizeram do que consagrar e consolidar o indigenato, velha e tradicional instituição jurídica luso-brasileira que deita suas raízes já nos primeiros tempos da Colônia, quando o Alvará de 1º de abril de 1680, confirmado pela Lei de 6 de junho de 1755, firmara o princípio de que, nas terras outorgadas a particulares,

seria sempre reservado o direito dos índios, primários e naturais senhores delas. [...]

É que, conforme ele mostra, o indigenato não se confunde com a ocupação, com a mera posse. O indigenato é a fonte primária e congênita da posse territorial; é um direito congênito, enquanto a ocupação é título adquirido. O indigenato é legítimo por si, “não é um fato dependente de legitimação, ao passo que a ocupação, como fato posterior, depende de requisitos que a legitimem”.

Nessa toada, a Lei n. 6.001, de 1973, conhecida como Estatuto do Índio, em seu art. 2º, IX, traz disposição expressa com a finalidade de “garantir aos índios e comunidades indígenas, nos termos da Constituição, a posse permanente das terras que habitam”. No mesmo sentido, o art. 25 estabelece que o “reconhecimento do direito dos índios e grupos tribais à posse permanente das terras por eles habitadas, nos termos do artigo 198, da Constituição Federal, independerá de sua demarcação”, ficando claro que o direito dos povos indígenas às suas terras é congênito e originário, devendo apenas ser declarado – e não constituído – pelo Estado.

O direito às terras tradicionalmente ocupadas pelos indígenas vem sendo garantido pela legislação desde o século XVI, sem qualquer quebra nessa cadeia legislativa, que, ao longo do tempo, veio aprimorando os direitos já existentes e reconhecidos. Com isso, a Constituição Federal de 1988, ao inaugurar uma nova ordem democrática, apenas reforça o instituto do indigenato, muito anterior a ela, e não pode ser caracterizada como o marco definidor dos direitos que são àquele inerentes.

## 2.2 O novo paradigma constitucional

Em verdade, deve-se dizer que a chamada Constituição Cidadã, embora não inaugure a proteção legal das terras ocupadas pelos índios, vem refletir uma vigorosa mudança de paradigma na política indigenista do Estado brasileiro. Até o seu advento, a legislação indigenista trazia uma visão assimilacionista, com vistas a “civilizar” o índio, considerando-o culturalmente mais atrasado. A ideia era cada vez mais propiciar a integração do índio à socie-

dade envolvente, a fim de que ele também participasse do chamado progresso e contribuísse para tanto.

Essa visão pode ser facilmente verificada por meio da análise do Estatuto do Índio, que considera o índio incapaz, devendo ser tutelado. É sintomático que, em seu art. 1º, o diploma já explicita, sem rodeios, o “propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional”. Por meio desse cenário, o indígena era visto como um verdadeiro obstáculo ao avanço civilizacional do País, e devia ser integrado e convertido em força de trabalho. Essa era a mentalidade que regia as relações entre o Estado brasileiro e os povos indígenas.

Com base em um olhar etnocêntrico, os próprios direitos indígenas eram vistos sob uma perspectiva não índia, perpetuando enormes distorções na sua necessária proteção. Advindo a Constituição Federal de 1988, após muita luta dos movimentos indígenas e da sociedade civil, o cenário jurídico se transformou, rompendo-se com o paradigma assimilacionista, integracionista, em favor de uma diversidade cultural e de um protagonismo dos povos indígenas na defesa de seus direitos, que devem ser lidos de acordo com a sua própria perspectiva. Vale a lição de Vitorelli (2013, p. 30-32):

De acordo com o princípio integracionista, os índios são indivíduos não evoluídos, membros de populações em um estágio menos adiantado que o atingido pelos outros setores da comunidade nacional (art. 1º da OIT/53), ou seja, são um nível inicial do processo da evolução, se comparados com a sociedade não-índia, pelo que o Estado tem a responsabilidade de buscar sua integração a esta, de forma a possibilitar-lhes o desenvolvimento.

[...]

A nova ordem jurídica, implementada pela Constituição da República de 1988, acolheu a relatividade das culturas, como demonstra a leitura do art. 231, que reconhece e valoriza a diversidade cultural, assim como a pluralidade de etnias. Não busca a ordem constitucional assimilar os índios à cultura predominante entre os não-índios, o que denota que o art. 1º do Estatuto do Índio deve ser tido como não recepcionado.

O texto constitucional estabelece um capítulo reservado para a proteção dos índios, explicitando a importância da questão para a nova ordem democrática. Como não poderia ser diferente, a proteção das terras indígenas ganha espaço destacado, reconhecendo-se, no art. 231,

aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

Por sua vez, reconhecendo também a histórica e imensurável dívida do Estado para com os povos indígenas, o legislador constituinte ainda determinou, no art. 67 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que a União concluísse a demarcação de todas as terras indígenas no prazo de cinco anos da promulgação da Constituição. Infelizmente, o prazo passou longe de ser cumprido, mas não deixou de servir para evidenciar a robusta preocupação do Poder Constituinte no sentido de que as terras indígenas fossem demarcadas e protegidas a tempo.

Essa nova postura significa outra relação com as terras indígenas. Se antes imperava uma visão assimilacionista na política indigenista, a própria proteção territorial dava-se com a finalidade de integrar o índio à sociedade envolvente. Por isso, desde a colonização vigorou a figura do aldeamento (PERRONE-MOISÉS, 1998, p. 120), na qual os índios eram estabelecidos em locais fixos, condicionados à cultura do colonizador, em áreas drasticamente menores que as originais:

O aldeamento é a realização do projeto colonial, pois garante a conversão, a ocupação do território, sua defesa e uma constante reserva de mão-de-obra para o desenvolvimento econômico da colônia. Como diz o Regimento das Missões de 1686, é preciso “que haja nas ditas aldeias índios, que possam ser bastantes, tanto para a segurança do Estado, e defensas das cidades, como para o trato e serviço dos moradores, e entradas dos sertões”.

Pode-se dizer que essa herança dos aldeamentos, até a superação da política indigenista assimilacionista, sobreviveu em relação às terras indígenas. No passado, demarcações ocorreram ignorando-se

o modo de viver dos indígenas, que precisam de grandes áreas de caça para que haja uma sustentabilidade no ambiente, comprometendo a sua reprodução física e cultural o aldeamento em pequenas áreas ou fazendas. Muitos povos foram impedidos de viver de acordo com seus costumes, por uma impossibilidade física. A partir de uma nova política indigenista, a situação tende a se modificar.

Essa mudança de paradigma se dá em consonância com a ordem jurídica internacional, a exemplo da Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (1989), promulgada no Brasil em 2004, cujo artigo 13 dispõe que "a utilização do termo 'terras' nos Artigos 15 e 16 deverá incluir o conceito de territórios, o que abrange a totalidade do habitat das regiões que os povos interessados ocupam ou utilizam de alguma outra forma". Assim, refletida pela Constituição de 1988, as terras indígenas devem ser consideradas de acordo com o modo de viver dos próprios índios, e não segundo um padrão cultural não índio.

Ao sistema de proteção regional de direitos humanos, do qual o Brasil é signatário por ter aderido à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS, 1969), ratificada e integrada ao ordenamento em 1992, não passou incólume a questão fundiária indígena (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 16). Dispõe o Pacto de São José da Costa Rica: "Art. 21. Direito à propriedade privada - 1. Toda pessoa tem o direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social".

O alcance do dispositivo, em interpretação autêntica da Corte Interamericana, estendeu aos grupos coletivos indígenas a guarda supranacional, de modo que "tanto a propriedade privada dos particulares como a propriedade comunitária dos membros das comunidades indígenas têm a proteção convencional concedida pelo artigo 21 da Convenção Americana" (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2005, p. 80). Nesse pormenor, entende-se como garantia fundamental a compreensão de que a propriedade privada se estenderia a proteger "a especial relação que tais povos guardam com o território e a necessidade da preservação deste para fins de sobrevivência física e cultural" (GOMES; MAZZUOLI, 2013, p. 201).

Também se posicionou a Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni *vs.* Nicarágua, oportunidade em que esse tribunal internacional afirmou a necessidade de um “mecanismo efetivo de delimitação, demarcação e titulação das propriedades das comunidades indígenas, em conformidade com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes” (CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS, 2001, p. 86), rejeitando a visão assimilacionista das terras indígenas em favor da diversidade cultural, funcionalizando-se a proteção à propriedade privada. A propriedade serve aos ditames da reprodução física, cultural e espiritual dos povos originários.

Uma vez superado esse olhar etnocêntrico, a Constituição Federal de 1988, em total conformidade para com os instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos, consolida a proteção das terras indígenas, direito já reconhecido pelo arcabouço jurídico anterior, com base na perspectiva dos próprios índios. Sem dúvida, isso representa uma importante mudança de paradigma ao sepultar a visão integracionista, mas não pode ser apontado como inaugurador do indigenato, tendo em vista que as terras indígenas são constitucionalmente protegidas desde o texto de 1934.

### **3 O Supremo Tribunal Federal e as terras indígenas**

#### **3.1 A tese do marco temporal**

Contudo, apesar do indigenato e da transparência trazida pela Constituição, o Supremo Tribunal Federal vem relativizando a proteção do direito indígena à terra em favor de uma valorizada segurança jurídica, utilizando como fundamentação a chamada tese do marco temporal. Essa interpretação parece confrontar diretamente o texto constitucional, tendo em vista que estabelece uma data limite como condicionante de direitos originários, merecendo um estudo mais apurado.

É sabido que, em 2003, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula n. 650<sup>1</sup>, segundo a qual “os incisos I e XI do art. 20 da Constituição

---

1 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 650. Brasília, 31 out. 2003. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumarioSumulas.asp?sumula>

Federal não alcançam terras de aldeamentos extintos, ainda que ocupadas por indígenas em passado remoto”, ou seja, de acordo com o enunciado, as áreas de aldeamentos extintos não são consideradas terras indígenas, sem se estabelecer maior precisão. Em primeiro lugar, mostra-se necessário trazer o histórico dessa súmula (SANTOS FILHO, 2005, p. 1), uma vez que não se refere a processos de demarcação:

Essa Súmula foi veiculada em razão de provocações da Suprema Corte para pronunciamento acerca de eventual interesse da União Federal na solução de ações de usucapião em terras situadas nos Municípios de Guarulhos e de Santo André, no estado de São Paulo, em vista do disposto no artigo 1º, alínea h, do Decreto-Lei 9.760/1946.

Em diversas ações de usucapião relacionadas a terras situadas em Guarulhos-SP e Santos André-SP, a União sustentava possuir interesse na solução do litígio, ao argumento de que a área usucapienda estava encravada em antigo aldeamento indígena, tratando-se, portanto, de bem da União, a teor do disposto no Decreto-Lei 9.760/1946, e no artigo 20, incisos I e XI, da Constituição.

Ocorre que, na jurisprudência predominante do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Superior Tribunal de Justiça, já estava assentado que o Decreto-Lei 9.760, onde arrolados exaustivamente os bens da União, foi editado sob a égide da Constituição de 1937, e não foi recepcionado pela Constituição de 1988, inexistindo, assim, interesse da União Federal no deslinde da ação de usucapião.

Assim, a Súmula 650 do Supremo Tribunal Federal teve apenas o condão de cristalizar em definitivo os entendimentos estampados em inúmeros julgados proferidos pelos Colegios do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e Superior Tribunal de Justiça, especificamente quanto a inexistência de interesse da União em ações de usucapião em terras a que se refere o artigo 1º, alínea h, do Decreto 9.760/1946.

Embora no precedente tenha se discutido o que deve ser entendido por terra indígena ou não, o fato é que não se tratava de um processo de demarcação, de uma população demandando a terra. A preocupação foi afastar o interesse da União nos casos em que, muito remotamente, uma área tenha sido habitada por

---

=1634. Acesso em: 19 abr. 2018.

índios, pois do contrário todo o País assim deveria ser considerado, se em algum momento já houvera aldeamentos. Essa conclusão se aplica a povos extintos, ou “aldeamentos extintos”, como afirma a súmula, impossibilitando a demarcação ou retomada de grandes centros urbanos cujas populações originárias tenham sido extintas – como os Tupinambá do Rio de Janeiro, por exemplo. Situação completamente diversa é a de um povo vivo que pleiteia a sua terra, por ter sido dela expulso. Não é disso que trata a súmula, nem foi esse o contexto que lhe deu origem.

Não obstante, na ocasião do julgamento do caso Raposa Serra do Sol (Pet 3.388/RR), em 2009, o tribunal parece ter utilizado o raciocínio do enunciado para condicionar a demarcação de terras indígenas. O ministro Carlos Alberto Menezes Direito expressamente afirmou que as “terras eventualmente abandonadas não se prestam à qualificação de terras indígenas, como já afirmado na Súmula nº 650 deste Supremo Tribunal Federal”<sup>2</sup> (BRASIL, 2009). Percebe-se, nesse movimento, que o referido enunciado foi utilizado como razão para definir o que deve ou não ser considerado como terra indígena, a despeito das diferenças entre os casos.

Naquele momento, ao decidir pela demarcação contínua da terra indígena e a conseqüente retirada dos não índios, o tribunal estabeleceu dezenove condicionantes, que deveriam servir de balizamento para a questão. Ao lado dessas condições, o STF gestou a chamada tese do marco temporal, no sentido de que só deveriam ser reconhecidas como terras indígenas aquelas que estivessem efetivamente ocupadas quando da promulgação da Constituição, em 5 de outubro de 1988. É muito importante trazer, nesse momento, as palavras do relator, o ministro Carlos Ayres Britto (BRASIL, 2009)<sup>3</sup>:

I - o marco temporal da ocupação. Aqui é preciso ver que a nossa Lei Maior trabalhou com data certa: a data da promulgação dela

---

2 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 19 abr. 2018.

3 Ibidem

própria (5 de outubro de 1988) como insubstituível referencial para o reconhecimento, aos índios, “dos direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam”. Terras que tradicionalmente ocupam, atente-se, e não aquelas que venham a ocupar. Tampouco as terras já ocupadas em outras épocas, mas sem continuidade suficiente para alcançar o marco objetivo do dia 5 de outubro de 1988. Marco objetivo que reflete o decidido propósito constitucional de colocar uma pá de cal nas intermináveis discussões sobre qualquer outra referência temporal de ocupação da área indígena. Mesmo que essa referência estivesse grafada em Constituição anterior. É exprimir: a data de verificação do fato em si da ocupação fundiária é o dia 5 de outubro de 1988, e nenhum outro.

Claramente, em uma leitura muito otimista, o tribunal tentou encontrar uma solução salomônica a fim de amenizar o conflito e a insegurança existentes entre povos indígenas e fazendeiros devido à questão fundiária. Em 2013 a decisão foi confirmada, ao ocorrer o julgamento dos embargos de declaração. Na ocasião, os ministros Marco Aurélio Mello e Joaquim Barbosa, sendo vencidos, acolheram os embargos, afirmando o último que “o Tribunal traçou parâmetros excessivamente abstratos e completamente alheios ao que foi proposto na ação originariamente. O Tribunal agiu como um verdadeiro legislador”<sup>4</sup>. É inequívoco que o tribunal foi, no mínimo, bastante extravagante nessa atitude.

É necessário dizer que, segundo o próprio STF, “os fundamentos adotados pela Corte não se estendem, de forma automática, a outros processos em que se discuta matéria similar”<sup>5</sup>. Não obstante, é inegável que foi estabelecido um padrão no tratamento judicial da questão. Os tribunais passaram a seguir os parâmetros desenhados, reconhecendo a data da promulgação da Constituição como a

---

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Pet 3.388 ED/RR*. Embargos de declaração. Ação popular. Demarcação da terra indígena Raposa Serra do Sol. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 23 de outubro de 2013. p. 88. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=521442>. Acesso em: 19 abr. 2018.

5 *Ibidem*, p. 2.

referência temporal de ocupação para o reconhecimento das terras indígenas, e a questão chegou novamente à Suprema Corte.

Esse posicionamento foi confirmado, especialmente, em dois julgados da Segunda Turma do STF, o RMS 29.087/DF e o ARE 803.462-AgR/MS, decididos em 2014. No primeiro caso, derubou-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que reconhecia a ocupação de uma população Guarani Kaiowá, no Mato Grosso do Sul, expulsa em 1940 das terras por ela habitadas desde a década de 1750, que permaneceu “na região trabalhando nas fazendas, cultivando costumes dos seus ancestrais e mantendo laços com a terra”<sup>6</sup>. Para o STF<sup>7</sup>, a mencionada presença não seria suficiente para estabelecer a ocupação tradicional exigida, descaracterizando-se a terra indígena em favor dos fazendeiros.

A tese do marco temporal compreende o conceito de “renitente esbulho”, trazido também no caso Raposa Serra do Sol. De acordo com essa visão, para que a terra indígena seja reconhecida, como se disse, os índios deveriam habitá-la quando promulgada a Constituição, salvo se isso não tiver ocorrido “por efeito de renitente esbulho por parte de não-índios”<sup>8</sup>. O Supremo Tribunal Federal explicitou essa criação no ARE 803.462-AgR/MS<sup>9</sup>, delimitando as condições que entende cabíveis para a sua caracterização:

- 
- 6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (1. Seção). MS 14.746/DF. Relatora: Ministra Eliana Calmon. Brasília, 10 mar. 2010. p. 8. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=952089&num\\_registro=200902088856&data=20100318&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=952089&num_registro=200902088856&data=20100318&formato=PDF). Acesso em: 19 abr. 2018.
  - 7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). RMS 29.087/DF. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 16 set. 2014. p. 23. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6937880>. Acesso em: 19 abr. 2018.
  - 8 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). Pet 3.388/RR. Relator: Ministro Carlos Ayres Britto. Brasília, 19 mar. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=630133>. Acesso em: 19 abr. 2018.
  - 9 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). ARE 803.462-AgR/MS. Terra indígena Limão Verde. Área tradicionalmente ocupada pelos índios (art. 231, § 1º, da Constituição Federal). Marco temporal. Promulgação da Constituição Federal. Não cumprimento. Renitente esbulho perpetrado por não índios: não configuração. Relator: ministro Teori Zavascki. Brasília, 9 dez. 2014. p. 1-2. Disponível em:

Renitente esbulho não pode ser confundido com ocupação passada ou com desocupação forçada, ocorrida no passado. Há de haver, para configuração do esbulho, situação de efetivo conflito possessório que, mesmo iniciado no passado, ainda persista até o marco demarcatório temporal atual (vale dizer, a data da promulgação da Constituição de 1988), conflito que se materializa por circunstâncias de fato ou, pelo menos, por uma controvérsia possessória judicializada.

Assim, caso o território não estivesse sendo ocupado pelos indígenas em 5 de outubro de 1988, faz-se necessária a existência de um conflito possessório entre os índios e os possuidores diretos, àquela data, para que a terra possa ser reconhecida. Não bastasse a limitação imposta extraordinariamente, surpreende a condição exigida pelo STF para que o conflito possessório e o renitente esbulho resem caracterizados, de modo que os povos indígenas esbulhados possam ter acesso às suas terras.

No caso que se segue, referente a índios Terena expulsos de suas terras na década de 1950, também no Mato Grosso do Sul – onde essa tese pode causar um grande impacto –, impressiona o caráter extremamente restritivo do conceito de renitente esbulho atribuído pelo STF, uma vez que deposita um ônus desproporcional, senão diabólico, a fim de que os indígenas (não) comprovem que não “desistiram” de suas terras. A fundamentação, nesse caso, mostrou-se ainda mais intrigante, valendo uma parcial transcrição (BRASIL, 2014, p. 15):

Também não pode servir como comprovação de “esbulho renitente” a sustentação desenvolvida no voto vista proferido no julgamento do acórdão recorrido, no sentido de que os índios Terena pleitearam junto a órgãos públicos, desde o começo do Século XX, a demarcação das terras do chamado Limão Verde, nas quais se inclui a Fazenda Santa Bárbara. Destacou-se, nesse propósito, (a) a missiva enviada em 1966 ao Serviço de Proteção ao Índio; (b) o requerimento apresentado em 1970 por um vereador Terena à Câmara Municipal, cuja aprovação foi comunicada ao Presidente

---

<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734834>. Acesso em: 19 abr. 2018.

da Funai, através de ofício, naquele mesmo ano; e (c) cartas enviadas em 1982 e 1984, pelo Cacique Amâncio Gabriel, à Presidência da Funai. Essas manifestações formais, esparsas ao longo de várias décadas, podem representar um anseio de uma futura demarcação ou de ocupação da área; não, porém, a existência de uma efetiva situação de esbulho possessório atual.

Nesse sentido, como se não bastasse estabelecer um marco temporal para os direitos originários reconhecidos pela Constituição, essa posição restringiu de tal forma o renitente esbulho que tornou quase impossível caracterizá-lo. Para o STF, apesar dos protestos formais por ele citados, haveria ocorrido uma tolerância dos indígenas ao esbulho, que teriam deixado de reivindicar a terra (BRASIL, 2014, p. 15). Mostra-se nítido que essa posição ignora todo o histórico de violência sofrida pelos povos indígenas, exigindo-lhes o uso de instrumentos que lhes eram materialmente negados, seja pela existência de um regime ditatorial e uma condição jurídica tutelar, seja pelo extermínio a que estavam submetidos.

### **3.2 O esbulho possessório indígena sob a ótica constitucional e transnacional**

A instituição inventiva de um marco temporal para que se analise a ocupação indígena, somada a um conceito extremamente restritivo de renitente esbulho, tem servido, de fato, para que o Estado brasileiro confira legalidade a incontáveis violências ocorridas no passado, além de caracterizar uma afronta à Constituição Federal de 1988 e a seus princípios norteadores.

Segundo o art. 20, XI, da Constituição, as terras indígenas – aquelas necessárias à reprodução física e cultural dos povos indígenas, por eles tradicionalmente ocupadas – são bens da União,

ou seja, cria-se aí uma propriedade vinculada ou propriedade reservada com o fim de garantir os direitos dos índios sobre ela. Por isso, são terras inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis. (SILVA, 2006, p. 855).

Essa afirmação pode ser comprovada pela leitura do art. 231 e alguns de seus parágrafos, indispensáveis para esse estudo:

Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.

§ 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.

[...]

§ 4º As terras de que trata este artigo são inalienáveis e indisponíveis, e os direitos sobre elas, imprescritíveis.

[...]

§ 6º São nulos e extintos, não produzindo efeitos jurídicos, os atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse das terras a que se refere este artigo, ou a exploração das riquezas naturais do solo, dos rios e dos lagos nelas existentes, ressalvado relevante interesse público da União, segundo o que dispuser lei complementar, não gerando a nulidade e a extinção direito a indenização ou a ações contra a União, salvo, na forma da lei, quanto às benfeitorias derivadas da ocupação de boa fé.

Segundo Sarmiento (2013, p. 13), “a melhor interpretação da Constituição, sem sombra de dúvidas, é a que qualifica o direito do art. 231 da Constituição como cláusula pétrea”, tendo em vista o inequívoco propósito do constituinte de garantir a máxima efetividade aos direitos fundamentais indígenas. Dessa forma, a instituição de um marco temporal como condição para a sua garantia contraria de modo expresso o texto constitucional, praticamente ferindo de morte o conceito de direito originário e congênito. A Constituição, de diversas formas, preocupou-se em não legitimar os esbulhos ocorridos no passado, e isso não se pode negar.

A tese criada não reflete sequer um consenso internacional sobre o tema ou uma terceira via na abordagem. Na Latino América, por exemplo, tem-se o exemplo da interpretação conferida

pelo Tribunal Constitucional colombiano ao tema, segundo o qual (RODRÍGUEZ, 2015, p. 69),

la posesión ancestral de las tierras que habitan las comunidades o pueblos indígenas es un elemento importante para la titularidad del derecho al territorio colectivo. Advierte que, cuando pierde esa posesión por motivos ajenos a su voluntad (como por definición sucede en los desplazamientos forzados), el Estado mantiene la obligación de propender por la recuperación de su territorio, de velar por que se haga efectivo el derecho al retorno y, si no es posible, de iniciar los trámites y adoptar las medidas necesarias para que esos pueblos obtengan tierras aptas para mantener sus tradiciones y desarrollar su proyecto de vida (ccc, T-282/11).

Estabelecer um requisito de ordem cronológica para um direito originário e congênito mostra-se uma contradição em termos, sendo uma triste subversão da Constituição, com consequências nefastas.

O tradicionalmente refere-se, não a uma circunstância temporal, mas ao modo tradicional de os índios ocuparem e utilizarem as terras e ao modo tradicional de produção, ao modo tradicional de como eles se relacionam com a terra. (SILVA, 2006, p. 857).

Em outras palavras, a expressão é um mecanismo de reforço aos usos e costumes indígenas, a fim de que as suas terras sejam reconhecidas pela sua própria perspectiva – e não o contrário. Nesse sentido, é importante trazer a lição de Duprat (2006, p. 7):

De outro giro, muito embora não imobilizadas espacialmente e não definidas necessariamente pela profundidade temporal, a definição de terras tradicionalmente ocupadas requer uma compreensão narrativa das vidas desses povos. A tradição que emerge dessa narrativa não é mera repetição de algo passado, não é mera remissão ao contexto da existência que a originou, mas a experiência histórica de sua reafirmação e transformação. Daí por que a definição do que sejam terras tradicionalmente ocupadas, por cada grupo, passa por um estudo antropológico que, para além da história, revele a tradição que é permanentemente reatualizada e que dessa forma se faz presente na memória coletiva.

Ademais, nas palavras de Silva (2016, p. 9), em parecer sobre a questão aqui estudada,

a Constituição de 1988 é o último elo do reconhecimento jurídico-constitucional dessa continuidade histórica dos direitos originários dos índios sobre suas terras e, assim, não é o marco temporal desses direitos.

Desse modo, em primeiro lugar, as terras indígenas não podem ser consideradas sob um aspecto puramente cronológico, e, mesmo que o pudessem, não seria o texto constitucional de 1988 que estabeleceria esse marco.

Significa dizer, sem risco de erros, que o marco temporal [...] não se sustenta, seja pela incidência do § 6º do art. 231 da CF/88, pela posse nativa e anímica, seja pelo esbulho praticado face os povos originários. (CUPSINSKI *et al.*, 2017, p. 10).

Assim, sob nenhum aspecto, a data da promulgação da atual Constituição pode ser utilizada como referência para a ocupação indígena.

Essa confusão ocorre, segundo a doutrina, em razão do equívoco cometido pela tese do marco temporal, que considera a ocupação indígena de acordo com os parâmetros relacionados à posse do direito civil, quando a Constituição trata do indigenato, instituto diverso. Nos termos do parecer elaborado por Silva (2016, p. 17), o conflito nas terras indígenas “não é uma disputa de natureza possessória, porque os índios, como observado, não têm uma posse nesse sentido de direito privado”. São, como já se afirmou, direitos originários e congêntos, que não se subordinam a uma cadeia dominial, e a Constituição de 1988 deixou isso evidente. “Não se pode exigir da comunidade indígena que ostente os títulos da terra ou que demonstre a ocupação efetiva e ininterrupta. Os direitos dos índios às suas terras precedem a qualquer outro” (SILVA, 2004, p. 145).

O problema se agrava quando entra em cena o chamado renitente esbulho. Por essa visão, caso os indígenas não estivessem na posse direta da área quando promulgada a Constituição, nem houvesse conflito possessório nessa data, não haveria direito à demarcação. Seria como se os índios tivessem tolerado o esbulho ou até abando-

nado o território, abrindo mão dele. De acordo com essa posição, “a teoria a ser aplicada para a solução do caso é a do fato indígena, já que a ocupação deve ser verificada de fato, e não a teoria do indigenato, para evitar uma investigação imemorial da ocupação” (VITORELLI, 2013, p. 220). Não parece ter sido essa a opção do constituinte.

O que mais assusta, contudo, é o caráter restritivo conferido pelo STF ao renitente esbulho. Como se viu, o tribunal desprezou uma série de manifestações formais por parte dos indígenas em protesto pelo seu território, com um rigor desproporcional, que praticamente aniquila o direito fundamental daqueles índios esbulhados. Ao contrário disso, “não se pode utilizar de uma interpretação restritiva acerca do renitente esbulho, como se a controvérsia judicializada fosse uma disputa possessória individual” (CUPSINSKI *et al.*, 2017, p. 13). Sustenta-se que, mesmo utilizando o marco temporal de outubro de 1988, faz-se necessário, pelo menos, que o conceito de renitente esbulho seja interpretado de forma mais alargada, a fim de maximizar a proteção constitucional dos povos indígenas. Se assim não for, ferir-se-á de morte o art. 231 da Constituição Federal (SILVA, 2004, p. 150):

Os índios não precisam provar que ocupam a terra desde o ano 1500. Eles precisam provar que habitam a terra atualmente e estão sendo esbulhados ou que ocupavam a terra e foram espoliados de seu território em um passado vivo e palpitante que pode ser reconstituído pela história oral, modo de ocupação e vestígios de sua presença na área. Diante de uma ocupação tradicional atual ou pretérita, os títulos dominiais são nulos e extintos, não produzindo efeitos. Da mesma forma é nulo e não produz efeitos qualquer ato que visa à ocupação, o domínio e a posse das terras indígenas tradicionais (art. 231, § 6º, Constituição Federal de 1988). Tal dispositivo constitucional reforça o conceito de direito originário que os índios têm sobre suas terras tradicionais. O direito originário precede a qualquer outro. Se os índios foram expulsos da terra, convencidos a sair ou removidos, no momento de tal ato eles ocupavam a terra em caráter permanente, uma vez que os índios não abandonaram suas terras espontaneamente.

Ao saírem da terra por qualquer desses motivos, os índios não perdem a posse sobre elas, porque essa posse é permanente e impres-

critível. A posse dos ocupantes não índios é precária e nula e a posse dos índios é permanente, originária e congênita.

De todo modo, para além da questão técnica, as consequências geradas por esse cenário são sombrias. O genocídio, durante muito tempo, foi uma política de Estado (a matéria é tema de desdobramentos e ricas pesquisas no GT Violações dos Direitos dos Povos Indígenas e Regime Militar, instituído pela Portaria 01/2016/6CCR/MPF), além de que, até esse marco temporal, vigorava no País uma violenta ditadura que considerava os índios incapazes, havendo um regime tutelar.

De acordo com o relatório da Comissão Nacional da Verdade, o Estado brasileiro cometeu inumeráveis violações de direitos humanos com o

objetivo central de forçar ou acelerar a integração dos povos indígenas e colonizar seus territórios sempre que isso foi considerado estratégico para a implementação do seu projeto político e econômico. (BRASIL, 2014, p. 245).

Nesse sentido, não é razoável ignorar essa triste realidade e criar uma data limite fictícia para a reclamação, por parte dos índios, de seus direitos espoliados.

Em síntese, condicionar a demarcação a uma situação de efetivo conflito possessório, de fato ou judicializado, em 1988, após tantos anos de massacre, significa empurrar para os povos esbulhados um ônus desproporcional, em total dissonância para com a vontade do constituinte originário. Esse entendimento tem o condão de legitimar violências ocorridas em conflitos agrários entre indígenas e não indígenas, inclusive, durante o regime de exceção, contrariando a Constituição. “A verdade é que o estabelecimento arbitrário da referida data carrega o vício da anti-historicidade, ignorando o passado indigenista brasileiro e o caráter originário de seus direitos” (BRASIL, 2014, p. 249). O Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em artigo publicado (CUPSINSKI *et al.*, 2017, p. 13), ilustrou bem o problema, o que merece a citação:

Ao exigir a sua comprovação, como prova da tentativa de regresso e interesse por parte da comunidade indígena em ocupar a terra tradicional, o judiciário brasileiro desqualifica e desconsidera uma série de fatos históricos importantes desde o processo de colonização. Desconsidera também, questões básicas que envolvem as diferenças culturais, como a língua, costumes e formas de organização daquelas comunidades. A própria tutela por parte de entes do poder estatal serviu como barreira para que os indígenas pudessem reivindicar seus direitos. Situação comprovadamente agravada no período ditatorial (1964-1985), pois conforme mencionado neste estudo pela menção ao Relatório Figueiredo, foram anos de terror, com políticas voltadas para o extermínio das comunidades indígenas, orquestradas inclusive pelo Serviço de Proteção ao Índio (SPI). Portanto, exigir que as comunidades comprovem o esbulho renitente, em situação de conflito pela terra e anterior ao ano de 1988, por meio de boletins de ocorrência ou processos judiciais instaurados, apresenta-se pelo menos como um entendimento esquizofrênico.

Enfim, o Estado brasileiro vem trilhando um caminho de desrespeito não só à Constituição mas também aos diversos compromissos internacionais assumidos. É importante dizer que a Corte Interamericana de Direitos, cuja jurisdição o Brasil reconhece, já se manifestou em casos semelhantes, relativos a direitos indígenas. A título de exemplo, vale mencionar o caso *Sawhoyamaxa vs. Paraguai*, em que,

em claro confronto com a tese do marco temporal da ocupação, a Corte decidiu que a perda involuntária da posse e a consequente alienação da terra a terceiros de boa-fé não faz desaparecer o direito à terra ancestral. (PEGORARI, 2017, p. 258-259).

Assim, a Corte asseverou que tal direito não está condicionado no tempo. Nesse sentido, caso o STF não corrija o rumo até agora tomado, uma condenação internacional no futuro não deverá ser surpreendente.

“Decretar que somente as terras ocupadas por índios em 1988 merecem os direitos constitucionais permite apagar da memória esbulhos e injustiças” (CUNHA, 2014). Trata-se de uma opção equivocada, que contraria o espírito da Constituição de 1988, pois muitas

vezes torna letra morta o indigenato. Segundo Vitorelli (2013, p. 249), “o Supremo Tribunal Federal legalizou, ou pelo menos considerou irrelevantes, décadas de invasões, abusos, usurpação e assassinatos praticados contra as comunidades e seus integrantes”. A tese do marco temporal, compreendendo um conceito extremamente restrito de renitente esbulho, termina por legitimar, como consequência prática, toda forma de violência cometida em desfavor dos povos indígenas. E essa não é, com absoluta certeza, a intenção da Constituição Cidadã, que ostenta o compromisso inadiável de superar os entraves autoritários que vigoravam no regime de exceção anterior.

Cabe ainda trazer à baila o papel do Ministério Público Federal na mediação de conflitos agrários ocorrentes entre indígenas desapossados de há muito, embora ciosos da precariedade da posse agroecológica vilipendiada por terceiros, e grupos ocupantes (JUZINSKAS, 2016, p. 179-186). Assumida a tese do marco temporal e do renitente esbulho, ainda que ao grupo indígena faleça a comprovação dos requisitos para a ocupação tradicional, nada obstará a que se preserve, ao menos a título de proteção possessória coletiva, a terra injustamente tomada por terceiros (*nec vi, nec clam, nec precario*). Inegavelmente uma proteção de feição menor, instável e apta a reproduzir a violência no campo em largas plagas, pelo caráter de instabilidade ínsita à tutela possessória.

#### **4 Conclusão**

Com base no estudo realizado, parece evidente que a chamada tese do marco temporal importará grave retrocesso na garantia dos direitos fundamentais dos povos indígenas. Sob o pretexto de pacificar as homéricas tensões fundiárias decorrentes de processos de demarcação cada vez mais judicializados, essa falsa solução, em verdade, perpetua a situação caótica em que algumas populações se encontram e alimenta os conflitos em razão da realidade desses povos, que se veem obrigados a viver em situação de confinamento territorial e miséria.

Pode-se dizer que a consequência mais imediata desse entendimento é, sem dúvida, a banalização das consequências dos incontáveis esbulhos e massacres sofridos pelos povos indígenas antes da

atual Constituição. Mostra-se incontestável que a tese do marco temporal, além de ser tecnicamente insustentável perante o instituto do indigenato, produz uma consequência inaceitável para a realidade do País, tendo em vista o que foi instituído pelo poder constituinte originário bem como mediante os compromissos internacionais assumidos por parte do Brasil em diversos instrumentos, a fim de superar o seu passado autoritário de violações dos direitos humanos.

Aliás, é bom que se ressalte que a condução das decisões no espaço público brasileiro, incluída aí a proteção deficiente de direitos fundamentais por parte da Corte Suprema, pode – e, tomando por base precedentes, provavelmente assim será – levar a um sancionamento do País no plano internacional, gerando consequência de índole econômica e político-institucional. Nas letras de Gomes e Mazzuoli (2013, p. 222):

O Brasil sequer pode cogitar da possibilidade de não cumprir as decisões da CIDH. Poderia sofrer sanções internacionais e ser excluído da OEA. O não cumprimento pelo Estado brasileiro de sentença da Corte Interamericana acarreta nova responsabilidade internacional ao país, a ensejar nova ação internacional na mesma Corte e nova condenação, e assim por diante. [...] O STF nada pode fazer. As decisões da Corte devem ser cumpridas pelo Brasil necessariamente.

Em verdade, é preciso reconhecer que o momento presente não se mostra muito favorável aos povos indígenas, em consonância com uma onda bastante ameaçadora aos seus direitos mais básicos. Essa onda pode ser materializada na PEC n. 215/2000, que, inclusive, pretende constitucionalizar a tese do marco temporal, além de intentar outros retrocessos gravíssimos. Na mesma toada, em 20 de julho de 2017, foi publicado o Parecer n. 001/2017/GAB/CGU/AGU, aprovado por Michel Temer, com o objetivo de tornar obrigatória a observância, pela Administração Pública Federal, dos critérios estabelecidos no caso Raposa Serra do Sol, incluindo o marco temporal. Se essa concepção prosperar, enterrará de vez o sonho de muitos povos indígenas, durante séculos massacrados com o aval do Estado brasileiro.

A Suprema Corte, por melhores intenções que tenha de pacificar o campo, não pode se prestar a legitimar um histórico de

violências e esbulhos com base numa criação jurídica que ignora por completo a realidade desses povos e de seus conflitos fundiários. Não é possível esquecer que, até a redemocratização do País, vigorava uma ditadura governada por militares, em que o índio era visto como um ser incapaz, submetido a um regime tutelar. Apenas em 1988, com o advento da Constituição Cidadã, surge uma nova era de direitos, superando-se o paradigma assimilacionista, na qual os indígenas passam a ter voz e a buscar cada vez mais seus direitos fundamentais. Antes não havia essa possibilidade, obviamente.

Nesse sentido, exigir, como um requisito para o reconhecimento das terras indígenas, que ainda, em 1988, na transição de uma tenebrosa ditadura, os índios esbulhados e silenciados estivessem herculeamente resistindo em suas terras ou litigando judicialmente por elas configura um verdadeiro absurdo, desarrazoado ao extremo. Se o STF deseja manter o marco temporal de 1988, em homenagem a uma suposta segurança jurídica, deve, no mínimo, conferir uma interpretação bem menos restritiva ao conceito de renitente esbulho, sob pena de legitimar os piores ataques cometidos contra os povos indígenas, verdadeiros habitantes originários dessas terras. Não há outra digna saída, e o contrário significa menosprezar um verdadeiro genocídio, o que não pode ser admitido em uma ordem democrática.

## Referências

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório: textos temáticos*. Brasília, 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da comunidade indígena Yakye Axa vs. Paraguai*. São José da Costa Rica, 2005. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/357a11f7d371f11cba840b78dde6d3e7.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso da comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicarágua*. São José da Costa Rica, 2001. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/04/1d066bbac6f06f20e3bb0e08e5697c4a.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CUNHA, Manuela Carneiro da. O STF e os índios. *Folha de São Paulo*, São Paulo, 19 nov. 2014. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/opiniaio/2014/11/1550130-manuela-carneiro-da-cunha-o-stf-e-os-indios.shtml>. Acesso em: 19 abr. 2018.

CUPSINSKI *et al.* *Terra tradicionalmente ocupada, direito originário e a inconstitucionalidade do marco temporal ante a proeminência do art. 231 e 232 da Constituição de 1988*. Brasília, 2017. Disponível em: <http://cimi.org.br/pub/Assessoria-Juridica/Terra-tradicionalmente-ocupada-direito-originario-e-a-inconstitucionalidade-marco-temporal.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2018.

DUPRAT, Deborah. *Terras indígenas e o judiciário*. Brasília: 6<sup>a</sup> CCR-MPF, 2006. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs\\_artigos/terras\\_indigenas\\_e\\_o\\_judiciario.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_e_o_judiciario.pdf). Acesso em: 19 abr. 2018.

GOMES, Luis Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Pacto de São José da Costa Rica. 4. ed. rev., amp. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Censo Demográfico 2010: características gerais dos indígenas: resultados do universo*. Rio de Janeiro: [s. n.], 2012.

JUZINSKAS, Leonardo Gonçalves. A defesa da posse indígena e a tutela possessória coletiva no novo CPC: reflexões e estudo de caso. *In: VITORELLI, Edilson. Temas atuais do Ministério Público Federal*. 4. ed. revista, ampliada e atualizada (conforme o novo CPC). Salvador: JusPodivm, 2016. p. 179-206.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. São José, 22 nov. 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 19 abr. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 169 da OIT sobre povos indígenas e tribais*. Genebra, 7 jun. 1989. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm). Acesso em: 19 abr. 2018.

PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria; SANTOS, Ricardo Ventura. Demografia dos povos indígenas no Brasil: um panorama crítico. In: PAGLIARO, Heloísa; AZEVEDO, Marta Maria; SANTOS, Ricardo Ventura (orgs.). *Demografia dos povos indígenas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz; Campinas: ABEP, 2005. p. 11-32.

PEGORARI, Bruno. A tese do “marco temporal da ocupação” como interpretação restritiva do direito à terra dos povos indígenas no Brasil: um olhar sob a perspectiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos. *ARACÉ – Direitos Humanos em Revista*. [S.l.], ano 4, n. 5, p. 242-262, fev. 2017.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. Índios livres e índios escravos: os princípios da legislação indigenista do período colonial (séculos XVI a XVIII). In: CUNHA, Manuela Carneiro da (org.). *História dos índios no Brasil*. 2. ed. São Paulo: Schwarcz, 1998. p. 115-132.

PORTUGAL. Provisão de 1 de abril de 1680. *Provisão sobre a repartição dos índios do Maranhão e se encarregar a conversão d'aquella gentilidade aos Religiosos da Companhia de Jesus*. Lisboa, 1 abr. 1680. Disponível em: <http://transfontes.blogspot.com.br/2010/02/provisao-de-1-de-abril-de-1680.html>. Acesso em: 19 abr. 2018.

RIBEIRO, Darcy. *O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil*. São Paulo: Companhia das letras, 2006.

RODRÍGUEZ, Gloria Amparo. *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia: luchas, contenido y relaciones*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2015.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. *Terra indígena: súmula 650 do STF só incide em ações de usucapião*. Brasília: 6ª CCR-MPF, 2005.

Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs\\_artigos/terras\\_indigenas\\_dr-\\_roberto\\_lemos.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs/artigos/docs_artigos/terras_indigenas_dr-_roberto_lemos.pdf). Acesso em: 19 abr. 2018.

SARMENTO, Daniel. *Nota técnica: a PEC 215/00 e as cláusulas pétreas*. Brasília: 6<sup>a</sup> CCR-MPF, 2013. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/pec-215\\_nota-tc3a9cnica-mpf.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/pec-215_nota-tc3a9cnica-mpf.pdf). Acesso em: 19 abr. 2018.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Parecer sobre o marco temporal de 1988*. São Paulo, 2016. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs\\_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6/documentos-e-publicacoes/artigos/docs_artigos/jose-afonso-da-silva-parecer-maio-2016-1.pdf). Acesso em: 19 abr. 2018.

SILVA, Lásaro Moreira da. O reconhecimento dos direitos originários dos índios sobre suas terras tradicionais na Constituição Federal de 1988 e a extensão do conceito de terras indígenas tradicionalmente ocupadas. *Revista Jurídica UNIGRAN*, Dourados, v. 6, n. 11, p. 139-152, jan./jul. 2004.

VITORELLI, Edilson. *Estatuto do índio*. 2. ed. rev., amp. e atual. Salvador: JusPodivm, 2013.

# O despertar de uma política: as dificuldades de concretização do subsistema de saúde indígena entre 1999 e 2015

Julio José Araujo Junior

Procurador da República em São João de Meriti. Mestre em Direito Público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ).

**Resumo:** O presente artigo busca avaliar criticamente os resultados promovidos pela política nacional de saúde indígena impulsionada pela Constituição de 1988, abrangendo o período compreendido entre a implantação de um subsistema no Sistema Único de Saúde (SUS), em 1999, e o ano de 2015. Para tanto, são analisados os relatórios anuais de gestão em âmbito nacional pelo Governo Federal. O propósito consiste em identificar situações fáticas que o próprio Estado reconheceu como prioritárias e se propôs a enfrentar, verificando, em seguida, se a atuação foi eficiente e eficaz ou se houve omissão no período, com base na própria narrativa dos órgãos responsáveis e na comparação com outros dados oficiais e extraoficiais relativos à sociedade envolvente. Após descrever brevemente o tratamento da saúde dos povos indígenas em período anterior à ordem constitucional atual, passa-se à avaliação dos indicadores produzidos pelos relatórios de gestão dos próprios órgãos incumbidos da política, mediante análise dos resultados alcançados e das diretrizes não priorizadas, seguida da apresentação dos desafios para uma melhora dos resultados.

**Palavras-chave:** Saúde indígena. Política nacional. Subsistema. Direitos fundamentais. Intercultural. Indicadores.

**Abstract:** This article seeks to critically evaluate the results promoted by the national indigenous health policy, promoted by the 1988 Constitution, covering the period between the implementation of a subsystem in the Single Health System (SUS), in 1999, and the year 2015. In order to achieve this goal, the article analyzes the annual

national management reports made by the Federal Government. The purpose is to identify factual situations that the State itself recognized as priorities and that it proposed to face, and then verify whether the action was efficient and effective or if there was an omission in the period, based on the very narrative of the responsible bodies and comparison with other official and unofficial data concerning the surrounding society. After describing briefly the treatment of the health of indigenous peoples in a period prior to the current constitutional order, the indicators produced by the management reports of the policy bodies themselves are analyzed by examining the results achieved and the non-prioritized guidelines, followed by the presentation of the challenges for improving the results.

**Keywords:** Indigenous health. National policy. Subsystem. Fundamental rights. Intercultural. Indicators.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Limitações e objetivos da pesquisa. 3 Uma atenção diferenciada à saúde. 3.1 A criação do subsistema de saúde indígena. 4 Estruturação da política, planejamento e resultados. 4.1 Evolução dos dados orçamentários. 4.2 Planejamento estratégico, metas da política e resultados. 4.3 Campanhas de vacinação. 4.4 Combate a morbidades. 4.5 Mortalidade infantil. 5 Avaliação do subsistema e diretrizes não priorizadas. 6 Considerações finais.

## 1 Introdução

O povo Karajá, no Tocantins, deseja a construção de postos de saúde nas aldeias, com uma melhor estrutura dos imóveis, e pede a disponibilização contínua de medicamentos, pois não adianta ter médicos ou enfermeiros se não houver remédios. Por sua vez, os povos do Rio Negro, no Amazonas, clamam por maior participação dos indígenas e reclamam que o aumento de recursos para a saúde indígena não vem gerando melhorias às comunidades, que sofrem com a falta de equipes de atendimento e de transporte fluvial de pacientes na Amazônia. Em todos os cantos do Brasil, os povos indígenas reclamam por uma assistência mais contínua e efetiva no campo da saúde<sup>1</sup>.

---

1 Pesquisa realizada pelo Núcleo de Opinião Pública da Fundação Perseu Abramo, em parceria com o Rosa Luxemburg Stiftung Instituto, entre 2010 e 2011, junto a 52 lideranças indígenas e mais cerca de 400 indígenas em contexto urbano, gestores

Ao mesmo tempo, o Ministério Público Federal alerta para a precariedade do atendimento<sup>2</sup>, e o próprio Poder Judiciário se mostra sensível à necessidade de melhoria do serviço<sup>3</sup>. Em 2016, após visita ao País, a relatora especial da Organização das Nações Unidas (ONU) emitiu comunicado<sup>4</sup> em que adiantou sua percepção de que a prestação de serviços de saúde é inadequada, o que foi confirmado em relatório (ONU, 2016).

Esses relatos condizem com a realidade? Em qual medida? Afinal, a implantação do subsistema contribuiu ou não para a melhoria no serviço de saúde prestado aos povos indígenas? Essas são algumas perguntas que este artigo busca responder. Para isso, pretende-se analisar as diretrizes da política nacional de saúde indígena e a sua execução, mediante a verificação dos indicadores contidos em relatórios de gestão e a visão crítica dos órgãos que atuam com o tema e, sobretudo, dos povos indígenas.

De forma resumida, o artigo está estruturado da seguinte forma: na primeira parte, descreve-se brevemente o caminho percorrido até a instituição de um subsistema para a saúde indígena, bem como as prin-

---

e representantes de organizações não governamentais de todo o País, apontou que a maior preocupação dos indígenas se refere a agentes de saúde (24% em primeiro lugar e 46% na soma das menções), postos e ambulância dentro das aldeias (20% em 1º lugar e 48% na soma das menções), médicos especialistas nas aldeias (11% e 35%) e medicamentos gratuitos (9% em 1º lugar e 46% na soma das menções). VENTURI; BOKANY, 2013, p. 181-262.

- 2 Em 10 de dezembro de 2012, o Ministério Público Federal (MPF) realizou uma ação coordenada em nível nacional intitulada *Dia D da Saúde Indígena*, com o objetivo de chamar a atenção para a precariedade no atendimento de saúde ao indígena no País (CIMI, 2013a, p. 15).
- 3 Nesse sentido, pode-se citar que, das 21 ações civis públicas propostas pelo MPF no Dia D da Saúde Indígena, doze já haviam recebido decisão liminar parcial ou totalmente favorável. Informações disponíveis em: [http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy\\_of\\_indios-e-minorias/dia-d-da-saude-indigena-passados-seis-meses-mpf-faz-balanco-de-decisoes-judiciais-e-segue-exigindo-melhorias-no-servico/](http://noticias.pgr.mpf.mp.br/noticias/noticias-do-site/copy_of_indios-e-minorias/dia-d-da-saude-indigena-passados-seis-meses-mpf-faz-balanco-de-decisoes-judiciais-e-segue-exigindo-melhorias-no-servico/). Acesso em: 15 jul. 2016.
- 4 O comunicado foi publicado no sítio eletrônico do Alto Comissariado da ONU para Direitos Humanos (ACNUDH). Disponível em: <http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=18498&LangID=E>. Acesso em: 21 abr. 2016.

cipais características e metas da política nacional. Na segunda parte, são avaliados os indicadores a respeito da saúde, em que – adianta-se – se verifica uma estruturação da política quanto a *inputs* e *outputs*, e a melhora de certos resultados (*outcomes*<sup>5</sup>), os quais ainda estão distantes da política de saúde formulada junto à sociedade envolvente. Na última parte, avaliam-se os pontos em que a política pouco ou nada avançou e apontam-se possibilidades de aprofundamento.

## 2 Limitações e objetivos da pesquisa

Para analisar os principais dados colhidos a respeito da política de saúde indígena, com ênfase no período posterior à criação do subsistema, é necessário debruçar-se sobre os documentos de planejamento e os relatórios de gestão da Fundação Nacional de Saúde (FUNASA) e da Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), de forma a captar as metas prioritizadas, a evolução de certos dados, as políticas e os resultados informados, bem como a avaliação feita pelos gestores do período compreendido entre 1999 e 2015.

A pesquisa enfatiza a análise de relatórios anuais de gestão, com o objetivo de constatar situações fáticas que o próprio Estado reconheceu como prioritárias e que se propôs a enfrentar, e verifica, em seguida, se a atuação foi eficiente e eficaz ou se houve omissão no período, a partir da própria narrativa dos órgãos responsáveis e da comparação com outros dados oficiais e extraoficiais relativos à sociedade envolvente. Identificadas as ações prioritizadas e os seus resultados, haverá ainda espaço para analisar aquelas para as quais não tem havido a necessária atenção.

Como a pesquisa se baseia especialmente nos dados colhidos pela FUNASA e pela SESAI, há limitações quanto às informações

---

5 Parte-se da premissa de que não bastam a previsão e a aplicação de recursos (*inputs*) nem a formulação e a execução de certos programas (*outputs*), mas sim a efetiva melhora dos indicadores quanto à saúde dos povos indígenas. Nesse sentido: “The hypothesis that an ‘outcome focus’ can contribute to enhanced accountability in governance has an attractive logic. It resonates well with a human rights approach in that the formulation of economic and social rights in relevant treaties is generally formulated in ‘outcome’ terms (the right to health is about health outcomes, not specific rights to the outputs of public health services)” (NORTON; ELSON, 2002).

sistematizadas. Em que pese ter havido uma grande evolução na coleta de dados e no desenvolvimento de sistemas de informação no âmbito da saúde indígena, persiste uma dificuldade de alimentação desses dados, por razões tecnológicas e humanas<sup>6</sup>. É certo, ademais, que há o risco de as informações serem apresentadas nos relatórios de forma bastante otimista, realçando apenas aspectos que decorram de algum trabalho, ainda que inicial e sem resultados, do órgão. Para contrapor esse risco, será necessário trazer a visão de outros atores, como o Ministério Público, os movimentos sociais que apoiam a causa indígena e os próprios indígenas que se manifestaram na V Conferência de Saúde Indígena, ocorrida em 2013.

Cabe ressaltar, também, que foram selecionados alguns aspectos que, além de permitirem uma compreensão ampla da gestão da saúde indígena, podem ser visualizados em uma série histórica que compreenda boa parte do período pesquisado (1999–2015), com ênfase nos resultados das políticas, e não nos processos adotados. É o caso dos recursos humanos e materiais, do combate a morbidades, dos índices de mortalidade infantil e da vacinação.

Por fim, outro aspecto limitador – e que merece ser tratado criticamente desde já – diz respeito ao fato de que o universo de indígenas atendidos pelo subsistema não corresponde à totalidade da população que assim se reconhece no País. Segundo dados do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) de 2010, a população indígena abrange 896,9 mil indígenas, pertencentes a 305 povos, com 274 línguas distintas, ao passo que o atendimento da SESAI compreende cerca de 690 mil indígenas – 84,35% da população total (BRASIL, 2016) –, que vivem em 5.103 aldeias, situadas em 445 municípios e 25 estados<sup>7</sup>. A SESAI argumenta que o seu papel é

---

6 Há DSEIs situados em localidades cujo acesso à Internet é bastante precário nas próprias cidades em que a unidade está situada, tornando-se ainda mais difícil no polo-base e nas aldeias (Amazônia). Além disso, a carência de profissionais especializados na administração em unidades mais longínquas, onde há uma rotatividade maior também de servidores públicos, contribui para a imperfeição na alimentação de dados.

7 Além disso, a SESAI informa que atende também a um grupo de 9.300 indígenas cadastrados em logradouro, que não vivem em aldeias.

atender somente aos indígenas que vivem nas aldeias, cuja cobertura é plena, e alega que o subsistema foi pensado para atender apenas aos indígenas que vivem nas “terras tradicionais”, pois nestes locais há uma vulnerabilidade grande, com maiores dificuldades, inclusive logística, de acesso ao SUS. Como se mostrará mais adiante, a visão do órgão denota uma concepção não mais amparada pela Constituição, que resgata uma compreensão do tema ligada ao assimilacionismo. O fato de o indígena não estar em uma aldeia ou no território demarcado não lhe retira sua condição étnica nem torna irrelevante um atendimento de saúde que a leve em consideração. Por ora, cabe ressaltar que, além de ser um fator limitador da pesquisa, tal decisão diminui o alcance da própria política.

### 3 Uma atenção diferenciada à saúde

A Constituição de 1988 é um marco na defesa dos direitos dos povos indígenas no Brasil, pois, ao contrário das diretrizes homogeneizantes dos regimes constitucionais anteriores<sup>8</sup>, se abre à diversidade sociocultural dos diferentes grupos que compõem a sociedade brasileira e afasta a ideia de que há estágios superiores de civilização. Reconhecem-se os direitos de determinados grupos, os quais não consistem em privilégios, mas em fortalecimento para o exercício da autonomia, por meio de uma perspectiva intercultural<sup>9</sup>.

---

8 O tratamento dos povos indígenas no Brasil é marcado por um longo período de leis esparsas, durante o período colonial e o império, voltadas a uma política de miscigenação com a expressa intenção de criar uma população homogênea livre, o que acabou servindo, cem anos mais tarde, como pretexto para a espoliação das terras dos aldeamentos em que os índios haviam sido instalados. Na República, o ideal positivista, agora dominante, preconizará a necessidade de que a incorporação daqueles povos à comunhão nacional se dê de forma gradual, o que repercutirá no pensamento constitucional brasileiro, a partir da Constituição de 1934, primeira a mencionar os índios. A Constituição de 1988, ao deixar de estabelecer qualquer hierarquia entre os grupos que compõem a sociedade brasileira, valoriza a autonomia desses povos.

9 *Interculturalidade* se apresenta, nesse contexto, como uma expressão mais feliz que multiculturalismo, pois não se limita a reconhecer as múltiplas culturas, mas preconiza um diálogo que compreenda suas incompletudes mútuas e permita a troca entre os diferentes saberes, por meio da hermenêutica diatópica defendida por Boaventura de Sousa Santos. Daí surge a já consagrada expressão de que “temos o

O art. 231 da Constituição consolida o reconhecimento da organização social, costumes, línguas, crenças e tradições dos índios, bem como os direitos sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Ao mesmo tempo, o art. 196 estabelece a saúde como um direito de todos e um dever do Estado, enunciando as diretrizes do Sistema Único de Saúde (SUS), no qual a participação da comunidade é fundamental (art. 198, III). Soma-se à Constituição a Convenção n. 169, da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil apenas em 2004, que cuida da responsabilidade dos Estados em favor de povos indígenas e tribais. Essa convenção ressalta, em relação à saúde, a prestação de serviços adequados e prevê a existência de meios que permitam aos povos indígenas organizar e prestar tais serviços sob sua própria responsabilidade e controle (artigo 25)<sup>10</sup>.

A legislação que se consolida no final do século XX é fruto de diversas mobilizações dos povos indígenas em todo o mundo, inclusive no Brasil<sup>11</sup>, as quais constituíram um terreno fértil para semear essas novas ideias.

---

direito a ser iguais quando a diferença nos inferioriza; temos o direito a ser diferentes quando a igualdade nos descaracteriza” (SANTOS, 2010, p. 462).

- 10 No mesmo sentido, embora de forma não vinculante, a Declaração de Direitos dos Povos Indígenas, da ONU, estipula o direito desses povos de determinar e elaborar prioridades e estratégias para o exercício do seu direito ao desenvolvimento, em especial o direito de participar ativamente da elaboração e da determinação dos programas de saúde (artigo 23). Além disso, a declaração estabelece que os povos indígenas têm direito a seus medicamentos tradicionais e a manter suas práticas de saúde, incluindo a conservação de suas plantas, animais e minerais de interesse vital do ponto de vista médico, sendo garantido também o direito ao acesso, sem qualquer discriminação, a todos os serviços sociais e de saúde. Assegura-se, assim, o direito de usufruir, por igual, do mais alto nível possível de saúde física e mental (artigo 24).
- 11 Em 1986, quando foi realizada a Conferência Nacional de Proteção à Saúde do Índio – posteriormente reconhecida como a I Conferência Nacional de Saúde Indígena –, no âmbito da VIII Conferência Nacional de Saúde, os povos indígenas já cobravam um modelo que tirasse da Fundação Nacional do Índio (FUNAI) a gestão da saúde indígena, conferindo a atribuição a um órgão vinculado ao Ministério da Saúde, com a garantia de acesso universal e integral, bem como participação indígena em todas as etapas do processo de planejamento, avaliação e execução das ações desenvolvidas (CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO – CIMI, 2013a).

### 3.1 A criação do subsistema de saúde indígena

No passado colonial, e mesmo nas políticas de contato do século XIX, ao mesmo tempo em que se vislumbrava muito mais prejuízo aos primeiros habitantes do que aos portugueses, quase nenhuma atenção do Estado era direcionada à saúde desses povos<sup>12</sup>. Este cenário sofreu alguma alteração após a criação do Serviço de Proteção ao Índio (SPI), em 1910<sup>13</sup>, porém sem acarretar uma estruturação no atendimento. O SPI previa o apoio por meio de “socorros médicos” (art. 17 do Decreto n. 8.072/1910), mas a sua atuação se limitava a intervenções esporádicas, em situações de surtos. Não havia sistematização na prestação do serviço<sup>14</sup> ou capacidade, inclusive técnica, de enfrentamento às especificidades vivenciadas pelos grupos atendidos<sup>15</sup>, o que se repetiu na gestão da FUNAI, criada em 1967, e se manteve até a atual Constituição.

Após 1988, a despeito dos impasses existentes acerca da titularidade da gestão da saúde dos povos indígenas<sup>16</sup>, crescia a mobiliza-

---

12 A única atenção era oriunda das missões religiosas, que exerciam dedicação à saúde no contexto de possibilitar uma aproximação e evangelização de determinados grupos, ou seja, como uma preocupação instrumental para o desenvolvimento da catequese.

13 O Serviço de Proteção aos Índios e Localização dos Trabalhadores Nacionais (SPILTN) foi criado por meio do Decreto n. 8.072, de 20 de junho de 1910. Em 1918, passou a dedicar-se unicamente ao trabalho junto aos indígenas, tornando-se SPI. Adotando uma perspectiva assimilacionista, o SPI tinha por objetivo atrair os povos indígenas, de forma pacífica, e integrá-los à dinâmica da sociedade envolvente, na qualidade de trabalhadores, permitindo-se o contato e a absorção dos modos de vida hegemônicos. Para tanto, o decreto prevê a prestação de assistência “aos índios do Brasil, quer vivam aldeados, reunidos em tribus, em estado nômade ou promiscuamente com civilizados” (art. 1º, *a*).

14 Houve, de 1910 a 1967, uma intensificação do contato entre indígenas e não indígenas no interior brasileiro, com forte desvantagem para os primeiros, que sofreram os impactos de doenças como gripe e sarampo (BRASIL, Ministério da Saúde, 2002, p. 7).

15 Um episódio de forte impacto, decorrente de uma epidemia de sarampo, ocorreu em 1950 com os índios Urubu-Kaapor, no Maranhão. Darcy Ribeiro (1996, p. 310) relata que moradores fugiram de suas aldeias, “imaginando que a doença era um ser sobrenatural que atacara a aldeia e podia ser evitado se escapassem para longe”, enquanto outros tiveram forças para “armar abrigos de folha de palmeira sobre a rede”, mas a maioria estava ao relento, “ardendo em febre sob a chuva”.

16 Com a nova ordem constitucional, o tratamento do tema e o contexto de mobilizações permitiu que a saúde dos povos indígenas passasse a vincular-se ao Ministério da Saúde, nos termos do Decreto n. 23, de 1991, que esboça uma nova política. No

ção para a consolidação de um novo modelo<sup>17</sup>. A previsão de uma atenção diferenciada só se concretizaria, porém, em 1999, após a edição da Lei n. 9.836, que, por meio do acréscimo de oito artigos (arts. 19-A a 19-H) à Lei n. 8.080/1990, previu a criação do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena.

Essa lei instituiu o Subsistema de Atenção à Saúde Indígena como parte integrante do SUS, com o qual deveria funcionar em perfeita integração (art. 19-B), financiado com recursos próprios da União (art. 19-C); permitiu a articulação do subsistema com os órgãos da Política Indígena (art. 19-D); e facultou aos demais entes e instituições governamentais e não governamentais complementar o custeio e a execução das ações (art. 19-E).

A lei previu a estruturação de unidades chamadas Distritos Sanitários Especiais Indígenas (DSEIs), que consistem em “um espaço etno-cultural dinâmico, geográfico, populacional e administrativo bem delimitado”<sup>18</sup>. O modelo dos DSEIs orienta o atendimento con-

---

entanto, esse processo logo foi interrompido com a edição do Decreto n. 1.141, de 1994, que restituiu a coordenação da política à FUNAI e dividiu as atividades entre a autarquia indigenista e a Fundação Nacional de Saúde (cuja sigla, à época, era FNS).

17 Em 1993, realizou-se a II Conferência Nacional dos Povos Indígenas, quando foram propostas as bases para um subsistema de atenção à saúde indígena. Destacou-se, à época, que “o caráter de universalidade do sistema somente pode ser viabilizado através de enfoque diferenciado, tratando adequadamente povos diferentes”. Na conferência, defendeu-se também a consideração da realidade local e das especificidades da cultura indígena, contemplando-se uma abordagem global que compreendesse saneamento básico, nutrição, habitação e meio ambiente. O teor do relatório final pode ser acessado em: <http://dab.saude.gov.br/docs/geral/2cnsi.pdf>. Acesso em: 21 abr. 2016.

18 Este conceito é abordado expressamente na publicação que trata da Política Nacional de Saúde Indígena, porém já vinha sendo objeto de preocupações dos povos indígenas desde pelo menos 1986, tendo sido apresentado nas conferências de saúde indígena. O modelo piloto, como mencionado acima, foi o do DSEI Yanomami, após a edição do Decreto n. 23/1991. Atualmente, existem 34 DSEIs, com áreas de atribuição um pouco alteradas desde a criação, porém sempre baseados nas características etnoculturais dos espaços de atuação, que podem extrapolar áreas de estado ou agrupar diversas unidades em um só, conforme o quantitativo da população indígena e geralmente nos municípios próximos aos grupos atendidos. Só no Amazonas, por exemplo, há sete DSEIs, ao passo que existe apenas um DSEI (Litoral Sul), com sede em Curitiba, para atender a área abrangida por São Paulo, Rio de Janeiro, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul (BRASIL, Ministério da Saúde, 2002, p. 13).

forme a localização e as características dos grupos étnicos, rompendo com a lógica de atendimento voltado às divisões geopolíticas e centradas nas divisões territoriais por municípios ou estados. Além disso, o novo diploma estabeleceu o caráter descentralizado, hierarquizado e regionalizado do subsistema, devendo o SUS funcionar como retaguarda e referência, de maneira integrada (art. 19-G, § 2º). O acesso das populações indígenas ao SUS manteve-se garantido, compreendendo a atenção primária, secundária e terciária (art. 19-G, § 3º).

O Decreto n. 3.156, de 1999, que regulamentou a lei, conferiu à FUNASA a execução da referida política e assegurou o atendimento básico no âmbito das terras indígenas, ressaltando que as ações e serviços de saúde prestados aos índios pela União não prejudicariam as desenvolvidas pelos municípios e estados, no âmbito do SUS. O art. 2º do decreto estabeleceu as diretrizes a serem observadas, com destaque para a redução da mortalidade, em especial a materna e a infantil; a interrupção do ciclo de doenças transmissíveis; o controle da desnutrição, da cárie dental e da doença periodontal; a restauração das condições ambientais cuja violação se relacione diretamente com o surgimento de doenças e de outros agravos da saúde; a assistência médica e odontológica integral; a participação das comunidades indígenas envolvidas na elaboração da política de saúde indígena, de seus programas e projetos de implementação; e o reconhecimento da organização social e política, dos costumes, das línguas, das crenças e das tradições dos índios.

Em 2002, um ano após a III Conferência Nacional de Saúde Indígena, o Ministério da Saúde finalmente aprovou, por meio da Portaria n. 254, a Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas (PNSI). A PNSI referenda diversas diretrizes, destacando-se as seguintes: I) a organização dos serviços de atenção à saúde dos povos indígenas na forma de DSEIs e, no nível local, dos chamados polos-base; II) a preparação de recursos humanos para atuação em contexto intercultural; III) o monitoramento das ações de saúde dirigidas aos povos indígenas; a articulação dos sistemas tradicionais indígenas de saúde; IV) a promoção do uso adequado e racional de medicamentos; V) a promoção de ações específicas em situações especiais; VI) a promoção da ética na pesquisa e nas ações de atenção à saúde

que envolvam comunidades indígenas; VII) a promoção de ambientes saudáveis e proteção da saúde indígena; e VIII) o controle social.

Quanto à atribuição dos órgãos, coube à FUNASA a execução das ações, com atuação complementar das secretarias municipais e estaduais (item 5.1 da PNSI). O financiamento das ações seria feito pela FUNASA e pelo Ministério da Saúde, com possibilidade de complementação por organismos de cooperação internacional e pela iniciativa privada<sup>19</sup>.

Em 2010, atendendo aos apelos de diversos setores da sociedade civil e do movimento indígena<sup>20</sup>, o Governo Federal final-

---

19 Essa abertura à contratação de terceiros para a execução das ações de saúde indígena, que aparentava ser a exceção, foi, no início, a regra na condução da política pela FUNASA, que simplesmente repassava os recursos às entidades para atuarem diretamente. Esse modelo se alterou em 2004, quando o Ministério da Saúde, por meio das Portarias n. 69/2004 e n. 70/2004, restringiu as ações complementares, em consonância com o Acórdão n. 823/2004, do Tribunal de Contas da União. O acórdão do TCU estabeleceu limites às atividades complementares a serem desempenhadas pelos municípios e entidades do terceiro setor, enfatizando a atribuição da FUNASA para atividades de caráter permanente, aquisição de patrimônio e gestão (BRASIL. Tribunal de Contas da União. Processo n. 004.199/2004-0. Acórdão n. 823/2004. Plenário rel. Lincoln Magalhães da Rocha. Brasília, 30 de junho de 2004. Ata n. 23/2004). No início, a terceirização funcionava da seguinte forma: as organizações não governamentais adquiriam os bens, que não eram integrados ao patrimônio da FUNASA, recebiam recursos para obras, compravam medicamentos, combustíveis e demais insumos, eram responsáveis pelos transportes e gerenciavam os DSEIs, e ainda podiam fazer compras sem licitação. Com a portaria, a FUNASA passou a gerenciar os recursos, fazer compras por licitação e contratar pessoal extra, em caso de epidemia e emergências, além de executar as obras e adquirir bens permanentes, que passaram a ser integrados ao patrimônio do órgão (BRASIL. Ministério da Saúde. Portaria n. 70, de 20 de janeiro de 2004. Aprova as Diretrizes da Gestão da Política Nacional de Atenção à Saúde Indígena. Disponível em: [http://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt0070\\_20\\_01\\_2004.html](http://bvsm.sau.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2004/prt0070_20_01_2004.html). Acesso em: 15 jul. 2016).

20 Apesar da criação do subsistema e da formulação da PNSI, mesmo após as portarias de 2004, o desempenho da FUNASA na gestão da saúde indígena foi objeto de muitas críticas. A notícia de diversos casos de corrupção e a constatação da pouca participação do controle social na gestão dos convênios geraram reação da sociedade civil e do movimento indígena. Mesmo assim, a defesa de uma atuação do Governo Federal na pauta sempre foi objeto de reivindicação dos indígenas, a qual deveria ser acompanhada de uma desconcentração administrativa. Na IV Conferência Nacional de Saúde Indígena, realizada em 2006, decidiu-se que a FUNASA permanecesse como órgão gestor da saúde indígena, “sem municipalizar ou estadualizar, transformando os distritos sanitários especiais indígenas em unidades gestoras, com autonomia política, financeira e técnico-administrativa, criando um grupo de tra-

mente criou, por meio da Medida Provisória n. 483, posteriormente convertida na Lei n. 12.413/2010, um órgão especial vinculado ao Ministério da Saúde, a Secretaria Especial de Saúde Indígena (SESAI), com atribuições e organização definidas pelo Decreto n. 7.336/2010, atualmente Decreto n. 8.065/2013<sup>21</sup>. O novo órgão substituiu a FUNASA na gestão do subsistema e consolidou um modelo que vinha sendo buscado desde a promulgação da Constituição, com mais especialidade administrativa e maiores possibilidades de acompanhamento pleno das especificidades socioculturais dos povos indígenas.

Embora formalmente prevista em 2002, a PNSI já vinha sendo executada, em linhas gerais, pelo menos desde 1999. Mesmo com a criação da SESAI, ela continua em vigor, nos termos da Portaria n. 254/2002, e não houve descontinuidade na gestão<sup>22</sup>.

#### **4 Estruturação da política, planejamento e resultados**

Não existem dados anteriores a 1999 – ano da criação do subsistema – que permitam um panorama nacional da saúde indígena, pois as informações não eram sistematizadas, sendo colhidas pela FUNAI, pela FUNASA e por organizações não governamentais ou missões religiosas de forma desorganizada. Todas essas informações são importantes, mas não asseguram um parâmetro comparativo fidedigno com os dados colhidos após 1999<sup>23</sup>.

---

balho paritário pelo Ministério da Saúde para rediscutir e implementar a estrutura organizacional de assistência à saúde indígena, acelerando sua desburocratização, garantindo a participação indígena, pelo controle social” (Item 4.1 das resoluções da Conferência. BRASIL, Ministério da Saúde, 2007a).

- 21 O decreto foi revogado pelos Decretos n. 7.530/2011 e n. 7.797/2012, tendo em vista a previsão de estruturas e cargos, que sofreram mudanças ao longo dos anos.
- 22 Em 2015, começou a ser discutida uma reformulação da PNSI; porém, segundo informações do relatório de gestão de 2015, o grupo de trabalho que a analisaria sequer foi instituído (BRASIL, Ministério da Saúde, 2016, p. 76).
- 23 Essa falta de base de dados decorre, em grande parte, da atuação das equipes volantes de saúde dos tempos de FUNAI, que não sistematizavam as informações, salvo quando se analisavam determinados eventos específicos, como surtos ou epidemias, e situações de certas etnias. Como já se destacou acima, o documento que trata da PNSI aponta que o sistema de informações não contemplava dados como identificação étnica e domicílio do

Apesar da carência de dados, já era possível verificar taxas de morbidade e mortalidade três a quatro vezes maiores que as detectadas na população brasileira em geral. Havia também um alto número de óbitos sem registro ou indexados sem causas definidas, o que confirmaria a baixa cobertura e a inefetividade dos serviços disponíveis<sup>24</sup>.

#### 4.1 Evolução dos dados orçamentários

A evolução orçamentária dos gastos com o subsistema, desde a sua criação, em termos absolutos e nominais, foi crescente. No ano de 1999, o Ministério da Saúde e a FUNASA aplicaram juntos R\$ 95,8 milhões na saúde indígena, valor que saltou para R\$ 754,9 milhões em 2008 (BRASIL, 2009), para fins de custeio, capital e ações de saneamento em terras indígenas. Dos recursos aplicados pela FUNASA, da ordem de R\$ 62 milhões, R\$ 38 milhões foram destinados aos convênios com estados, municípios, universidades e ONGs, e apenas R\$ 24 milhões, à aplicação direta (BRASIL, 2001). Em 2002, os recursos para a saúde indígena, aprovados no PPA, eram de R\$ 124.234.122,37. Em 2005, o teto aprovado foi de R\$ 200.837.119,00.

Houve um crescimento cumulativo de recursos de 78,68% para o período referente ao PPA 2004–2007, com o maior incremento em 2006. Essa tendência teria mudado no PPA 2008–2011, quando se verificou uma queda de orçamento no primeiro ano de 1,39% em relação a 2007, com crescimento tímido de 2,49% em 2009 (PEREIRA, 2013).

---

paciente indígena, o que prejudicava a construção do perfil epidemiológico e o planejamento de ações. Nesse sentido: BRASIL, Ministério da Saúde, 2002, p. 7.

24 Como exemplo, citam-se os índices referentes aos casos entre os yanomami de Roraima, onde o coeficiente de incidência anual de tuberculose passara de 450 por 100 mil pessoas, em 1991, para 881,4 por 100 mil pessoas em 1994. Em 1998, era de 525,6 por 100 mil, segundo os dados da organização Comissão Pró-Yanomami, uma entidade não governamental que atua em defesa daquela etnia. A situação crítica do povo Yanomami foi objeto de atenção internacional nas décadas de 1980 e 1990, em razão de conflitos com garimpeiros e da falta de assistência básica aos indígenas. A expulsão de ONGs, missões religiosas e de equipes de saúde agravou a situação dos índios, gerando uma série de epidemias, como gripe e malária. Tais violações foram relatadas pela Comissão Nacional da Verdade (BRASIL, Comissão Nacional da Verdade, 2014, p. 233).

Em 2011, ano em que a SESAI efetivamente assumiu o subsistema, houve um decréscimo de 6,40% no orçamento, mas em seguida passou a crescer, com dotação de R\$ 827.702.859,00 em 2012, R\$ 1.136.400.000,00 em 2013, R\$ 1.280.600.000,00 em 2014 e R\$ 1.500.180.000,00 em 2015.

**Gráfico 1:** Evolução dos dados orçamentários



Além de ultrapassar a marca de um bilhão de reais no orçamento, houve também, no início da década de 2010, uma aproximação do total empenhado em relação ao valor dotado, bem como do valor efetivamente pago em relação à quantia empenhada. Em 2012, por exemplo, o pagamento correspondeu a 74% da dotação atualizada e a 80% do valor empenhado<sup>25</sup>. No ano de 2013, o valor efetivamente pago atingiu 90% da dotação atualizada e 99% do valor empenhado, mesmo índice observado em 2014. Em 2015, todavia, já se verificou uma queda nos percentuais, de 82% e 90%, respectivamente, o que pode ser explicado pela crise econômica verificada naquele ano e pelo contingenciamento de recursos<sup>26</sup>.

25 Em 2012, foram gastos R\$ 612.279.979,50, R\$ 1.023.213.570,026 em 2013 e R\$ 1.149.430.724,48 em 2014. Em 2015, houve uma dotação de R\$ 1.500.180.000,00, com o empenho de R\$ 1.369.923.057,17 e o pagamento de R\$ 1.232.824.901,82. A sobra de crédito orçamentário foi de R\$ 130.256.942,83, por insuficiência de limite orçamentário, e R\$ 137.098.155,35 a título de restos a pagar (BRASIL, Ministério da Saúde, 2016, p. 93-95).

26 No ano de 2015, os gastos referentes ao pagamento de subvenções sociais (convênios) corresponderam a R\$ 749.480.973,31, cerca da metade do orçamento. O res-

## 4.2 Planejamento estratégico, metas da política e resultados

Ao analisar as informações prestadas pelos gestores públicos durante o período de 1999 a 2015, constata-se que houve, em um período inicial (2002–2007), a adoção de medidas que favoreceram a estruturação de recursos humanos e materiais e o aumento das instalações físicas, o que gerou alguns resultados positivos imediatos de indicadores, embora insatisfatórios se comparados à realidade da população não indígena.

Durante a gestão da FUNASA, as atividades priorizadas foram a organização de banco de dados, o estabelecimento de um quantitativo adequado de profissionais e de unidades, a adoção de campanhas de vacinação e o combate a certas morbidades – como malária e tuberculose –, além de políticas de saneamento e da redução de certos índices, como o da mortalidade infantil. Com a criação da SESAI, essas prioridades foram mantidas, e buscava-se garantir um melhor acompanhamento das ações e o planejamento específico da realidade das etnias, bem como o enfrentamento de disparidades dentro do próprio sistema<sup>27</sup>.

Foi prevista na PNSI a instituição do Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena (SIASI) como um meio para avaliar aspectos como a estrutura, o processo e os resultados da atenção à saúde dos

---

tante serviu para o pagamento de meios de transporte (R\$ 143.438.434,26), medicamentos (R\$ 22.406.384,77), pagamento de diárias e passagens (R\$ 18.980.685,98), combustível (R\$ 45.253.624,82), locação de mão de obra, despesas com apoio administrativo, vigilância e limpeza (R\$ 140.286.516,25), pagamento à OPAS pelo Programa Mais Médicos (R\$ 3.000.000,00) e aquisição de material médico-hospitalar, odontológico e farmacológico (R\$ 27.736.852,11) (BRASIL, *op. cit.*, p. 102).

27 Cotejando tais priorizações com as diretrizes estabelecidas na PNSI, pode-se dizer que foi conferida maior ênfase à organização dos serviços de atenção à saúde dos povos indígenas, ao monitoramento das ações de saúde dirigidas aos povos indígenas, à promoção de ações específicas em situações especiais e à promoção do uso adequado e racional de medicamentos. Em segundo plano, como se discutirá mais adiante, ficaram aspectos como a preparação de recursos humanos para atuação em contexto intercultural, a promoção da ética na pesquisa e nas ações de atenção à saúde envolvendo comunidades indígenas, a promoção de ambientes saudáveis e a proteção da saúde indígena. O controle social foi uma diretriz que recebeu alguma atenção, porém a forma como isso se deu vem sofrendo inúmeras críticas, razão pela qual se poderia inseri-lo num grupo intermediário em termos de priorização pelos órgãos responsáveis pela política.

povos indígenas, além de oferecer subsídios aos órgãos gestores e ao controle social quanto ao diagnóstico e às prioridades. Antes do subsistema, as informações não eram colhidas periodicamente e não havia elementos para traçar perfil epidemiológico ou demográfico dos povos.

O SIASI contém informações sobre morbidade, recursos humanos, nascimentos, mortalidade e serviços, entre outros, baseadas em cada indivíduo indígena. Permite identificar e cruzar dados dentro de um mesmo grupo ou entre grupos diversos e acompanhar as medidas adotadas. Além de oferecer mais ferramentas para o diagnóstico, assegura o controle do desenvolvimento da política pública.

Sem embargo, há imperfeições que são constatadas pelo próprio órgão. Em relatório sobre o ano de 2015, a SESAI apontou a existência de dificuldades na alimentação pelas unidades e na operação do próprio sistema, como o envio e o processamento por meio de lotes, gerando com isso um acompanhamento que não reflete a realidade. Isso porque o SIASI foi inicialmente pensado para funcionar de forma *on line*, em ligação direta e simultânea com o sistema central em Brasília; porém, em razão da precariedade da rede de Internet em várias localidades, passou a funcionar por meio do envio periódico de lotes de informação, o que nem sempre ocorre.

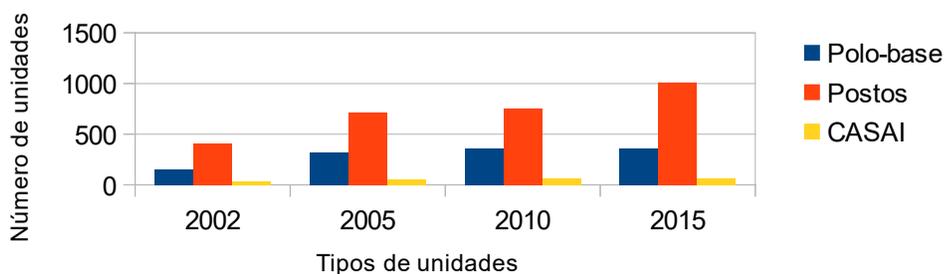
Há necessidade de capacitação dos servidores para processarem as informações e procederem à alimentação contínua referente a certos módulos (como o de morbidades). Foram constatados, além das dificuldades de acesso à Internet, problemas decorrentes da rotatividade de profissionais e de erros no preenchimento. Outro aspecto relevante diz respeito à necessidade de melhorias no SIASI quanto aos dados nele previstos. Em 2015, constatou-se que o SIASI não fornecia o acompanhamento de dados sobre o acesso ao pré-natal (consultas, puerpério e informações sobre partos), sendo necessário registrar essas informações em planilhas de Excel.

O adequado funcionamento do subsistema necessita, em primeiro lugar, de um regular atendimento nas aldeias; em segundo lugar, do acolhimento dos pacientes em prédios apropriados e que considerem as especificidades socioculturais dos povos envolvidos; em terceiro lugar, da disponibilização de uma gama de profissionais especializados, aptos a promover um diálogo intercultural com os grupos atendidos.

Quanto à estrutura física, cada DSEI é dividido em polos-base, postos de saúde e Casas de Saúde do Índio (CASAI)<sup>28</sup>. A rede de atendimento abrangia, em dezembro de 2002, 412 postos de saúde, 152 polos-base, 39 CASAI e 329 hospitais de referência credenciados. Em julho de 2005, esse número saltou para 717 postos de saúde, 323 polos-base, 55 CASAI, 367 hospitais de referência credenciados. Em 2010, havia 358 polos-base, 751 postos de saúde e 62 CASAI, além de 362 hospitais de referência estadual e municipal e rede privada. Em 2015, o quantitativo correspondia a 360 polos-base, 66 CASAI e 1.007 unidades básicas de saúde indígena.

Houve um salto inicial de construções durante a implantação do subsistema (2002-2005), tendo o quantitativo se estabilizado desde então, com poucas alterações significativas, salvo quanto ao número de postos de saúde/unidades básicas de saúde indígena, para os quais há o aproveitamento de outras estruturas.

**Gráfico 2:** Estrutura física do subsistema



Fonte: Relatórios de gestão da FUNASA e da SESAI

28 A sede do DSEI é a unidade central administrativa e fica localizada em uma das cidades de sua área de atribuição, geralmente na que ofereça maior estrutura dentro daquela região. Os polos-base são unidades menores posicionadas nos municípios da área do DSEI ou mesmo em aldeias, conforme o quantitativo da população a ser atendida, e dispõem de uma estrutura básica, com estoque de medicamentos e presença de um grupo de funcionários. Existem ainda postos de saúde, atualmente unidades básicas de saúde indígena, que garantem uma certa descentralização, sobretudo no oferecimento de medicamentos e no apoio ao trabalho dos agentes de saúde indígena. Por fim, existem as chamadas Casas de Saúde do Índio (CASAI), que são espaços de acolhimento dos indígenas que se deslocam aos municípios centrais para aguardar um procedimento médico, uma consulta ou mesmo uma transferência para outra localidade que possua um hospital de referência. Na CASAI, os indígenas devem receber alimentação adequada e, quando necessário, medicação, com a possibilidade de serem acompanhados por familiares. Algumas dessas estruturas físicas já existiam antes da implantação do subsistema e a ele foram incorporadas.

Para o período de 2012 a 2015, a SESAI previu, em seu PPA, a implantação de 24 novas CASAIs e a reforma de outras 31 até 2015. Em seu relatório referente ao ano de 2015, o órgão informou que foram reformadas 29 unidades e houve apenas três novas construções. Alega a SESAI que o objetivo do período foi acompanhar as construções em andamento e concluir as obras de reforma, meta que teria sido atingida em 94%. A não construção se teria devido, segundo o órgão, também ao quadro técnico insuficiente, com precária infraestrutura técnico-operacional e dificuldade operacional de alguns DSEIs em realizar processos licitatórios, bem como a problemas de execução por parte de empreiteiras (BRASIL, Ministério da Saúde, 2016, p. 65).

A situação das CASAIs existentes é precária. Muitas delas estão situadas em construções antigas, que sequer chegaram a passar por uma única reforma, e abrigam uma grande quantidade de pessoas, que se hospedam na unidade por um período razoável. Além disso, falta à CASAI um acolhimento que perceba as peculiaridades dos grupos étnicos ou mesmo as diferenças entre eles, de modo a garantir um tratamento paritário e evitar conflitos<sup>29</sup>. É necessário também garantir melhor articulação com os hospitais de referência e com a atenção de média e alta complexidade para assegurar maior previsibilidade no tempo de espera na CASAI.

Na V Conferência de Saúde Indígena, várias propostas sobre a estrutura das unidades foram aprovadas. Uma das principais demandas é efetivar a descentralização dos DSEI, garantindo autonomia política, administrativa, financeira e técnica, assegurando instalações físicas próprias e os recursos humanos necessários nos postos de saúde, polos-base e CASAIs, bem como melhor organização administrativa para contratações. Aprovou-se, ainda, a pro-

---

29 Os indígenas Pirahã, por exemplo, são um povo cujos costumes são diversos dos indígenas Parintin, Torá e Tenharin, que também costumam frequentar CASAIs em Humaitá-AM e em Porto Velho-RO. A alimentação, por exemplo, é bastante diversa e há modos de vida diferenciados, como a recusa espiritual a certos procedimentos tidos como básicos. Da mesma forma, os Yanomami do Amazonas, cujo contato é mais recente, devem receber atendimento em casa específica em Barcelos, em lugar separado das demais etnias.

posta de que os polos-base sejam reconhecidos dentro da estrutura organizacional, consolidando-se como unidades administrativas e assistenciais nos municípios de sua abrangência, e também que os chefes de polos-base, de preferência indígenas, tenham reconhecimento do cargo com suas gratificações, com a possibilidade de criação de subpolos. Quanto às CASAs, reafirmou-se a necessidade de garantir sua reestruturação para atender às necessidades específicas e do espaço físico, atendendo e respeitando os costumes tradicionais da alimentação do indígena<sup>30</sup>.

Os recursos humanos são, em sua grande maioria, contratados por meio de convênios firmados com entidades sem fins lucrativos. Em 2015, apenas três entidades prestavam serviços ao DSEI<sup>31</sup>. Os profissionais de saúde eram contratados pelas entidades conveniadas e formavam as equipes multidisciplinares de saúde indígena, que realizam deslocamentos periódicos para atendimento nas aldeias. Havia também a utilização de médicos do Programa Mais Médicos, do Governo Federal, com recursos pagos pela SESAI à Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS). Além disso, havia servidores com contrato temporário e funcionários terceirizados.

Em dezembro de 2002, havia 6.388 profissionais de saúde. Este número subiu para 12.564, em 2005, e chegou a 12.895, em 2008. Em 2015, o número de profissionais foi de 13.317, todos contratados por meio de convênio. Além disso, a SESAI contou, em 2015, com 2.040 cargos efetivos, 269 trabalhadores temporários e 4.553 terceirizados, totalizando 20.257 trabalhadores.

---

30 Outros aspectos ressaltados foram a necessidade de articulação com outros entes para um maior número de procedimentos e menor tempo de espera para exames, consultas e vagas em hospitais para pacientes indígenas, de forma a assegurar a redução do tempo de espera nas CASAs, observando a especificidade sociocultural do paciente indígena. Demanda-se, ainda, a construção de hospitais indígenas padronizados, respeitando as diversidades culturais para atendimentos básicos e tratamentos de média e alta complexidade e a garantia de leitos em unidades de terapia intensiva (UTIs), normal e neonatal, com assistência diferenciada aos povos indígenas.

31 São elas a Missão Evangélica Caiuá, que atende 19 DSEIs, a Associação Paulista para o Desenvolvimento da Medicina – SPDM (9) e o Instituto de Medicina Integral Professor Fernando Figueira-IMIP (6).

O número de médicos subiu de 234 (2002) para 459 (2005), porém recuou para 275 em 2008, tendo atingido 511 em 2015. Este índice em 2015 se deve ao reforço de 330 profissionais do Programa Mais Médicos, que favoreceu a lotação de profissionais justamente nos locais em que não havia nenhum atendimento antes e garantiu a permanência deles nas localidades. Isso assegurou uma certa estabilidade em alguns DSEIs, propiciando a regularidade no atendimento e a possibilidade de um melhor desenvolvimento de ações preventivas. Houve, por conseguinte, uma presença mais efetiva desses profissionais em terras indígenas, inclusive nas mais distantes, com mitigação na alta rotatividade dos profissionais financiados pelo convênio.

De qualquer forma, em comparação aos dados da sociedade brasileira em geral, os números ainda são bem modestos. Considerando que a população indígena atendida pela SESAI é de 690 mil habitantes, verifica-se uma média de 0,73 médico por mil indígenas. A média geral de médicos por mil habitantes é de 1,95, chegando a 2,11 se considerado o número de registros de médicos por conselho regional<sup>32</sup>. Essa disparidade é sentida na saúde indígena de forma ainda mais intensa, tendo em vista que o quantitativo de profissionais já é bastante reduzido e há dificuldade em atrair essa mão de obra para locais distantes, onde há necessidade de permanecer por vários dias em aldeias e municípios com comunicação precária. Como resultado, a média é inferior à do estado em pior colocação.

A SESAI reconhece a carência de profissionais de saúde (*escassez crônica*) e destaca a alta rotatividade. Outros pontos ressaltados nos relatórios são a insuficiência de quadros e a precariedade do vínculo de grande parte da força de trabalho. Apesar do diagnóstico crítico, a SESAI emite visões contraditórias na condução da estabi-

---

32 Deve-se observar, ainda, que há uma disparidade regional gritante entre o Sul e o Sudeste e as outras regiões: enquanto a média do Distrito Federal é de 4,28, a do Rio de Janeiro, de 3,75 e a de São Paulo, de 2,7, a média dos estados do Norte e do Nordeste se situa entre 0,91 e 1,51. Os dados acerca do quantitativo de médicos provêm do estudo *Demografia médica no Brasil 2015*, que destaca que na Região Sudeste estão 55,3% dos médicos e 42% da população do País, ao passo que na Região Nordeste trabalham 17,4% dos médicos brasileiros e vivem 27,8% do total da população (SCHEFFER *et al.*, 2015).

lização do quadro de servidores ou do cumprimento de obrigações quanto à contratação por meio de concurso público, pois insiste na terceirização. Chegou a propor a criação de uma pessoa jurídica de direito privado para conduzir a política pública, o que afastaria a obrigação de contratar por concurso público<sup>33</sup>.

### 4.3 Campanhas de vacinação

As campanhas de vacinação já eram objeto de preocupação antes da implantação do subsistema, porém não havia um acompanhamento das ações e da evolução dos índices da população aten-

---

33 Em 2012, a SESAÍ assinou um termo de conciliação judicial com o Ministério Público Federal e o Ministério Público do Trabalho para dar fim a uma ação civil pública que combatia a contratação irregular de profissionais (Ação Civil Pública n. 007512000701810004-DF). O acordo estabeleceu prazo para a realização de concurso público – até 31 de dezembro de 2013 – e para a substituição completa da mão de obra terceirizada – até 31 de dezembro de 2015. Contudo, o órgão não cumpriu o acordo, e em 2015 elaborou a proposta de criação do chamado Instituto Nacional de Saúde Indígena (INSI), uma pessoa jurídica de direito privado que funcionaria na forma de serviço social autônomo para realizar a execução direta de ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde indígena. Na justificativa do projeto de lei que cria o INSI, o Governo Federal defendeu o modelo proposto com o argumento de que ele possibilitaria “novas alternativas de contratação de pessoal, mediante processo seletivo com critérios diferenciados de acesso”. Para a 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, há clara ofensa ao papel meramente complementar da iniciativa privada na saúde pública, devendo o SUS ser o centro do serviço em questão. Aponta ainda a ausência de processos de consulta prévia, livre e informada aos indígenas, nos moldes da Convenção n. 169 da OIT; a baixa participação de indígenas prevista para o conselho do INSI; e a tentativa de retirar da esfera da Justiça Federal e do próprio MPF a atribuição de fiscalizar os recursos aplicados. O Conselho Indigenista Missionário (CIMI), entidade ligada à Confederação Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB), fala em “privatização da saúde indígena” e falta de participação dos principais interessados. Ao contrário do que sustenta a SESAÍ, é plenamente possível compatibilizar o instituto do concurso público com as demandas previstas pelos indígenas, tendo em vista a legislação existente, as peculiaridades socioculturais dos índios e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre ações afirmativas. Eventuais ajustes, inclusive, podem ser objeto de legislação que leve em consideração todas as especificidades para garantir a adequação da prestação do serviço, o que deveria ser objeto de profundo debate com os povos envolvidos e o Congresso Nacional. Em vez de optar por esse caminho, a SESAÍ escolheu o abandono do modelo que se vinha desenhando e a desregulamentação do funcionamento do subsistema.

didada. Com a implantação do subsistema e da PNSI, essa atividade vem sendo realizada de forma progressiva.

Ao se considerar o chamado esquema vacinal completo, que avalia o percentual de crianças de até 7 anos de idade que estão com os esquemas vacinais atualizados, o subsistema tem alcançado resultados satisfatórios. Os relatórios de gestão referentes ao período inicial de aplicação da política não apontavam claramente os índices do esquema vacinal completo. A partir de 2006, esses dados passaram a ser mais facilmente identificados, tendo sido constatados os seguintes: 51,1% (2006), 63,8% (2007), 63,5% (2008), 73,9% (2009) e 77% (2010).

O PPA 2012-2015 estipulou como meta que a cobertura vacinal atingisse 80%. Embora tenha havido um recuo em 2012, com índice de 72,3%, a meta foi atingida em 2015, com o atendimento de 80,9% da população, de forma não homogênea, com resultados distintos nos DSEIs. Em que pesem algumas distorções regionais, note-se que esta política tem sido bem-sucedida, com resultados objetivos favoráveis, porém poderia ser mais ambiciosa, uma vez que os índices recentemente atingidos de cobertura estão muito próximos daqueles constatados em 2009.

#### 4.4 Combate a morbidades

Morbidades como a malária e a tuberculose<sup>34</sup> geram mais preocupação por serem endêmicas em certas regiões e causarem fortes impactos entre os indígenas, devido às regiões onde vivem e às condições sociais de pobreza e de saneamento de muitas aldeias.

A FUNASA não dispunha, em 1999, de um índice oficial de parâmetro. Mesmo assim, foram estabelecidas algumas metas para o período de 2002 a 2005: 100<sup>35</sup> para *prevalência de doenças diarreicas*,

---

34 Outras doenças também são consideradas endêmicas em algumas regiões e afetam especialmente os povos indígenas, como a hepatite, na região do Vale do Javari (extremo oeste do Amazonas) e a hanseníase, na região do Médio Purus (centro do Amazonas). A doença de chagas também é objeto de preocupação.

35 Relação entre o número de casos existentes de doenças diarreicas e o total da população indígena (x 1.000).

100<sup>36</sup> para *prevalência de infecção respiratória aguda*, 58,6<sup>37</sup> para *coeficiente de prevalência de tuberculose* e 21,1<sup>38</sup> para *incidência parasitária de malária*, nenhuma delas atingida<sup>39</sup>.

Quanto à incidência de tuberculose, em 2002 foram registrados 225,2 casos por cem mil habitantes (tuberculose – todas as formas), bem acima da meta prevista no PPA 2000–2003, chegando a 142,5 casos em 2004. Em 2009, a FUNASA constatou uma redução para 80,9 por cem mil habitantes, sendo 93,1 por cem mil entre os homens e 68,1 por cem mil entre as mulheres. Em 2014, o índice chegou a 96,5. Em 2015, segundo dados preliminares, o coeficiente foi de 81,05<sup>40</sup>, representando uma redução em relação ao exercício anterior, porém similar à taxa geral de 2009.

Ao se comparar com os dados referentes à população não indígena, verifica-se uma grande disparidade. Em 1990, o índice era de 51,8, mesmo patamar de 1999 (51,4). Desde então, tem havido redução, como se depreende da análise dos anos de 2002 (44,3), 2004 (42,7), 2009 (38,4) e 2014 (33,5). Ao contrário dos índices referentes à população indígena, a tendência de declínio vem-se consolidando ano após ano. Em 2014, o índice referente à população indígena foi quase três vezes maior<sup>41</sup>.

---

36 Relação entre o número de casos existentes de infecção respiratória aguda e o total da população indígena (x 1.000).

37 Relação entre o número de casos de tuberculose entre indígenas e o total da população indígena (x 1.000).

38 Relação entre o número de lâminas positivas por malária entre indígenas da Amazônia Legal e o total da população indígena da Amazônia Legal (x 1.000).

39 Metas estabelecidas no Programa Saúde Indígena: BRASIL, Ministério da Saúde, 2001.

40 A maior incidência de tuberculose entre indígenas é constatada no Médio Rio Solimões, Vale do Javari, Parintins (todos no Amazonas), Porto Velho, Rio Tapajós, Villena, Kaiapó Pará, Araguaia, Mato Grosso do Sul e Maranhão, conforme dados do relatório de 2015.

41 Segundo dados do Ministério da Saúde, os povos indígenas estão entre os mais vulneráveis à tuberculose, com risco de adoecimento três vezes maior que o do restante da população, índice que só é menor que o de pessoas privadas de liberdade (28 vezes maior), pessoas com HIV/aids (28 vezes maior) e pessoas em situação de rua (32 vezes maior). Tais informações se baseiam em dados do Sinan/MS, do IBGE e do próprio Ministério da

Medidas importantes para reduzir tais índices consistem na melhor articulação com os outros entes da Federação e na busca ativa de casos, o que depende de atuação presente dos DSEIs e da alimentação de dados no SIASI. O relatório da SESAI aponta que a não alimentação contínua do SIASI tem sido um obstáculo e destaca a necessidade de capacitar melhor as equipes de saúde, aumentar os insumos e fixar trabalhadores em áreas de difícil acesso. Verifica-se, pois, um quadro pouco animador no combate à tuberculose, sem tendência de queda nos índices.

A malária, por sua vez, é uma doença de alta incidência na Amazônia Legal, onde é endêmica. Ao se comparar os índices da SESAI com aqueles verificados na população em geral, tendo por base as metas da OMS, observa-se um descompasso a ser corrigido. A variação dos casos de malária, no período de 2003 a 2009, foi de 11.036 a 33.771 casos. O índice parasitário anual de 2009 foi de 107 por mil habitantes, extremamente alto se comparado ao da população em geral, que era de 12,5 por mil habitantes.

Segundo os dados de 2015, verifica-se que há localidades em que os índices são altíssimos e pouco se alteram, como o Médio Rio Purus/AM (394,0), o Alto Rio Negro/AM; o Médio Rio Solimões/AM (311,3); o Vale do Javari/AM (393,7); e o Yanomami/RR (IPA: 291,1)<sup>42</sup>. A SESAI considera importante a estratégia de distribuição e instalação de mosquiteiros impregnados com inseticida de longa duração (MILDs) nas áreas indígenas e aponta a descontinuidade das ações como a principal dificuldade para se alcançar os resultados esperados. Além disso, relata que as equipes de endemias não conseguem cumprir a escala de trabalho em

---

Saúde, e estão disponíveis em: <http://portalsaude.saude.gov.br/index.php/o-ministerio/principal/leia-mais-o-ministerio/743-secretaria-svs/vigilancia-de-a-a-z/tuberculose/l2-tuberculose/11941-viajantes-tuberculose>. Acesso em: 14 jul. 2016.

42 Além disso, a incidência é alta em outros DSEIs da Amazônia Legal, como Alto Rio Juruá/AC (59,1), Altamira/PA (60,7), Alto Rio Solimões/AM (66,1) e Norte do Pará (81,6). Apenas Altamira (21,7) e Tapajós (31,6) conseguiram sair em 2015 da área de alta incidência para a de médio risco.

razão de dificuldades de deslocamento e da quantidade de insumos e equipamentos necessários. Avalia que os agentes indígenas de saúde devem ser capacitados para as ações de diagnóstico, com tratamento em até 48 horas após os primeiros sintomas, conforme orientação da OMS, mas não há qualquer preparação de curso ou indicação de acompanhamento desses profissionais.

A menção à descontinuidade de ações, tão recorrente em vários pontos dos relatórios de gestão, mostra que certos problemas do tempo da gestão pelo SPI e pela FUNAI seguem ocorrendo, notadamente nas regiões mais distantes, em que não há atendimento regular, faltam equipamentos e insumos básicos e as equipes não dispõem da capacitação necessária para lidar com a epidemiologia da região. Quando se analisam os dados e os relatórios, percebe-se que, a despeito de certos avanços, reclamações como a dos povos do Rio Negro, citada na introdução, não são exageradas.

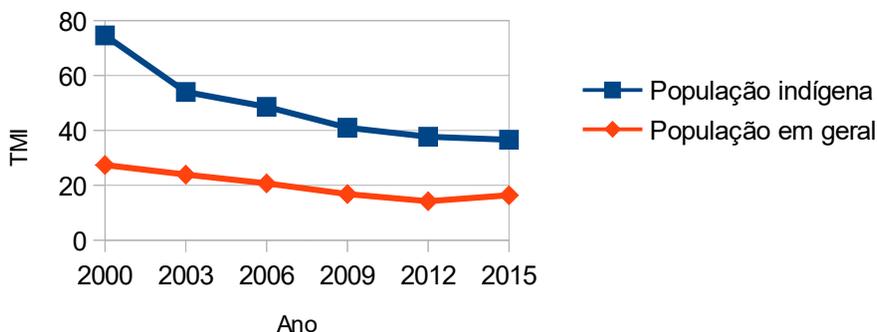
#### 4.5 Mortalidade infantil

O Subsistema de Atenção à Saúde Indígena é a fonte oficial sobre a mortalidade infantil indígena. A SESAI participa do programa temático na formação desse indicador. Segundo a Rede Interagencial de Informações para a Saúde (RIPSA) (BRASIL, 2018b, p.108), o índice é considerado alto quando superior a cinquenta por mil habitantes, médio quando situado entre vinte e 49 (por mil) e baixo nos casos em que atinge menos de vinte por mil habitantes.

Pode-se falar em mortalidade neonatal – precoce (zero a seis dias) ou tardia (sete a 27 dias) – ou pós-neonatal (28 a 364 dias). A primeira costuma estar relacionada a problemas congênitos e à qualidade dos serviços de saúde na assistência à mãe, ao passo que a segunda pode decorrer de riscos ambientais, como infecções respiratórias e doenças infecciosas, do desenvolvimento socioeconômico e da infraestrutura ambiental. Na elaboração do indicador de mortalidade infantil indígena, a SESAI leva em conta os óbitos de menores de um ano e os nascimentos registrados entre indígenas que vivem nas aldeias, não sendo considerados os que estão fora delas.

Os dados passaram a ser alimentados no SIASI apenas a partir de 2009. Antes disso, havia coleta por meio de planilhas simplificadas com dados quantitativos (2000 a 2002) ou por planilhas mais detalhadas consolidadas pelo Departamento de Saúde Indígena - DESAI/FUNASA (2003 a 2008). Entre 2000 e 2009, 6.745 menores de um ano faleceram. Nesse período, a taxa caiu de 74,6 por mil para 41,9 por mil<sup>43</sup>. Desde 2009, os índices vêm sofrendo queda, porém em ritmo menor. Em 2015, a taxa foi 36,3 por mil, número pelo menos duas vezes maior que a taxa da população em geral. Nesta, a taxa de mortalidade infantil correspondia a 27,4 por mil em 2000, tendo chegado a 16,0 em 2010, patamar em que se encontrava em 2015.

**Gráfico 7:** Taxa de mortalidade infantil



Fonte: Relatórios de gestão da FUNASA e da SESAI

Segundo a FUNASA, a redução se deveu ao modelo de atuação, com ênfase na atenção básica, priorizando ações estratégicas como vacinação, controle da tuberculose, vigilância nutricional de crianças menores de cinco anos, bem como medidas de saneamento básico. Esta taxa, porém, continua bem acima dos índices da população em geral, o que denota a insuficiência das políticas adotadas e demonstra as possibilidades de avanço em ritmo mais acelerado, a depender

43 A redução foi maior no Sul-Sudeste (64,5%), onde foi de 96,0 a 31,2 por mil, e menor no Norte (24,1%), cujo índice original era 76,6 e chegou a 47,3 por mil. A redução total no período foi de 43,8%.

do modo de enfrentamento das causas. O controle da tuberculose, como se viu, poderia ser diferente, mas não vem sendo eficaz.

A FUNASA avaliou, em 2009, que deveriam ser realizadas ações que evitassem óbitos por pneumonias e diarreias. O declínio da taxa vem ocorrendo ao longo dos anos, mas ainda é distante do índice da população em geral. Este último sofreu redução significativa e vem atingindo as metas previstas pela OMS, o que é atribuído a eficazes campanhas de vacinação, a programas de inclusão social e de transferência de renda, e a um acompanhamento da gravidez. Os indígenas têm sido mais atendidos por políticas de vacinação, como se observou, porém muitos territórios não estão demarcados ou estão situados em porções diminutas, o que prejudica o desenvolvimento de atividades de produção e reprodução sociocultural que garantam a subsistência e melhores condições para o desenvolvimento da criança. Quanto ao acompanhamento da gravidez, a análise do sistema de monitoramento mostra que esta questão vem sendo negligenciada, uma vez que não havia sequer campos de dados a serem alimentados sobre o período pré-natal, sendo tais dados alimentados por planilha eletrônica.

## **5 Avaliação do subsistema e diretrizes não priorizadas**

A compilação de dados permite identificar objetivamente certos indicadores, como a sistematização de dados, as taxas de mortalidade infantil e combate a morbidades, o alcance da política, o número de profissionais, o quantitativo de unidades e profissionais. Entre os pontos positivos, encontram-se alguns processos, como o incremento e a estabilidade de recursos financeiros disponíveis, a melhor sistematização de dados, a adoção de políticas pontuais efetivas, como a de vacinação, e certos resultados positivos, como a redução da taxa de mortalidade infantil. Esta análise, porém, deve ser combinada com outros elementos, como a comparação com a população não indígena, as assimetrias constatadas entre os DSEIs, os resultados efetivos para a população beneficiada e o peso do atendimento intercultural.

Uma primeira reflexão questionaria se o declínio de certos índices é fruto do subsistema em si ou de um fortalecimento do SUS, de modo geral, e da melhoria das condições socioeconômicas da população no período. De um lado, é inegável que o subsistema foi capaz de consolidar e articular estratégias para o atendimento a essa população vulnerável, ainda que meramente para replicar ações bem-sucedidas no âmbito do SUS. Aliás, as políticas mais bem-sucedidas da FUNASA e da SESAI dizem respeito a esforços que coincidem, em linhas gerais, com as diretrizes de todo o sistema único, de modo que os órgãos de saúde indígena funcionam como braços de execução da política junto às aldeias. De outro, não dá para dizer que o papel do subsistema é meramente figurativo, uma vez que a sua concretização permitiu a instalação permanente de uma logística de atendimento e diagnóstico que garantiu uma aproximação permanente com essas populações. Apesar de diversas dificuldades, muitas delas relatadas aqui, pode-se dizer que o subsistema está funcionando, e sem ele certamente os índices de saúde indígena seriam piores.

Outro tema que merece avaliação diz respeito à real observância de aspectos interculturais na condução da PNSI. Nesse sentido, percebe-se um enfoque do subsistema na biomedicina, de modo que certas ações são meramente repetidas, sem maior preocupação em avaliar as possibilidades de sucesso com cada etnia e de que forma os indígenas podem contribuir para conduzir esse processo. Pensar a atuação do subsistema como mera extensão das linhas gerais do SUS mostra-se limitado quanto às necessidades dos povos indígenas e quanto às oportunidades que o diálogo intercultural oferece. Uma atuação alternativa compreenderia a adoção de medidas preventivas que considerem as contribuições do grupo atendido e um enfoque que leve em conta não apenas a biomedicina, mas também a medicina tradicional nas definições sobre tratamento.

O diálogo intercultural deveria permear toda a formulação da política e o seu monitoramento, observadas as características da etnia a ser atendida, de forma descentralizada. Apesar da adoção de processos de educação permanente, citados nos relatórios, não existe uma abertura à incorporação dos saberes indígenas nas práticas de prevenção e cura, uma análise aprofundada sobre as formas como

cada etnia pode lidar com determinada ação, tampouco incentivo à medicina tradicional. Na V Conferência de Saúde Indígena, várias propostas foram aprovadas a fim de impulsionar uma nova orientação do subsistema sobre a questão. Pediu-se a implantação de uma política nacional de atenção à medicina tradicional indígena; a valorização das práticas da medicina tradicional indígena; a implantação de farmácias vivas e laboratórios de manipulação de medicamentos e de produtos à base de plantas medicinais e a promoção de condições de trabalho (transporte, combustível, hospedagem) aos conhecedores da medicina tradicional indígena; o reconhecimento de terapeutas como parteiras, pajés, benzedores e benzedoras, rezadores, raizeiros, conhecedores de ervas, cantadores e curadores; entre outras medidas. Para tanto, é fundamental que se garantam acesso e espaço físico para atuação e acomodação permanente dos profissionais da medicina tradicional nas unidades de saúde.

A repercussão positiva do diálogo intercultural não se limita às práticas de cura, mas engloba também a atuação preventiva<sup>44</sup>. Esse é um aspecto relevante em razão da forte centralização ainda presente no subsistema, em que os DSEIs possuem pouca autonomia administrativa e financeira para implementar a política. A capacitação dos profissionais e uma maior presença nas aldeias auxiliaria neste quesito, sendo primordial a participação de antropólogos e linguistas, o que foi objeto de proposta aprovada na conferência. Não há no quadro da SESAI cargo a ser ocupado por esses profissionais e, na prática, enfermeiros e técnicos têm dificuldade e pouca familiaridade com a compatibilização entre as práticas tradicionais e a biomedicina.

---

44 A política de atenção ao saneamento básico seria incrementada se levasse em consideração os anseios e as preocupações dos indígenas para complementar as medidas propostas. Segundo dados de 2009, constata-se que os investimentos eram realizados prioritariamente em abastecimento de água. O índice de abastecimento de água era de 35,48 para as aldeias, atingindo 63,07% da população que vivia nesses lugares. O tratamento de esgoto era pouco utilizado, “devido à complexidade de operações dos sistemas e à alta dispersão espacial das habitações e das aldeias”. As metas para 2010 consistiam em atender 71% das aldeias e 88% da população. Em 2015, a SESAI relata que apenas 2.500 aldeias, das 5.103 aldeias existentes (cerca de 50%), estavam sendo atendidas. No PPA 2012-2015, havia a previsão de 700 sistemas de abastecimento de água no período, porém apenas 340 foram construídos até 2015.

A interação com a medicina tradicional deveria também ser observada na articulação com os demais entes que cuidam da alta e da média complexidade. No relatório de 2015, a SESAI menciona ações de capacitação e ressalta a importância da medicina tradicional, mas não há descrição de medidas consistentes e regulares acerca do assunto. A articulação com os demais órgãos e entes do SUS (articulação interfederativa), na interação entre a baixa e a média e alta complexidade, é bastante tímida, e a própria SESAI o reconhece. No PPA 2012-2015, foi prevista a meta de celebração de contratos de ação pública com estados e municípios com serviços de média e alta complexidade na área de abrangência dos 34 DSEIs, porém, até 2015, apenas dois contratos foram firmados. Na V Conferência, esse ponto foi destacado em razão do número de procedimentos disponibilizados aos pacientes indígenas e do tempo longo de espera para exames, consultas e vagas em hospitais, o que acaba sobrecarregando, por exemplo, a permanência nas CASAI. Aprovaram-se também a necessidade de participação dos indígenas nas negociações dos referidos contratos e a criação de uma política conjunta de reconhecimento da medicina tradicional com gestores municipais e estaduais. Demandou-se, ainda, a construção de hospitais indígenas padronizados para cada DSEI.

Apesar de o Ministério da Saúde haver editado uma resolução com o fim de melhorar essa articulação por meio de comissões<sup>45</sup>, a SESAI admite que nem sempre as pautas da saúde indígena são inseridas nas discussões, embora em algumas regiões a representação dos DSEIs possua direito a voto. O órgão constata que há

---

45 A articulação interfederativa é tema que não depende apenas dos órgãos responsáveis pelo subsistema, porém o papel destes é fundamental para impulsionar a discussão. Logo após a conferência, o Ministério da Saúde editou a Resolução n. 10, que aprovou a participação dos representantes dos Distritos Sanitários Especiais de Saúde Indígena (DSEI/SESAI/MS), na qualidade de convidados, nas reuniões e atividades realizadas pelas Comissões Intergestores Regionais (CIR) e Comissões Intergestores Bipartites (CIB), de modo a promover a articulação e a integração dos gestores do Subsistema de Atenção à Saúde Indígena (SASISUS) com os gestores estaduais e municipais do Sistema Único de Saúde (SUS) em torno de temas afetos à Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas e sua relação com as políticas públicas de saúde do SUS.

um desconhecimento muito grande da PNSI nos municípios e nos estados, o que certamente demandará uma atuação mais efetiva do Ministério da Saúde para permitir o entrelaçamento das políticas.

A descontinuidade do atendimento também desponta como um fator de preocupação do gestor e da população atendida. Apesar de ter sido fixada uma estrutura de acompanhamento e de existir uma sistematização de dados e diagnóstico, a falta de regularidade no acompanhamento do cotidiano desses povos segue sendo um problema grave e gera a sensação de baixa eficiência. Isso se agrava mais em determinadas regiões, onde a regra é a incompletude das equipes e a rotatividade de profissionais, e não há visitas rotineiras às aldeias. Logo, tudo indica que os Karajá, citados na introdução, têm razão.

Por fim, a interpretação restritiva do âmbito de atuação do subsistema, como já se destacou no início (item 1), que privilegia aqueles que vivem em aldeias e ao mesmo tempo torna dificultoso o atendimento em aldeias não demarcadas, justamente as mais vulneráveis, é outro aspecto negativo. A SESAI confere expressamente prioridade ao atendimento daqueles indígenas que ela chama de *aldeados*, com fundamento no art. 2º, parágrafo único, do Decreto n. 3.156/1999, que prevê que a organização das atividades de atenção à saúde das populações indígenas se dará no âmbito do SUS e será efetivada progressivamente por meio dos DSEIs, garantindo-se os serviços de atendimento básico nas terras indígenas. Outro fundamento utilizado se baseia no art. 1º, VI, do anexo da Portaria n. 70/2004, do Ministério da Saúde, que menciona que o DSEI é composto pelos postos de saúde “dentro das aldeias indígenas<sup>46</sup>”.

---

46 Na Vª Conferência de Saúde Indígena, tal previsão foi criticada e gerou a seguinte proposta: “Que o Controle Social de Saúde Indígena, através do Ministério da Saúde/SESAI, garanta junto ao Parlamento Brasileiro, Ministério Público Federal, Ministério da Justiça/FUNAI a revisão da Portaria nº 70/2004 no que se refere aos índios desaldeados, a fim de que o Ministério de Planejamento Orçamento e Gestão (MPOG) e Ministério da Saúde/SESAI criem mecanismos de atenção básica ao índio desaldeado, definindo responsáveis sanitários ou dentro da aldeia de origem, conforme reconhecimento do seu próprio povo. Solicitar à SESAI a inserção de novas famílias no cadastro do SIASI, de acordo com o reconhecimento étnico de cada povo e lideranças tradicionais, proporcionando seminários locais e regionais espe-

Muitos indígenas que saem de suas aldeias seguem mantendo vínculos com elas e permanecendo parte de seu tempo com seus familiares, ao passo que outros passam a viver nas cidades e carecem de medidas de acolhimento nas unidades de saúde e de uma abordagem compreensiva acerca do histórico médico e da sua etnia. Por mais que o atendimento nas aldeias atinja uma população mais vulnerável e deva ser priorizado, tendo em vista a imprescindibilidade de um apoio estatal específico que se faça chegar a determinados territórios, deixar de promover o atendimento dos grupos que estão fora de suas terras – vivendo nas cidades ou transitando entre estas e as aldeias – representa uma omissão do órgão federal<sup>47</sup>.

Em suma, todos os aspectos mencionados levam à conclusão de que é imprescindível superar a barreira do tratamento dos povos indígenas como grupo a ser tutelado e conferir-lhes o protagonismo necessário nas decisões acerca das políticas públicas. No âmbito da saúde indígena, isso deve repercutir na condução dos processos decisórios, em um maior respeito aos espaços de deliberação próprios dos indígenas e na não instrumentalização de decisões previamente tomadas, com um uso do controle social como espaço

---

cíficos para discutir a assistência aos índios desaldeados e Controle Social por meio de financiamento com recurso extrateto complementar ao Plano distrital”.

47 Outro problema verificado diz respeito à não disponibilização de qualquer estrutura física em terras indígenas que não tenham sido demarcadas ou regularizadas. A SESAI até chega a prestar atendimento às aldeias situadas nesses territórios, mas por meio de equipes que fazem atendimento periódico, sem planejar a instalação de unidades como postos ou polos-base próximos a esses locais, o que poderia ser de suma importância, conforme o tamanho da população afetada e a vulnerabilidade encontrada. Alega-se falta de segurança jurídica decorrente da não conclusão do processo demarcatório, pois a União não poderia montar uma estrutura sem saber o destino da propriedade daquela terra. Embora sedutora do ponto de vista formal, a alegação desconsidera que a ocupação tradicional merece proteção antes mesmo da conclusão do processo de demarcação, ato meramente declaratório de seus limites, e não constitutivo do direito à terra. Na prática, há uma dupla penalização. De um lado, certos povos sofrem com a falta de demarcação de suas terras, decorrente da inércia do Governo Federal, que gera conflitos com não indígenas e constantes invasões por madeireiros, grileiros e garimpeiros. De outro, no momento de maior fragilidade, em que mais precisam do atendimento à saúde, este lhes é negado sob o fundamento de falta de um ato que cumpria ao próprio Estado praticar.

de mera homologação de entendimentos já elaborados. Assim, não basta medir a participação, como faz a SESAI, em número de encontros realizados ou de capacitações feitas; é preciso dotar o DSEI de arranjos institucionais que permitam o controle da agenda pelos indígenas e uma oitiva crítica e construtiva permanente, desapegada de cooptações políticas e com maior transparência e liberdade, assegurando – conforme as peculiaridades de cada povo – o compartilhamento da gestão para a definição das prioridades do subsistema, como as próprias conferências vêm preconizando.

## **6 Considerações finais**

Apesar de ter havido um certo incremento de recursos orçamentários desde a instituição da PNSI, persistem sérias dificuldades no funcionamento da saúde indígena. A falta de serviços básicos, a adoção de um modelo de terceirização quanto a ações complementares, a falta de autonomia dos DSEIs para a condução da política, que segue centralizada na SESAI – em oposição à ideia de combate à homogeneização do tratamento de povos indígenas – e a ausência de transparência e de fortalecimento do controle social são críticas que merecem ser enfrentadas.

Os resultados positivos obtidos em alguns campos – como o incremento de recursos materiais e humanos, a redução da mortalidade infantil, o monitoramento constante e a realização de campanhas de vacinação – ainda estão aquém daqueles observados na população em geral. É por isso que, embora se deva admitir uma sensível melhora na prestação do serviço nos últimos quinze anos, assiste razão aos indígenas, entidades e órgãos quando apontam falhas e cenário crítico, sobretudo em determinadas regiões do País.

Para aprofundar a PNSI, o incremento do diálogo intercultural deve desempenhar um papel fundamental, assegurando-se o cumprimento efetivo das diretrizes que tratam das práticas tradicionais dos grupos. Deve-se, também, oferecer condições para que o protagonismo dos povos indígenas nos processos decisórios seja devidamente observado, com maior descentralização na gestão dos DSEIs e independência dos órgãos de controle social.

## Referências

BRASIL. *Boletim Informativo Especial da FUNASA*, Brasília, edição n. 8, abr. 2009.

BRASIL. Comissão Nacional da Verdade. *Relatório*. Volume II. Textos Temáticos. Brasília: CNV, 2014. Disponível em: [http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume\\_2\\_digital.pdf](http://www.cnv.gov.br/images/pdf/relatorio/volume_2_digital.pdf).

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. *Política Nacional de Atenção à Saúde dos Povos Indígenas*. 2. ed. Brasília: Ministério da Saúde: Fundação Nacional de Saúde, 2002. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica\\_saude\\_indigena.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/politica_saude_indigena.pdf).

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. *Relatório de gestão da FUNASA 2003/2005*. Brasília: Ministério da Saúde: Fundação Nacional de Saúde, 2005. Disponível em: [http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/10/relatorio\\_2003\\_2005.pdf](http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/10/relatorio_2003_2005.pdf).

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. *Relatório de gestão 2006*. Brasília: Ministério da Saúde: Fundação Nacional de Saúde, 2007b. Disponível em: <http://sis.funasa.gov.br/portal/publicacoes/pub1305.pdf>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. *Relatório de gestão 2007*. Brasília: Ministério da Saúde: Fundação Nacional de Saúde, 2008a. Disponível em: [http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/10/relatorio\\_2007.pdf](http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/10/relatorio_2007.pdf).

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. *Relatório de gestão 2008*. Brasília: Ministério da Saúde: Fundação Nacional de Saúde, 2009. Disponível em: [http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/10/relatorio\\_2008.pdf](http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/10/relatorio_2008.pdf).

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. *Relatório de gestão 2009*. Brasília: Ministério da Saúde: Fundação Nacional de Saúde, 2010. Disponível em: [http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/10/relatorio\\_2009.pdf](http://www.funasa.gov.br/site/wp-content/uploads/2011/10/relatorio_2009.pdf).

BRASIL. Ministério da Saúde. Fundação Nacional de Saúde. *Relatório final da 4ª Conferência Nacional de Saúde Indígena*. 2006. Brasília: Ministério da Saúde: Fundação Nacional de Saúde, 2007a. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/4\\_conferencia\\_nacional\\_saude\\_indigena\\_relatorio\\_final.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/4_conferencia_nacional_saude_indigena_relatorio_final.pdf).

BRASIL. Ministério da Saúde. *Programa Saúde Indígena: etnodesenvolvimento das sociedades indígenas*. Brasília: Ministério da Saúde, 2001. Disponível em: [http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude\\_indigena.pdf](http://bvsmms.saude.gov.br/bvs/publicacoes/saude_indigena.pdf).

BRASIL. Ministério da Saúde. Rede Interagencial de Informação para a Saúde. *Indicadores básicos para a saúde no Brasil: conceitos e aplicações*. 2. ed. Brasília: Organização Pan-Americana da Saúde, 2008b.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Especial de Saúde Indígena. *Relatório de gestão do exercício de 2012*. Brasília: Ministério da Saúde, 2013b. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/maio/07/Relatorio-Gestao-2012-Sesai-Final.pdf>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Especial de Saúde Indígena. *Relatório de gestão do exercício de 2013*. Brasília: Ministério da Saúde, 2013a. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/maio/07/Relatorio-Gestao-2013-Sesai-Final.pdf>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Especial de Saúde Indígena. *Relatório de gestão do exercício de 2014*. Brasília: Ministério da Saúde, 2015a. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2015/maio/07/Relatorio-Gestao-2014-Sesai-Final.pdf>.

BRASIL. Ministério da Saúde. Secretaria Especial de Saúde Indígena. *Relatório de gestão do exercício de 2015*. Brasília: Ministério da Saúde,

2016. Disponível em: <http://portalsaude.saude.gov.br/images/pdf/2016/julho/05/RG-Sesai2015-Versao-apos-Auditoria-CGU-30062016.pdf>.

BRASIL. Ministério da Saúde. *5ª Conferência Nacional de Saúde Indígena: relatório final*. Brasília: Ministério da Saúde, 2015b. Disponível em: [http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/02fev\\_01\\_relatorio\\_final\\_5cnsi.pdf](http://conselho.saude.gov.br/biblioteca/Relatorios/02fev_01_relatorio_final_5cnsi.pdf).

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *A política de atenção à saúde indígena no Brasil: breve recuperação histórica sobre a política de assistência à saúde nas comunidades indígenas*. Brasília: CIMI/CNBB, 2013a. Disponível em: <http://6ccr.pgr.mpf.mp.br/institucional/grupos-de-trabalho/saude/cartilha-sobre-saude-indigena-cimi>.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO (CIMI). *Relatório violência contra os povos indígenas no Brasil: dados de 2012*. Brasília: CIMI/CNBB, 2013b.

NORTON, Andy; ELSON, Diane. *What's behind the budget? Politics, rights and accountability in the budget process*. London: Overseas Development Institute, 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Conselho de Direitos Humanos. Relatório da missão ao Brasil da relatora especial sobre os direitos dos povos indígenas, ago. 2016, p. 6. Disponível em: <http://unsr.vtaulicorpuz.org/site/images/docs/country/2016-brazil-a-hrc-33-42-add-1-portugues.pdf>. Acesso em: 23 set. 2016.

PEREIRA, Maria Luiza Garnelo; MAQUINÉ, Aldemir Lima. *Financiamento do Subsistema de Saúde Indígena nos Planos Plurianuais (PPA) no Brasil*. Manaus: 2013. Disponível em: [http://www.politicaemsaude.com.br/anais/orais\\_painel/029.pdf](http://www.politicaemsaude.com.br/anais/orais_painel/029.pdf).

RIBEIRO, Darcy. *Os índios e a civilização: a integração das populações indígenas no Brasil moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 1996.

SANTOS, Boaventura de Sousa. *A gramática do tempo: para uma nova cultura política*. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2010.

SCHEFFER, M. *et al.* *Demografia médica no Brasil 2015*. São Paulo: Departamento de Medicina Preventiva da Faculdade de Medicina da USP; Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo; Conselho Federal de Medicina, 2015. 284 p.

SOUSA, Maria da Conceição de; SCATENA, João Henrique G.; SANTOS, Ricardo Ventura. O Sistema de Informação da Atenção à Saúde Indígena (SIASI): criação, estrutura e funcionamento. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 4, p. 853–861, abr. 2007.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Comentário ao art. 231. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes et al.* (coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. p. 2148–2157.

VENTURI, Gustavo; BOKANY, Vilma (orgs.). *Indígenas no Brasil: demandas dos povos e percepções da opinião pública*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.



# Atuações Contemporâneas do Ministério Público



# Ministério Público Federal e meios adequados de resolução de conflitos: câmaras de conciliação e mediação – CCMs

Andréia da Silva Araújo Höltz

Servidora do Ministério Público Federal. Advogada. Mediadora judicial certificada. Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público da União.

**Resumo:** O artigo traz uma breve análise sobre a possibilidade de atuação do Ministério Público Federal – por meio da resolução adequada de conflitos – em relação a seu público interno de colaboradores (membros, servidores, estagiários, terceirizados) e seu público externo (sociedade). Analisa teoricamente as possibilidades e instrumentos adequados na solução de conflitos, especialmente em relação à criação de câmaras de conciliação e mediação (CCMs), tendo como paradigma a conciliação e a mediação realizadas pelo Judiciário. É um tema muito recente no cenário jurídico, acostumado a resolver suas demandas por meio de longos processos administrativos ou judiciais, em que muito se valoriza a forma e a lei em sentido estrito, em detrimento, talvez, do olhar respeitoso, atencioso e empático sobre o outro. É o início de uma busca pela *cultura de paz* no Ministério Público Federal.

**Palavras-chave:** Ministério Público Federal. Atuação. Conflitos. Colaboradores. Sociedade. Conciliação. Mediação. Câmaras. Cultura de paz.

**Abstract:** The article presents a brief analysis of the possibility of action by the Federal Public Prosecution Service – through appropriate resolution of conflicts – in relation to its internal public of employees (members, servants, trainees, outsourced) and its external public (society). It theoretically analyzes the possibilities and the appropriate instruments in the solution of conflicts, especially in relation to the creation of Chambers of Conciliation and Mediation

– CCMs, having as a paradigm the conciliation and mediation carried out by the Judiciary. It is a very recent issue in the legal arena, accustomed to solving its demands through long administrative or judicial processes, in which form and law are valued in a strict sense, to the detriment, perhaps, of a respectful, attentive and empathetic look at the other. It is the beginning of a search for a culture of peace in the Federal Public Prosecution Service.

**Keywords:** Federal Public Prosecution Service. Acting. Conflicts. Collaborators. Society. Conciliation. Mediation. Chambers. Culture of peace.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O Ministério Público Federal e as possibilidades de mecanismos de paz. 3 Meios alternativos e adequados de solução de conflitos. 4 O Judiciário como paradigma. 5 Câmaras de conciliação e mediação – CCMs. 6 Considerações finais.

## 1 Introdução

O presente artigo envolve a atuação do Ministério Público Federal em relação a seu público interno de colaboradores (membros, servidores, estagiários, terceirizados) e seu público externo (sociedade). Essa relação diz respeito a uma atuação voltada para a resolução adequada de conflitos, trazendo instrumentos possíveis de efetivação e satisfação dos envolvidos, como a mediação e a conciliação. Estuda, ainda, a possibilidade de criação de câmaras de conciliação e mediação no âmbito do Ministério Público Federal e discorre sobre as novas formas de abordagem de conflitos, especialmente tendo como parâmetro a conciliação e a mediação judicial, com base na resolução do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), na resolução do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), bem como no novo Código de Processo Civil.

Preliminarmente, a questão consiste em trazer a experiência de outros órgãos para o Ministério Público Federal (MPF), especialmente a do Poder Judiciário, onde se constatou que a resolução adequada de conflitos, por meio de seus *centros de conciliação de mediação*, mostrou-se muito mais efetiva, trouxe maior satisfação pessoal dos envolvidos, entendimento mais completo e colaborador da pacifica-

ção social – política pública do Conselho Nacional de Justiça –, além do acesso à *Justiça Multiportas*. Esse cenário servirá de paradigma para a possibilidade de aplicação da Resolução n. 118/2014 do CNMP ao MPF e para a criação de câmaras de conciliação e mediação.

A proposta do artigo é trazer essa experiência para dentro do Ministério Público Federal, com a utilização de instrumentos já consagrados, adequando-os, evidentemente, às especificidades do órgão, assim como analisar se seria possível a criação de câmaras de conciliação e mediação no MPF e se essas câmaras poderiam trabalhar na resolução de conflitos internos e externos.

A finalidade do estudo é, portanto, a de demonstrar a viabilidade da cultura de paz dentro do Ministério Público Federal, de forma verdadeira e efetiva, a ser aplicada por e para seus próprios colaboradores, bem como da aplicação dos meios de solução de conflitos na sociedade, enriquecendo a atuação do *Parquet*.

A importância deste artigo consiste em demonstrar, de forma intuitiva, a baixa eficiência dos meios atuais de solução de conflitos, os quais ensejam mais uma resposta jurídica e menos uma resposta condizente e que seja satisfatória para os envolvidos, contribuindo para uma verdadeira cultura de paz social.

## **2 O Ministério Público Federal e as possibilidades de mecanismos de paz**

O Ministério Público (MP) é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CRFB/1988, art. 127).

Entre suas tantas e importantes funções institucionais, encontram-se na Lei Complementar n. 75/1993 as disposições constitucionais embasadas nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (Lei Complementar n. 75/1993, art. 5º, I, c). São eles, entre outros (CRFB, art. 3º), construir uma sociedade livre, justa e solidária; promover o *bem de todos*, sem preconceitos ou quaisquer formas de discriminação.

Neste ponto, vale lembrar, também, que o preâmbulo da nossa Constituição Federal, que é o comando geral advindo com o Estado Democrático de Direito, nos diz que esse Estado é comprometido com a *solução pacífica de controvérsias*.

A propósito, o Conselho Nacional do Ministério Público publicou a Resolução n. 118, de 1º de dezembro de 2014, acerca da solução pacífica de conflitos, que dispõe sobre a *Política Nacional de Incentivo à Autocomposição no âmbito do Ministério Público* e dá outras providências. Essa resolução tem por objetivo “assegurar a promoção da justiça e a máxima efetividade dos direitos e interesses que envolvem a atuação da Instituição” (art. 1º). Menciona mecanismos como a negociação, a mediação, a conciliação, as práticas restaurativas (quando há vítima) e as convenções processuais. Em relação à capacitação dos agentes do Ministério Público, assim dispõe:

Art. 7º. Compete às unidades e ramos do Ministério Público brasileiro, no âmbito de suas atuações:

[...]

III – a promoção da capacitação, treinamento e atualização permanente de membros e servidores nos mecanismos autocompositivos de tratamento adequado dos conflitos, controvérsias e problemas;

[...]

VI – a manutenção de cadastro de mediadores e facilitadores voluntários, que atuem no Ministério Público, na aplicação dos mecanismos de autocomposição dos conflitos.

[...]

Art. 18. Os membros e servidores do Ministério Público serão capacitados pelas Escolas do Ministério Público, diretamente ou em parceria com a Escola Nacional de Mediação e de Conciliação (ENAM), da Secretaria de Reforma do Judiciário do Ministério da Justiça, ou com outras escolas credenciadas junto ao Poder Judiciário ou ao Ministério Público, para que realizem sessões de negociação, conciliação, mediação e práticas restaurativas, podendo fazê-lo por meio de parcerias com outras instituições especializadas.

Como se vê, a referida resolução do CNMP prevê, também, como *medidas a serem adotadas*, a capacitação de servidores e membros para a solução pacífica de conflitos por meio da negociação, conciliação, mediação e práticas restaurativas.

Observe-se que um dos *considerandos* da resolução expõe a necessidade da cultura de paz no âmbito do Ministério Público: “Considerando a necessidade de uma cultura da paz, que priorize o diálogo e o consenso na resolução dos conflitos, controvérsias e problemas no âmbito do Ministério Público; [...]”.

A propósito, foi publicado pela Escola Nacional de Mediação (ENAM), vinculada ao Ministério da Justiça, o *Manual de Negociação e Mediação para Membros do Ministério Público*, o qual traz instrumentos de atuação específicos ao Ministério Público<sup>1</sup>.

O MPF possui um longo histórico de atuação extrajudicial, especialmente no que se refere a direitos coletivos. Isso o obriga, cada vez mais, a se profissionalizar nesse sentido, seja como um litigante habitual, seja como um negociador habitual (GAVRONSKI; MENDONÇA, 2013, p. 709).

Deve-se perseverar na criação de um Ministério Público *mais arrojado, dinâmico, proativo, em busca da eficiência e da gestão de resultados, chamado de Ministério Público resolutivo*.

Além da resolução do Conselho Nacional do Ministério Público, há também o novo Código de Processo Civil, que prevê a conciliação e a mediação como meios prévios e necessários à maioria das lides judiciais. O Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, da mesma forma, prevê a solução consensual de conflitos como meio alternativo ao Judiciário.

O Código de Processo Civil de 2015 traz, como normas fundamentais de processo civil, entre outras, a conciliação, a mediação e outros métodos de solução consensual de conflitos. Importante

---

1 Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Manual\\_de\\_negociacao\\_e\\_mediacao\\_para\\_membros\\_do\\_mp\\_isbn\\_2\\_1.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Manual_de_negociacao_e_mediacao_para_membros_do_mp_isbn_2_1.pdf). Acesso em: 10 set. 2017.

ponto a destacar é que esses meios deverão ser estimulados por juízes, advogados, defensores públicos e membros do Ministério Público, inclusive no curso do processo judicial (art. 3º, § 3º). Além disso, determina que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual de conflitos (art. 3º, § 2º).

A Estratégia Nacional de Não Judicialização (ENAJUD), instituída pela Portaria Interministerial (Ministério da Justiça, Advocacia-Geral da União, Ministério da Previdência Social e Conselho Nacional do Ministério Público) n. 1.176, de 2 de julho de 2014, tem por objetivo formalizar articulação interinstitucional e multidisciplinar para desenvolver, consolidar e difundir os métodos autocompositivos de solução de conflitos. É mais um instrumento na busca pela cultura de paz. A Corregedoria Nacional do Ministério Público elaborou seu projeto de ENAJUD em julho de 2017, tendo como um dos objetivos a *criação e a estruturação de comitês e núcleos de incentivo à autocomposição*. Dispõe, em relação a esses comitês<sup>2</sup>:

Criar na estrutura ou definir como atribuição dos Núcleos Permanentes de Incentivo à Autocomposição, o apoio à Negociação, Mediação, à Conciliação e a outros métodos autocompositivos. Os Núcleos ou estruturas estarão à disposição dos órgãos de execução para auxiliar na realização da autocomposição em questões submetidas à apreciação do Ministério Público, sempre que encaminhadas pelo órgão de execução com atribuição natural ou mediante sua expressa anuência.

### **3 Meios alternativos e adequados de solução de conflitos**

Historicamente, há dois meios de solução de conflitos, de modo geral: autotutela e tutela do Estado, esta normalmente por meio de ação judicial. Mais recentemente tem-se como parâmetro os Juizados Especiais, nos quais a primeira audiência é para saber se há acordo ou não. Agora existem novos instrumentos, com novos dimensionamentos.

---

2 Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/institucional/corregedoria/enajud>. Acesso em: 11 out. 2017.

O *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público* traz como primeiro princípio para o cumprimento das diretrizes institucionais constantes no mapa estratégico (retornos para a sociedade) o *princípio da paz*. Vejamos:

Esse princípio se justifica porque a pacificação dos relacionamentos e espaços sociais – e mesmo institucionais – gera a tranquilidade, o entendimento, a harmonia, culminando na felicidade, palavra esta expressa no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988, por meio da expressão *bem-estar*, objetivo maior de todos. (SOARES JÚNIOR; ÁVILA, 2015, p. 19).

Segundo esse manual, há de se despertar nos operadores do direito as diversas possibilidades e mecanismos de solução de conflitos, conforme segue:

Como explica Carlos Eduardo de Vasconcelos, negociação, mediação e conciliação são apontados como meios ou métodos de resolução alternativa de disputas (ADRS – *Alternative Dispute Resolutions*). Esses meios são conhecidos como Meios Alternativos de Resolução de Controvérsias (MASCs), também denominados de Meios Extrajudiciais de Resolução de Controvérsias (MESC). Ressalta o autor, contudo: “o lugar de aplicação desses meios – ambiente judicial ou não – vem deixando de ocupar a centralidade, daí a tendência em designá-los como meios de Resolução Apropriada (ou Adequada) de Disputas (RAD)”. (VASCONCELOS, 2012, p. 41 apud ALMEIDA; BELTRAME; ROMANO, 2015, p. 126).

O *Manual de mediação judicial do Conselho Nacional de Justiça*, por sua vez, reforça a mesma ideia:

O campo da chamada “Resolução Apropriada de Disputas” (ou RADs) inclui uma série de métodos capazes de solucionar conflitos. Tais métodos oferecem, de acordo com suas respectivas peculiaridades, opções para se chegar a um consenso, a um entendimento provisório, à paz ou apenas a um acordo – dependendo do propósito para o qual o processo de resolução de disputas foi concebido ou “desenhado”. Originalmente, a sigla RADs representava a sigla para “Resolução Alternativa de Disputas”, servindo como denominação conjunta dos métodos alternativos ao julgamento pelo Judiciário. Atualmente, tem se adotado, com mais frequência, a expressão Resolução “Adequada” (ou mesmo “Amigável”) de Disputas para

denotar uma escolha consciente de um processo ou método de resolução de conflitos, entre vários possíveis, considerando o contexto fático da disputa. (AZEVEDO, 2015, p. 17).

Para o propósito deste artigo, que é verificar a possibilidade de criação de câmaras de conciliação e mediação no MPF, serão analisadas, brevemente, a conciliação, a mediação e a negociação.

Importante referir, inicialmente, que a audiência de conciliação ou mediação prevista como obrigatória, como regra, para todas as demandas cíveis ajuizadas (CPC/2015, art. 334), possui formato diferente dos meios alternativos apresentados neste artigo. Isso porque as audiências iniciais obrigatórias mais se assemelham às audiências já realizadas pelos juizados especiais, seja pelo curto espaço de tempo, seja pela apresentação do local, da forma e da qualificação de conciliadores e mediadores para esse ato. Por isso, tais audiências não se enquadram no formato de conciliação e mediação (e com esses dispositivos não se confundem) previsto como meios alternativos e adequados de solução de conflitos.

No entanto, importante mencionar que essa opção legislativa constitui um grande avanço na área cível judicial, como uma tentativa de mudança de cultura do Judiciário. Esse aspecto é notado por toda a extensão do CPC/2015, o qual busca um avanço, sempre sugerindo ou ordenando a conciliação ou a mediação.

A conciliação pode ser definida como uma técnica de resolução autocompositiva de conflitos em que os conciliandos não possuem uma relação mais aprofundada de convivência, ou seja, o conflito surge de uma relação única e específica, normalmente de um contrato comercial ou de algo que não preveja continuidade no relacionamento. Por isso, em geral uma sessão de conciliação ocorre em um tempo muito menor do que em uma sessão de mediação, por exemplo, a qual envolve um maior número de técnicas de negociação. Vale ressaltar que, apesar dessas características, a sessão deverá seguir os parâmetros hoje estabelecidos pelo CNJ, no caso da conciliação judicial, especialmente em relação à escuta ativa, à isonomia, à confidencialidade, à valorização dos sentimentos, entre outros. Aqui, o conciliador poderá sugerir uma solução aos conciliandos, desde que esgotadas as possibilidades pelos pró-

prios envolvidos, mas sempre valorizando a autocomposição e o empoderamento dos conciliandos.

No entanto, no âmbito judicial, por exemplo, é preciso abandonar a velha ideia de conciliação dos Juizados Especiais, em que a audiência dura em torno de cinco minutos e apenas é perguntado a cada parte se tem acordo, sim ou não. Em uma sessão de conciliação ou de mediação judicial nos novos moldes, primeiramente é feito o acolhimento dos envolvidos para que estes se sintam bem naquele ambiente, sendo a participação um ato voluntário, sem a figura de um juiz, preservando-se a confidencialidade e buscando-se a comunicação pacífica, por meio da escuta ativa e sem violência. Assim, a finalidade primordial é a fala e, principalmente, a escuta ativa, com a possível consequência de uma solução satisfatória da questão para todos (a solução do caso não é algo obrigatório). Dessa forma, há o empoderamento dos envolvidos, tornando-os protagonistas na busca da solução de seus conflitos.

A mediação é um método autocompositivo, ou seja, as partes envolvidas chegam a uma solução por elas mesmas. A mediação pode ser definida como uma negociação facilitada por um terceiro imparcial, que não tenha interesse na causa, o qual auxiliará os envolvidos de forma neutra, para que cheguem a uma composição do conflito de forma satisfatória a todos. O mediador terá como função primordial facilitar da comunicação pacífica entre as partes. Ele poderá (e deverá) contribuir para a geração de opções, mas não deverá sugerir a solução do conflito. O processo de mediação, por sua vez, é uma escolha voluntária dos envolvidos no conflito, podendo dela abrir mão a qualquer tempo antes do final da sessão. Além disso, a mediação é um meio de pacificação social, motivo pelo qual não é necessário que haja um acordo. Isso porque, como dito, a finalidade é que os envolvidos consigam se comunicar sem violência, objetivando o entendimento (AZEVEDO, 2015, p. 21-22).

A Lei n. 13.140/2015 estabelece como princípios da mediação (art. 2º): imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade dos mediandos, busca do consenso, confidencialidade e boa-fé. Essa lei reforça que, ainda que seja obrigatória a presença em sessão de mediação, ninguém será

obrigado a permanecer nesse procedimento (art. 2º, § 2º), proclamando a voluntariedade do sistema. Normalmente é utilizada nos conflitos envolvendo questões de relacionamentos mais duradouros, como, por exemplo, relações entre sócios, vizinhos, parentes.

Ressalte-se, outrossim, que o conciliador e o mediador judicial são auxiliares da Justiça, conforme prevê o novo CPC:

Art. 149. São auxiliares da Justiça, além de outros cujas atribuições sejam determinadas pelas normas de organização judiciária, o escrivão, o chefe de secretaria, o oficial de justiça, o perito, o depositário, o administrador, o intérprete, o tradutor, o mediador, o conciliador judicial, o partidor, o distribuidor, o contabilista e o regulador de avarias.

Frente a isso, a função de conciliador e de mediador judicial, além de ser trabalho voluntário quando exercida por servidor público, faz parte da política pública implantada pelo CNJ (e pelo CNMP) para a pacificação social e para a diminuição do número de processos judiciais atuais e futuros, o que certamente refletirá, não somente no âmbito do Poder Judiciário, como no do Ministério Público e de toda a sociedade.

Isso quer dizer que estamos caminhando para uma cultura de paz. Mas o que seria isso? Para o CNMP e para o CNJ, a pacificação social é uma política pública obrigatória, a qual deve estimular a comunicação pacífica entre as pessoas, bem como a solução de conflitos de forma consensual, satisfatória e por elas próprias, ou seja, o empoderamento dos diretamente envolvidos.

Do mesmo modo, há a previsão legal de outras formas, como sessões de conciliação e mediação por meio virtual, ou seja, por videoconferência ou outras modalidades, como o sistema E-Proc (projeto também do TRF4):

Enunciado n. 03 – As sessões de conciliação ou mediação poderão ser realizadas por meio eletrônico, inclusive videoconferência, nos termos do art. 334, § 7º, do novo CPC, e do art. 46 da Lei de Mediação (Lei 13.140/2015) (Enunciado aprovado na reunião ordinária de 10/04/2015, com redação atualizada na reunião extraordinária de 28/04/2016). (ENUNCIADOS FONAMEC, 2017, p. 395).

Ainda, há a recente iniciativa no Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região na resolução de conflitos de forma pré-processual (Resolução n. 15, de 23 de fevereiro de 2017).

Como esclarecimento, vale reforçar que a diferença básica entre conciliação e mediação é que, nesta última, é provável que tenha havido uma relação anterior que possivelmente terá continuidade, seja negocial, familiar ou social. Na conciliação, por sua vez, é esperado que a controvérsia tenha se originado a partir de um ponto específico, sem contato anterior entre os envolvidos, ou, ainda, que não haja perspectiva de relação futura. Por isso, a mediação é cercada de um número maior de ferramentas autocompositivas, inclusive em seu formato de sessão, com estrutura e etapas próprias.

A Resolução n. 118 do CNMP recomenda a atuação do Ministério Público como negociador:

Art. 8º. A negociação é recomendada para as controvérsias ou conflitos em que o Ministério Público possa atuar como parte na defesa de direitos e interesses da sociedade, em razão de sua condição de representante adequado e legitimado coletivo universal (art. 129, III, da CR/1988).

Parágrafo único. A negociação é recomendada, ainda, para a solução de problemas referentes à formulação de convênios, redes de trabalho e parcerias entre entes públicos e privados, bem como entre os próprios membros do Ministério Público.

A negociação *moderna* não se baseia mais no sistema *ganha-perde*, em que um deve perder para que o outro ganhe *o jogo*. É o tradicional sistema adversarial, rígido, formal, com menor adesão e polarizado. Por esse método, também, há mais inadimplência, vige a obrigatoriedade e o período temporal geralmente é longo. Diferentemente disso, um sistema *colaborativo* de negociação preza por atender aos interesses de ambos em um sistema *ganha-ganha*. Busca-se diálogo, equidade e consenso. O objetivo é solucionar o conflito, o foco é nos interesses e deve-se ter uma visão prospectiva. Vigora a voluntariedade e a celeridade. Por tudo isso, há mais adesão e comprometimento (MORAES; MORAES, 2012).

Nessa nova visão, um espaço físico com uma mesa redonda, onde todos ocupem cadeiras iguais, é o ambiente equilibrado e propício à colaboração almejada. A comunicação deve ser respeitosa, por meio da efetiva escuta ativa e *não violenta*.

Crerios objetivos, criatividade, lealdade e separação entre pessoas e conflitos devem ser princípios norteadores, sempre com a referida visão prospectiva.

O *Projeto de Negociação de Harvard*, exposto por William Ury (FISHER; URY; PATTON, 1994, p. 28), traz a chamada *negociação por princípios* (ou *negociação dos méritos*) e pode ser resumido em quatro pontos fundamentais: a) em relação às *pessoas*, separe-as dos problemas; b) concentre-se nos *interesses*, não nas posições; c) crie uma variedade de *opções* antes de decidir; e d) insista para que o resultado se baseie em *crerios* objetivos.

Esse método está relacionado com um sistema de negociação *ganha-ganha*, ou de *equilíbrio de Nash*<sup>3</sup>, ou seja, em um sistema colaborativo, ainda que os *jogadores* ajam individualmente, entende-se que suas decisões dependem da decisão do outro (e colaboram) para que haja um equilíbrio e todos saiam ganhadores.

O Ministério Público Estadual do Rio Grande do Sul, em agosto de 2017, noticiou que a atuação resolutiva do Ministério Público por meio da negociação, da conciliação e da mediação reduziu em 80% a judicialização de processos<sup>4</sup>.

Ressalte-se, nesse ponto, que, quando o Ministério Público atua como *negociador*, ele atuará como legitimado coletivo (GAVRONSKI; MENDONÇA, 2013, p. 625). Dessa forma, não há se falar em um terceiro imparcial, como nas hipóteses da conciliação e da mediação. Por isso, é necessário que se faça essa ressalva quando se utiliza do Judiciário, como paradigma, para a implementação de meios alternativos e adequados de resolução de conflitos no Ministério Público Federal.

---

3 Disponível em: <http://www.cienciaedaestrategia.com.br/teoriadosjogos/capitulo.asp?cap=i2>. Acesso em: 16 out. 2017.

4 Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/todas-as-noticias/10575-promotor-de-justica-do-rio-grande-do-sul-destaca-a-atuacao-resolutiva-do-mp>. Acesso em: 11 out. 2017.

## 4 O Judiciário como paradigma

Há iniciativas que já se encontram consolidadas, especialmente pela demonstração de efetividade e satisfação dos envolvidos. Nesse ponto, o Poder Judiciário, há algum tempo, percorre o caminho da solução pacífica de conflitos, como a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul e o Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região. Em breves linhas, o Conselho Nacional de Justiça editou, no final de 2010, a Resolução n. 125, alterada no início de 2016<sup>5</sup>, na qual é disposta a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos e interesses no âmbito do Poder Judiciário. Trata-se de uma política pública de pacificação social.

Existem outras normas no mesmo sentido. Em junho de 2015, foi editada a Lei n. 13.140, que dispõe sobre a mediação de particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da Administração Pública. O novo Código de Processo Civil ampliou e ratificou normas de solução consensual de conflitos no Judiciário, inclusive disciplinando a atividade do conciliador e do mediador judicial, entre outras disposições, como a regra da audiência de conciliação ou mediação e como o primeiro ato obrigatório de um processo judicial, salvo exceções. Por fim, o Código de Ética dos Advogados do Brasil também prevê a conciliação como método preventivo de judicialização de casos<sup>6</sup>. Há, ainda, outras iniciativas nos âmbitos público e privado.

Outro ponto interessante da referida lei é que a Escola Nacional de Mediação e Conciliação, no âmbito do Ministério da Justiça, poderá criar banco de dados sobre boas práticas em mediação bem como manter relação de mediadores e de instituições de mediação (art. 41).

---

5 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579>. Ver, ainda, a Recomendação n. 50/2014, também do Conselho Nacional de Justiça, que indica estudos e ações para a continuidade do Movimento Permanente pela Conciliação.

6 Resolução n. 02/2015 do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, Título I, Capítulo I, art. 2º, parágrafo único, VI: “estimular, a qualquer tempo, a conciliação e a mediação entre os litigantes, prevenindo, sempre que possível, a instauração de litígios”. Disponível em: <http://s.oab.org.br/PDF/CFOAB-CED.pdf>.

O Ministério da Justiça, por meio da Escola Nacional de Mediação e Conciliação<sup>7</sup>, publicou, no final de 2014, cinco obras sobre o assunto: *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*; *Manual de mediação para a Defensoria Pública*; *Manual de mediação de conflitos para advogados – escrito por advogados*; *Resolução consensual de conflitos coletivos envolvendo políticas públicas*; e *Resolução de conflitos para representantes de empresa*.

Todas essas obras tiveram por base o *Manual de mediação judicial* (projeto iniciado em 2001 em parceria com a UnB), publicado pelo Conselho Nacional de Justiça, fruto do intenso trabalho de pessoas envolvidas na mediação há muitos anos, na teoria e na prática, pesquisadores e profissionais. O material explana as diversas formas de solução pacífica de conflitos (denominada genericamente de Resolução Apropriada de Disputas – RAD), entre elas, a negociação, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

O estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil, realizado em 2014 pelo Ministério da Justiça, por meio de sua Secretaria de Reforma do Judiciário, concluiu, entre outros, que o principal desafio é a efetiva institucionalização:

Por isso, é possível afirmar que o principal desafio identificado nos programas de mediação estudados é a sua efetiva institucionalização, que permita o seu funcionamento e aprimoramento constantes. É necessário que o programa subsista às mudanças institucionais e que não seja totalmente dependente de lideranças individuais que foram fundamentais à sua concepção. (GRINOVER *et al.*, 2014, p. 190).

## **5 Câmaras de conciliação e mediação – CCMs**

O novo Código de Processo Civil prevê a possibilidade da existência de câmaras privadas de conciliação e mediação, como empresas, nos moldes já existentes nos EUA, por exemplo, que é um serviço privado oferecido à população por meio de pessoal tecnicamente qualificado para o desempenho da atividade e credenciado junto a órgãos públicos.

---

7 Disponível em: <http://www.justica.gov.br>. Acesso em: 10 set. 2017.

Aqui vale destacar, também, a previsão expressa contida em nosso CPC, além das câmaras privadas, das câmaras que funcionem dentro de órgãos e entidades públicas, assim dispondo:

Art. 174. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios criarão câmaras de mediação e conciliação, com atribuições relacionadas à solução consensual de conflitos no âmbito administrativo, tais como:

I - dirimir conflitos envolvendo órgãos e entidades da administração pública;

II - avaliar a admissibilidade dos pedidos de resolução de conflitos, por meio de conciliação, no âmbito da administração pública;

III - promover, quando couber, a celebração de termo de ajustamento de conduta.

Na Lei n. 13.140/2015, assim como no CPC/2015, está expressa a previsão, no procedimento de autocomposição de conflitos em que for parte pessoa jurídica de Direito Público, de que a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios poderão criar *câmaras de prevenção e resolução administrativa de conflitos*, no âmbito dos respectivos órgãos da Administração Pública (art. 32).

Dessa forma, uma câmara de conciliação e (ou) mediação poderá ser instaurada em qualquer órgão, entidade ou instituição pública ou privada. Vislumbra-se, assim, a possibilidade de instituição dessas câmaras no âmbito do MPF, tanto para a solução de controvérsias da atividade-fim (na atuação extrajudicial ou na atuação judicial) como na atuação interna de seus agentes, sejam membros, servidores, estagiários ou terceirizados. Isso porque o objetivo é a disseminação da cultura de paz, por meio da busca da solução pacífica de conflitos, utilizando-se de instrumentos como a escuta ativa, a empatia, a *comunicação sem violência ou comunicação não violenta (CNV)*:

A CNV se baseia em habilidades de linguagem e comunicação que fortalecem a capacidade de continuarmos humanos, mesmo em condições adversas. Ela não tem nada de novo: tudo que foi integrado à CNV já era conhecido havia séculos. O objetivo é nos lembrar do que já sabemos – de como nós, humanos, deveríamos nos relacionar

uns com os outros – e nos ajudar a viver de modo que se manifeste concretamente esse conhecimento. (ROSENBERG, 2006, p. 21).

Novamente, aqui se remete ao exemplo do Judiciário, com a criação dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSCs) e a publicação, pelo CNJ, do “Guia de Conciliação e Mediação – orientações para implantação de CEJUSCs”<sup>8</sup>, o que envolve a criação de um espaço físico adequado, de um cadastro de conciliadores e mediadores capacitados (ou a serem capacitados) para atuar naquele centro, a designação de um servidor efetivo para atuar como gestor (capacitado na solução de conflitos) e a divulgação na mídia local. Esses centros possuem setor de solução de conflitos pré-processual, setor de solução de conflitos processual e setor de cidadania. Também há a designação de um juiz coordenador e de um substituto (também devidamente capacitados, conforme a resolução do CNJ, para resolução adequada de conflitos), aos quais cabem a administração, a orientação e a fiscalização dos serviços prestados pelos conciliadores e mediadores. O guia propõe a seleção de servidores a atuar nos CEJUSCs em regime de dedicação integral, com as devidas capacitações, inclusive para triagem e encaminhamento adequado de casos.

O material ressalta que a adequada capacitação de conciliadores, mediadores, servidores e juízes coordenadores é de fundamental importância, especificamente para atender aos rigores da Resolução n. 125/CNJ. O atendimento às pessoas que buscam esses centros envolve a correta orientação quanto ao meio adequado de solução para o caso concreto (*sistema multiportas*), de modo a fornecer informações suficientes para a tomada de uma decisão, conscientes do funcionamento de todo o procedimento. O empoderamento das partes já começa nesse primeiro atendimento, com a indicação dos meios apropriados, mas cabe às partes a escolha do método.

Observe-se que um sistema *multiportas* consiste na oferta ao cidadão, pela instituição, de meios e métodos alternativos, disponi-

---

8 Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>.

bilizando para ele o acesso extrajudicial e os mecanismos da negociação, da mediação, da conciliação e da arbitragem, ou seja, os meios heterocompositivos e, essencialmente, os métodos autocompositivos de solução de conflitos (BACELAR, 2012, p. 60).

Todos os atos são devidamente registrados, inclusive as avaliações de satisfação dos conciliandos e mediandos, o que servirá de base para estatísticas e melhoramento do serviço prestado. Ainda, a capacitação de todos os envolvidos deve ser permanente, isso é, com reciclagens e aperfeiçoamentos periódicos, o que poderá ser realizado diretamente pelo tribunal ou por convênios. Observe-se, outrossim, que em cada tribunal há um Núcleo Permanente de Mediação e Conciliação (NUPEMEC), responsável pela normatização, orientação, fiscalização e capacitação de forma centralizada.

É importante frisar que, além da necessária e adequada qualificação, o espaço físico é fator decisivo para um ambiente acolhedor e que proporcione a ideia de equidade entre as partes, inclusive em relação ao conciliador/mediador. Este, por sua vez, não deve ocupar uma posição que reflita qualquer tipo de superioridade em relação aos participantes. Pelo contrário, a postura do conciliador/mediador deve ser a de *modelo* de respeito, empatia, tranquilidade e disposição para a solução do conflito. Por isso, o ambiente físico deve ser valorizado e concebido conforme as melhores práticas, com a adoção de um espaço reservado, uma mesa circular e cadeiras do mesmo tamanho e formato para todos.

Os CEJUSCs funcionam basicamente devido ao trabalho de voluntários e de servidores do Judiciário. Há previsão de remuneração para os voluntários, como auxiliares da Justiça que são, mas ainda não foi implementada na maioria dos estados.

Na prática, percebe-se que há dois momentos básicos de acesso a um CEJUSC: na fase pré-processual e quando já existe um processo judicial em andamento. Esse processo poderá ser redistribuído ao CEJUSC a pedido das partes ou por decisão do juiz da causa, em qualquer fase processual, inclusive após sentenciado e em demandas coletivas.

Um outro exemplo bem interessante é o da Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal (CCAF), da

Advocacia-Geral da União (AGU). A título exemplificativo, no fim de 2016 essa câmara celebrou um acordo inédito – e com sucesso – envolvendo mediação de conflitos entre a Administração Pública e particulares<sup>9</sup>. Criada em 2007, foi inicialmente pensada para a solução de conflitos entre entes da Administração Federal por meio da conciliação e da arbitragem; posteriormente, para questões envolvendo os estados e o DF; após, entre os municípios. Com a Lei n. 13.140/2016, a competência foi ampliada para sessões entre a União e particulares<sup>10</sup>.

Vale referir que a Escola da Advocacia-Geral da União (EAGU) firmou parceria, em dezembro de 2016, com a Escola Nacional de Mediação (ENAM) para promover a capacitação de membros e servidores nos instrumentos de solução pacífica de conflitos<sup>11</sup>

Em relação à criação de câmaras de conciliação e mediação para colaboradores (CCM-C), inicialmente cabe uma indagação: seria possível a criação de novas formas de organização do trabalho para que as soluções adotadas fossem mais satisfatórias, especialmente para os envolvidos, de forma que as decisões contribuíssem para uma cultura de paz? E por que uma câmara de mediação de conflitos no âmbito do MP poderá trazer mais efetividade à sua atuação?

Em primeiro lugar, pelo ambiente de trabalho saudável. Hoje já se inicia uma conversa interna acerca da qualidade de vida no trabalho (QVT) no âmbito do MPF. Estudos foram realizados demonstrando que um ambiente salutar, onde há colaboração, respeito, valorização, transparência e comunicação apropriada, além de aumentar a produtividade, também torna a atividade mais efetiva, no sentido da qualidade da prestação do serviço.

Em segundo lugar, pelo fato de o acesso à Justiça se dar de forma mais ampla por parte da sociedade, tendo em vista a dimi-

---

9 Disponível em: <http://saudejur.com.br/acordo-inedito-entre-camara-de-arbitragem-e-philips-assegura-realizacao-de-exames-em-hospitais>. Acesso em: 14 out. 2017.

10 ADVOCACIA-GERAL DA UNIÃO. Cartilha Câmara de Conciliação e Arbitragem da Administração Federal – CCAF. 3. ed., 2012. Disponível em: [www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/217576](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/217576).

11 Disponível em: [http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id\\_conteudo/479798](http://www.agu.gov.br/page/content/detail/id_conteudo/479798). Acesso em: 11 out. 2017.

nuição do número de processos judiciais devido à solução de litígios pela atuação não judicial, ou seja, nos intramuros do MP, bem como pela maior celeridade na resolução dessas demandas. Além disso, a atuação judicial do próprio MP também poderá prestigiar essa nova abordagem, por meio da atuação em Centros Judiciários de Solução de Conflitos, quando já houver processo judicial em andamento. Assim, há várias frentes possíveis de atuação, seja dentro do Judiciário, seja dentro do próprio MP.

No entanto, não se tem conhecimento da existência dessas câmaras, ao menos no âmbito do MPF. Verificou-se, ainda, em contato com a PGR, que não há cadastro de mediadores ou notícias desse trabalho dentro de nossa instituição. A única discussão a respeito do assunto no âmbito do MPF veio por meio de recentes cursos realizados pela ESMPU. Vê-se, assim que ainda há muito a se caminhar.

Como em todo novo processo, há sempre a resistência inicial em experimentar o que ainda não foi feito, em especial de uma forma tão diferente como essa, em que a base se situa na escuta ativa, na fala sem medo de represálias, no empoderamento dos envolvidos. É preciso espalhar a cultura da pacificação social, dentro e fora do MP, de nossos lares e dos locais de trabalho.

A Resolução n. 118/CNMP recomenda a negociação em casos que envolvam os próprios membros do Ministério Público (art. 8º, parágrafo único).

O *Manual de mediação e negociação para membros do Ministério Público*<sup>12</sup> reforça a ideia de cultura interna (institucional), assim como externa, de paz:

A educação sobre as práticas colaborativas e autocompositivas para a paz, portanto, é a única maneira para que se possa transformar a cultura interna e externa da nossa instituição, priorizando-se o consenso e reservando-se os caminhos processuais e a disputa de posições para as situações em que não seja possível o entendimento direto entre os envolvidos na questão.

---

12 Disponível em: <http://www.cnmp.mp.br/portal/publicacoes/245-cartilhas-e-manuais/7560-contribuicoes-para-atuacao-do-ministerio-publico-na-copa-das-confederacoes-e-na-copa-do-mundo-2>.

A fim de visualizar a importância da resolução alternativa e adequada de conflitos internos, por exemplo, no XII Congresso de Magistrados<sup>13</sup> foram aprovadas duas teses a respeito:

Tese 9: Comunicação não violenta e relações de trabalho (aprovada por unanimidade) Proponentes: Genacéia da Silva Alberton e Rosana Garbin.

Emenda: Comunicação não violenta. Na base dos conflitos internos que ocorrem nas relações de trabalho, geralmente está a questão da comunicação. Importante, pois, divulgar o conhecimento de comunicação não violenta a magistrados e servidores para favorecer relações cooperativas e preventivas de conflitos.

Tese 10: Mediação como instrumento para gestão de conflitos internos (aprovada por unanimidade com emenda aditiva) Proponentes: Genacéia da Silva Alberton e Rosana Garbin.

Emenda: Mediação e práticas restaurativas como instrumentos eficazes para prevenção e atendimento de conflitos internos. Necessidade de acesso a curso básico de mediação e justiça restaurativa para magistrados como instrumentos eficazes para a gestão administrativa.

Nesse ponto, importante destacar os instrumentos básicos e essenciais da conciliação e da mediação: em primeiro lugar a comunicação não violenta, trazida originalmente por Marshall Rosenberg (2006), a empatia, a escuta ativa, a despolarização, a separação das pessoas dos conflitos, o enfoque prospectivo e a recontextualização. Para gerar opções de solução, há os valores da negociação por princípios, como o sistema *ganha-ganha*, além de outros já mencionados.

No âmbito do Conselho Nacional do Ministério Público, foi publicada a Resolução n. 150, de 9 de agosto de 2016, que cria o Núcleo Provisório de Solução Alternativa de Conflitos (NUSAC), com o objetivo fomentar a *solução alternativa e amigável de conflitos*, por meio da autocomposição, da mediação e da conciliação, nos processos de competência do Conselho.

A ideia seria a criação dessas CCM-Cs para que fossem um instrumento à disposição da administração do MPF. Seria uma

---

13 Disponível em: <http://nem-esm.blogspot.com.br>. Acesso em: 11 out. 2017.

*porta alternativa* às medidas tradicionais, como a sindicância ou a instauração de procedimento administrativo. Além disso, seria uma alternativa ao conflito silencioso, pernicioso, que muitas vezes permanece não resolvido entre os envolvidos, com o consequente dano ao ambiente de trabalho.

Vale lembrar que a qualidade de vida no trabalho (QVT), como referido em palestra oferecida pela PGR<sup>14</sup>, não se baseia tão somente em ginástica laboral, massagens e comemorações do dia do servidor público. Muito mais que isso, consiste em se ter um ambiente saudável, capaz de trazer satisfação pessoal pelo desempenho de um trabalho colaborativo, sem preconceitos ou diferenças capazes de minimizar as potencialidades individuais.

Para tanto, necessita-se de um ambiente respeitoso, que valorize as diversas individualidades, onde se pratica a comunicação efetivamente não violenta, a atenção cuidadosa aos fatos (separando-se os conflitos das pessoas). E, como não poderia ser diferente, essa mudança inicia-se pela efetiva qualificação técnica dos agentes, propiciando conhecimento de qualidade e permanente atualização. Há necessidade, assim, de treinamento teórico e prático, à semelhança daquele desenvolvido em centros de conciliação e mediação do Judiciário.

Para tal mudança de paradigma, ainda, faz-se necessário o envolvimento dos gestores da instituição no sentido de realizar treinamentos, inicialmente por meio de convênios com outras instituições e, posteriormente, pela disseminação do conhecimento internamente pelos seus próprios agentes.

Dessa forma, a criação de tais câmaras envolveria um empenho inicial muito grande de capacitação e de mudança nos tradicionais instrumentos de que a gestão se utiliza atualmente. Envolveria, também, a possibilidade de a demanda ser direcionada a essa câmara, tanto a pedido dos gestores como a pedido dos envolvidos, valorizando, ainda, o empoderamento das partes na solução de seus conflitos. Esse é um dos caminhos para uma cultura de paz, que

---

14 Disponível em: <http://www.tvmpf.mpf.mp.br/videos>. Acesso em: 16 out. 2017.

se inicia no ambiente de trabalho e se espalha por todos os outros ambientes da sociedade.

Quanto à criação de câmaras de conciliação e mediação voltadas à sociedade (CCM-S), estas poderão trazer um viés muito parecido com o dos CEJUSCs e CEJUSCONs do Judiciário (estadual e federal, respectivamente). Além da atuação do Ministério Público como legitimado coletivo, há de se visualizar um MP protagonista de um sistema alternativo e multiportas. Isso quer dizer que uma demanda que resultaria na instauração de um procedimento judicial ou extrajudicial, conforme os instrumentos tradicionais, poderia ser direcionada a uma CCM-S para a tentativa de conciliação ou mediação.

Haveria uma regulamentação institucional também, com os parâmetros já mencionados, disciplinando e estimulando a criação dessas CCM-S em unidades do Ministério Público Federal. Também poderia haver um *centro coordenador*, à semelhança dos NUPEMECs do Judiciário Estadual, responsável pela orientação, fiscalização e normatividade local.

Importante ressaltar, neste ponto, que há quem defenda que uma sessão de conciliação ou de mediação deve ser conduzida por um mediador profissional, ou seja, alguém devidamente capacitado. Além disso, a função de mediador não deve, como regra, ser acumulada por outros profissionais, como juízes, promotores e defensores públicos. Nesse sentido, Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012) levanta as seguintes hipóteses:

Neste ponto específico, como um juiz poderia não levar em consideração algo que ouviu numa das sessões de mediação? Como poderia não ser influenciado, ainda que inconscientemente, pelo que foi dito, mesmo que determinasse que aquelas expressões não constassem, formal e oficialmente, dos autos?

Ou ainda, imaginem que um Defensor Público acumulasse as funções de patrono de uma das partes e mediador.

Num outro cenário, um Promotor de Justiça funcionando como mediador numa Vara de Família. Se no curso do processo surgem indícios do crime de abandono material, não poderá ele tomar providências? Ou ainda se verifica que os interesses da mãe colidem

com os da criança, não levará tal situação ao conhecimento do magistrado, provocando a intervenção da curadoria especial?

Todas essas situações são inadequadas.

Penso que temos que estimular a criação da carreira de mediador, com formação específica e embasamento jurídico e psicológico. De se notar que a Resolução n. 125 do CNJ, em seus anexos, já traz um Código de Ética para mediadores e conciliadores, bem como traça o conteúdo mínimo dos cursos de capacitação a serem oferecidos.

Em um paralelo, mais uma vez, com o Judiciário, há de se lembrar de princípios institucionais importantes, como o do procurador natural e o da independência funcional. Aqui, a solução mais adequada, *a priori* e s.m.j., seria o envio do caso, por parte do procurador natural do feito, se assim entender adequado, a uma CCM-S, para uma tentativa de solução alternativa do conflito. Também haveria a possibilidade desse envio na hipótese de solicitação das partes envolvidas. Para tanto, vale frisar a importância da divulgação desses meios alternativos à sociedade, inclusive com a confecção de uma cartilha para a população, por exemplo. Tal medida ampliaria o acesso à Justiça, traria o empoderamento das pessoas para a solução dos conflitos por seus próprios méritos, favoreceria a imagem do Ministério Público e reforçaria seu papel de instrumento da sociedade, com a consequente e valorosa contribuição para a pacificação social.

Citam-se alguns exemplos, com as devidas proporções e peculiaridades, apenas para demonstrar que o processo de disseminação da paz por meios alternativos já se faz presente.

A Defensoria Pública da União (DPU) instituiu, em 2013, a Câmara Permanente Distrital de Mediação de Saúde (CAMEDIS), criada para buscar soluções referentes às demandas de saúde no Distrito Federal, sem a necessidade de ingressar com ações na Justiça<sup>15</sup>.

A Defensoria Pública do Estado da Bahia e a Universidade Federal da Bahia formalizaram, em abril de 2016, um termo de

---

15 Disponível em: <http://www.dpu.def.br/legislacao/leis?id=10523:camara-de-mediacao-de-saude-e-instituida-no-distrito-federal&catid=79>. Acesso em: 11 out. 2017.

cooperação para atuação conjunta na Câmara Modelo de Mediação, Conciliação e Arbitragem do Observatório da Pacificação Social daquela universidade<sup>16</sup>. Dessa forma, os assistidos da localidade terão mais uma opção de solução extrajudicial de seus conflitos.

A Defensoria Pública de Roraima possui uma câmara para a solução de conflitos familiares, criada há quatorze anos<sup>17</sup>. A Defensoria Pública de Canoas-RS implantou a Câmara de Conciliação em 2011, atuando também na área de família<sup>18</sup>.

Há, além disso, exemplos de câmaras privadas, como a Câmara de Arbitragem, Mediação e Conciliação do Centro de Indústrias do Rio Grande do Sul (CIERGS/FIERGS), que conta com renomados nomes da área jurídica, como Luciano Benetti Timm, Ellen Gracie Northfleet, Ruy Rosado de Aguiar Júnior e Araken de Assis. Isso demonstra que os meios alternativos de solução de conflitos são uma realidade cada vez mais presente – e possível – tanto na área privada quanto na área pública, contribuindo para uma cultura de paz para todos.

Dessa forma, as CCM-Ss também seriam um instrumento alternativo à disposição dos membros da instituição, valorizando os princípios do promotor natural e da independência funcional. Isso quer dizer que o membro, entendendo cabível e viável no caso concreto, enviaria a demanda a essa câmara, não podendo atuar como conciliador, mediador ou negociador, tendo em vista as características próprias desses meios. Essa independência da CCM-S, quando o caso fosse enviado para ela, serviria também para que não se retirassem as possibilidades de atuação do membro, no caso de não haver acordo.

Haveria de se respeitarem os acordos realizados no âmbito das CCM-S, pelo princípio da lealdade e para que haja efetividade em seus trabalhos.

---

16 Disponível em <http://jurisbahia.com.br/dpe-e-ufba-firmam-parceria-para-viabilizar-camara-modelo-de-atendimento>. Acesso em 11 out. 2017.

17 Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtk/pagina/impressao?materia=32205>. Acesso: em 11 out. 2017.

18 Disponível em: <http://www.defensoria.rs.def.br/conteudo/1037>. Acesso em: 11 out. 2017.

A experiência do Judiciário diz que os acordos formalizados nos centros de conciliação e mediação possuem uma taxa de cumprimento bastante alta, sem a necessidade de *execução*. Além disso, a satisfação dos envolvidos é muito grande, concretizando-os como meios alternativos, viáveis e efetivos. Essa seria a ideia ao se criarem essas câmaras no Ministério Público Federal.

## **6 Considerações finais**

A ideia da criação de câmaras de conciliação e mediação no Ministério Público Federal se justifica tanto pela experiência de outros órgãos como pela necessidade premente de mudança de paradigma na forma de resolução de conflitos. Vivemos novos tempos, em que os instrumentos atuais encontram-se fatigados e esgotados de efetividade. Não se está menosprezando esses instrumentos, mas ressaltando a possibilidade de se ver o mundo e as pessoas de outras maneiras.

Os modos coercitivos de cumprimento da lei e da ordem não mais se encontram em patamar valorizado pela sociedade. Há muitos exemplos de sua falência, como as penitenciárias lotadas, o Judiciário abarrotado de processos e o MP com inúmeras demandas que poderiam ser solucionadas de forma mais célere e satisfatória.

Todo o conceito de *MP Multiportas*, tanto para seus colaboradores quanto para a sociedade que o procura, envolve uma nova cultura, uma nova visão. Em primeiro lugar, a ideia de empoderamento das pessoas, ou seja, a possibilidade de resolverem seus próprios conflitos de forma adequada. Após, um reflexo necessário em todas as relações sociais, sejam profissionais ou não.

Temos um arcabouço de leis, resoluções, estudos e práticas que indicam como melhor caminho o da resolução adequada de conflitos, essencialmente trazido pelas instituições públicas, como o Judiciário e o Ministério Público.

Foi possível vislumbrar a criação dessas câmaras no Ministério Público Federal com um grupo de estudos criado no âmbito da Procuradoria-Geral da República, o qual elaboraria um tipo de

regulamento e todas as espécies normativas necessárias a um projeto viável. A capacitação seria o início dos trabalhos, inclusive para esse grupo de estudos, como requisito primário e essencial. Após, o incentivo, partindo da cúpula do Ministério Público como medida institucional, a demonstrar que essa nova forma de exercer o Direito e as funções essenciais do MP é possível, trazendo bons resultados quanto à eficiência e um alto nível de satisfação dos envolvidos na demanda.

Espera-se, assim, que este breve texto sirva de incentivo àqueles que acreditam em um Ministério Público colaborador do bem-estar da sociedade, efetivo, *multiportas* e contribuidor para uma cultura de paz.

## Referências

ALMEIDA, Gregório Assagra de; BELTRAME, Martha Silva; ROMANO, Michel Betenjan. Novo perfil constitucional do Ministério Público: negociação e mediação e a postura resolutiva e protagonista do Ministério Público na resolução consensual das controvérsias, conflitos e problemas. In: SOARES JÚNIOR, Jarbas; ÁVILA, Luciano Coelho (org.). *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/manual\\_mediacao\\_negociacao\\_membros\\_mp\\_2\\_edicao.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/manual_mediacao_negociacao_membros_mp_2_edicao.pdf).

AZEVEDO, André Gomma de (org.). *Manual de mediação judicial*. 5. ed. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.

BACELLAR, Roberto Portugal. *Mediação e arbitragem*. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção Saberes do Direito, n. 53).

ENUNCIADOS FONAMEC. *Revista do Fórum Nacional de Mediação e Conciliação* – FONAMEC, Rio de Janeiro, v. 1, n. 1, p. 395, maio 2017. Disponível em: <http://www.conima.org.br/arquivos/15988>.

FISHER, Roger; URY, William L.; PATTON, Bruce. *Como chegar ao sim: a negociação de acordos sem concessões*. Projeto de Negociação da “Harvard Law School”. 2. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1994.

GAVRONSKI, Alexandre Amaral; MENDONÇA, Andrey Borges de. *Manual do procurador da República*. Coleção Manuais das Carreiras: teoria e prática. Bahia: Juspodivm, 2013.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* (coord.). *Estudo qualitativo sobre boas práticas em mediação no Brasil*. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2014.

MORAES, Paulo Valério Dal Pai; MORAES, Márcia Amaral Corrêa de. *A negociação ética para agentes públicos e advogados: mediação, conciliação, arbitragem, princípios, técnicas, fases, estilos e ética da negociação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. A mediação e o Código de Processo Civil projetado. *Academia.edu*, jun. 2012. Disponível em: [http://www.academia.edu/4246510/A\\_mediacao\\_e\\_o\\_cpc\\_projetado\\_280612](http://www.academia.edu/4246510/A_mediacao_e_o_cpc_projetado_280612).

ROSENBERG, Marshall B. *Comunicação não-violenta: técnicas para aprimorar relacionamentos pessoais e profissionais*. São Paulo: Ágora, 2006.

SOARES JÚNIOR, Jarbas; ÁVILA, Luciano Coelho (org.). *Manual de negociação e mediação para membros do Ministério Público*. 2. ed. Brasília: CNMP, 2015. Disponível em: [http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/manual\\_mediacao\\_negociacao\\_membros\\_mp\\_2\\_edicao.pdf](http://www.cnmp.mp.br/portal/images/Publicacoes/manual_mediacao_negociacao_membros_mp_2_edicao.pdf).



# O Ministério Público Federal e sua atuação com os pescadores artesanais da Amazônia em defesa de manguezais: o caso do Porto do Espadarte

Elysângela Sousa Pinheiro

Servidora do Ministério Público da União. Doutora em Desenvolvimento Socioambiental pelo Núcleo de Altos Estudos Amazônicos da Universidade Federal do Pará (NAEA/UFPA). Mestre em Planejamento do Desenvolvimento Socioambiental pelo NAEA/UFPA. Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público da União pela Escola Superior do Ministério Público da União. Especialista em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

Aline Maria Dias Bastos

Servidora do Ministério Público da União. Doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo em cotutela com a Universidade de Lisboa, na especialidade de Ciências Jurídico-Políticas. Mestre em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo. Pós-graduada em Direito europeu pela Universidade de Lisboa. Pós-graduada em Integração euro-afro-americana na Universidade Lusíada de Lisboa. Pós-graduada em Direito Tributário pelo Centro de Extensão Universitária (São Paulo).

**Resumo:** Em 2011, o Ministério Público Federal (MPF) compreendeu os alertas de pescadores artesanais da Amazônia e levantou as evidências científicas e o aparato legislativo que deram suporte ao reconhecimento da ilegalidade dos estudos para a instalação do Porto do Espadarte na área da Reserva Extrativista Mãe Grande de Curuçá, no Estado do Pará. Curuçá integra a microrregião do Salgado Paraense. A atividade pesqueira é intensamente praticada na microrregião, historicamente conservada por pescadores artesanais. Foi provado que a instalação daquele porto na área da reserva

extrativista é incompatível com as finalidades da reserva e com a conservação dos manguezais, que estão integrados à maior faixa de manguezais contínuos do mundo. Ao propor a Ação Civil Pública, o MPF cumpriu as disposições normativas relacionadas aos direitos socioambientais da pessoa humana e agiu preventivamente para evitar tragédias ambientais. Todavia, as pesquisas bibliográficas, documentais e de campo realizadas para este estudo revelaram que a magnitude do problema requer a intensificação da atuação do MPF. É necessário maior conscientização ambiental dos atores sociais envolvidos no contexto quanto aos riscos ambientais do empreendimento. Deve ainda ser garantido o direito à participação para as populações tradicionais nos espaços em que se dão os processos decisórios acerca da governança daquela reserva e das demais inseridas na mesma microrregião. Há possibilidade da instalação de uma ferrovia integrada a um outro porto previsto para ser instalado no Município paraense de Colares, também situado naquela microrregião do Pará.

**Palavras-chave:** Áreas protegidas. Participação. Povos tradicionais. Justiça ambiental.

**Abstract:** In 2011, the Federal Prosecution Service (FPS) attended the alerts of artisanal fishermen from Amazon, raised scientific evidence and the legislative apparatus that supported the recognition of the illegality of studies for the installation of the Port of Espadarte in the area of Extractive Reserve Mãe Grande of Curuçá, in the State of Pará. Curuçá is part of the microregion of the Salgado Paraense. The fishing activity is intensively practiced in this microregion, which historically is conserved by artisanal fishers. It has been proven that the installation of that port in the area of extractive reserve is incompatible with the purposes of the extractive reserve and with the conservation of mangroves, which are integrated to the largest continuous mangrove range of the world. In proposing the Public Civil Action, the FPS observed the regulations related to environmental human rights and acted preemptively to avoid environmental tragedies. However, the bibliographical, documentary and field research carried out for this study revealed that the magnitude of the problem requires the intensification of FPS performance. Greater environmental awareness of the stakeholder is needed in the context of environmental risks of the enterprise involved. The right to participation for traditional populations must also be guaranteed in the spaces where the decision-making processes on the governance of that reserve and other extractive reserves within the same microregion. There is the possibility of installing an integrated railroad to another port

planned to be installed in the municipality of Colares, also located in this microregion of Pará.

**Keywords:** Protected areas. Participation. Traditional communities. Environmental justice.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Metodologia. 3 O Ministério Público Federal e a defesa dos direitos socioambientais. 4 A Reserva Extrativista Marinha Mãe Grande de Curuçá. 5 A possibilidade da instalação do Porto do Espadarte na RESEX Marinha MGC. 6 A importância das reservas extrativistas marinhas da microrregião do Salgado. 7 O MPF e as percepções das populações tradicionais sobre o Porto do Espadarte. 8 Considerações finais.

## 1 Introdução

O ecossistema manguezal é definido por Schaeffer-Novelli (1995) como o “ecossistema costeiro, de transição entre os ambientes terrestre e marinho, característico de regiões tropicais e subtropicais, sujeito ao regime das marés”. Estima-se que existam no mundo 162 mil km<sup>2</sup> de manguezais e que o Brasil tenha em seu território aproximadamente 10 mil km<sup>2</sup> desse ecossistema (IPEA, 2013). De acordo com Souza Filho (2005), a Costa de Manguezais de Macromaré da Amazônia (CMMA) representa a maior faixa de manguezais contínuos do mundo e se estende pela costa nordeste do Pará e noroeste do Maranhão, contendo 7.591,09 km<sup>2</sup> dos manguezais do Brasil.

Os manguezais são espécies de zonas úmidas<sup>1</sup>. A conservação das zonas úmidas viabiliza diversos serviços ambientais<sup>2</sup> essen-

---

1 Zona úmida é toda extensão de pântanos, charcos e turfas, ou de superfícies cobertas de água, de regime natural ou artificial, permanentes ou temporárias, contendo água parada ou corrente, doce, salobra ou salgada. Assim como as áreas marinhas com profundidade de até seis metros, em situação de maré baixa e algumas regiões ribeirinhas ou costeiras adjacentes, ilhas ou extensões de áreas de marinha são incorporadas à Lista de Zonas Úmidas de Importância Internacional da Convenção Ramsar.

2 “Serviço ambiental é a capacidade da natureza de fornecer qualidade de vida e comodidades, ou seja, garantir que a vida, como conhecemos, exista para todos e com qualidade (ar puro, água limpa e acessível, solos férteis, florestas ricas em biodiversidade, alimentos nutritivos e abundantes etc.), ou seja, a natureza trabalha (presta serviços) para a manutenção da vida e de seus processos e estes serviços realizados pela natureza são conhecidos como serviços ambientais” (NOVIOM, 2017).

ciais à vida humana. Estudos desenvolvidos por Jentoft *et al.* (2005, p. 147-151) confirmam que os pescadores artesanais, praiheiros e ribeirinhos são responsáveis pela conservação da biodiversidade em zonas úmidas. Esses atores sociais integram a categoria de comunidades ou populações tradicionais. A relação entre os modos de vida a conservação de territórios/ecossistemas ricos em biodiversidade e recursos naturais tem sido apontada pela literatura (LITTLE, 2002; SANTILLI, 2005; BENSUSAN, 2006; BENATTI, 2011), pela legislação nacional (Lei Federal n. 9.985, de 18 de julho de 2000; Decreto Federal n. 4.340, de 22 de agosto de 2002) e também por convenções internacionais que ingressaram no ordenamento jurídico brasileiro, como a Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho<sup>3</sup>, a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, conhecida como Ramsar<sup>4</sup>, e a Convenção sobre Diversidade Biológica (CDB)<sup>5</sup>.

Por sua vez, o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP) define a criação de reservas extrativistas e reservas de desenvolvimento sustentável como prioridade nas atividades de planejamento para a criação de unidades de conservação onde existam comunidades de pescadores e de populações extrativistas tradicionais e como estratégia para promover a governança diversificada, participativa, democrática e transparente do Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC).

A importância da biodiversidade do estuário da microrregião do Salgado Amazônico para o mundo é apontada por Torres (2004), que realça a riqueza e a diversidade da fauna ictiológica ali existentes.

- 
- 3 BRASIL. *Decreto Federal n. 5.051, de 19 de abril de 2004*. Promulga a Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre povos indígenas e Tribais. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5051.htm). Acesso em: 5 out. 2017.
  - 4 BRASIL. *Decreto Federal n. 1.905, de 16 de maio de 1998*. Promulga a Convenção sobre Zonas Úmidas de Importância Internacional, especialmente como *Habitat* de Aves Aquáticas, conhecida como Convenção Ramsar, de 2 de fevereiro de 1971. Disponível em: [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1996/D1905.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/D1905.htm). Acesso em: 5 out. 2017.
  - 5 BRASIL. *Decreto Federal n. 2.519, de 16 de março de 1998*. Promulga a Convenção sobre Diversidade Biológica, assinada no Rio de Janeiro, em 5 de junho de 1992. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/d2519.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2519.htm). Acesso em: 6 out. 2017.

Sob outro prisma, estudos realizados por Souza (2010), Batista e Simonian (2013) e Pinheiro (2014) alertam que a implementação de grandes obras de infraestrutura na microrregião do Salgado Paraense ameaça a conservação de manguezais, a sobrevivência de pescadores artesanais e o desenvolvimento da atividade pesqueira na Reserva Extrativista Marinha Mãe Grande de Curuçá (RESEX Marinha MGC) e em áreas adjacentes.

A pesca, para os pescadores artesanais da Reserva Extrativista Mãe Grande de Curuçá e adjacências, constitui meio de vida e identidade cultural. Além disso, a pesca artesanal é responsável por significativa parte do abastecimento do mercado de peixe e caranguejo para Belém-PA e para o Brasil (FURTADO, 2008; SOUZA, 2010).

É nesse contexto que o presente estudo revela que os deveres institucionais do Ministério Público Federal (MPF) são obedecidos quando a instituição se alia às comunidades tradicionais para fazer funcionarem os instrumentos jurídicos, a serviço da sociedade em favor de direitos socioambientais ameaçados por grandes empreendimentos de infraestrutura, capazes de causar danos irreversíveis a esses direitos e à economia do País<sup>6</sup>. O estudo também informa a razão para a necessidade de serem intensificadas as ações do MPF com esse mesmo jaez.

## 2 Metodologia

O problema consiste em saber quais instrumentos acessados pelo MPF podem servir de paradigma para assegurar a efetividade da proteção jurídica do ecossistema manguezal e de pesca-

---

6 Para mais informações a respeito da atuação do MPF para evitar danos reais e potenciais aos direitos socioambientais de populações tradicionais, consultar páginas eletrônicas do MPF (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4/dados-da-atuacao> e <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr6>. Acesso em: 6 nov. 2018). Especificamente sobre a atuação do MPF no Pará, ver a respectiva página eletrônica (Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa>. Acesso em: 6 nov. 2018). Para estudos a respeito de jurisprudência unificada da Justiça Federal, ver páginas eletrônicas do Conselho da Justiça Federal (Disponível em: <https://www2.cjf.jus.br/jurisprudencia/unificada/>. Acesso em: 6 nov. 2018).

dores artesanais na Amazônia, assim, o tema defluiu do problema (MOREIRA; CALEFFE, 2008).

O campo da pesquisa (BOURDIEU, 2003) é jurídico (LEITE, 2001; GONÇALVES, 2009; BITTAR, 2016), situado no contexto dos problemas socioambientais, e a pesquisa jurídica aqui desenvolvida é explicativa porque tem por objetivo identificar as relações de causas e consequências no processo de coleta, organização e análise de dados.

O local da pesquisa situa-se na microrregião do Salgado Paraense. As entrevistas foram realizadas na área da Reserva Extrativista Marinha Mãe Grande de Curuçá (RESEX Marinha MGC), tendo sido igualmente visitado o Município vizinho, São Caetano de Odivelas, que tem extensa área de manguezais.

O recorte temporal abrangeu o período de 2002 a 2017. O marco inicial coincide com o ano de criação da RESEX Marinha MGC.

A hipótese construída é de que o MPF tem se constituído em elemento fundamental para assegurar direitos socioambientais em RESEXs ao atuar afastando danos potenciais e reais à conservação do ecossistema manguezal. Os critérios utilizados para a análise têm por base o arcabouço jurídico para a defesa de direitos socioambientais, os procedimentos para dar efetividade a esse arcabouço e a avaliação dos pescadores artesanais quanto à atuação do MPF.

Adotou-se o método de abordagem sistêmico para a pesquisa relacionada ao ordenamento jurídico. Quanto à análise das relações construídas entre o MPF e os demais atores sociais referidos neste artigo, utilizou-se o método dialético. O estudo de caso foi o método de procedimento (YIN, 2015).

A pesquisa de campo ocorreu em 2013, no Município de Curuçá-PA, onde 38 pessoas foram entrevistadas. Destas, 36 eram moradoras da Vila Mutucal, em Curuçá, e duas integrantes de organizações não governamentais com atuação no local do estudo. Para as entrevistas, foi utilizada a técnica da amostragem aleatória estratificada, que subdivide a população em grupos tendo em consideração alguma característica.

O critério escolhido para definir os entrevistados foi, quanto à comunidade, o uso compartilhado do ecossistema manguezal e

a sua autoidentificação como população tradicional/comunidade tradicional. A autoidentificação é um dos parâmetros para a criação de uma RESEX, conforme definido pela combinação dos arts. 18, § 2º, e 23 do Sistema Nacional de Unidade de Conservação com o art. 2º, II; art. 5º, § 1º do Decreto n. 4.340, de 22 de agosto de 2002, que regulamenta aquele sistema, e art. 3º, VI, do Decreto n. 6.040, de 7 de fevereiro de 2007, que instituiu a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais. Portanto, a eleição do critério de autoidentificação para a seleção dos entrevistados partiu do pressuposto de que os usuários daquela RESEX se autodefinem dessa forma. Este pressuposto foi confirmado durante as entrevistas.

Quanto aos integrantes de organizações não governamentais, o critério de seleção para entrevistas foi sua atuação no local do estudo. Além disto, foram formados grupos focais com lideranças das comunidades da RESEX estudada e membros do respectivo Conselho Gestor Deliberativo.

A pesquisa de campo foi autorizada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e pelo Conselho Nacional de Ética em Pesquisa.

### **3 O Ministério Público Federal e a defesa dos direitos socioambientais**

A Constituição de 1988 (CF/1988), também conhecida como Constituição Cidadã, estrutura os elementos essenciais do Estado ao congregar um complexo de normas que emergem das relações sociais. Portanto, é a Constituição que determina as condutas mais importantes e necessárias para a realização dos valores da comunidade a que se destina (BOBBIO, 2000; 2008).

A CF/1988 ampliou os poderes-dever do Ministério Público (MP), fortalecendo-o como instituição estatal, descrita no art. 127 como “essencial à função jurisdicional do Estado”, com atribuição de “defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis”.

A ordem jurídica brasileira determina, entre outros objetivos, a construção de uma “sociedade livre, justa e solidária” em que seja garantido o “desenvolvimento nacional”, mediante a erradicação da “pobreza e da marginalização” e a redução das “desigualdades sociais e regionais”. Para alcançar tais objetivos, a Constituição Federal de 1988 também previu os direitos e garantias fundamentais, incumbindo ao MP o dever-poder de agir na defesa da concretização desses objetivos, direitos e garantias.

O Ministério Público é instituição estatal una e indivisível que tem seu quadro funcional integrado por membros (procuradores e promotores) e servidores públicos civis. O MP abrange o Ministério Público da União (MPU) e o Ministério Público nos Estados (MPE). O MPU é composto por quatro ramos: o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério Público do Trabalho (MPT), o Ministério Público Militar (MPM) e o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT). Portanto, o MPF é um dos quatro ramos do MPU, conforme dispõem a Constituição Federal de 1998 e a LC n. 75/1993.

Ao dispor sobre a organização, as atribuições e o estatuto do MPU, a Lei Complementar n. 75, de 20 de maio de 1993 (LC n. 75/1993), repete o ponto comum que consubstancia a unidade entre o MPU e o MPE, aspecto também referido na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público da União (LOMPU, art. 1º), qual seja, a função institucional de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis.

A LC n. 75/1993 prevê, em seu art. 5º, III, *a, d e e*, o dever do MPU de defender, respectivamente, o patrimônio nacional, o meio ambiente e os direitos e interesses coletivos. O meio ambiente ecologicamente equilibrado é “bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida”. Trata-se de direito socioambiental previsto no art. 225 da CF/1988.

Os direitos socioambientais surgiram, conforme lições de Santilli (2005), a partir do socioambientalismo, movimento que ganhou força na década de 1980 e teve o seu nascedouro na Amazônia brasileira, por meio da aliança dos movimentos sociais com os povos e comunidades tradicionais.

O direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado está previsto em Capítulo da Ordem Social, dentro do Título VIII, da Constituição da República. Esse direito também constitui princípio da ordem econômica, insculpido no art. 170, VI, da nossa Lei Maior. Tais disposições, interpretadas sistematicamente, evidenciam o dever de agir do MP em situações em que o equilíbrio ecológico do meio ambiente esteja ameaçado, devendo a ordem social prevalecer sobre a ordem econômica. Nesse sentido, estão as lições de Milaré (2015), que considera ser a ordem social a meta maior de toda a ação do Poder Público e da coletividade, que merece se sobrepor à ordem econômica sempre que houver conflito de interesses.

Para a defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, o MPF tem ao seu dispor, entre outros, os instrumentos de atuação previstos no art. 6º da LC n. 75/1993, tais como o Inquérito Civil Público e a Ação Civil Pública, além do atendimento ao público, previsto implicitamente no inciso XIV do aludido artigo.

O Inquérito Civil Público (ICP) é um procedimento administrativo inquisitorial, unilateral e facultativo instaurado e presidido pelo Ministério Público. A fundamentação legal do ICP está prevista nos arts. 129, III e VI, da Constituição Federal; nos arts. 6º, VII, e 7º, I, da Lei Complementar n. 75/1993; nos arts. 25, IV, e 26, I, da Lei n. 8.625/1993; e na Lei n. 7.347/1985. O ICP está também regulamentado pela Resolução do Conselho Nacional do Ministério Público n. 23, de 17 de setembro de 2007. O ICP tem por finalidade apurar danos efetivos ou potenciais a direitos coletivos, em sentido lato, e outros suscetíveis de serem defendidos pelo MP. É também utilizado como meio de preparação para o exercício de outras atribuições institucionais pelo MP<sup>7</sup>.

A Ação Civil Pública (ACP) é um instrumento de atuação processual do MP e também está prevista no art. 129, III, da Constituição Federal com regulamentação pela Lei Federal n. 7.347, de 24 de julho de 1985, também denominada Lei da Ação Civil Pública (LACP). Quando verificadas as situações de danos

---

7 Para saber mais sobre ICP, direitos ou interesses coletivos, em sentido lato, consultar Mazzilli (2013).

reais ou potenciais aos bens tutelados pela LACP, o MP é obrigado a propor essa ação. A ACP também pode ser proposta pelas seguintes entidades: Defensoria Pública, pessoas de direito público interno (União, Estados, Distrito Federal e Municípios), entidades da administração indireta (autarquia, empresa pública, fundação pública ou sociedade de economia mista) e associações civis – que preencham os requisitos previstos na referida lei – para aferir a responsabilidade dos causadores a danos reais ou potenciais ao meio ambiente, ao consumidor, aos bens e direitos de valor estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, ao patrimônio público e social.

Quanto ao atendimento ao público, trata-se de medida inerente ao Ministério Público – órgão destinado a ser o defensor da sociedade e que precisa manter contato com esta para o cumprimento de seus misteres – e viabilizadora da instrução aos dois instrumentos citados. Indo ao encontro de populações tradicionais, o Ministério Público permite que estas acessem efetivamente a sua possibilidade de defesa (MAZZILLI, 2013).

Inferese-se que a ordem jurídica nacional determina ao MP o dever de assegurar a proteção jurídica para a conservação dos bens ambientais com observância da prevalência da ordem social sobre a ordem econômica se houver colisão entre ambas, no caso de conflitos socioambientais.

Neste passo, Moreira (2017) ensinam que essa espécie de conflitos “envolve disputas em torno de territórios e a natureza que lhe é intrínseca e tem como ponto comum e especial a relação que os povos e comunidades tradicionais possuem com estes bens como base para a vivência social e cultural”.

No que se refere ao meio ambiente, é especialmente necessário atentar para o fato de que a própria ordem econômica depende do meio ambiente, em condições de favorecer a permanência de importantes setores econômicos que dependem do meio ambiente ecologicamente equilibrado para se ampliar (ANTUNES, 2015). Como exemplo desses setores, destacam-se a agricultura familiar, a atividade pesqueira, a ostreicultura, a meliponicultura, entre outros.

#### **4 A Reserva Extrativista Marinha Mãe Grande de Curuçá**

O Decreto Federal de 13 de dezembro de 2002 instituiu a Reserva Extrativista Marinha Mãe Grande de Curuçá (RESEX Marinha MGC). Trata-se de RESEX federal criada para assegurar o uso sustentável e a conservação dos recursos naturais renováveis, protegendo os meios de vida e a cultura da comunidade extrativista local.

A RESEX Marinha integra o Sistema Nacional de Unidade de Conservação, instituído pela Lei n. 9.985, de 18 de julho de 2000. Entre os objetivos do SNUC, previstos em seu art. 4º, destacam-se: “promover o desenvolvimento sustentável a partir dos recursos naturais”, “promover a utilização dos princípios e práticas de conservação da natureza no processo de desenvolvimento”, “valorizar econômica e socialmente a diversidade biológica” e “proteger os recursos naturais necessários à subsistência de populações tradicionais, respeitando e valorizando seu conhecimento e sua cultura e promovendo-as social e economicamente”. Essa lei prevê duas categorias de unidades de conservação como espaços territoriais especialmente protegidos em sentido estrito: unidades de conservação de proteção integral e unidades de conservação de uso sustentável (MILARÉ, 2015).

As Unidades de Conservação (UCs) de proteção integral têm por objetivo preservar a natureza, sendo admitido apenas o uso indireto dos seus recursos naturais, ou seja, nas UCs de proteção integral são proibidos o consumo, a coleta, o dano ou a destruição dos recursos naturais. Por sua vez, as UCs de Uso Sustentável objetivam compatibilizar a conservação da natureza com a sustentabilidade do uso de seus recursos naturais e permitem o consumo, a coleta e o uso, comercial ou não, dos recursos naturais.

As Reservas Extrativistas (RESEXs) são UCs de uso sustentável e foram criadas pelo Poder Público, a partir das reivindicações das comunidades tradicionais, objetivando a conservação (SANTILLI, 2005; BENSUSAN, 2006).

As RESEXs podem ser federais, estaduais ou municipais e destinam-se, especialmente, às populações tradicionais, tendo por escopo

combinar o desenvolvimento econômico e o social das populações tradicionais inseridas na área da reserva. O gerenciamento conjunto do governo, das organizações não governamentais e das comunidades tradicionais, quanto ao uso dos bens ambientais, constitui estratégia para o alcance desse objetivo<sup>8</sup>. Essa forma de gestão em parceria é denominada manejo comunitário. Em 2016, havia 89 reservas extrativistas federais no Brasil, todas geridas por esse sistema de manejo.

Dias (2014) destaca que as RESEXs marinhas diferem das RESEXs do tipo florestal na Amazônia. Estas últimas envolveram vários movimentos sociais que lutavam para permanecer na floresta, enquanto as RESEXs marinhas priorizam o uso sustentável da área de maré e do ecossistema de mangue. Na RESEX Marinha Mãe do Grande de Curuçá, além da pesca artesanal, o manguezal constitui suporte também para a agricultura familiar, meliponicultura, ostreicultura, entre outras atividades inclusive de ordem cultural.

A RESEX Marinha MGC situa-se no Município de Curuçá. O IBGE (2017) estima que a população local seja de 36.557 pessoas vivendo em uma área de 672,675 km<sup>2</sup>. Segundo o ICMBIO, a RESEX Marinha MGC tem 68 comunidades e aproximadamente 6.000 usuários. A paisagem e o relevo dessa Unidade de Conservação (UC), de acordo com Furtado (2008), é constituída por manguezais, rios, ilhas, furos, matas ciliares e dunas. A autora revela também que os aspectos do meio ambiente natural da RESEX MGC favorecem que as populações tradicionais desenvolvam atividades designadas como haliêuticas, que consistem na pesca e coleta de caranguejos, ostras, mexilhões e outros, de forma integrada com a agricultura e a criação de pequenos animais (FURTADO, 2008).

A área da reserva foi fixada pelo Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBIO) em aproximadamente 37.062 hectares e 9 centiares (ICMBIO, 2017). Inicialmente a coordenação da gestão da UC era realizada pelo Instituto Nacional do Meio Ambiente. Contudo, após a criação do ICMBIO, em 2007,

---

8 Extrativismo é o sistema de exploração baseado na coleta e extração, de modo sustentável, de recursos naturais renováveis. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/19985.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19985.htm). Acesso em: 5 out. 2017.

coube a esta autarquia federal coordenar a gestão da RESEX MGC<sup>9</sup>, em parceria com as populações tradicionais e outras instituições estatais e não estatais.

Em atenção ao disposto no art. 18, § 2º, do SNUC, a MGC é gerida por um Conselho Deliberativo, denominado na comunidade como Conselho Gestor. Formam este conselho 27 instituições, conforme Portaria IBAMA n. 24, de 9 de março de 2006.

O Conselho Gestor Deliberativo da RESEX Marinha MGC é importante espaço de discussão e integração participativa de atores sociais e instituições estatais, da sociedade civil e das comunidades tradicionais, em que são tratados diversos assuntos importantes para a gestão da unidade.

O MPF não integra o Conselho Deliberativo nem seria de sua atribuição essa forma de participação. Entretanto, no período de 2008 a 2012, a pedido dos membros desse conselho e dos pescadores artesanais da RESEX, o MPF enviou servidores da instituição para participarem de 3 das 17 reuniões registradas nas atas. Por ocasião das reuniões, o MPF foi instado a se manifestar sobre os temas ambientais relacionados à fiscalização da aplicação de leis ambientais e agrárias na RESEX Marinha MGC e, em especial, a dialogar com os integrantes do conselho sobre a possibilidade da instalação de um porto na área dessa reserva.

## **5 A possibilidade da instalação do Porto do Espadarte na RESEX Marinha MGC**

De acordo com os autos do Processo n. 0022691-94.2011.4.01.3900, da Subseção Judiciária de Castanhal<sup>10</sup>, o MPF

---

9 Para ver mais sobre a criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade e suas finalidades, consultar a página eletrônica da autarquia. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/perguntas-frequentes/158-porque-o-instituto-chico-mendes-foi-criado>. Acesso em: 14 out. 2017.

10 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. (6. Turma). *Processo n. 0022691-94.2011.4.01.3900*. Relator: Desembargador federal Daniel Paes Ribeiro, 3 de abril de 2017. Disponível em: <https://processual.trf1.jus.br/consultaProcessual/processo.php?proc=226919420114013900&secao=TRF1&nome=&mostrarBaixados>. Acesso em: 14 out. 2017.

obteve, em janeiro de 2006, informação relativa à criação do Terminal Marítimo *Offshore* do Espadarte. As instalações físicas do terminal seriam construídas na Ilha Guará e usariam como vias de acesso outras duas ilhas: Ipemonga e Mutucal. Essas áreas integram a RESEX Marinha MGC. A empresa RDP Empreendimentos possuía registros de ocupação sobre imóveis da União situados nas referidas ilhas onde estava prevista a instalação daquele terminal marítimo.

Em 2008, a RDP Empreendimentos solicitou ao Instituto Brasileiro de Meio Ambiente (IBAMA) a elaboração do termo de referência para orientar o Estudo de Impacto Ambiental/Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA) do empreendimento “Espadarte”. O termo foi elaborado em outubro daquele mesmo ano. O IBAMA encaminhou o termo de referência para a elaboração do EIA/RIMA do terminal portuário, em que consta como empreendedora a empresa RDP. Esses registros foram transferidos para a Vale S/A, em 25 de novembro de 2010, mediante instrumento particular de promessa de aquisição e alienação de direito de ocupação, uso e posse, propriedade e outras avenças, firmado entre RDP Empreendimentos e Vale S/A.

Durante a tramitação para a elaboração daquele termo, a União, por meio da Secretaria do Patrimônio da União (SPU), informou que as ilhas onde se pretendia implantar o terminal portuário estavam situadas no interior da RESEX MGC.

Após participar de algumas reuniões do Conselho Deliberativo da RESEX MGC e instaurar procedimento administrativo, o MPF no Pará concluiu, em 2011, pela ilegalidade da implementação de um porto no Município de Curuçá-PA, em área de RESEX. O principal argumento para a ilegalidade foi a verificação de que o porto era um empreendimento incompatível com as finalidades da reserva. Embora a proposta do porto seja anterior à criação da RESEX, conforme se verá adiante, certo é que os objetivos de conservação do ecossistema manguezal seriam seriamente comprometidos pela implantação daquela obra. Esses objetivos também estão previstos e assegurados em outras normas jurídicas, como a Convenção Ramsar e a Convenção sobre Diversidade Biológica, que foram integradas ao ordenamento jurídico nacional.

A ACP foi proposta pelo MPF no Judiciário contra a União, o IBAMA<sup>11</sup>, o ICMBIO, que gerencia as reservas extrativistas criadas pelo governo federal<sup>12</sup>, a Companhia Vale do Rio Doce (VALE) e a RDP Empreendimentos e Serviços Portuários.

Os pedidos formulados na peça inicial da ação foram os seguintes: a) anulação das inscrições de ocupação de área integrante da Reserva Extrativista Mãe Grande de Curuçá; b) anulação do procedimento administrativo de licenciamento do empreendimento “Terminal Portuário *Offshore* do Espadarte”, enquanto ele incidir em área integrante de unidade de conservação federal; c) proibição de desenvolvimento de atividades sem a prévia autorização do ICMBIO, dentro da mencionada reserva.

Em decisão quanto à liminar<sup>13</sup> requerida pelo MPF na Ação Civil Pública veiculada pelos autos do Processo n.0022691-94.2011.4.01.3900, o juiz da 9ª Vara da Justiça Federal negou o pedido de suspensão daqueles estudos. Na ocasião, o juiz entendeu não se revelar

prudente barrar o licenciamento de obra de tão grande vulto, que em muito contribuirá para o desenvolvimento do Estado, cuja população há muito anseia pela construção de um porto capaz de viabilizar a exportação direta de suas *commodities*.

A “ordem econômica” dos interessados na exportação de minérios e grãos desconsiderou a ordem econômica dos que desenvolvem as atividades haliêuticas e abastecem o mercado interno de pescado, além de incluir a exportação de peixes, atividades estas ameaçadas pela implementação do porto. As consequências do empreendimento para a ordem social não foram consideradas.

A sentença em primeira instância acolheu os pedidos do MPF. Em sua fundamentação, o juiz da Subseção Judiciária de

---

11 Sobre as funções institucionais do IBAMA, ver Lei Federal n. 7.735, de 22 de fevereiro de 1989.

12 Sobre as funções institucionais do ICMBIO, ver Lei Federal n. 11.516, de 28 de agosto de 2007.

13 Liminar é uma ordem judicial provisória quanto a um ou mais pedidos formulados pelo demandante ou demandantes (partes) em uma ação.

Castanhal-PA analisou o pedido de anulação das inscrições e afirmou que os documentos então carreados aos autos faziam prova de que “o pretense empreendimento e as inscrições de ocupação encontram-se nos limites da aludida Reserva Extrativista”. O marco legal da reserva extrativista, previsto no SNUC, foi utilizado para dar sustentação normativa à sentença.

A sentença fundamenta-se nos arts. 14 e 7º do SNUC. O art. 14 inclui a reserva extrativista no grupo das unidades de conservação de uso sustentável. O art. 7º, em seu inciso II, § 2º, define que as Unidades de Uso Sustentável têm por objetivo básico “compatibilizar a conservação da natureza com o uso sustentável de parcela dos seus recursos naturais”. O art. 18 do SNUC também foi citado, assim como o seu § 1º, que afirma a condição de domínio público das reservas extrativistas, “com uso concedido às populações extrativistas tradicionais”. Com tais fundamentos, o juiz declarou a nulidade da venda realizada pelos órgãos ambientais do Poder Executivo Federal.

Segundo a sentença, a leitura dos dispositivos citados apresenta a “forma de uso e os destinatários que poderão ocupar os limites de uma reserva extrativista”.

E assim, o juiz concluiu sua fundamentação:

Não obstante a outorga das inscrições de ocupação terem sido feitas em momento anterior à existência da reserva extrativista, com a sua criação, qualquer inscrição beneficiando quem não se enquadre no conceito de população extrativista tradicional ou com finalidade outra que não o extrativismo e, complementarmente, a agricultura e pecuária de subsistência, mostra-se incompatível com o objeto da reserva e, sendo, portanto, nula.

Portanto, ao contrário do que explanam os requeridos, há óbice legal quanto à presença e à pretensa exploração econômica de atividade diversa no interior da reserva extrativista. A interpretação feita pelos réus de que o art. 18, § 6º, proíbe apenas a exploração de recursos minerais e a caça (profissional ou amadora) contraria a própria finalidade da unidade de conservação, prevista no art. 7º da Lei n. 9.985/2000. Não cabe, portanto, uma interpretação restritiva e literal, mas sim sistemática da lei em comento. Sobre

outro aspecto, há de se destacar que a previsão de construção de porto no Plano Nacional de Viação (Lei n. 5.917/1973) não satisfaz a exigência de lei específica para restrição ou extinção de reserva de conservação prevista no art. 22, § 7º, da Lei n. 9.985/2000.

### 2.3.3. Do pedido de anulação do licenciamento:

Quanto ao pedido de anulação do procedimento administrativo de licenciamento ambiental, não merece prosperar a alegação dos Requeridos de inexistência de processo de licenciamento ambiental formalmente iniciado. De fato, os autos revelam: a) existência do Termo de Referência constando como empreendedor a RDP Empreendimentos (fls. 257/277); b) transferência dos registros de ocupação da RDP Empreendimentos para a Vale S/A; c) tratativas iniciadas entre Vale S/A e IBAMA para definição do EIA/RIMA (fls. 1951/4); d) parecer técnico favorável à realização de estudos no interior da RESEX Mãe Grande de Curuçá (fls. 2258/2262). A elaboração do termo de referência, que é um balizamento estabelecido pela Administração Pública para a equipe técnica multidisciplinar que irá trabalhar na elaboração do estudo de impacto ambiental, já norteia o início do procedimento administrativo para concessão do licenciamento ambiental. Para além disso, a Vale S/A reafirmou seu interesse em realizar estudos de viabilidade do projeto visando a implantação do empreendimento no interior da RESEX. Portanto, não há como negar a existência de um conjunto coordenado de ações visando o licenciamento ambiental do empreendimento portuário. Neste contexto, de acordo com entendimento acima expendido acerca da utilização e a quem é permitido ocupar os limites de uma reserva extrativista, há que se considerar que a *incompatibilidade* entre o empreendimento que se pretende implantar e a finalidade da unidade de conservação autoriza desde já a suspensão de qualquer estudo prévio acerca da viabilidade técnica, socioambiental e econômica do empreendimento.

### 2.2.4. Da proibição de desenvolver atividades dentro da reserva extrativista:

Outro não é o entendimento acerca da pretensão autoral de não desenvolvimento de atividades, pelas empresas requeridas, dentro da reserva extrativista. O acolhimento do pedido decorre logicamente da finalidade da unidade de conservação extrativista, destinada à utilização por comunidades tradicionais e voltada ao extrativismo, nos termos do art. 18, da Lei n. 9.985/2000.

Todavia, todos os réus ingressaram com recurso de apelação, embora o ICMBIO tenha requerido, em embargos declaratórios, que constasse da fundamentação da sentença a sua posição em favor da pretensão do MPF. Os autos seguiram para Tribunal Regional da 1ª Região, sob o n. 0022691-94.2011.4.01.3900. Pendente de sentença, o Ministério Público Federal apresentou manifestação, recebida em 23 de maio de 2017.

De acordo com o parecer do MPF, a sentença deve ser mantida para proibir o IBAMA e o ICMBIO de realizar em procedimento administrativo tendente à concessão de licenciamento ambiental para o empreendimento na RESEX MGC, primeiro porque o porto causaria um impacto direto sobre o ecossistema, e segundo porque o “fluxo de embarcações em um terminal portuário desse porte afetaria, de maneira direta, a atividade de pesca no local”, atividade esta que compreende a coleta de peixes e mariscos, com suporte nos mangues. Sobre a inscrição de ocupação, também o MPF declarou que “a lei não permite a inscrição de ocupação sobre área que seja de uso comum do povo, de preservação ambiental ou que seja necessária à preservação de um ecossistema natural”.

Em 24 de abril de 2013, foi proposto o Projeto de Lei n. 144/2013<sup>14</sup>, de iniciativa do Senado Federal. Esse projeto incluía o Porto do Espadarte na relação dos portos marítimos do subsistema aquaviário federal. Esse projeto objetivou alterar a Lei n. 12.379, de 2011, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação. Justificou-se a proposta sob o argumento de que

a movimentação portuária das exportações brasileiras encontra-se concentrada em um número restrito de portos. Esse já é um grave fator de estrangulamento da economia nacional, que encarece o custo do frete e, conseqüentemente, a competitividade dos produtos brasileiros. O equacionamento desse problema passa

---

14 BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei n. 144, de 2013*. Altera a Lei n. 12.379, de 6 de janeiro de 2011, que dispõe sobre o Sistema Nacional de Viação e dá outras providências, para incluir no Subsistema Ferroviário Federal trecho ferroviário entre as localidades de Curuçá e Barcarena, e no Subsistema Aquaviário Federal o Porto de Espadarte, ambos no Estado do Pará. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=3502562&ts=1553242669831&disposition=inline>. Acesso em: 14 out. 2017.

pelo redirecionamento de grande parte da carga atualmente destinada aos portos do Sul e do Sudeste para os portos do Norte e do Nordeste, que podem ser acessados por via hidroviária ou ferroviária. Nesse contexto, o Terminal Marítimo de Espadarte, projetado pela Companhia Docas do Pará, revela-se estratégico, pois apresenta grande potencial de movimentação de cargas, calado profundo, menor distância até portos europeus e localização próxima a Belém, que é o ponto final da Ferrovia Norte-Sul.

No dia 18 de fevereiro de 2014, o texto do Projeto de Lei n. 144/2013 foi rejeitado por unanimidade pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal. A matéria articulada naquele projeto foi julgada inconstitucional naquela comissão, que reconheceu a competência constitucional conferida ao Poder Executivo para elaborar normas infralegais definindo as obras necessárias à operacionalização do sistema viário, após os estudos e avaliações cabíveis. Todavia, a iniciativa de inserir a construção de uma grande obra em matéria legislativa é indicativa do poder de mobilização dos interessados na construção do Porto do Espadarte.

Na tarde de 9 de novembro de 2017, foi realizada “audiência pública”, em Belém, no Hotel Princesa Louçã, referente à viabilidade de um porto flutuante no Município de Colares, associado a uma ferrovia. A informação da audiência constava de faixas em frente às colônias de pescadores dos Municípios de São Caetano de Odivelas e Curuçá<sup>15</sup>. Nenhuma informação sobre essa audiência foi divulgada em jornais locais ou de grande circulação. O cuidado em restringir o acesso à informação mostra que as ações para a implantação da ferrovia e do porto são coordenadas por grupos que conhecem os riscos do empreendimento para os manguezais, as populações tradicionais de seu entorno e a atividade pesqueira no Estado do Pará, mas alinham-se a outros interesses não coincidentes com direitos socioambientais assegurados às populações tradicionais. É fato que há muito a avançar nas discussões quanto à constitucionalidade, à legalidade e à conveniência da implementação dessa obra para a ordem econômica e social do País.

---

15 Pesquisa de campo.

## 6 A importância das reservas extrativistas marinhas da microrregião do Salgado

Estudos realizados pela Fundação PROBIO, em 2002, avaliaram as possibilidades de ações de pesca no Estado do Pará e destacaram a extrema importância biológica dos estuários dos rios Curuçá, Mojuim, Marapanim, Maracanã e Caeté como “áreas prioritárias para conservação da zona costeira” (BRASIL, 2002). Nesses estuários, vivem comunidades tradicionais além das situadas nas áreas da RESEX MGC, a exemplo das comunidades das RESEX de São Caetano de Odivelas<sup>16</sup> e São João da Ponta<sup>17</sup>.

Os planos governamentais para a implementação de empreendimento portuário na RESEX Marinha MGC contendo o Porto do Espadarte como uma obra de infraestrutura planejada pelo governo federal para o escoamento de produção mineral e agrícola do Brasil para exportação são referidos por Furtado *et al.* (2012). De acordo com as autoras, a implantação desse empreendimento constituirá um avanço em projeção geométrica para a economia do Estado do Pará e trará divisas para o País. Para estas, no aspecto “geopolítico-econômico, seria estratégico para o Pará contar com um complexo econômico de grande porte” (FURTADO; SILVEIRA; SANTANA, 2012).

Há estudos demonstrando que o empreendimento em Curuçá poderá impactar negativamente a atividade pesqueira desenvolvida pelas populações tradicionais nesse município e adjacências, uma vez que os manguezais serão atingidos pela própria construção da obra e pela movimentação das embarcações de grande porte na área da RESEX. A ausência de informação para as populações possivelmente atingidas pela implementação da aludida obra – com todas as

---

16 BRASIL. *Decreto Federal Presidencial s/n., de 10 de outubro de 2014*. Cria a Reserva Extrativista Marinha Mocapajuba, localizada no Município de São Caetano de Odivelas, Estado do Pará. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/DNN/2002/Dnn9774.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/2002/Dnn9774.htm). Acesso em: 2 nov. 2018.

17 BRASIL. *Decreto Federal Presidencial s/n., de 13 de dezembro de 2002*. Cria a Reserva Extrativista Mãe Grande de Curuçá, localizada no Município de Curuçá, Estado do Pará. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/DNN/2002/Dnn9774.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/DNN/2002/Dnn9774.htm). Acesso em: 2 nov. 2018.

localidades que possivelmente serão afetadas – também foi abordada por pesquisadoras (BATISTA; SIMONIAN, 2013; PINHEIRO, 2014).

Em 2003, o Brasil criou o Comitê Nacional de Zonas Úmidas para cumprir os diversos compromissos assumidos pelo País na Convenção sobre Diversidade Biológica e na de Zonas Úmidas de Importância Internacional, esta última também conhecida como Convenção Ramsar. De acordo com o Decreto Federal Presidencial s/n, de 23 de outubro de 2003, o aludido comitê tem por atribuições:

Art. 1º

I - propor ao Ministério do Meio Ambiente diretrizes e ações de execução, relativas à conservação, ao manejo e ao uso racional dos recursos ambientais, referentes à gestão das áreas incluídas na Lista de Zonas Úmidas de Importância Internacional e nas demais zonas úmidas brasileiras, quando couber;

II - contribuir para elaboração de diretrizes e na análise do planejamento estratégico que subsidiará a elaboração de um Plano Nacional de Zonas Úmidas;

III - sugerir e avaliar a inclusão de novos sítios na Lista de Zonas Úmidas de Importância Internacional;

IV - revogado pelo Decreto de 5 de novembro de 2008.

V - subsidiar a participação brasileira nas reuniões realizadas no contexto da Convenção de Ramsar, bem como contribuir na elaboração de informes nacionais a serem encaminhados às Conferências das Partes Contratantes;

VI - subsidiar a implementação da Convenção de Ramsar e das decisões adotadas pela Conferência das Partes Contratantes;

VII - divulgar a Convenção de Ramsar e incentivar a participação da sociedade na sua implementação; e

VIII - apresentar proposta de regimento interno ao Ministro de Estado do Meio Ambiente.

O Comitê Nacional de Zonas Úmidas é integrado por diversas instituições do Estado e da sociedade.

Informações prestadas pelo ICMBIO durante pesquisa de campo e documentos acessados via pesquisa documental demonstram que o aludido comitê atua no sentido de cumprir os objetivos do Projeto PNUD/BRA/07/G32 (Manguezais do Brasil), financiado pelo Programa das Nações Unidas. As decisões do comitê fornecem suporte técnico, político e teórico para o cumprimento dos objetivos de conservação presentes nas citadas convenções. As decisões do comitê incluem a realização de cursos, oficinas, palestras, encontros dedicados a abordar a importância do ecossistema manguezal para as pessoas. Essas ações também foram relatadas durante as entrevistas e formação de grupos focais.

A decisão de implantar um porto em área de RESEX segue na contramão dessas políticas públicas, que têm sido direcionadas para as comunidades costeiras brasileiras após o reconhecimento de sua importância para a governança de manguezais. Essas políticas também admitem a necessidade e a importância de essas populações integrarem os processos de decisão envolvendo áreas protegidas.

O rápido processo por meio do qual foram repassados imóveis da União para as empresas privadas interessadas na instalação do porto revela uma adesão a um projeto de desenvolvimento que não foi suficientemente discutido com seus interessados.

Repetiu-se, dessa forma, o mesmo padrão que antecede os numerosos desastres ecológicos causados por programas de desenvolvimento rápido que deveriam servir de advertência aos cientistas e aos políticos contra as tomadas de decisões apressadas (VANNUCCI, 2002).

Exemplos de conhecidas tragédias ambientais no Brasil, como em Mariana e em Belo Monte, deveriam servir de paradigma para que o Estado e os empreendedores suspendessem toda e qualquer medida com possibilidade de resultar em estragos inestimáveis, inclusive econômicos.

A situação acima apresentada demonstra a importância dos marcos legais de proteção ambiental, mas revela os conflitos subjacentes para a sua efetividade, especialmente quando o cumprimento de uma norma se confronta com poderosos grupos e interesses econômicos. A falta de consulta às populações tradicionais

para a implementação de obras que as afetem viola, por exemplo, a Convenção 169 da OIT, em seu art. 6º, que prevê a consulta prévia aos povos interessados, “cada vez que sejam previstas medidas legislativas ou administrativas suscetíveis de afetá-los diretamente”.

Nesse contexto, o atendimento ao público, a instauração de ICP e a ACP proposta pelo MPF provocaram a suspensão dos estudos de viabilidade do aludido porto na área da RESEX marinha e se constituíram em importante instrumento de concretização de seu dever institucional de proteção ambiental e dos modos de vida das populações tradicionais costeiras da Amazônia, tais como pescadores artesanais e ribeirinhos. Ademais, a atuação conjunta do MPF com as comunidades foi fundamental para instruir a aludida ação e para favorecer a percepção quanto às ameaças concretas à conservação de manguezais que a instalação do porto naquela área pode representar – danos potenciais, bem como dificuldade para a verificação do dano real, consistente na ausência de informação suficiente para as comunidades que seriam possivelmente afetadas pela construção do porto.

## **7 O MPF e as percepções das populações tradicionais sobre o Porto do Espadarte**

No Município de Curuçá, 60% dos entrevistados afirmaram saber existir uma discussão sobre a realização de estudos que objetivam a instalação do Porto do Espadarte, mas não estavam suficientemente informados.

O referido porto também foi considerado ameaça ao ecossistema manguezal pelos grupos focais. Apesar de o Conselho Deliberativo da RESEX Marinha MGC ter aprovado o início dos estudos de viabilidade do porto, para algumas lideranças, este ameaça a sobrevivência da fauna e da flora nos manguezais e, portanto, dos meios de subsistência das populações tradicionais que vivem no local e adjacências onde se pretende instalar aquele empreendimento.

O porto, como tema conexo a diversos problemas ambientais, foi discutido em 59% das reuniões do Conselho Deliberativo da RESEX Mãe Grande, realizadas no período de 2008 a 2011, lavradas em 17 atas.

Essa situação revela o interesse das lideranças da RESEX em discutir a implantação desse porto, os impactos que podem advir dessa obra e, principalmente, suas possíveis compensações. Entretanto, essas discussões não foram estendidas às outras comunidades que possivelmente serão afetadas por esse empreendimento, se este vier a ser instalado. Entre as comunidades diretamente afetadas estão incluídas todas as que estão na região do nordeste paraense. Isto porque o estudo do PROBIO, já mencionado, refere-se à cadeia da pesca, que envolve toda a área do estuário do nordeste paraense.

Consta das atas que o Conselho Deliberativo da RESEX MGC autorizou os primeiros estudos de viabilidade para o Porto do Espadarte. O referido conselho é integrado por 27 membros; desses, 17 são representantes de comunidades tradicionais. Todavia, da leitura da ata da reunião que decidiu autorizar os estudos para a implementação daquela obra, verifica-se que houve manobra para a cooptação dos 21 membros presentes (com apenas 7 representantes das comunidades). Ademais, constatou-se que as informações, então levadas aos representantes das comunidades, não eram suficientes para que as lideranças das populações tradicionais ficassem cientes das consequências e ilegalidades daquele empreendimento.

A decisão do conselho deliberativo dessa reserva de autorizar os estudos de viabilidade para o referido empreendimento converge com as lições de Benatti (2011), que, ao se referir à composição minoritária das populações tradicionais no conselho deliberativo das RESEXs, destaca que estas sofrem significativas limitações quanto à sua autonomia para gerir os bens comunitários. No caso em análise, embora as populações tradicionais não sejam minoritárias naquele conselho, as atas das reuniões fazem prova de que a representação das populações tradicionais foi minoritária durante a reunião do conselho deliberativo que decidiu pela viabilidade dos estudos para a implementação do Porto do Espadarte. Tal fato comprometeu seriamente o poder de decisão das populações tradicionais nessa situação.

Ao analisar o caso, o MPF considerou ilegal a decisão de aceitar os estudos de viabilidade do porto porque a finalidade do empreendimento contraria os objetivos da RESEX Mãe Grande de Curuçá.

Além disso, todos os demais dados já apresentados neste estudo apontam para o fato de que essa deliberação desconsidera que os usuários dessa UC não serão os únicos afetados. Conforme já ressaltado, as comunidades adjacentes ao Município de Curuçá também serão atingidas pelos efeitos dessa obra<sup>18</sup>.

As falas das comunidades costeiras da Amazônia, que serão atingidas pelo Porto do Espadarte, revelam a incompatibilidade de estudos sobre a viabilidade desse empreendimento na área da CMMA. Na falta de informação científica disponível sobre a pesca, especialmente na Amazônia, é o princípio da precaução que deve nortear as ações do Estado brasileiro. Esse empreendimento envolve grave risco de contaminação.

Porto do Espadarte é uma preocupação porque os caras mandam de lá aqueles papéis dizendo que está sendo feito estudo e, eu digo assim, vai se complicar muito a vida do pescador. *Eu digo assim, de Bragança a Icoaraci*. Vai ser, vai ser um desastre aqui para nós. Isso para escoar o alumínio, o ferro, as riquezas nossas daqui. Que é para tirar por aqui porque fica mais perto. Quer dizer, que é para criar emprego, que não vai. No Porto do Espadarte é onde se concentra a grande maioria do peixe. Principalmente a pescada. 60% dos pescadores de toda a cadeia produtiva da pesca é da pescada amarela. A partir do momento que o povo colocar esses navios grandes aí, aí a gente não vai ter mais condição de pescar. Porque nessa parte daí onde fica a Romana e a praia do Espadarte que é na Romana. Ali dá 20, 23, 24 braças de profundidade e ali se concentra o grande cardume de pescado, que a gente chama que é o canal da beira, o canal das boia. Esse aí é o roteiro da pesca. Aí vem o pessoal de Bragança. Toda essa turma aí que vem, pesca aqui nessa costeira. (Liderança de Curuçá. Entrevistado 15).

A valoração dos saberes dos integrantes das comunidades tradicionais entrevistados concretiza a proposta de ecodesenvolvimento elaborada por Sachs (2009), no sentido de aproveitar os sistemas tradicionais de gestão e dos saberes, uma vez que apenas

---

18 Informações constantes das 17 atas do Conselho Deliberativo da RESEX MGC e coletadas também pelas entrevistas e grupos focais.

mediante esse processo participativo e relacional são identificadas as necessidades, os recursos potenciais e as diversas formas de aproveitamento da biodiversidade como meio de proporcionar melhorias ao nível de vida dos povos.

As entrevistas durante a pesquisa de campo reforçam a necessidade de saber mais sobre a sobrevivência das espécies da ictiofauna, assim como a relação dessas espécies com os manguezais de toda a CMMA. As respostas dos entrevistados sobre a perspectiva de construção do Porto do Espadarte indicam que os estudos de viabilidade iniciaram sem a participação das comunidades afetadas. Algumas lideranças já identificam um problema muito mais amplo do que avaliar se é possível ou não a construção de um porto *offshore* em unidade de conservação: saber quem serão os afetados pelo empreendimento. Para um dos entrevistados, durante a pesquisa, serão afetadas as comunidades tradicionais costeiras “de Bragança a Icoaraci” (Entrevistado 15). Esse entrevistado, que teve em sua fala o apoio de 28 entrevistados/pescadores, é pescador artesanal idoso que tem o reconhecimento de seus pares pelo saber acumulado ao longo de décadas em que exerceu a pesca artesanal.

Todos os entrevistados falaram sobre a importância da presença do MPF nas comunidades para a apresentação das demandas relacionadas ao meio ambiente, circunstância que serviu para melhor instruir tanto o ICP quanto a ACP relacionados ao estudo das violações a direitos socioambientais que o empreendimento em análise suscita.

## **8 Considerações finais**

A possibilidade da construção de um porto na maior área contínua de manguezais do mundo pode resultar em consequências trágicas e prejuízos inestimáveis para o equilíbrio ecológico e conservação de toda a biodiversidade presente nessa área. A obra também pode afetar drasticamente a atividade pesqueira no Estado do Pará e impactar negativamente a segurança alimentar das populações tradicionais e não tradicionais do Brasil. Embora não tenha sido objeto deste estudo a rede de conexões e interações (relacionadas aos modos de vida das populações tradicionais – pesca, cadeia produtiva

da pesca, valoração da biodiversidade presente nos manguezais e rios que possivelmente seriam afetados pela implantação do porto) estabelecidas por todos os atores sociais envolvidos com a conservação da biodiversidade e com a atividade pesqueira na CMMA, os dados apresentados neste estudo apontam que a implantação de portos em áreas de manguezais tem potencial para destruí-las.

No mesmo sentido, Vannucci (2002, p. 158) adverte que portos, distritos industriais, cidades e aeroportos, quando importantes para a economia, política ou estratégia de um país, devem ser construídos “em áreas onde os manguezais não são vitais para a ecologia sadia da zona costeira”. Ao se valorar as informações repassadas pelas comunidades tradicionais durante a pesquisa, é fácil concluir que, na área que se pretende construir o Porto do Espadarte, a ecologia sadia da zona costeira em comento está fortemente ameaçada.

Além disso, a falta de informação para as populações tradicionais quanto aos efeitos da construção desse empreendimento já lhes ocasiona dano real. É flagrante, por exemplo, a violação às determinações da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que impõem a observância do consentimento livre, prévio e informado como o cerne dos direitos socioambientais assegurados às comunidades tradicionais, que deveriam nortear “tanto a elaboração de normas jurídicas garantidoras da totalidade dos direitos daqueles povos quanto para a elaboração de políticas públicas, planos e programas voltados à implementação daquela normatização” (GRABNER, 2015, p. 14).

Todos os instrumentos jurídicos internacionais relacionados ao meio ambiente em que o Brasil é parte objetivam o alcance do ideal/conceito de sustentabilidade, a exemplo da Convenção Ramsar e da Convenção sobre Diversidade Biológica, mas a própria construção desse ideal/conceito é permeada de nuances e perspectivas muitas vezes contraditórias. Os temas que envolvem meio ambiente são sempre muito complexos, por implicarem interesses profundamente contraditórios. Todavia, a legislação brasileira sobre o tema, analisada sistematicamente, é bastante incisiva no sentido de prestigiar a conservação do meio ambiente, se este objetivo colidir com o crescimento econômico.

Entretanto, apesar de todo o arcabouço jurídico e a atuação o MPF com as lideranças comunitárias prestigiarem os valores da conservação dos manguezais, seus recursos naturais e modos de vida das populações tradicionais, ainda existem muitos riscos de que esse arcabouço seja ignorado e essas ações sejam neutralizadas.

Quanto aos riscos ambientais, existe grande preocupação dos moradores das áreas estudadas em relação à possibilidade de instalação do Porto do Espadarte, em Curuçá. Tais preocupações foram manifestadas pelos entrevistados e grupos focais. Vale realçar que essas preocupações não se limitam à possibilidade desse empreendimento do porto no município. A construção de porto próximo a áreas protegidas, ainda que fora dos respectivos limites territoriais destas, resulta nos mesmos prejuízos, inclusive em inviabilizar o cumprimento das finalidades das reservas.

De todo modo, o estudo mostrou que a proatividade do MPF, tanto mediante o uso do ICP quanto da ACP, assim como pela sua presença nas comunidades, foi instrumento de defesa dos manguezais e outros direitos socioambientais de populações tradicionais costeiras da Amazônia. Os meios de atuação do MPF encontram amplo respaldo no ordenamento jurídico pátrio e foram fundamentais para concretizar o dever do MPF de defender a ordem jurídica e os interesses sociais, além de zelar pela conservação e finalidades da RESEX MGC, cumprindo as disposições normativas relacionadas aos direitos socioambientais da pessoa humana e assegurando que os direitos dessas populações tradicionais sejam respeitados. Ao utilizar esses meios, o MPF também evitou tragédias ambientais.

## **Referências**

ANTUNES, Paulo de Bessa. *Dano ambiental: uma abordagem conceitual*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BATISTA, Iane Maria da Silva; SIMONIAN, Ligia Terezinha Lopes. Implicações políticas, econômicas e socioambientais da RESEX Mãe Grande de Curuçá: perspectivas de desenvolvimento sustentável

no estuário paraense? *Novos Cadernos do NAEA*, Belém, v. 16, n. 1, p. 203-220, jun. 2013.

BENATTI, José Heder. Propriedade comum na Amazônia: acesso e uso dos recursos naturais pelas populações tradicionais. In: ALMEIDA, Wellington; SAUER, Sérgio (orgs.). *Terras e territórios na Amazônia: demandas, desafios e perspectivas*. Brasília: Ed. UnB, 2011. p. 93-113.

BENSUSAN, Nurit. *Conservação da biodiversidade em áreas protegidas*. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

BITTAR, Eduardo C. B. *Metodologia da pesquisa jurídica*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Direito e poder*. São Paulo: Unesp, 2008.

BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

BOURDIEU, Pierre. *El oficio de científico: ciencia de la ciencia y reflexividad*. Curso del Collège de France 2000-2001. Traducción: Joaquín Jordá. Barcelona: Anagrama, 2003.

BRASIL. *Decreto Federal n. 5.758, de 13 de abril de 2006*. Institui o Plano Estratégico Nacional de Áreas Protegidas (PNAP), seus princípios, diretrizes, objetivos e estratégias, e dá outras providências. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5758.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5758.htm). Acesso em: 2 nov. 2018.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Avaliação e ações prioritárias para conservação de biodiversidade de zonas costeiras e marinhas*. Fundação PROBIO, Brasília, DF, 2002.

DIAS, Danielle Rodrigues. *Espaço, políticas públicas e mobilidade populacional na Reserva Extrativista Mãe Grande de Curuçá*. 2014. 94 f. Dissertação (Mestrado em Gestão de Recursos Naturais e Desenvolvimento Local na Amazônia) – Núcleo de Meio Ambiente, Universidade Federal do Pará, Belém, 2014.

FURTADO, Lourdes Gonçalves. Experiências de desenvolvimento sustentável em comunidades haliêuticas na Amazônia. In: TEISSERENC *et al.* (orgs.). *Coletividades locais e desenvolvimento territorial na Amazônia*. Belém: NUMA/UFPA, 2008. p. 310.

FURTADO, Lourdes Gonçalves; SILVEIRA, Isolda Maciel da; SANTANA, Graça. *Reserva Extrativista Marinha Mãe Grande – Curuçá*, Pará, Brasil: estudo etnoecológico e sociocultural. Belém: Museu Paraense Emílio Goeldi, 2012.

GONÇALVES, Wilson José. *Monografia jurídica: técnicas e procedimentos de pesquisa com exercícios práticos*. São Paulo: Pilares, 2009.

GRABNER, Maria Luíza. O direito humano ao consentimento livre, prévio e informado como baluarte do sistema jurídico de proteção dos conhecimentos tradicionais. *Boletim Científico Escola Superior do Ministério Público da União*, Brasília, ano 14, n. 45, p. 11-65, jul./dez. 2015. Disponível em: <http://boletimcientifico.escolampu.mp.br/boletins/boletim-cientifico-n-45-julho-dezembro-2015/o-direito-humano-ao-consentimento-livre-previo-e-informado-como-baluarte-do-sistema-juridico-de-protecao-dos-conhecimentos-tradicionais>. Acesso em: 10 jan. 2019.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA (IBGE). Cidades – Pará – Curuçá. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/pa/curuca/panorama>. Acesso em: 14 out. 2017.

INSTITUTO CHICO MENDES DE CONSERVAÇÃO DA BIODIVERSIDADE (ICMBIO). Reserva Extrativista Marinha Mãe Grande de Curuçá. Disponível em: <http://www.icmbio.gov.br/portal/unidadesdeconservacao/biomas-brasileiros/marinho/unidades-de-conservacao-marinho/2279-resex-mae-grande-de-curuca>. Acesso em: 14 out. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). Salvem os manguezais. *Desafios do desenvolvimento*, Brasília, ano 10, edição 77, 7 out. 2013. Disponível em [http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com\\_content&view=article&id=2939:catid=28&Itemid=23](http://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=2939:catid=28&Itemid=23). Acesso em: 28 set. 2017.

JENTOFT, Svein *et al.* (eds.). *Fish for life: interactive governance for fisheries*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2005.

LEITE, Eduardo Oliveira. *A monografia jurídica*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

LITTLE, Paul E. *Territórios sociais e povos tradicionais no Brasil: por uma antropologia da territorialidade*. Brasília: Universidade de Brasília, Departamento de Antropologia, 2002.

MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MILARÉ, Edis. *O direito do ambiente*. 10. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE. *Panorama dos ecossistemas costeiros e marinhos no Brasil*. Brasília: MMA/SBF/GBA, 2010. Disponível em: [http://www.mma.gov.br/estruturas/205/\\_publicacao/205\\_publicacao03022011100749.pdf](http://www.mma.gov.br/estruturas/205/_publicacao/205_publicacao03022011100749.pdf). Acesso em: 30 set. 2017.

MOREIRA, Eliane Cristina Pinto. *Justiça socioambiental e direitos humanos: uma análise a partir dos direitos territoriais de povos e comunidades tradicionais*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MOREIRA, Herivelto; CALEFFE, Luiz Gonzaga. *Metodologia da pesquisa para o professor pesquisador*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lamparina, 2008.

NOVION, Henry Philippe Ibanez de. O que são serviços ambientais? Disponível em: <https://uc.socioambiental.org/servicos-ambientais/o-que-sao-servicos-ambientais>. Acesso em: 30 set. 2017.

PINHEIRO, Elysângela Sousa. *Sustentabilidade, manguezais e reserva extrativista: instituições e atores sociais nos municípios de Curuçá e São Caetano de Odivelas*. 2014. 157 f. Dissertação (Mestrado em Desenvolvimento Sustentável do Trópico Úmido) – Núcleo de Altos, Estudos Amazônicos, Universidade Federal do Pará, Belém, 2014.

PINHEIRO, Priscila Tineli; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. Boaventura de Sousa Santos e a lógica do pensamento abissal: uma análise a partir do método dialético. *Revista de Sociologia, Antropologia e Cultura Jurídica*, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 890-908, jul./dez. 2016.

SACHS, Ignacy. *Caminhos para o desenvolvimento sustentável*. Rio de Janeiro: Garamond, 2009. (Coleção Ideias Sustentáveis).

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e os novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Petrópolis, 2005.

SCHAEFFER-NOVELLI, Yara. *Manguezal: ecossistema entre a terra e o mar*. São Paulo: Caribe Ecological Research, 1995.

SOUZA, Charles Benedito Gemaque. A gestão dos recursos naturais na Amazônia: a Reserva Extrativista Mãe Grande de Curuçá-PA. *Revista Geografar*, Paraná, v. 5, n. 1, p. 83-104, 2010. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/geografar/article/view/17783/11613>. Acesso em: 11 jan. 2019.

SOUZA FILHO, Pedro Walfir Martins. Costa de manguezais de macromaré da Amazônia: cenários morfológicos, mapeamento e quantificação de áreas usando dados de sensores remotos. *Revista Brasileira de Geofísica*, São Paulo, v. 23, n. 4, p. 427-435, out./dez. 2005. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-261X2005000400006&script=sci\\_arttext](http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0102-261X2005000400006&script=sci_arttext). Acesso em: 28 set. 2017.

VANNUCCI, Marta. *Os manguezais e nós: uma síntese de percepções*. 2. ed. São Paulo: Edusp, 2002.

TORRES, Vera Lúcia Scaramuzzini. *Envelhecimento e pesca: redes sociais no estuário amazônico*. Belém: Cejup, 2004.

YIN, Robert K. *Estudo de caso: planejamento e métodos*. 5. ed. Porto Alegre: Bookman, 2015.



# Direito e Processo do Trabalho



# A representação dos trabalhadores na empresa: análise da regulamentação do instituto pela Lei n. 13.467/2017

Aílton Vieira dos Santos

Procurador do Ministério Público do Trabalho em São Paulo. Mestrando em Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP).

Eduarda Mendes Andrade

Assessora Jurídica no Ministério Público do Trabalho (PRT 2ª Região). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Universidade de São Paulo.

**Resumo:** A figura jurídica da representação dos trabalhadores no âmbito da empresa, prevista na Constituição de 1988, permaneceu sem regulamentação por cerca de três décadas, a indicar omissão e desinteresse do legislador, em prejuízo da efetividade de tão relevante mecanismo de integração e vocalização dos interesses dos trabalhadores no local em que as relações e vínculos de solidariedade se desenvolvem: o estabelecimento da empresa. Com o advento da recente Lei da Reforma Trabalhista, a Consolidação das Leis do Trabalho sofreu alterações e passou a contar com dispositivos que delineiam e fixam critérios para a aplicabilidade prática do instituto. Este artigo apresenta considerações sobre a representação, abordando a sua evolução histórico-normativa no Brasil, os instrumentos normativos internacionais incidentes, a experiência do direito comparado, a regulamentação adotada pela novel legislação, formulando críticas e trazendo proposições para a sua concreta aplicação.

**Palavras-chave:** Reforma Trabalhista. Lei n. 13.467/2017. Direito Coletivo do Trabalho. Representação dos trabalhadores na empresa.

**Abstract:** The legal institute of the employee representation in the companies, provided in the Brazilian Federal Constitution of 1988, remained unregulated for some three decades, indicating omission and disinterest of the Brazilian legislator, at the expense of the effectiveness of such a relevant mechanism of integration and vocalization of employees' interests in the place where relations and bonds of solidarity are developed: the place of business. With the advent of the recent Law 13.467/2017 (Labor Law Reform), the Consolidation of Labor Laws has undergone significant change and now has legal devices that outline and set criteria for the practical applicability of the institute. This article presents considerations about the representation of workers in the companies, including its historical-normative evolution in Brazil, the international normative instruments that have been invented, the experience of the comparative law, the regulations adopted by the new legislation, offering criticisms and presenting proposals for its concrete application.

**Keywords:** Labor Reform Law. Law 13.467/2017. Collective Labor Law. Representation of workers in the companies.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Evolução histórico-normativa da representação de trabalhadores na empresa no Brasil. 3 A regulamentação da representação de trabalhadores no Brasil pela Lei n. 13.467/2017. 3.1 Composição da comissão de representantes dos trabalhadores na empresa (art. 510-A da CLT). 3.2 Atribuições da comissão de representantes dos trabalhadores na empresa (art. 510-B da CLT). 3.3 Eleições dos representantes dos trabalhadores na empresa (art. 510-C da CLT). 3.4 Mandato dos membros da comissão de representantes dos trabalhadores na empresa (art. 510-D da CLT). 4 Conclusão.

## 1 Introdução

A Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467/2017), além de alterações promovidas nos campos do direito individual e processual do trabalho, operou mudanças significativas no âmbito do direito coletivo do trabalho, entre elas, a extinção da compulsoriedade da contribuição sindical (pela nova redação dos arts. 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602, todos da Consolidação das Leis do Trabalho), o estabelecimento do negociado sobre o legislado (com o advento dos arts. 611-A e 611-B da CLT), e, ainda, a regulamentação do instituto da representação de

trabalhadores no Brasil, já previsto na Constituição Federal de 1988, em seu art. 11, com a inserção dos arts. 510-A a 510-D na CLT.

Diferentemente das duas primeiras alterações supracitadas, que modificaram sobremaneira a organização e a atuação sindicais e geraram fortes críticas por parcela significativa dos operadores do Direito do Trabalho, pouco se tem falado a respeito da regulamentação da representação de trabalhadores promovida pelo legislador da reforma trabalhista.

Este estudo, portanto, busca analisar detidamente os dispositivos regulamentadores da representação dos trabalhadores no Brasil e examinar se a esperada medida legislativa implicará na efetiva institucionalização do relacionamento entre trabalhadores de determinado estabelecimento ou empresa, criando meios hábeis para garantir melhores condições de vida e trabalho, à luz dos exemplos de sucesso adotados por outros países, ou se significará, ao revés, o enfraquecimento das relações coletivas de trabalho e dos trabalhadores como um todo, frente ao poder diretivo dos empregadores, inserindo-se, portanto, no pacote de medidas destinadas a provocar a inanição do sistema sindical brasileiro.

## **2 Evolução histórico-normativa da representação de trabalhadores na empresa no Brasil**

A despeito de o instituto da representação de trabalhadores no Brasil ter despertado a atenção dos doutrinadores apenas após a previsão na Constituição da República de 1988, uma análise mais detida acerca do tema demonstra que suas origens remontam, ao menos, à década de 1960.

A primeira menção normativa do instituto no Brasil ocorreu em 1967, por meio do Decreto-Lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1967, que alterou a redação do art. 621 da CLT e estabeleceu a criação de comissões mistas de consulta e colaboração no plano da empresa, primeira forma de representação de trabalhadores no âmbito intraempresarial. Não se pode dizer, todavia, que estas tenham desempenhado um papel significativo na implantação e evolução da representação de trabalhadores no País, na medida em

que o seu uso se deu de forma isolada e sua instituição constou em poucos instrumentos coletivos intraempresariais no período.

O instituto, porém, ganha força no final da década de 1970, tornando-se um verdadeiro ponto de resistência dos trabalhadores, especialmente no interior das fábricas de São Bernardo do Campo (SP), contribuindo sobremaneira para a deflagração das greves por empresa de 1978, as quais tiveram início em São Bernardo do Campo e, posteriormente, se alastraram por toda a Grande São Paulo.

Como reação a essas greves intraempresariais, o empresariado da região do ABC paulista, em especial as empresas multinacionais do setor metalúrgico, promoveram uma dispensa em massa de dirigentes sindicais e implantaram nas fábricas brasileiras do setor as primeiras comissões de fábrica, por sua própria iniciativa, com o claro intuito de afastar os sindicatos das negociações entabuladas com os empregados.

Contrariando o real propósito de sua formação pelas entidades dirigentes patronais, as comissões de fábrica implantadas no ABC paulista inseriram-se numa lógica de integração do trabalhador na empresa, possibilitando a sua participação nas decisões que estivessem diretamente relacionadas à dinâmica das relações de trabalho nas unidades produtivas. Incentivadas pelas concepções do *Novo Sindicalismo*, que buscava contestar o modelo corporativista existente na organização sindical brasileira, herança do período varguista, com forte influência do sindicalismo alemão, que nega o conflito típico da relação capital-trabalho e busca a cooperação e a colaboração entre os atores da relação de trabalho, as primeiras comissões de fábrica implantadas pelos empregadores foram desvinculadas dos sindicatos.

Isso gerou uma evidente reação por parte das entidades sindicais, diante do receio da perda de representatividade, por meio da instituição de mecanismos intrafabris. Buscaram, então, à época, instituir a figura dos delegados sindicais, a fim de garantir sua representação nas comissões, manter o contato direto com os trabalhadores da base e coordenar a representação fora e dentro da empresa, e nisto foram muito bem-sucedidos. A partir de então, as comissões passaram a ser formadas por membros indicados pelos sindicatos, além de trabalhadores da empresa desvinculados da representação

sindical, e as entidades sindicais, por sua vez, passaram a desempenhar um papel essencial na representação dos trabalhadores nos locais de trabalho. Segundo Walküre Lopes Ribeiro da Silva,

os sindicatos conseguiram reverter o quadro que lhes era desfavorável e firmaram um canal de comunicação entre eles e o local de trabalho, desta vez institucionalizado pelo empregador, inclusive regido por um estatuto. Um exemplo do papel preponderante da comissão de fábrica para o movimento sindical é a greve dos trabalhadores da Ford no primeiro semestre de 1990, em que a comissão coordenou o movimento grevista dentro da empresa e atuou conjuntamente com o sindicato da categoria. (1988, p. 168).

Vale destacar a tentativa de regulamentação do instituto promovida em 2005, por meio da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 369/2005 – conhecida como a PEC da Reforma Sindical – e do Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais<sup>1</sup>. Ambos foram formulados pelo Fórum Nacional do Trabalho (FNT)<sup>2</sup>, “após um intenso processo de negociação tripartite e paritária” (KAUFMANN, 2005, p. 188).

A PEC n. 369/2005 pretendeu alterar a redação do art. 11 para que constasse o seguinte teor: “É assegurada a representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, na forma da lei”, de modo a suprimir os trechos “nas empresas com mais de duzentos empregados” e “com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”, deixando a cargo do legislador ordinário a elaboração da referida regulamentação. Além dessa alteração, a PEC tinha a intenção de reformar os arts. 8º, 37 e 114 da CF/1988, promovendo, por exemplo, a extinção da unicidade sindical e da organização por

---

1 Disponível em: <https://www.diap.org.br/images/stories/files/564.doc>. Acesso em: 28 jan. 2019.

2 Segundo Gelson Rozentino de Almeida, o Fórum Nacional do Trabalho (FNT), instituído no início do governo do ex-presidente da República Luís Inácio Lula da Silva no âmbito do Conselho Nacional do Trabalho, do Ministério do Trabalho e Emprego, foi criado pelo Decreto n. 4.796/2003 com a finalidade de coordenar a negociação entre os representantes dos trabalhadores, os empregadores e o Governo Federal sobre a reforma sindical e trabalhista no Brasil (ALMEIDA, 2007).

categorias. Entretanto, as proposições constantes da PEC n. 369/2005, por si só, não representavam uma reforma sindical substancial.

Por outro lado, é o Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais, contando com mais de 230 artigos, que institui, segundo Marcus de Oliveira Kauffman,

as reformas mais interessantes e contundentes previstas no ordenamento jurídico para o novo modelo de organização sindical, de negociação coletiva e de solução dos conflitos coletivos de trabalho e que, ainda, instaura verdadeiras alterações no modelo sindical atual, como, por exemplo: I – a previsão das novas formas de aferição da representatividade das entidades sindicais, quer por representatividade comprovada, quer por representatividade derivada; II – a substituição do pilar da categoria econômica ou profissional para o conceito de setores e ramos da atividade econômica; III – o reconhecimento jurídico das centrais sindicais na concertação social, ao mesmo tempo em que se parte para a formação de um regime de pluralidade nas instâncias superiores e de unicidade ou pluralidade nas instâncias inferiores, mormente a dos sindicatos de base; IV – a quebra da necessidade de simetria entre a representação obreira e a representação patronal; V – a configuração de um sistema em que se permite negociações coletivas desarticuladas e descentralizadas desde os níveis mais gerais até os mais específicos, o que se daria mediante a atuação, nova, das representações sindicais nos locais de trabalho, e VI – a valorização dos meios alternativos de solução dos conflitos coletivos de trabalho (2005, p. 189).

Somente em 1988, entretanto, com o advento da Constituição, foi que a representação dos trabalhadores na empresa passou a ter previsão normativa e assento constitucional, no art. 11, o qual dispôs de maneira genérica, carecendo de eficácia plena e imediata, que “[n]as empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição de um representante destes com a finalidade exclusiva de promover-lhes o entendimento direto com os empregadores”.

Desde então, operou-se uma omissão legislativa por quase trinta anos, uma vez que a regulamentação do instituto só veio a ocorrer em 2017, com a Lei da Reforma Trabalhista (Lei n. 13.467), a qual será adiante analisada.

### **3 A regulamentação da representação de trabalhadores no Brasil pela Lei n. 13.467/2017**

Transcorridos quase trinta anos de omissão legislativa desde a promulgação da Constituição Federal de 1988 – que previu a figura da representação de trabalhadores nas empresas em seu art. 11 –, a Lei da Reforma Trabalhista decidiu regulamentar o instituto, por meio da inserção do Título IV-A (*Da Representação dos Empregados*) no bojo da CLT, composto pelos artigos 510-A, 510-B, 510-C e 510-D, ignorando todo o debate travado à época da formalização do Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais e da PEC n. 369/2005, que pretenderam realizar uma reforma no sistema sindical corporativista de forma democrática.

Em razão de intensa discussão doutrinária e de reivindicações das categorias, foi editada posteriormente a Medida Provisória n. 808, em 14 de novembro de 2017, que, entre outros assuntos, inseriu novo dispositivo legal na CLT referente ao tema, o art. 510-E, visando a corrigir distorções geradas pela interpretação dos dispositivos supramencionados, em especial o art. 510-B, que elenca as atribuições dos representantes dos trabalhadores nos locais de trabalho, tendo em vista o aparente conflito destas em relação às atribuições e prerrogativas dos sindicatos, como será mais bem delineado a seguir.

Entretanto, com a perda de validade da MP n. 808/2017 em 23 de abril de 2018, o instituto da representação de trabalhadores no Brasil voltou a ser regulado apenas pelos arts. 510-A, 510-B, 510-C e 510-D, inseridos no texto da CLT pela Lei n. 13.467/2017, os quais dispõem acerca da composição e do dimensionamento das comissões de representantes (art. 510-A), das atribuições dos membros (art. 510-B), do processo de escolha dos representantes eleitos (art. 510-C), bem como do tempo de mandato e da garantia provisória de emprego concedida a esses empregados (art. 510-D).

#### **3.1 Composição da comissão de representantes dos trabalhadores na empresa (art. 510-A da CLT)**

O art. 510-A, que inaugura a regulamentação do instituto, traz disposições acerca da composição e do dimensionamento da

comissão de representantes dos trabalhadores na empresa. A despeito de ter reproduzido em parte o teor do art. 11 da Constituição Federal (“Nas empresas de mais de duzentos empregados, é assegurada a eleição *de um representante* [...]”), prevendo a obrigação de instituição da representação de trabalhadores às empresas com mais de duzentos empregados, o mencionado artigo estabelece que a representação dos empregados da empresa será realizada coletivamente, por meio de uma comissão, não cabendo apenas a um único representante, tal como previsto na CF/1988.

Segundo o § 1º do art. 510-A da CLT, a referida comissão será formada por três membros, no caso de empresas com mais de duzentos e até três mil empregados; cinco membros, nas empresas com mais de três mil e até cinco mil empregados, ou, no máximo, sete membros, nas empresas com mais de cinco mil empregados. Ademais, no caso de a empresa possuir empregados em vários estados e (ou) no Distrito Federal, o § 2º do mencionado dispositivo estabelece a possibilidade de constituição de um colegiado em cada estado ou no Distrito Federal, se os estabelecimentos localizados nessas unidades da Federação possuírem os quantitativos de empregados previstos no § 1º.

A regulamentação acima mencionada comporta breves apontamentos.

Em primeiro lugar, merece destaque a utilização da expressão *empregados* pelo legislador, indicando, a princípio, a exclusão do cálculo do dimensionamento da comissão de todos os trabalhadores não empregados (trabalhadores terceirizados, autônomos, estagiários, voluntários, entre outros).

Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 230-231) consideram que, em se tratando de terceirização permanente (e não a terceirização por contrato provisório, regulada pela Lei n. 6.019/1974), deverão ser incluídos na base de cálculo os trabalhadores terceirizados, tendo em vista a similitude ou, na maior parte das vezes, a identidade de condições de trabalho em relação aos trabalhadores contratados diretamente pela empresa, sob pena de restar configurada manifesta discriminação dos trabalhadores terceirizados, nos termos do art. 3º, *caput*, e incisos I, II, III e IV da CF/1988.

De fato, quando se trata de terceirização permanente, o trabalhador terceirizado integra-se ao universo de trabalhadores da empresa tomadora de serviços, e é nesse espaço que encontra sua verdadeira similitude em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas semelhantes ou conexas, de modo que eventuais reivindicações relacionadas às atividades cotidianas dos trabalhadores diretamente contratados por determinada empresa, por certo, serão compartilhadas pelos terceirizados.

Ademais, tendo em vista a crescente tendência de terceirização de atividades – intensificada com a liberalização da prática, promovida pelas Leis n. 13.429/2017 e n. 13.467/2017 – e o potencial encolhimento do número de postos de trabalho efetivos nas empresas brasileiras de médio e grande porte, a opção pela interpretação literal do dispositivo levaria a um esvaziamento do propósito do instituto, cujos efeitos práticos alcançariam um número cada vez mais reduzido de empresas.

Sobre essa questão, Walküre (1988, p. 86–87) cita como exemplo o caso da Espanha, que, em alteração legislativa implementada já na década de 1980, excluiu a disposição existente no Estatuto dos Trabalhadores, a qual previa o dimensionamento dos comitês de empresa com base apenas na quantidade de empregados, conforme se verifica do trecho abaixo:

[...] a reforma promovida pela Lei n. 32/1984, de 2 de agosto, modificou a determinação que constava na redação original do art. 63 do ET no sentido de calcular o número de trabalhadores na empresa ou centro de trabalho apenas com base no quadro de pessoal fixo. Luís Enrique de la Villa Gil, Gabriel García Bacedas e Ignacio García-Perrote Escartin ressaltaram que a reforma “era na verdade imprescindível, levando em conta a extraordinária magnitude que vem alcançando a contratação por prazo determinado em nosso sistema de relações de trabalho, com os riscos e evidências de precarização que ele suporta”.

Portanto, resta evidenciado que a inclusão dos trabalhadores terceirizados (de forma permanente) no cálculo do dimensionamento da comissão de representantes amolda-se com perfeição ao

princípio constitucional da isonomia e aos objetivos fundamentais da República de que trata o art. 3º da CF.

Outro ponto a ser destacado acerca do ora analisado art. 510-A da CLT é a questão da previsão de representação por empresa – e não por estabelecimento – e do reduzido quantitativo de membros da comissão de representantes: três membros, no caso de empresas com mais de duzentos e até 3.000 empregados; cinco membros, no caso de empresas com mais de 3.000 e até 5.000 empregados; e sete membros, nas empresas com mais de 5.000 empregados, deixando dúvidas acerca da real intenção do legislador.

A título de comparação, vale mencionar que, na Alemanha, a representação é dimensionada por estabelecimento – e não por empresa –, por meio de um órgão competente denominado de Conselho de Empresa, com o objetivo de institucionalizar o relacionamento entre empregados e empregadores. O Conselho de Empresa alemão pode ser criado “em estabelecimentos de qualquer setor de atividade econômica – salvo no setor público – objeto de lei específica – que empreguem pelo menos cinco trabalhadores com direito de voto, dos quais três elegíveis” (SILVA, 1988, p. 60). Ademais, o número de membros do Conselho de Empresa varia conforme a quantidade de trabalhadores que laborem no estabelecimento, conforme preleciona Walküre (1988, p. 61):

Naqueles que empregam habitualmente de cinco a vinte trabalhadores não há propriamente um conselho, devendo ser eleito um delegado. Nos estabelecimentos com 21 a 50 trabalhadores o conselho será composto de três membros, aumentando proporcionalmente seu número até alcançar 31 membros naqueles que ocupem 7.001 e 9.000 trabalhadores. Acima desse nível o conselho de empresa contará com dois membros suplementares para cada 3.000 trabalhadores ou fração de 3000 que ultrapassem o número máximo previsto na lei (art. 9, BetrVG de 1972).

Desse modo, além da preocupação em criar um canal de comunicação dentro de cada estabelecimento empresarial, a menor unidade produtiva da empresa, a legislação alemã previu expressamente a instituição do conselho de empresa para estabelecimentos com o quantitativo de trabalhadores a partir de cinco, fixando

parâmetro de dimensionamento de fato proporcional, levando em conta o fim maior a ser atingido: a representação efetiva dos trabalhadores na dinâmica intraempresarial.

No caso da Espanha, Walküre ensina que o Estatuto dos Trabalhadores prevê a existência de delegados de pessoal, por empresa, em empresas com mais de dez e menos de cinquenta trabalhadores, podendo ser previsto um delegado por *centro de trabalho* (estabelecimento), caso a unidade possua o quantitativo anteriormente mencionado (mais de dez e menos de cinquenta trabalhadores).

Acima desse quantitativo (cinquenta empregados fixos), o referido diploma legal espanhol estabelece a instituição de *comités de empresa*, os quais devem cumprir o seguinte dimensionamento:

- 1) cinco membros, quando se tratar de cinquenta a cem trabalhadores;
- 2) nove membros, de cento e um a duzentos e cinquenta trabalhadores;
- 3) treze membros, de duzentos e cinquenta e um a quinhentos trabalhadores;
- 4) dezessete membros, de quinhentos e um a setecentos e cinquenta trabalhadores;
- 5) vinte e um membros, de setecentos e cinquenta e um a mil trabalhadores;
- 6) até setenta e cinco membros, acima de mil trabalhadores, à base de dois representantes para cada mil trabalhadores ou fração. (SILVA, 1988, p. 87).

Logo, a regulamentação proposta pela Lei da Reforma Trabalhista, no que concerne ao dimensionamento do órgão de representação interna dos trabalhadores na empresa, apresenta restrições (muito) maiores do que as legislações alemã (de 1972) e espanhola (de 1978), seja pelo dimensionamento das comissões de representantes, seja pelo âmbito de sua atuação (estabelecimento, na Alemanha e na Espanha; empresa, no Brasil).

Contudo, nem é preciso buscar exemplos de experiências vivenciadas por países europeus. O próprio Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais, elaborado em 2005 pelo Fórum Nacional do Trabalho (FNT), já citado anteriormente, em seu art. 66, estabeleceu a exigência de instituição de representação de trabalhadores para empresas com número de empregados a partir de trinta, seguindo a proporção de um representante, no caso de empresas que tenham de trinta a oitenta trabalhadores; dois representantes, em empresas

com 81 a 150 trabalhadores; três representantes, em empresas com o quantitativo de 151 a trezentos trabalhadores; quatro representantes, quando se tratar de empresas com o quantitativo de 301 a quinhentos trabalhadores; e, por fim, seis representantes, no caso de empresas com número de trabalhadores a partir de 801 até o limite de mil.

Ademais, como visto, previu que, no caso de empresas com mais de mil empregados, haveria o acréscimo de dois representantes para cada mil ou fração superior a quinhentos trabalhadores, e no caso de empresas com menos de trinta empregados, haveria a possibilidade de instalação da representação por meio de contrato coletivo.

Portanto, depreende-se com clareza que a real intenção do legislador da reforma trabalhista não foi “prestigiar o diálogo social e desenvolver as relações de trabalho no país”, mas sim criar mais um mecanismo para enfraquecer as entidades sindicais (além de promover a extinção brusca da contribuição sindical e da instituição da prevalência do *negociado sobre o legislado*).

Incumbe, então, às entidades sindicais respectivas, conforme autorização expressa contida no art. 611-A, inciso VII, da CLT, por meio de negociação coletiva, buscar a obtenção de melhorias que superem os parâmetros fixados pela lei, seja ampliando o quantitativo de integrantes da comissão, seja estabelecendo regras de distribuição equânime desses membros entre as diversas unidades das empresas, se for o caso, de modo a tornar a representação de trabalhadores intraempresarial o mais efetiva possível.

### **3.2 Atribuições da comissão de representantes dos trabalhadores na empresa (art. 510-B da CLT)**

O art. 510-B da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017, elenca uma série de atribuições da comissão de representantes dos trabalhadores na empresa, nos incisos de I a VII, estabelecendo que as decisões serão sempre colegiadas, observada a maioria simples (§ 1º), e que a comissão de representantes será organizada de forma independente (§ 2º).

A proibição da interferência do empregador nas comissões de representantes de empregados, prevista no § 2º do dispositivo em

análise, materializa um dos poucos aspectos positivos da regulamentação proposta e se harmoniza com o princípio da autonomia sindical, previsto no art. 8º, inciso I, da CF/1988. Para Mauricio Godinho Delgado e Gabriela Neves Delgado (2017, p. 237), a vedação de ingerência empresarial seria decorrência imediata desse princípio, de modo que toda e qualquer medida eventualmente adotada pelas empresas que atente contra a autonomia da comissão de representantes será, de plano, considerada abusiva.

Em contrapartida, nesse dispositivo também reside uma das maiores críticas feitas à regulamentação instituída pela Lei n. 13.467/2017. Isso porque elencou certas atribuições à comissão que em muito se confundem com as prerrogativas e atribuições dos sindicatos previstas nos arts. 512, *a*, 513 e 514 da CLT, e no art. 8º, inciso III, da CF/1988. É o caso, por exemplo, das atribuições previstas nos incisos VI e VII do art. 510-B da CLT, de “encaminhar reivindicações específicas dos empregados de seu âmbito de representação” e de “acompanhar o cumprimento das leis trabalhistas, previdenciárias e das convenções coletivas e acordos coletivos de trabalho”, respectivamente, que são inerentes às entidades sindicais.

De fato, os arts. 512, *a*, 513 e 514 da CLT asseguram as prerrogativas e os deveres do sindicato para a defesa dos interesses de seus associados, e o art. 8º, inciso III, da CF/1988 prescreve que cabe às agremiações sindicais, no exercício da sua ampla legitimidade, a defesa dos direitos e dos interesses dos membros da categoria que representa, inclusive em questões judiciais ou administrativas, dispondo dos instrumentos legais e processuais para o cumprimento dessa missão. Daí emerge a percepção de que há um óbice constitucional expresso a essa particularidade da novel legislação.

Na ordem jurídica internacional, a Convenção n. 135 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificada pelo Brasil e em vigor no plano interno desde 1991, também prevê mecanismos que visam à harmonização das atribuições dos representantes de empresa com as dos sindicatos. É o que se depreende do disposto nos arts. 3º e 5º do mencionado diploma, cujas interpretações devem ser feitas de forma conjugada.

Em razão da enorme controvérsia gerada, o então presidente da República, Michel Temer, editou a Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017, promovendo ajustes pontuais na Lei n. 13.467/2017. Um deles consistiu na inserção do art. 510-E na Consolidação das Leis do Trabalho, cujo teor ora se transcreve:

Art. 510-E. A comissão de representantes dos empregados não substituirá a função do sindicato de defender os direitos e os interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas, hipótese em que será obrigatória a participação dos sindicatos em negociações coletivas de trabalho, nos termos dos incisos III e VI do *caput* do art. 8º da Constituição.

Assim, ao menos no aspecto formal, amenizou a distorção de interpretação do art. 510-B, incisos VI e VII, da CLT, tornando a atribuição das comissões de representantes de empresa residual e limitada a tudo o que não for atribuição e prerrogativa dos sindicatos, nos termos dos dispositivos mencionados.

Entretanto, com a perda de validade da MP, ocorrida em 23 de abril de 2018, remanescem a distorção criada pela redação dos incisos VI e VII do mencionado artigo, e, por consequência, as críticas anteriormente citadas.

Ao lado de tais considerações, resta uma última reflexão a ser feita acerca do art. 510-B da CLT referente à falta de previsão de facilidades ou poderes dos membros da comissão de representantes de trabalhadores para o exercício de suas atribuições. Ora, de nada adianta a previsão de um rol extenso de atribuições se não forem concedidos, na mesma medida, meios que possibilitem a sua execução. Como seria possível, por exemplo, o exercício da atribuição disposta no inciso IV do art. 510-B da CLT (“buscar soluções para os conflitos decorrentes da relação de trabalho, de forma rápida e eficaz, visando à efetiva aplicação das normas legais e contratuais”), se não forem disponibilizadas pelo empregador informações específicas acerca do litígio e (ou) documentos que possam servir de base para uma negociação e solução do conflito pelos representantes?

A Convenção n. 135 da OIT, que dispõe sobre a proteção de representantes de trabalhadores, é muito clara ao prescrever, em

seu artigo 2º, que “[f]acilidades devem ser concedidas, na empresa, aos representantes dos trabalhadores, de modo a possibilitar-lhes o cumprimento rápido e eficiente de suas funções”. O teor desse dispositivo é reiterado pelo Verbete n. 1.099 do Comitê de Liberdade Sindical da OIT – editado na recompilação das suas decisões. Do mesmo modo, a Recomendação n. 143 da OIT, que versa sobre proteção e facilidades a serem dispensadas a representantes de trabalhadores na empresa, além de reproduzir o teor do art. 2º da Convenção n. 135 em seu artigo IV, estabelece que

a gerência deve pôr à disposição de representantes de trabalhadores, nas condições e dimensão que podem ser definidas pelos métodos de implementação a que se refere o Parágrafo 1 desta Recomendação, facilidades materiais e informações que sejam necessárias para o exercício de suas funções.

O Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais de 2005, em contrapartida, previu facilidades aos representantes dos trabalhadores na empresa, em consonância com os ditames acima mencionados, conforme se observa dos arts. 83, inciso III, e 87, abaixo transcritos:

Art. 83 - São assegurados ao representante:

[...]

III – liberdade de opinião, garantindo-se a publicação e distribuição de material de interesse dos trabalhadores.

[...]

Art. 87 - A representação dos trabalhadores terá acesso às informações da empresa que forem necessárias ao efetivo cumprimento de suas atribuições.

A regulamentação introduzida pela Lei n. 13.467/2017, entretanto, não traz qualquer previsão acerca dos direitos à informação e à consulta dos representantes dos trabalhadores na empresa, esvaziando o espaço de representação dos trabalhadores nos locais de trabalho, na medida em que resta prejudicada a execução, de forma eficiente e imparcial, das atribuições impostas à comissão de representantes, subtraindo, portanto, eficácia ao conteúdo jurídico do art. 11 da Constituição Federal.

### 3.3 Eleições dos representantes dos trabalhadores na empresa (art. 510-C da CLT)

O art. 510-C, por sua vez, estabeleceu a obrigatoriedade de realização de eleições, em votação secreta, para a escolha dos membros da comissão de representantes de trabalhadores na empresa, as quais deverão ser convocadas, conforme o teor do *caput* do mencionado dispositivo, com antecedência mínima de trinta dias do término do mandato anterior, por meio de edital a ser amplamente divulgado na empresa, fixando regras para inscrição da candidatura.

A fim de garantir a imparcialidade das eleições intraempresariais, a lei previu dois mecanismos no § 1º do art. 510-C. Um deles foi a vedação da participação da empresa no processo eleitoral. O segundo foi a previsão de formação de uma comissão eleitoral composta por cinco empregados não candidatos, com a atribuição de realizar o acompanhamento e a organização do processo eleitoral. Apesar de essa regulamentação ter sido positiva, a lei restou omissa no que concerne ao modo de escolha dos membros, cabendo, então, aos trabalhadores – e não à empresa, considerando a vedação imposta no mencionado dispositivo – estabelecer os critérios de escolha e seleção.

Ademais, cabe reiterar que os trabalhadores terceirizados de modo permanente devem ter a possibilidade de integrar as comissões eleitorais, sob pena de restar configurada manifesta discriminação, nos termos do art. 3º, *caput*, e incisos I, II, III e IV da CF/1988.

A lei, porém, falhou ao estabelecer a vedação de participação do sindicato da categoria no processo eleitoral, na medida em que não cabe ao Estado intervir na organização dos trabalhadores e na atuação dos sindicatos na defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, tendo em vista as premissas constitucionais de que “é livre a associação profissional ou sindical” (art. 8º, *caput*, CF/1988) e de que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas” (art. 8º, III). Desse modo, a decisão sobre a participação ou não do ente sindical representante da categoria na eleição deve ser tomada exclusivamente pelos próprios trabalhadores.

O Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais, de 2005, por outro lado, não só permitiu a participação dos sindicatos nas eleições dos representantes dos trabalhadores na empresa como também estabeleceu, em seu art. 67, que lhes caberia a convocação das eleições.

Nesse cenário, o impedimento contido na Lei da Reforma Trabalhista milita em prol do distanciamento entre o sindicato e a representação intraempresarial, inibe a formação e o fortalecimento de vínculos de classe no estabelecimento e a salutar interação entre ambos, voltada para uma desejável convergência de pautas de atuação, mantendo o controle do processo eleitoral e da própria representação, ainda que de modo indireto, na esfera de influência dos empregadores.

O art. 510-C prevê também, em seu § 5º, não bastasse o reduzido quantitativo de representantes indicado no art. 510-A, a possibilidade de formação de comissão de representantes dos empregados em número ainda inferior, se não forem apresentados candidatos suficientes, a revelar, de antemão, o desestímulo criado pelo legislador à efetiva representação nos locais de trabalho. A mesma compreensão se pode extrair do contido no § 6º, que traz a possibilidade de vacância da representação de trabalhadores na empresa, caso não haja registro de candidatura.

Nesse quesito, merece referência a disposição expressa contida no Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais, que não só estabeleceu, em seu art. 77, que a representação dos trabalhadores não poderá sofrer redução no número de representantes e nem ser extinta antes do término do mandato, ainda que haja diminuição de trabalhadores – ressalvado o caso de encerramento das atividades da empresa –, como também previu, em seus arts. 79 e 80, que, em hipótese de vacância, além de ser exigida a comunicação imediata ao Ministério do Trabalho e Emprego, deverá ser realizada eleição para a escolha do substituto que concluirá o mandato. Ademais, previu que, caso reste comprovado que a vacância decorreu de ato discriminatório do empregador, o representante afastado retornará à representação, sem prejuízo do mandato do substituto.

Esta é, portanto, mais uma das diversas possibilidades criadas pela própria lei que pretende regulamentar o instituto da representação dos

trabalhadores nos locais de trabalho, com vistas a esvaziar o seu conteúdo, valendo-se de artimanhas diversas para o seu não cumprimento.

### 3.4 Mandato dos membros da comissão de representantes dos trabalhadores na empresa (art. 510-D da CLT)

Nas disposições do art. 510-D da CLT residem diversas críticas a serem feitas à regulamentação levada a efeito pela Lei da Reforma Trabalhista.

A primeira delas está albergada no *caput* do mencionado dispositivo legal, que estabeleceu o mandato de apenas um ano para os representantes dos trabalhadores eleitos, o que arrefece a iniciativa e fragiliza a proatividade na atuação da comissão, sobretudo nas questões que geram algum tipo de desagrado ao empregador.

Além da fragilidade advinda da brevidade do período do mandato, o art. 510-D traz, no § 1º, a vedação de recondução, nos dois períodos subsequentes, dos membros eleitos em ano anterior, o que dificulta sobremaneira o estabelecimento de medidas internas de longo prazo, bem como o conhecimento aprofundado pelos membros eleitos acerca da dinâmica empresarial, o que exigiria maior domínio e ingerência do trabalhador nas funções a serem exercidas exclusivamente pelos representantes de trabalhadores.

A título de comparação, o Anteprojeto de Lei de Relações Sindicais previu o mandato de três anos, sendo permitida uma reeleição (art. 76). Na Alemanha, por sua vez, o mandato dos membros eleitos para o conselho de empresa também é de três anos, a fim de permitir aos trabalhadores o estabelecimento de um real contrapoder no âmbito da empresa. As exceções ocorrem nos casos de aumento ou diminuição do número de trabalhadores na ordem de 50% ou na hipótese de a maioria dos membros do conselho renunciar às suas funções, oportunidades em que deverão ser realizadas novas eleições, a fim de sanar a insuficiência de representação gerada (SILVA, 1988, p. 61).

Outro ponto bastante polêmico a ser discutido acerca do art. 510-D é o teor do seu § 3º, que consigna expressa garantia provisória de emprego em favor dos trabalhadores membros da comissão de representação de empregados na empresa, assegurando-lhes

proteção apenas contra a dispensa arbitrária, entendendo-se como tal a que não se fundar em motivo disciplinar, técnico, econômico ou financeiro, desde a candidatura até um ano após o final do mandato, e não contra toda e qualquer dispensa sem justa causa.

Essa proteção garantida aos membros das comissões de representantes dos trabalhadores difere daquela garantida aos dirigentes sindicais (art. 543, § 3º, da CLT), em que a dispensa só é possível no caso de falta grave praticada pelo empregado, constituindo ônus do empregador prová-la por meio de inquérito judicial. Por outro lado, assemelha-se, em certa medida, à proteção atribuída aos trabalhadores integrantes da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA), prevista no art. 165 da CLT. A única diferença entre elas consiste no fato de que, no caso dos membros da CIPA, a dispensa só é válida quando precedida de autorização judicial, exigência essa não estabelecida na Lei n. 13.467/2017.

Portanto, esta garantia provisória de emprego não representa uma efetiva proteção à dispensa, na medida em que não obsta a dispensa sem justa causa baseada em suposta crise financeira ou econômica, ou, ainda, em motivos técnicos, como a inovação tecnológica, e nem mesmo exige autorização judicial para sua validade, como é o caso da proteção atribuída aos trabalhadores integrantes da CIPA, o que decerto compromete o pleno exercício das funções reservadas aos representantes dos trabalhadores nas empresas.

Por derradeiro, viola as normas internacionais sobre o tema, em especial a Convenção n. 135 da OIT (artigo 1º), a qual dispõe:

Os representantes dos trabalhadores na empresa devem ser beneficiados com uma proteção eficiente contra quaisquer medidas que poderiam vir a prejudicá-los [...] e que seriam motivadas por sua qualidade ou suas atividades como representantes dos trabalhadores, sua filiação sindical, ou participação em atividades sindicais, conquanto ajam de acordo com as leis, convenções coletivas ou outros arranjos convencionais vigorando.

Viola, outrossim, a Recomendação n. 143, também da OIT, que estabelece, em seu art. 6, diversos requisitos para a dispensa dos representantes eleitos.

## 4 Conclusão

A elevação da representação dos empregados na empresa ao plano constitucional contou com relevantes antecedentes históricos e legislativos na realidade brasileira. Embora a norma ordinária anteriormente editada possa ser apontada como o embrião do que viria a ser o instituto, foram as lutas sindicais e as greves deflagradas no espaço das fábricas na esfera da metalurgia multinacional instalada na grande São Paulo, no final dos anos 1970, que forjaram a sua importância e lhe atribuíram contornos e características de legitimação categorial.

O verdadeiro propósito dos dirigentes empresariais à época consistia em patrocinar a instalação das chamadas comissões de fábrica desvinculadas dos sindicatos e utilizá-las como anteparo para afastar os entes sindicais das negociações com os empregados e enfraquecer a sua representatividade. Estes, em contraponto, foram eficazes e contornaram tal intento, pela integração dos trabalhadores na dinâmica das relações de trabalho na empresa e participação nas decisões relacionadas ao local de trabalho. A criação da função de delegados sindicais e a participação destes nas comissões de fábrica existentes à época, ao lado de trabalhadores representantes sem atrelamento aos sindicatos, restaurou-lhes a precedência e o controle sobre as comissões.

O tempo decorrido desde a constitucionalização do instituto jurídico da representação dos empregados na empresa até o advento da sua regulamentação por lei ordinária – de trinta anos – é revelador do nível de prioridade atribuído a essa temática pelo Congresso Nacional. A resistência identificada no âmbito do processo legislativo às avançadas propostas – seja da emenda constitucional, seja do anteprojeto de lei de relações sindicais – que tramitaram nesse ínterim deixa entrever o esforço do segmento parlamentar empresarial em evitar que o fortalecimento da atuação dos sindicatos pela ação da representação dos empregados no local de trabalho, preteritamente registrado, fosse retomado na fase pós-Constituição.

Por eliminar a prolongada falta de efetividade normativa, o legislador da recente Reforma Trabalhista, ao menos no que se refere à iniciativa de regulamentação do instituto da representação

dos empregados no âmbito empresarial, agiu com senso de oportunidade. Em relação ao teor e literalidade dos dispositivos, no entanto, atuou em inobservância às disposições das normas internacionais de regência do tema – Convenção n. 135 e Recomendação n. 143, ambas da OIT – e às experiências exitosas advindas do Direito Comparado (no caso, alemão e espanhol), ao referir, por exemplo, que a norma alcança *empregados* e não *trabalhadores*, que serão excluídos da base de cálculo e fixação do quantitativo de representantes os trabalhadores não empregados, que o cálculo do dimensionamento considerará a *empresa* e não o *estabelecimento*, e ao estabelecer reduzido número de membros da comissão.

Do contexto, emerge a percepção de que o legislador reformista não teve como elemento condutor de sua ação o fortalecimento da ação sindical, o prestígio ao diálogo social no mundo do trabalho e, no ponto específico, a inserção e a participação dos trabalhadores na dinâmica intraempresarial. Na esteira de outras alterações de grave impacto nas relações de trabalho – como a súbita extinção da contribuição sindical e a instituição da prevalência do negociado sobre o legislado –, a regulamentação do instituto da representação, conquanto alvissareira por afastar o longo histórico de inefetividade decorrente da ausência de disciplina infraconstitucional, delineou contornos que limitam sobremodo a atuação e as garantias dos representantes, distanciando-se em muito do modelo descrito nos instrumentos internacionais de regência, vigentes na ordem jurídica interna.

Nesse cenário, remanesce aos sindicatos o desafio de ampliar, no espaço negocial coletivo, cujas regras resultantes foram erigidas ao patamar de supremacia normativa naqueles temas expressamente autorizados, mais precisamente no art. 611-A, VII, da CLT, o tímido padrão numérico estabelecido pela lei, buscando incluir nos instrumentos coletivos a adoção da representação por estabelecimento; a implementação de uma escala progressiva para fixação do quantitativo de membros da comissão de representantes, em proporcionalidade ao número de trabalhadores; a distribuição de representantes por unidade produtiva; a ampliação do período de mandato; a autorização para a reeleição; a concessão de mecanismos de proteção efetiva ao emprego para estes representantes; entre outros.

No plano hermenêutico, incumbe aos intérpretes e aplicadores das disposições normativas analisadas a busca do seu sentido e alcance, enfrentando as inconsistências relevadoras de potenciais inconveniências e/ou inconstitucionalidades, na perspectiva dos mencionados instrumentos internacionais internalizados e da própria ordem constitucional vigentes, de modo a extrair do instituto jurídico da representação a sua máxima efetividade, harmonizando-o com o espaço de atuação e as prerrogativas dos sindicatos, assegurados pela Constituição.

## Referências

ALMEIDA, Gelsom Rozentino de. O governo Lula, o Fórum Nacional do Trabalho e a reforma sindical. *Revista Katálysis*, Florianópolis, v. 10, n. 1, jan./jun. 2007. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1414-49802007000100007](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802007000100007). Acesso em: 28 jan. 2019.

BITENCOURT, Elcimar Rodrigues Reis. Representação dos empregados. In: COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira; BELTRAMELLI NETO, Silvio (orgs.). *Reforma trabalhista na visão de procuradores do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

KAUFMANN, Marcus de Oliveira. A anti-sindicalidade e o anteprojeto de lei de relações sindicais. *Revista TST*, Brasília, v. 71, n. 2, maio/ago. 2005, p. 188. Disponível em: [https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/3759/011\\_kaufmann.pdf?sequence=9&isAllowed=](https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/3759/011_kaufmann.pdf?sequence=9&isAllowed=). Acesso em: 28 jan. 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. *Comentários à reforma trabalhista*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

SILVA, Walküre Lopes Ribeiro da. *Representação e participação dos trabalhadores na gestão da empresa*. São Paulo: LTr, 1988.

# Desafios do sindicalismo: deveres, vedações e custeio dos sindicatos pós-reforma trabalhista<sup>1</sup>

Állysson Feitosa Torquato Scorsafava

Procurador do Trabalho. Especialista em Direito Aplicado ao Ministério Público do Trabalho pela Escola Superior do Ministério Público da União.

**Resumo:** A Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada Lei da Reforma Trabalhista, aboliu a compulsoriedade da contribuição sindical. O sistema sindical brasileiro, inspirado no corporativismo, desde a Era Vargas até depois da Constituição de 1988, amparava-se em quatro pilares: unicidade na mesma base territorial; representação compulsória; critério de agregação por categoria; e, até 2017, custeio obrigatório. Dada a derrogação de um de seus fundamentos, cuja constitucionalidade foi confirmada pelo Supremo Tribunal Federal em 2018, este artigo aborda que efeitos a nova conformação do financiamento sindical, conjugada com o protagonismo da autonomia da vontade coletiva, tem sobre os deveres, vedações e restrições ao custeio das organizações de coordenação e defesa dos trabalhadores. Limitações legais ao exercício da atividade econômica por sindicatos e a transferência a eles do dever de prestar assistência judiciária gratuita no âmbito da Justiça do Trabalho são contestadas. Restrições jurisprudenciais à validade da contribuição assistencial, nesta nova quadra, também são examinadas. Por fim, aborda-se a forma de expressão, coletiva ou individual, da autorização requerida em lei para o desconto em folha da contribuição sindical após o fim do seu caráter tributário.

**Palavras-chave:** Reforma trabalhista. Contribuição sindical. Assembleia geral da categoria. Assistência judiciária gratuita. Atividade econômica sindical. Contribuição assistencial.

---

1 Não são abordadas no artigo as alterações normativas promovidas pela Medida Provisória n. 873, de 1º de março de 2019. Quando da submissão do texto para publicação, a medida provisória ainda não havia sido editada.

**Abstract:** Law 13.467, dated July 13, 2017, known as labor reform, has abolished the trade union contribution. From Vargas Era and even after the Constitution of 1988, Brazilian industrial relations, inspired by corporatism, were centered on four aspects: prohibition of creating more than one trade union for a given occupational category of workers in a given territorial area; universal validity of collective labor agreements; organizations grouping together workers based on the notion of category; and, until 2017, union dues imposed by law. Once one of these foundations was revoked by law, which was ruled constitutional by the Brazilian Supreme Court in 2018, this article addresses the effects that the new conformation of union funding has on the duties and restrictions laid upon workers' organizations. Legal limitations to the exercise of economic activity by unions and the duty to provide free legal assistance are contested. Courts' ban on the validity of the agency shop clause are also examined. Finally, it is also addressed if the general meeting of the occupational category could allow that union dues should be deducted for non-members' wages, if they do not express their dissent.

**Keywords:** Labor reform. Mandatory union fees. General meeting of the occupational category. Legal aid. Trade unions economic activity. Agency fee.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O sistema sindical brasileiro. 2.1 Da unicidade sindical. 2.2 Da compulsoriedade da representação. 2.3 Critério de agregação por categoria. 2.4 Da obrigatoriedade do custeio. 3 O fim da contribuição sindical compulsória e os efeitos nos deveres e restrições dos sindicatos. 3.1 O fim do dever legal de prestar assistência judiciária gratuita aos integrantes da categoria profissional. 3.2 A inconstitucionalidade da vedação ao exercício de atividade econômica por entidades sindicais. 3.3 A superação da jurisprudência pela inconstitucionalidade da contribuição negocial devida por não associados. 3.4 Da autorização assemblear como requisito suficiente para o desconto da contribuição sindical, ressalvado o direito de oposição. 4 Considerações finais.

## 1 Introdução

Nos países com liberdade sindical plena, o financiamento dos sindicatos já constitui um desafio à sobrevivência e à relevância dessas entidades há décadas, especialmente a partir dos anos 1980, quando as taxas de filiação passaram a declinar continuamente (RODRIGUES, 2009).

O Brasil se manteve ao largo dessa questão, visto que contava com um mecanismo compulsório de custeio das organizações sindicais: o imposto sindical, instituído pelo Decreto-Lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939, albergado na redação original da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e, desde o Decreto-Lei n. 27, de 14 de novembro de 1966, denominado contribuição.

As críticas a esse modelo de financiamento vêm de longa data. Em síntese, centram-se no fato de que se permitiria às organizações sindicais se desconectarem da base que representam, uma vez que não dependeriam da anuência dos representados para prover os meios materiais de que necessitavam para operar. Outro efeito deletério seria o de que, em conjunto com a unicidade mantida pelo art. 8º, II, da Constituição da República Federativa do Brasil (CF), e com o fim da ingerência estatal no reconhecimento da personalidade sindical às novas organizações, a contribuição estimularia a pulverização das entidades de defesa dos trabalhadores, com a criação de sindicatos sem representatividade com o intuito primeiro de perceber a receita tributária.

Após o advento da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, denominada reforma trabalhista, a compulsoriedade da contribuição sindical foi abolida e ela passou a depender de “autorização prévia e expressa” dos integrantes da categoria profissional para ser descontada em folha (art. 579, CLT, entre outros).

A Lei n. 13.467/2017 não previu qualquer forma alternativa de custeio das organizações sindicais ou regra de transição. No meio jurídico, debate intenso teve início, com vozes argumentando a favor da inconstitucionalidade formal e material da extinção da contribuição sindical obrigatória tal como ocorrida.

Quase duas dezenas de ações diretas de inconstitucionalidade foram ajuizadas no Supremo Tribunal Federal<sup>2</sup>.

---

2 Conforme a primeira página do voto do ministro Edson Fachin presente na ADI 5.794/DF [BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.794/DF* (0012033-40.2017.1.00.0000). Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transporte Aquaviário e Aéreo, na Pesca e nos Portos (CONTMAE). Relator: Min. Edson Fachin, 29 de junho de 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/VotoADI5794.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018].

Em 6 de agosto de 2018, a Suprema Corte pôs fim à controvérsia e, por maioria, julgou constitucional o fim do tributo.

Com isso, o problema do custeio, que, por muito tempo, aflige organizações nas quais a liberdade sindical é ampla e, portanto, não contam com meios oficiais de financiamento, passou a constituir desafio premente à sobrevivência e atuação também dos sindicatos, federações e confederações brasileiros, tanto mais no cenário pós-reforma trabalhista, em que a barganha coletiva passou por grande valorização, alargando-se sensivelmente o escopo do que poderia ser negociado e superando-se, pela via legislativa, restrições antes impostas jurisprudencialmente.

Este artigo, dentro de seus limites, visa a contextualizar o fim da contribuição sindical obrigatória no modelo brasileiro de normatização das organizações sindicais bem como discorrer sobre novas frentes de atuação que, com a supressão do financiamento compulsório, abrem-se aos sindicatos, considerando-se os impactos que esse ponto da reforma trabalhista pode causar em entendimentos jurisprudenciais antes sedimentados a respeito da matéria.

Dado o escopo deste trabalho, delimita-se que as referências às associações sindicais são exclusivamente às formadas por trabalhadores.

## **2 O sistema sindical brasileiro**

Desde a Era Vargas, o ordenamento jurídico organiza a representação coletiva dos trabalhadores e sua relação com os representados, empregadores ou entes coletivos de representação patronal com base em quatro princípios nucleares: unicidade na mesma base territorial; representação compulsória; critério de agregação por categoria; e, até a reforma trabalhista, custeio obrigatório.

Essa conformação é resultado da inspiração corporativa, que, no campo sindical, aproxima a CLT da *Carta del Lavoro*, conforme se depreende do Enunciado III daquele Documento de 1927<sup>3</sup>:

Há liberdade de organização profissional ou sindical. Mas somente o sindicato legalmente reconhecido e sujeito ao controle do Estado

---

3 ITÁLIA. *Carta del Lavoro*. 21 apr. 1927.

tem o direito de representar legalmente toda a categoria de empregadores ou empregados que o constituem. [...] ou estipular contratos coletivos de trabalho que vinculem todos aqueles que pertençam à categoria ou impor-lhes taxas ou exercer em seu nome funções delegadas de interesse público.

Contudo, é preciso notar que a concepção corporativa de Estado precede o fascismo italiano (CASAGRANDE, 2018). Na CLT, apenas a normatização do direito coletivo do trabalho partilha da mesma influência que a *Carta del Lavoro*, desautorizando acusações de que a legislação trabalhista brasileira, mormente no campo individual, tenha natureza autoritária ou seja cópia da sua contraparte italiana promulgada durante o regime de Benito Mussolini.

Na perspicaz observação de José Murilo de Carvalho (*apud* MİGOWSKI, 2017) sobre a contribuição varguista ao Direito do Trabalho: “A interferência do Estado era uma faca de dois gumes. Se protegia com a legislação trabalhista, constringia com a legislação sindical”.

## 2.1 Da unicidade sindical

O Decreto n. 19.770, de 19 de março de 1931, instituiu o reconhecimento oficial do sindicato pelo então Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio como condição para a aquisição de personalidade jurídica (art. 2º). Embora não previsse expressamente a unicidade, a norma dispunha de critérios para que fosse reconhecida apenas uma organização sindical em caso de conflito entre duas que se pretendessem representativas da mesma classe (art. 9º), sugerindo adesão implícita ao princípio<sup>4</sup>.

A unicidade foi superada expressamente pela Constituição de 1934, quando vigeu o parágrafo único do art. 120 da redação originária daquela Carta, conforme redação constante do Decreto

---

4 Art. 9º, Decreto n. 19.770/1931: “Scindida uma classe e associada em dous ou mais sindicatos, será reconhecido o que reunir dous terços da mesma classe, e, si isto não se verificar, o que reunir maior numero de associados.

Paragrapho unico. Ante a hypothese de preexistirem uma ou mais associações de uma só classe e pretenderem adoptar a fôrma syndical, nos termos deste decreto, far-se-á o reconhecimento, de accordo com a fórmula estabelecida neste artigo”.

Legislativo n. 6, de 18 de dezembro de 1935, publicado no Diário do Poder Legislativo de 19 de dezembro de 1935<sup>5</sup>:

Art. 120. Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

Parágrafo único. A lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos.

Nada obstante, em razão do excessivo controle estatal sobre a criação e o funcionamento das organizações sindicais, aprofundado pelo Decreto n. 24.694, de 12 de julho de 1934, a pluralidade sindical jamais veio a florescer. A Constituição de 1937 não reproduziu o dispositivo que a assegurava, vindo ela a ser decisivamente superada com o Decreto-Lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939, o qual adotou expressamente, no seu art. 6º, o princípio da unicidade, mantido desde então pelas legislações infraconstitucionais posteriores e alçado à estatura constitucional pela Carta de 1988.

A unicidade foi recepcionada expressamente pela ordem constitucional em vigor no art. 8º, II, da CF:

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

O dispositivo vai de encontro ao art. 2ª da Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, que dispõe:

Os trabalhadores e os empregadores, sem distinção de qualquer espécie, *terão direito de constituir, sem autorização prévia, organizações de sua escolha*, bem como o direito de se filiar a essas organizações, sob a única condição de se conformar com os estatutos das mesmas. (Grifos nossos).

A contrariedade da unicidade sindical acolhida no art. 8º, II, da CF com o art. 2º da Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) é declarada expressamente no verbete 314 do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT:

---

5 Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/norma/535183>.

314. Disposições de uma constituição nacional relativas à proibição de se criarem mais de um sindicato por categoria profissional ou econômica, qualquer que seja o grau da organização, numa determinada base territorial, que não poderá ser inferior à área de um município, não estão de conformidade com os princípios da liberdade sindical<sup>6</sup>. (OIT, 1997, p. 62; 2006, p. 66).

A especificidade desse enunciado à regra constitucional não é coincidência. O verbete é resultado de reclamação apresentada pela Confederação Internacional de Sindicatos Livres, em 23 de janeiro de 1989, contra a República Federativa do Brasil, precisamente em razão de disposições da Constituição de 1988 que reproduziam preceitos de legislações anteriores incompatíveis com a Convenção 87, especialmente no que concerne à unicidade e à contribuição sindical obrigatórias (OIT, 1989).

São vários os enunciados do Comitê de Liberdade Sindical que expressam enfaticamente o seu entendimento pela contrariedade do monopólio legal de representação com os princípios internacionais que garantem a plena liberdade sindical<sup>7</sup>.

A Convenção 87 da OIT, não ratificada pelo Estado brasileiro, é reputada pelo Conselho de Administração daquele organismo internacional como uma das oito convenções fundamentais, referida especificamente no item 2, a, *ab initio*, da Declaração sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, de 1998, que alude à liberdade sindical.

## 2.2 Da compulsoriedade da representação

Outra característica marcante do sistema brasileiro é o fato de que o sindicato detém o monopólio de representação de toda a categoria na sua base territorial, não apenas dos filiados. Há uma

---

6 Verbetes 277 na edição de 1997 da *Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*.

7 Verbetes 282, 287, 288, 289, 291, 292 da *Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT* de 1997, por exemplo.

estreita ligação entre unicidade, critério de agregação por categoria e representação compulsória de toda ela, o que, por sua vez, conferia certa lógica em atribuir os custos de operação sindical também à totalidade da base representada.

O art. 7º do Decreto n. 19.770, de 19 de março de 1931, previa:

Como pessoas jurídicas, assiste aos sindicatos a faculdade de firmarem ou sancionarem convenções ou contractos de trabalho *dos seus associados*, com outros sindicatos profissionais, com empresas e patrões, nos termos da legislação, que, a respeito, for decretada. (Grifo nosso).

Por sua vez, o Decreto n. 21.761, de 23 de agosto de 1932, estatua expressamente que a negociação coletiva vinculava apenas as partes convenientes e seus respectivos associados, prevendo inclusive o direito de oposição do filiado, caso este se desligasse do sindicato dentro de certo lapso temporal após a aprovação do instrumento em assembleia geral, desde que não tivesse anuído a ele na ocasião:

Art. 5º Desde que preencham as formalidades exigidas pelos artigos anteriores, as convenções coletivas obrigam tanto aos sindicatos ou agrupamentos que as ajustarem ou que vierem a aderir, como aos seus componentes, os quais não ficarão exonerados das obrigações assumidas pelo fato de retirarem a sua adesão ou deixarem de fazer parte dos sindicatos ou agrupamentos.

§ 2º *O componente de um sindicato ou de qualquer outra associação que não haja concordado em ratificar uma convenção coletiva, quer tenha votado contra ela, quer não tenha comparecido à assembleia ratificadora, poderá exonerar-se de qualquer compromisso, demitindo-se, por escrito, do sindicato ou associação no prazo de 10 dias, contados da data em que se tiver realizado a referida assembleia.* (Grifos nossos).

A convenção coletiva apenas se tornava de observância obrigatória a toda a categoria, por ato do então ministro do Trabalho, Indústria e Comércio, se houvesse requerimento de um dos convenientes e caso a norma tivesse sido celebrada em um ou mais Estados ou Municípios por três quartos de empregadores ou empregados do mesmo ramo de atividade profissional (art. 11). Contudo, perceba-se que o fundamento de validade da extensão não seria a representação dos sindicatos convenientes, mas o ato do ministro de Estado.

A Constituição de 1934 inovou ao positivizar o direito ao “reconhecimento das convenções coletivas de trabalho” (art. 121, § 1º, *j*), nada falando sobre a sua abrangência. Todavia, como ela própria reconhecia a possibilidade de coexistência de sindicatos na mesma base territorial, é de se entender que a legislação do trabalho infraconstitucional não poderia, compulsoriamente, atribuir a uma organização sindical a representação de grupos inteiros que não manifestassem por ela qualquer preferência. Então, esse mesmo grupo poderia fundar outro sindicato, se entendesse conveniente.

A legislação da época previa que o sindicato representaria apenas os seus associados, e esta continuaria a ser a extensão das convenções e acordos coletivos quando tivesse aquela Carta Política entrado de fato em vigor.

A Constituição de 1937, contudo, foi expressa em sentido oposto, lançando os alicerces da legislação sobre o tema que vigora até os dias atuais. O art. 138 estipulava que somente o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado detinha o direito de representação legal dos que participassem da “categoria de produção” para que fora constituído. Embora o dispositivo em comento aludisse a “contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os [...] *associados*” (grifo nosso), o art. 137, *a*, dispunha que “os contratos coletivos de trabalho concluídos pelas associações, legalmente reconhecidas, de empregadores, trabalhadores, artistas e especialistas” seriam “aplicados a todos os empregados, trabalhadores, artistas e especialistas” que elas representassem.

O Decreto-Lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939, classificava como prerrogativas unicamente dos sindicatos reconhecidos pelo Ministério do Trabalho “firmar contratos coletivos de trabalho” e “impor contribuições a todos aqueles” que participassem “das profissões ou categorias representadas” (art. 3º, *c e f*). Daí já se deduz que a representação do sindicato ultrapassava os limites subjetivos de seus filiados e abrangia todos os indivíduos integrantes da categoria, porquanto poderia mesmo *impor-lhes* o seu próprio custeio.

Com a superveniência do Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, que promulgou a CLT, foram expressamente mantidas

tanto a representação formal de toda a categoria pelas organizações sindicais como a extensão dos efeitos do acordo ou convenção “à integralidade das categorias representadas pelos sindicatos que firmaram a norma coletiva”, fenômeno que João Batista Pereira Neto (2017, p. 60) classifica de “autoaplicação”.

O art. 511 dispõe que cabem às associações sindicais o estudo, a defesa e a coordenação dos interesses profissionais de todos os integrantes da categoria, não apenas dos filiados. Por sua vez, o art. 611 prescreve que as convenções coletivas estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas *representações* dos sindicatos convenientes, às relações individuais de trabalho. Todavia, a redação originária do art. 612, até a alteração conferida pelo Decreto-Lei n. 229, de 28 de fevereiro de 1967, trazia disposição semelhante à do Decreto n. 21.761/1932:

Art. 612. O contrato coletivo, celebrado nos termos do presente capítulo, aplica-se aos associados dos sindicatos convenientes, podendo tornar-se extensivo a todos os membros das respectivas categorias, mediante decisão do Ministro do Trabalho, Indústria e Comércio.

Cuida-se de mais uma incongruência sistemática da CLT.

Só pode haver representação compulsória se houver unicidade. Sendo permitida a pluralidade, ou a representação é expressa, derivada da filiação à organização, ou tácita, advinda, quando muito, da não fundação ou da não filiação a outra associação sindical que o obreiro entender conveniente. A unicidade retira da vontade do trabalhador o fundamento de legitimidade do sindicato e o repassa à lei: determinado sindicato é o legítimo e único representante coletivo dos trabalhadores porque o Estado o reconhece como tal.

De outro giro, a autoaplicação das convenções ou acordos coletivos à categoria representada seria uma das contrapartidas do sindicato à contribuição compulsória antes cobrada dos não associados.

Em um contexto de baixa sindicalização ou pouca maturidade do movimento sindical, esse arranjo permitia que largas parcelas não mobilizadas da classe trabalhadora estivessem garantidas pelos avanços conquistados na barganha coletiva. Todavia, este arranjo

não estimulava que essa mesma mobilização ocorresse de maneira espontânea, dado que os trabalhadores se beneficiariam da ação sindical, neste e em outros aspectos, como na assistência judiciária gratuita, sem a necessidade de buscar a participação no sindicato.

### 2.3 Critério de agregação por categoria

Segundo a tipologia de Maurício Godinho Delgado (2018, p. 1582), existem basicamente “quatro padrões de agregação de trabalhadores a seus respectivos sindicatos”.

Há o sindicato por ofício ou profissão, que favorece um corte horizontalizado na força do trabalho, conforme a atividade exercida pelo obreiro, independentemente do tomador de serviço em favor de quem estiver se ativando. Tal modalidade de sindicalização teve um papel importante nas origens do sindicalismo britânico (RODRIGUES, 2009, p. 273). No Brasil, é critério minoritário de agrupamento, sendo relevante para as chamadas categorias profissionais diferenciadas, definidas no art. 511, § 3º, da CLT como as formadas por “empregados que exerçam profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares”.

Os sindicatos por categoria profissional, critério adotado majoritariamente no Brasil (art. 511, §§ 1º e 2º), são aqueles cujo fator de agrupamento é a atividade econômica exercida pelo empregador. É, portanto, um critério de agregação vertical de trabalhadores, pois todos os vinculados a determinado tipo de empreendimento, salvo se enquadrados em categorias diferenciadas, estarão sob a alçada de uma mesma base de representação sindical.

A experiência internacional registra ainda os sindicatos por empresa, compostos por trabalhadores vinculados a um único empregador ou mesmo a um único estabelecimento. São particularmente importantes nos Estados Unidos (DELGADO, 2018, p. 1585; RODRIGUES, 2009, p. 28).

Existem ainda os sindicatos por ramo empresarial de atividades, abarcando segmentos inteiros da economia, como os trabalhadores do sistema financeiro, da indústria ou dos serviços. É o cri-

tério mais amplo de agregação, que enseja o advento de sindicatos com larga base territorial e de grande número de trabalhadores. Têm bastante relevância na Alemanha (DELGADO, 2018, p. 1586).

O Comitê de Liberdade Sindical da OIT se posiciona a favor da possibilidade de os próprios trabalhadores definirem o critério de agregação das organizações sindicais que fundarem e administrarem, repudiando qualquer imposição legal, conforme verbete 334<sup>8</sup>: “Os trabalhadores deveriam poder decidir se preferem formar, no primeiro grau, um sindicato de empresa ou outra forma de agrupamento de base como um sindicato de indústria ou ofício” (OIT, 1997, p. 62; 2006, p. 70).

Sobre os efeitos da adoção de cada critério de agrupamento, cabe pontuar que, conforme indica a experiência norte-americana, os sindicatos por empresa tendem a acirrar a oposição patronal à ação sindical, uma vez que as vantagens obtidas pelo sindicato, com o correlato aumento do custo da mão de obra, ficariam circunscritas a certas empresas ou estabelecimentos, desnivelando a competição no mercado interno. Leôncio Martins Rodrigues (2009, p. 217-218) observa:

A ênfase na “hostilidade empresarial” apoia-se em dados que mostram que os sindicatos, de fato, obtêm vantagens para seus membros, tanto do ponto de vista salarial como de benefícios. Com isso, tornariam as “empresas sindicalizadas” (que negociam com sindicatos) menos competitivas diante das que não o são (quer dizer, onde não há contratos coletivos). Em comparação com outras na mesma situação, as empresas “não sindicalizadas” receberiam um “prêmio”, que seria custos menos elevados com a mão de obra, para não falar da liberdade de atuação decorrente da inexistência de acordo coletivo.

A influência da ação sindical sobre as empresas é mais forte e mais facilmente medida em países como os EUA e o Reino Unido, onde as negociações são descentralizadas e as vantagens obtidas pelos empregados podem ficar restritas a uma dada firma, ou unidade de trabalho, numa proporção muito mais elevada do que nos países de barganha nacional que envolvem organizações de cúpula dos empresários e dos trabalhadores. Nesses sistemas pluralistas, os contratos de trabalho, quando existem, são minuciosos e abrangentes. Mas há a possibilidade

---

8 Verbetes 279 na edição de 1997 da *Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*.

da existência de empresas que não reconhecem o sindicato e, assim, não há contrato coletivo. Por isso, nos EUA e no Reino Unido, os custos da sindicalização são mais elevados e visíveis, comparando-se, de um lado, os salários e benefícios dos empregados em empresas (ou unidades de trabalho) que negociam com os sindicatos e, de outro, os benefícios dos empregados em empresas que não negociam.

O grau de exposição à competição é fator determinante na intensidade da hostilidade patronal aos sindicatos. Quanto maior a base de representação, de modo a uniformizar as vantagens conquistadas em negociação coletiva e a nivelar as condições de competição empresarial, menor tende a ser a resistência dos empregadores à negociação e maior a solidariedade entre os trabalhadores, o que potencializa o engajamento nas ações sindicais.

Desse modo, os critérios de agregação por categoria, ofício ou ramo empresarial de atividade têm certa vantagem sobre o agrupamento por empresa, quando se cuida de propiciar melhores condições para a atuação sindical. Nada obstante, conforme a globalização se aprofunda e a competitividade entre os países se torna mais decisiva, aumenta a premência de articulações sindicais transnacionais para fazer frente à mobilidade do capital, pois, no interior de cada país, a hostilidade patronal como um todo tenderá a aumentar, se os empregadores perceberem que custos mais baixos em relação ao trabalho desempenham um fator de peso na competição pelos mercados globais.

## 2.4 Da obrigatoriedade do custeio

A concepção dos sindicatos como órgãos de colaboração dos Poderes Públicos, delineados como entidades semiestatais, desempenhou importante papel na conformação dessas organizações no Brasil.

Tal como o Estado, que se notabiliza pela soberania em determinado território, sob a inspiração corporativa da legislação varguista, os sindicatos também tinham supremacia sobre sua base territorial. Qual o Estado, que invoca para a si a representação da vontade de todo um povo por meio de seus órgãos, o sindicato também veicula a vontade de toda a categoria pela assembleia geral, em que só votam os associados (art. 612, CLT, redação conferida

pelo Decreto-Lei n. 229/1967). E, assim como o Estado, ele tem o poder de impor contribuições aos seus representados.

O imposto sindical foi instituído pelo Decreto-Lei n. 1.402, de 5 de julho de 1939 (art. 3º, f). Mantido pela CLT na redação original do art. 579<sup>9</sup> e objeto de expressa referência no Código Tributário Nacional (CTN)<sup>10</sup>, foi também contemplado pela Constituição Federal de 1988 no art. 8º, IV<sup>11</sup>. O Supremo Tribunal Federal entendia que a contribuição sindical detinha natureza tributária e fora recepcionada pela atual ordem constitucional<sup>12-13-14</sup>.

Após a aprovação da reforma trabalhista, vozes surgiram no sentido de que o constituinte fizera expressa remissão à contribuição sindical prevista em lei, o que seria um comando ao legislador ordinário para que instituisse e mantivesse semelhante tributo. Desse modo, a revogação da contribuição sindical obrigatória seria inconstitucional

---

9 Art. 579, CLT: “O imposto sindical é devido, por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou inexistindo este na conformidade do disposto no art. 581”.

10 Art. 217, CTN: “As disposições desta Lei, notadamente as dos arts 17, 74, § 2º e 77, parágrafo único, bem como a do art. 54 da Lei 5.025, de 10 de junho de 1966, não excluem a incidência e a exigibilidade:

I - da ‘contribuição sindical’, denominação que passa a ter o imposto sindical de que tratam os arts 578 e seguintes, da Consolidação das Leis do Trabalho, sem prejuízo do disposto no art. 16 da Lei 4.589, de 11 de dezembro de 1964”.

11 Art. 8º, CF: “É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] IV - a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei”.

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.1076 MC/DF*. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 15 de junho de 1994. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346810>.

13 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (2. Turma). *Recurso Extraordinário n. 198.092*. Relator: Min. Carlos Velloso, 27 de agosto de 1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1632187>.

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (1. Turma). *Agravo de Instrumento n. 339.060 AgR/RS*. Relator: Min. Sydney Sanches, 18 de junho de 2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1915996>.

pela vedação ao retrocesso social, isto é, estar-se-ia revogando uma lei ordinária que implementava uma disposição constitucional, tornando-se ela própria protegida da ação de leis ordinárias posteriores que fossem no sentido contrário do delineado na Constituição.

Todavia, entende-se que o constituinte apenas chancelou a compatibilidade da contribuição sindical obrigatória com o novo regime constitucional como forma de exprimir que ela não estaria em contrariedade com a liberdade sindical na sua dimensão individual e negativa (art. 8º, V, CF). Sustenta-se, entretanto, que não se fez a opção por constitucionalizá-la. Deixou-se ao legislador ordinário a atribuição de especificar o modo que a contribuição se daria, qual o valor, a maneira que se operacionalizaria, bem como dispor a respeito da sua compulsoriedade. A rigor, a contribuição sindical continua existindo após a Lei n. 13.467/2017, mas passou a ser facultativa.

O financiamento por meio de tributos assemelhava ainda mais os sindicatos a entidades paraestatais. A Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970, chegou mesmo a cominar às organizações sindicais a prestação da assistência judiciária gratuita na Justiça do Trabalho<sup>15</sup>, devida então a todos os integrantes da categoria<sup>16</sup>, não apenas aos associados, como previa a CLT<sup>17</sup>.

Outrossim, resultado da reclamação apresentada pela Confederação Internacional de Sindicatos Livres em 1989 contra o Estado brasileiro, o Comitê de Liberdade Sindical da OIT editou o verbete 473<sup>18</sup>, condenando o financiamento compulsório previsto em lei:

As questões relativas ao financiamento das organizações sindicais, tanto no que diz respeito a seus próprios orçamentos como aos das federações

---

15 Art. 14, Lei n. 5.584: “Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei nº 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”.

16 Art. 18, Lei n. 5.584: “A assistência judiciária, nos termos da presente lei, será prestada ao trabalhador ainda que não seja associado do respectivo Sindicato”.

17 Art. 514, CLT: “São deveres dos sindicatos: [...] b) manter serviços de assistência judiciária para os associados”.

18 Verbetes 434 na edição de 1997 da *Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*.

e confederações, deveriam regular-se pelos estatutos dos sindicatos, das federações e confederações, razão pela qual a imposição de contribuições por meio da Constituição ou por via legal não é conforme aos princípios da liberdade sindical. (OIT, 1997, p. 98; 2006, p. 98).

João Batista Pereira Neto (2017, p. 57) defende que uma fonte de custeio obrigatória representava, paradoxalmente, um contraincentivo à filiação, enfraquecendo o entrosamento da classe trabalhadora com o respectivo ente sindical:

Combinada com a representação sindical automática, [a contribuição sindical] acaba constituindo-se um contraincentivo à filiação. Para que os trabalhadores se sindicalizariam se já têm de pagar contribuição, já são representados pela entidade sindical e abrangidos pelas negociações coletivas por ela levadas a cabo?

De outro lado, qual a motivação de sindicatos em se dedicar à árdua tarefa de se empenhar pela mobilização de trabalhadores para a defesa de seus interesses e busca de melhores condições se já têm o sustento de sua entidade garantido e é pouco provável que consigam trazer novos sindicalizados?

Tem-se mais uma vez configurada a comodidade e conveniência do sistema atual que, reitera-se, prejudica essencialmente os próprios trabalhadores.

A Lei n. 11.648, de 31 de março de 2008, concedeu parte dos recursos oriundos da contribuição sindical às centrais, embora elas ainda se mantivessem fora do sistema confederativo. Todavia, aquele diploma acenava para a futura substituição do tributo pela contribuição assistencial:

Art. 7º. Os arts. 578 a 610 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943, vigorarão até que a lei venha a disciplinar a contribuição negocial, vinculada ao exercício efetivo da negociação coletiva e à aprovação em assembléia geral da categoria.

José Barreto (1993 *apud* RODRIGUES, 2009, p. 64) explica que, até 1977, Portugal também contava com um sistema de cotização compulsória descontada em folha pelo empregador em favor do sindicato.

No Brasil, a contribuição sindical obrigatória foi um estímulo importante à fragmentação e à multiplicação dos sindicatos.

tos após o fim, com a Constituição de 1988, do controle exercido pelo Ministério do Trabalho sobre a criação dessas entidades. Com amplos recursos à disposição, dirigentes viram na dissociação e desmembramento de associações sindicais pré-existentes uma maneira de ter acesso tanto àquelas expressivas receitas tributárias como às antigas representações classistas na Justiça do Trabalho, extintas com a Emenda Constitucional n. 24, de 9 de dezembro de 1999.

Ademais, um efeito colateral do fim da carta sindical foi a ausência de qualquer análise prévia da representatividade de novas entidades, acomodando-se o Supremo Tribunal Federal em decidir os conflitos de representação segundo os critérios da anterioridade, territorialidade e especificidade, sem necessidade de consulta à categoria dissociada ou à base desmembrada (KALIL, 2013, p. 198).

Segundo o critério da anterioridade, a organização mais antiga deteria o monopólio de representação de idêntica categoria. Todavia, pelo critério da territorialidade, poderia ter desmembrada uma base territorial menor, desde que respeitado o módulo municipal mínimo. Pelo princípio da especificidade, caso representasse também categorias conexas ou similares, a entidade poderia sofrer dissociação para que se formasse sindicato específico para a categoria dissociada.

Ao longo de 2017, último ano em que arrecadada, a contribuição sindical somou R\$ 806,7 milhões distribuídos às associações de trabalhadores; em 2018, sem qualquer regra de transição e sem a instituição de outra fonte alternativa de custeio, como a contribuição negocial prevista na Lei n. 11.648/2008, os valores percebidos a esse título diminuíram sensivelmente em razão da vigência da Lei n. 13.467/2017 (DI CUNTO; MARTINS, 2018).

### **3 O fim da contribuição sindical compulsória e os efeitos nos deveres e restrições dos sindicatos**

Uma receita tributária destinada a conservar o sistema corporativista era parte essencial do antigo modelo sindical, em grande medida mantido pelo legislador constituinte e cujas características em parte também foram construídas pela jurisprudência tendo em mente a existência dessa fonte compulsória de custeio.

Isso porque, ao passo que a Carta Cidadã consagrou apenas uma liberdade sindical mitigada, limitada pela unicidade e por um critério de agregação definido em lei, deu tanto o poder de os sindicatos representarem toda a categoria quanto o direito de toda a categoria se beneficiar igualmente dos avanços conquistados pelas organizações sindicais nas negociações coletivas, independentemente de filiação. A contrapartida à série de obrigações sindicais perante todos da categoria, como a de prestar assistência judiciária gratuita e velar pela isonomia nas negociações coletivas, seria o financiamento exigível de toda a categoria.

De outro giro, o fato de existir uma receita tributária voltada ao custeio dessas entidades tornou a jurisprudência refratária a cláusulas de segurança sindical que visassem à instituição de novas formas de financiamento exigíveis de não filiados.

Em fevereiro de 2017, antes da aprovação da reforma trabalhista, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de repercussão geral n. 935: “Inconstitucionalidade da contribuição assistencial imposta aos empregados não filiados ao sindicato, por acordo, convenção coletiva de trabalho ou sentença”.

O acórdão foi assim ementado:

[...] 2. Acordos e convenções coletivas de trabalho. Imposição de contribuições assistenciais compulsórias descontadas de empregados não filiados ao sindicato respectivo. *Impossibilidade. Natureza não tributária da contribuição. Violação ao princípio da legalidade tributária. Precedentes.* [...] Reafirmação de jurisprudência da Corte<sup>19</sup>. (Grifo nosso).

A discussão sobre a natureza tributária ou não da taxa de reforço sindical sequer deveria ser aventada, visto que manifestamente não a ostentava, mas era sempre trazida à tona em virtude da existência da contribuição sindical outrora obrigatória. A sua continuidade no ordenamento jurídico impediu que o debate sobre os limites e a necessidade do custeio sindical se desenvolvesse. Essa questão, para todos

---

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1.018.459 RG/PR*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 de fevereiro de 2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=12540767>.

os efeitos práticos, já se encontrava resolvida pelas expressivas somas que afluíam aos sindicatos em função da herança corporativista.

Com o fim do caráter tributário do custeio das organizações de coordenação e defesa dos trabalhadores, posições jurisprudenciais sedimentadas no cenário pré-reforma trabalhista perderam o contexto fático e jurídico em que concebidas e que justificava a sua permanência, ensejando a sua superação (*overruling*) ou, ao menos, rediscussão. Nesse diapasão, defende-se neste artigo que certas disposições legais também foram fulminadas pela inconstitucionalidade superveniente em razão do novo panorama jurídico desenhado pela Lei n. 13.467/2017.

### 3.1 O fim do dever legal de prestar assistência judiciária gratuita aos integrantes da categoria profissional

O art. 14 da Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970, prevê: “Na Justiça do Trabalho, a assistência judiciária a que se refere a Lei n. 1.060, de 5 de fevereiro de 1950, será prestada pelo Sindicato da categoria profissional a que pertencer o trabalhador”.

Por sua vez, o art. 18 da mesma lei dispõe que assistência judiciária, prestada nos seus termos, será feita a todo trabalhador, ainda que não associado ao respectivo sindicato da categoria profissional.

A Seção II do Capítulo II do Título V da Consolidação das Leis do Trabalho, intitulada “Da Aplicação do Imposto Sindical”, traz, no art. 592, a seguinte disposição:

Art. 592 - A contribuição sindical, além das despesas vinculadas à sua arrecadação, recolhimento e controle, será aplicada pelos sindicatos, na conformidade dos respectivos estatutos, usando aos seguintes objetivos:

I - Sindicatos de empregadores e de agentes autônomos:

a) assistência técnica e jurídica;

Desse modo, ao passo que a legislação estatal cominava ao sindicato uma obrigação que inegavelmente lhe oneraria financeiramente, também previa recursos para o desencargo desse dever, o qual, em verdade, é atribuído pela Constituição ao próprio Estado (art. 5º, LXXIV, CF).

Com a vigência da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, que extinguiu a contribuição sindical obrigatória (art. 578, *caput, in fine*, CLT, redação dada pela Lei n. 13.467/2017), é do entendimento do autor deste artigo que foram fulminadas por inconstitucionalidade superveniente as disposições dos arts. 14 a 16 e 18 da Lei n. 5.584, de 26 de junho de 1970. A partir do momento em que o Estado deixa de financiar a organização sindical dos trabalhadores, por meio de tributos, perde também a contrapartida normativa que justificava a imposição, a ela, de atribuições que a Constituição Federal comina expressamente a ele próprio (art. 5º, LXXIV), pois, diante do novo quadro normativo infralegal, tal exigência caracteriza injustificada e desarrazoada ingerência na atividade sindical, em descompasso com a liberdade garantida no art. 8º, *caput*, da CF.

Ademais, o art. 14, *caput*, da Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, estabelece que a Defensoria Pública da União atuará junto à Justiça do Trabalho.

A própria Lei n. 5.584/1970, ao reconhecer o impacto patrimonial da obrigação nela prevista, já admitia implicitamente que a assistência judiciária deixasse de ser prestada caso houvesse “comprovado motivo de ordem financeira”, a teor de interpretação *a contrario sensu* do seu art. 19. Atualmente, mesmo que consideradas constitucionais as disposições dos arts. 14 a 16 e 18 da Lei n. 5.584/1970, entende-se que essa escusa de ordem financeira é presumida, pois foi retirada das organizações sindicais, sem qualquer período de transição, uma de suas principais, se não a principal, fontes de custeio.

Tanto pior se torna o quadro quando agora nem mesmo se pode dizer, com certeza, da fonte específica de financiamento – prevista na Lei n. 5.584/1970 para o custeio da assistência judiciária prestada pelo sindicato, nomeadamente os honorários de sucumbência – de que será reversível ao ente sindical, pois o art. 791-A, *caput*, da CLT, com a redação igualmente dada pela reforma trabalhista, estabelece que os honorários sucumbenciais também no processo do trabalho serão devidos ao advogado. Por sua vez, a Lei n. 13.725, de 4 de outubro de 2018, alterou o Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, acrescentando dois parágrafos ao art. 22:

Art. 22. A prestação de serviço profissional assegura aos inscritos na OAB o direito aos honorários convencionados, aos fixados por arbitramento judicial e aos de sucumbência.

§ 6º O disposto neste artigo aplica-se aos honorários assistenciais, compreendidos como os fixados em ações coletivas propostas por entidades de classe em substituição processual, sem prejuízo aos honorários convencionais.

§ 7º Os honorários convencionados com entidades de classe para atuação em substituição processual poderão prever a faculdade de indicar os beneficiários que, ao optarem por adquirir os direitos, assumirão as obrigações decorrentes do contrato originário a partir do momento em que este foi celebrado, sem a necessidade de mais formalidades.

Desse modo, revogadas todas as fontes de financiamento para o desencargo desse múnus público, considera-se que os arts. 14 e 18 da Lei n. 5.584/1970 devem seguir o caminho do seu art. 17, que comina aos “promotores públicos” o dever de prestar subsidiariamente a assistência judiciária e perder a vigência.

Se o sindicato quiser atuar em favor de não associados, essa é uma prerrogativa que lhe assiste, a teor do art. 8º, III, da Constituição Federal, conforme o definido em seus estatutos, aos quais cabe decidir se de forma graciosa ou não. Contudo, de maneira alguma pode o Estado, principalmente neste momento de radical transformação na legislação e nas relações coletivas de trabalho, transferir às organizações sindicais uma obrigação que lhe cabe, sem prever qualquer meio para desincumbi-la. Isto terminaria por onerar ainda mais os trabalhadores sindicalizados, desestimulando a sindicalização em um momento em que ela é mais crucial para manter as instituições organizadas de defesa dos trabalhadores.

A 3ª Subcâmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público do Trabalho já possui precedente que homologa o indeferimento liminar de notícia de fato relativa à cobrança de honorários contratuais por sindicato de categoria profissional como condição para a assistência jurídica:

[...] MUDANÇA DE ENTENDIMENTO QUANTO AO DEVER DO SINDICATO PROFISSIONAL PRESTAR ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA AOS OBREIROS EM RAZÃO DO FIM DO IMPOSTO SINDICAL PELA LEI N. 13.467/17 (REFORMA TRABALHISTA). OBRIGATORIEDADE QUE NÃO MAIS SE JUSTIFICA NA NOVA ORDEM JURÍDICA. DEVER QUE INCUMBE AO ESTADO ATRAVÉS DA DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO. ART. 14 DA LC 80/94. [...]

1. Esta C. Câmara de Coordenação e Revisão, na esteira dos precedentes do Tribunal Superior do Trabalho, dos Tribunais Regionais do Trabalho e da Orientação n. 7 da CONALIS, consolidou entendimento pela ilegalidade da cobrança de honorários contratuais por advogado de entidade sindical na prestação da assistência judiciária gratuita aos obreiros.

2. Ocorre que tal cenário se modificou recentemente com o advento da Lei n. 13.467/17 (Reforma Trabalhista), que alterou os arts. 578, 579 e 582 da CLT e pôs fim à obrigatoriedade do recolhimento da contribuição sindical, tornando-a facultativa e devida mediante prévia e expressa autorização dos empregados. Assim, me parece que, diante da nova ordem jurídica, não mais se justifica exigir das entidades sindicais a prestação de assistência judiciária gratuita. Logicamente, os sindicatos conservam a função de representar os trabalhadores, consoante o disposto no art. 492 da CLT, com a redação dada pela Lei n. 13.467, de 2017, *podendo incluir em seu estatuto a assistência judiciária (gratuita ou não, a seu critério). O que deixou de existir foi a obrigatoriedade legal gratuita*. Neste sentido, com razão o I. Membro oficiante, razão pela qual voto pela homologação do indeferimento da instauração do inquérito civil. Ressalto que o entendimento manifestado acima aplica-se na atualidade, podendo eventualmente ser revisto por esta Câmara de Coordenação e Revisão caso o Poder Judiciário invalide a atual redação da lei no tocante as contribuições sindicais.

[...]

4. Arquivamento homologado<sup>20</sup>. (Grifo nosso).

---

20 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Notícia de fato n. 00459.2017.04.004-7*. Noticiante: 1ª Vara do Trabalho de Pelotas. Noticiado: Sindicato dos Trabalhadores em Serviços de Saúde de Pelotas. Relatora: Procuradora Regional do Trabalho Junia Bonfante Raymundo. Brasília, 24 maio 2018. Voto da Procuradora Regional do Trabalho Junia Bonfante Raymundo. Disponível em: <https://www.pgt.mpt.mp.br/externo/ccr/proxy.php?doc=aHR0cHM6Ly9tcHRkaWdpdGFsLWN>

### 3.2 A inconstitucionalidade da vedação ao exercício de atividade econômica por entidades sindicais

Dispositivo original da Consolidação das Leis do Trabalho, jamais alterado ou revogado expressamente, prevê:

Art. 564 – Às entidades sindicais, sendo-lhes peculiar e essencial a atribuição representativa e coordenadora das correspondentes categorias ou profissões, é vedado, direta ou indiretamente, o exercício de atividade econômica.

Antes mesmo da reforma trabalhista, Maurício Godinho Delgado (2018, p. 1598) já defendia a incompatibilidade dessa vedação com a ordem constitucional de 1988:

Tais preceitos celetistas vedatórios de atividades sindicais econômicas e políticas foram recebidos pela Constituição de 1988?

A resposta é, seguramente, negativa. [...]

A circunstância de o sindicato exercer atividades econômicas para melhor prover suas funções sindicais melhor se combina, inclusive, com a noção de sindicato livre, pessoa jurídica de direito privado. Ao reverso, a noção de sindicato como braço do Estado, pessoa jurídica de Direito Público ou exercente de atividades estatais, é que se choca com a autonomia econômica da entidade sindical. Neste caso, a proibição de atividades econômicas é um dos instrumentos de controle mais eficazes sobre a organização e vida do sindicalismo – situação incompatível com a regência constitucional deflagrada pelos princípios de liberdade e autonomia sindicais.

A proibição do dispositivo celetista em comento poderia passar pelo exame de sua razoabilidade quando existia a contribuição sindical obrigatória. O Estado proibia às organizações sindicais o exercício de atividade econômica, mas assegurava ele próprio o seu custeio. Com o fim do financiamento estatal dos sindicatos, a

---

jci5wZ3QubXB0Lm1wLmJyL3Byb2Nlc3NvRWxldHJvbmlyby9kb2N1bWVudG9zL2JhaXhhc19wcm9jZXNzb19lbGV0cm9uaWNvLnBocD9vcDIiYWl4YXJeb2MmaWRBcnF1aXZvPTQxNjc3OSZjb2RpZ29BY2Vzc289UDRXOTIxUVFCM0RWQTIRNA%3D%3D. Acesso em: 5 maio 2019.

vedação tornou-se desproporcional, e qualquer tentativa de compatibilizá-la com a liberdade e a autonomia sindicais resguardadas pela Constituição, insubsistente. Julga-se que seja uma excessiva e discriminatória ingerência do Estado num tipo particular de associação, a sindical, que não encontra paralelo na normatização de outras entidades sem fins lucrativos.

O art. 12, § 3º, da Lei n. 9.532, de 10 de dezembro de 1997, ao definir o que seriam instituições de ensino que não visam ao lucro para fins de imunidade tributária, estatui:

Considera-se entidade sem fins lucrativos a que não apresente superávit em suas contas ou, caso o apresente em determinado exercício, destine referido resultado, integralmente, à manutenção e ao desenvolvimento dos seus objetivos sociais.

Desde que não distribuam excedentes aos seus dirigentes ou associados, as organizações sindicais conservar-se-ão como entidades de natureza associativa e com finalidade precípua de representação.

A aferição autônoma de recursos a serem aplicados em sua manutenção e no desenvolvimento das suas finalidades, por intermédio do exercício de atividade econômica, é prática de todo compatível com a natureza do sindicato e benéfica às suas funções. Portanto, a vedação celetista não é necessária e tampouco adequada aos fins que se propõe resguardar. Em adendo, com a extinção da contribuição sindical, os prejuízos que essa proibição causa passaram a exceder, sem dúvidas, eventual vantagem que ela viesse a propiciar à atividade sindical.

Com o término da canalização de receitas públicas às associações de coordenação e defesa dos trabalhadores, a sua natureza privada assemelha-se à de outras associações, tornando-se também discriminatório e avesso ao princípio da igualdade que somente aquelas estejam proibidas de gerar recursos no mercado – sobretudo elas, às quais são tão caras a liberdade e a independência para o desempenho de suas finalidades.

Convém eliminar de vez os resquícios normativos derivados da antiga concepção dos sindicatos como entidades paraestatais de colaboração com os Poderes Públicos.

Ao Estado é vedada a exploração direta de atividade econômica, salvo em razão da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo (art. 173, *caput*, CF). Se um dia essa ideia justificou a proibição de os sindicatos o fazerem, o fim das suas receitas tributárias e de suas obrigações estatais assinalou decisivamente a obsolescência desse entendimento.

### 3.3 A superação da jurisprudência pela inconstitucionalidade da contribuição negocial devida por não associados

Como apontado anteriormente, a existência da contribuição sindical obrigatória sempre constituiu óbice ao desenvolvimento de uma discussão madura a respeito da necessidade de custeio dos sindicatos e de seus limites.

Cientes da existência de uma contribuição compulsória e devida sem contrapartidas definidas, juízes consolidaram entendimentos contrários à cobrança de quaisquer outras receitas dos trabalhadores não associados<sup>21-22-23</sup>.

Em agosto de 2014, esboçou-se uma mudança. A maioria dos ministros presentes à sessão plenária do Tribunal Superior

---

21 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Súmula n. 666: “A contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição, só é exigível dos filiados ao sindicato respectivo”.

22 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Precedente Normativo n. 119: “A Constituição da República, em seus arts. 5º, XX e 8º, V, assegura o direito de livre associação e sindicalização. É ofensiva a essa modalidade de liberdade cláusula constante de acordo, convenção coletiva ou sentença normativa estabelecendo contribuição em favor de entidade sindical a título de taxa para custeio do sistema confederativo, assistencial, revigoreamento ou fortalecimento sindical e outras da mesma espécie, obrigando trabalhadores não sindicalizados. Sendo nulas as estipulações que inobservem tal restrição, tornam-se passíveis de devolução os valores irregularmente descontados”.

23 BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho, Orientação Jurisprudencial n. 17, da Seção Especializada em Dissídios Coletivos: “As cláusulas coletivas que estabeleçam contribuição em favor de entidade sindical, a qualquer título, obrigando trabalhadores não sindicalizados, são ofensivas ao direito de livre associação e sindicalização, constitucionalmente assegurado, e, portanto, nulas, sendo passíveis de devolução, por via própria, os respectivos valores eventualmente descontados”.

do Trabalho, por 12 votos a 11, posicionou-se favoravelmente à proposta da Comissão de Jurisprudência de alterar o Precedente Normativo n. 119 e cancelar a Orientação Jurisprudencial n. 17 da Seção Especializada em Dissídios Coletivos.

Conforme notícia veiculada *on-line*, em 20 de agosto 2014, pela Secretaria de Comunicação Social do Tribunal:

O texto encaminhado à Comissão de Jurisprudência, subscrito por 14 dos 27 ministros do TST (atualmente 26, pois uma vaga aguarda nomeação), propunha que *a redação do PN 119 fosse alterada para prever a extensão da contribuição sindical a não associados mediante acordo coletivo, tendo o trabalhador 20 dias para manifestar formalmente sua recusa*. Quanto à OJ 17, a proposta era o cancelamento.

O parecer da Comissão de Jurisprudência foi no sentido de cancelar os dois verbetes, “a fim de permitir à Corte reanalisar amplamente as questões referentes à contribuição assistencial, devendo o direito de oposição e a forma de cobrança serem consolidados em momento futuro, após a catalogação dos necessários precedentes, nos termos das normas regimentais”.

Na sessão de ontem, participaram 23 ministros. Como 12 votaram a favor da mudança e 11 contra, não houve maioria absoluta, como prevê o artigo 62, parágrafo 1º, inciso IV, do Regimento Interno. Assim, embora tenha recebido adesão majoritária dos ministros, a proposta não pôde ser implementada. (FEIJÓ, 2014, grifo nosso).

Todavia, na direção contrária, em fevereiro de 2017, o Supremo Tribunal Federal reafirmou a sua jurisprudência, em sede de repercussão geral, mantendo o entendimento consolidado do TST pela proibição da extensão a não associados da obrigatoriedade de pagamento de contribuição assistencial prevista em instrumento coletivo.

João Batista Pereira Neto (2017, p. 68-70) nota que a restrição a filiados das cláusulas de convenção ou acordo coletivo com a previsão da taxa de reforço sindical constitui peculiar relativização à autoaplicação das normas coletivas a toda a categoria.

A negociação coletiva envolve custos para o sindicato, com a publicação de editais, mobilização de trabalhadores, deslocamento

de dirigentes, organização de assembleias e assessoria jurídica, por exemplo. Esses gastos, ante a extensão dos efeitos da negociação a todos os trabalhadores, revertem-se em benefício da categoria inteira.

Ademais, embora a negociação ocorra com intervalos regulares, em regra de periodicidade anual, a estrutura permanente do sindicato é indispensável, e seus custos de manutenção, por sua vez, são naturalmente também constantes.

Se o benefício da ação sindical não é restrito a seus filiados, também não podem ser seus ônus, como medida mesma de isonomia e equidade entre os integrantes da categoria.

O sindicato detém, por força da Constituição, poder de representar os trabalhadores para negociar a redução de seu salário e a prorrogação de jornada em turnos ininterruptos de revezamento (art. 7º, VI, XIII e XIV).

A reforma trabalhista ampliou os poderes de disposição do sindicato para matérias que lhe eram antes defesas por entendimento jurisprudencial, facultando-lhes barganhar com a redução do intervalo intrajornada; modalidade de registro de jornada de trabalho; enquadramento do grau de insalubridade; e prorrogação de jornada em ambientes insalubres, tudo sem a indicação de contrapartidas recíprocas por parte do polo patronal (art. 611-A, III, X, XI, XII, XIII, e § 2º, CLT).

Resta evidente que, a despeito de dizer o contrário no art. 611-B, XVII, da CLT, a lei concedeu aos sindicatos o poder de negociar até mesmo com a saúde e a segurança dos integrantes da categoria, como, por exemplo, ao definir o grau de insalubridade ou ao autorizar a jornada extraordinária em ambiente insalubre sem a licença da autoridade em saúde e segurança do Ministério do Trabalho.

Nesse cenário normativo, não teria o sindicato poderes de representação suficientes para dispor sobre uma pequena fração do salário de seus representados, sendo esta questão de natureza eminentemente patrimonial? Se a liberdade de associação, na sua dimensão negativa, não lhe é oponível quando pactua a diminuição de jornada com o correlato decréscimo remuneratório (art. 5º,

*caput*, Lei n. 13.189/2015), ou quando enceta a compulsória suspensão do contrato de trabalho e do respectivo pagamento de salário (*lay-off* do art. 476-A, CLT), com muito menos razão o pode ser quando prevê uma cota de solidariedade. Eventual excesso poderá sempre ser coibido pela via judicial como exercício abusivo de direito, contrário à boa-fé e à finalidade socioeconômica da negociação coletiva (art. 187, Código Civil).

Caberia à jurisprudência definir, na ausência de disciplina legal, qual o limite do valor que poderia ser cobrado a fim de que refletisse uma participação adequada do operário não sindicalizado nos custos da ação sindical, guardando certa proporção com as vantagens auferidas em seu benefício na negociação coletiva.

O art. 7º, XXVI, da Constituição prevê como direito de todos os trabalhadores o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”. Já o art. 8º, VI, estatui a participação obrigatória do sindicato nas negociações de que esses instrumentos são resultantes.

O direito à efetiva negociação coletiva, procedida em igualdade de condições entre os contratantes coletivos, apenas se materializa com sindicatos capazes de, na prática, desempenhar as suas funções de maneira satisfatória. A dimensão financeira inerente à atuação sindical é inegável, bem como a limitação que a falta de recursos pode exercer sobre ela.

A própria constitucionalização do Direito do Trabalho decorre da compreensão de que as pessoas não são seres abstratos, desprendidos do meio concreto em que estão inseridas, e que cabe ao Estado prover, promover e garantir as condições materiais necessárias ao desenvolvimento da sua personalidade. Tais quais os trabalhadores que representam, sindicatos também não são entidades metafísicas desapegadas das prosaicas necessidades e restrições mundanas. E à Constituição interessa que sejam livres e efetivos, com reais condições de proceder à melhoria das condições sociais de sua base na prática, não apenas no plano normativo.

Sobretudo com a adoção do negociado sobre o legislado (art. 611-A, *caput*, CLT), em vez de meio para assegurar a progressiva melhoria da condição social dos trabalhadores (art. 7º, *caput*, CF),

se levadas a cabo por sindicatos enfraquecidos, as negociações coletivas podem se converter em verdadeiras causas de precarização do trabalho ou nem mesmo ocorrer.

Como não pode o trabalhador optar por se excluir, com fundamento na liberdade de associação, do campo de aplicação de normas coletivas mesmo quando versam sobre matérias mais gravosas do que o desconto em folha de uma taxa de reforço sindical, também quanto a essa parte não se poderia insurgir, ao menos sob o enfoque de uma análise estritamente jurídica da questão.

O Comitê de Liberdade Sindical da OIT tem reiteradamente se manifestado no sentido de que cláusulas de segurança sindical, como as que preveem o pagamento da contribuição negocial por não associados que se beneficiem da barganha coletiva (*agency shop*), não são, em tese, contrárias aos princípios da liberdade sindical nem mesmo em sua dimensão individual e negativa:

366. Em casos em que se havia instituído a dedução das contribuições sindicais e outras formas de segurança sindical, não em virtude da lei, mas de uma cláusula incluída numa convenção coletiva ou de prática estabelecida pelas duas partes, o Comitê negou-se a examinar as alegações, baseando-se na declaração da Comissão de Relações de Trabalho da Conferência Internacional de 1949, na qual se estabelecia que a Convenção nº 87 não deveria ser interpretada no sentido de autorizar ou proibir cláusulas de segurança sindical e que essas questões devem ser resolvidas de acordo com a regulamentação e a prática nacionais. Tendo em vista este esclarecimento, os países, e com mais razão aqueles nos quais existe o pluralismo sindical, não estariam, de modo algum, obrigados, de acordo com a Convenção, a tolerar, seja de fato seja de direito, as cláusulas de segurança sindical, enquanto os demais, que as admitissem, não estariam impedidos de ratificar a Convenção<sup>24</sup>. (OIT, 1997, p. 84; 2006, p. 77).

O Comitê de Liberdade Sindical entende que é matéria a ser resolvida conforme a “prática e o sistema de relações trabalhistas de

---

24 Verbete 324 na edição de 1997 da *Recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*.

cada país” (verbetes 365<sup>25</sup>). A tradição, até 2017, do modelo sindical brasileiro sempre fora a de contribuição de filiados e não filiados para a manutenção do sindicato, bem como a extensão a todos os integrantes da categoria dos efeitos da negociação coletiva. Ademais, são inerentes ao sistema de relações trabalhistas nacional a compulsoriedade de representação, a unicidade sindical e a autoaplicação das normas coletivas.

Enquanto persistir esse cenário, a admissibilidade da contribuição negocial é um pressuposto lógico do modelo sindical para que se torne funcional, pois é meio indispensável para garantir a real equivalência entre os contratantes coletivos. Do contrário, a negociação pode se degenerar em método de aviltamento das condições de trabalho, dada a reprodução, no âmbito coletivo, da mesma disparidade de poder que existe entre empregados e empregadores nas suas relações individuais, sem a possibilidade de oposição por parte dos empregados ao quanto pactuado pelo sindicato único.

O sistema constitucional concebe e prestigia o trabalhador como ser coletivo. Por meio da convenção ou acordo celebrado pelo sindicato, também expressa a sua vontade. Tensões entre os direitos individuais e coletivos não são particularidades do Direito do Trabalho. Desde que observado o sentido da progressividade dos direitos sociais (art. 7º, *caput*, CF), entretanto, em uma ponderação de valores, prestigiar a validade da vontade coletiva, no cenário pós-reforma trabalhista, a fim de descontar em folha uma contribuição pelos custos e benefícios da negociação com o polo patronal, é solução compromissória que impõe sacrifício bastante pequeno aos trabalhadores individualmente considerados se cotejado à grande vantagem para a sua organização enquanto ser coletivo.

Houvesse a Constituição prestigiado a liberdade sindical, no seu aspecto negativo, em tal monta, de modo a não admitir relativizações, não teria ela própria mantido a unicidade, o que se julga a maior violência ao princípio, esta, sim, declarada pela OIT como incompatível com a Convenção 87. Tampouco haveria recepcionado a contribuição sindical obrigatória. Na ponderação de valores e princípios feita

---

25 Enunciado 323 na edição de 1997.

pelo legislador constituinte, a liberdade associativa na sua dimensão negativa sofreu restrições até mais severas do que a representada pela cota de solidariedade, com o fito de favorecer o fortalecimento das entidades coletivas de defesa e coordenação dos trabalhadores.

Entende-se que a anterior obrigatoriedade da contribuição sindical desempenhou papel importante, de modo que os juízes considerassem um abuso a instituição de outra fonte compulsória de receita a ser suportada pelos trabalhadores não associados, quando já existente o imposto sindical. Então, poder-se-ia argumentar que, no conflito entre os interesses individuais e coletivos, a pretensão sindical de cobrança não passaria pelo teste de sua proporcionalidade. Não era, ademais, a criação de outra forma compulsória de custeio necessária, tornando ilícita a relativização da liberdade sindical nas suas dimensões individual e negativa. Contudo, aquelas circunstâncias fáticas e jurídicas passaram por profunda modificação com a reforma trabalhista.

Nos termos do art. 896-C, § 17, da CLT: “Caberá revisão da decisão firmada em julgamento de recursos repetitivos quando se alterar a situação econômica, social ou jurídica [...]”.

Uma interpretação sistemática das normas legais e constitucionais que regem as relações coletivas de trabalho no Brasil autoriza, desde já, a revisão dos entendimentos jurisprudenciais contrários à pactuação da contribuição assistencial, exigível de toda a categoria, em instrumentos coletivos.

O legislador infraconstitucional, com a introdução do art. 611-B, XXVI, na CLT, pretendeu ele próprio proceder a uma ponderação autêntica dos princípios constitucionais, reputando a liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador incompatível com a cota de solidariedade.

De início, convém sublinhar a opção do Congresso Nacional por, em uma matéria em que se esforçou para revogar legislativamente vários enunciados da jurisprudência consolidada do TST<sup>26</sup>,

---

26 Por exemplo, Súmula n. 437, II, e Súmula n. 85, VI, do TST, revogados pelo art. 611-A, III e XIII, da CLT.

manter justamente o entendimento que, descontextualizado após a reforma trabalhista, representaria mais um golpe à sustentação financeira dos sindicatos de trabalhadores, fechando-lhes a alternativa mais óbvia à contribuição sindical obrigatória.

Contudo, ao Poder Judiciário cabe resguardar a sua prerrogativa de proceder à ponderação final entre valores constitucionais. Esse dispositivo, no quadro fático e legal implementado pela Lei n. 13.467/2017, conjugado com o modelo sindical adotado pela Constituição, constitui desarrazoada restrição à autonomia da vontade coletiva, afrontando o direito ao reconhecimento das convenções e dos acordos coletivos de trabalho (art. 7º, XXVI, CF) bem como à livre e efetiva atuação sindical (art. 8º, I, CF). Motivo pelo qual se entende tal dispositivo como inconstitucional, ao menos enquanto mantidas a unicidade e a autoaplicação das normas coletivas, a revelar uma escala de valores constitucionais que prestigia o fortalecimento da atuação coletiva obreira sobre a liberdade associativa individual.

### **3.4 Da autorização assemblear como requisito suficiente para o desconto da contribuição sindical, ressalvado o direito de oposição**

Existe controvérsia sobre a forma em que a autorização para desconto da contribuição sindical pode ser manifestada validamente.

Conforme Nota Técnica n. 1, de 27 de abril de 2018, da Coordenadoria Nacional de Promoção de Liberdade Sindical do Ministério Público do Trabalho (p. 8), “nas seis oportunidades em que o legislador recorre à expressão autorização prévia e expressa, em nenhuma delas se apura a expressão individual (CLT, arts. 578, 579, 582, 583, 602, 611-B, XXVI)”<sup>27</sup>.

---

27 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Coordenadoria Nacional de Promoção de Liberdade Sindical. *Nota Técnica n. 1*. Brasília, 27 abr. 2018. Disponível em: [http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal\\_mpt/3700ed1f-5e75-4aa1-a97a-9546e94fe7e4/Nota+Tecnica\\_n\\_1-2018\\_CONALIS-MPT-Contribuicao+Sindical-27-04-2018-assinada.pdf?CVID=mcoaAW5&MOD=AJPERES](http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/3700ed1f-5e75-4aa1-a97a-9546e94fe7e4/Nota+Tecnica_n_1-2018_CONALIS-MPT-Contribuicao+Sindical-27-04-2018-assinada.pdf?CVID=mcoaAW5&MOD=AJPERES). Acesso em: 18 ago. 2018.

Desse modo, sustenta-se que a autorização exigida pela lei para desconto da contribuição sindical em folha pode ser expressa em assembleia geral especificamente convocada para esse fim e aberta à participação de não filiados, visto que a manifestação de vontade exigida dos trabalhadores é passível de ser dada coletivamente, na esteira da valorização da autonomia da vontade coletiva albergada no art. 8º, IV, da Constituição Federal.

Nesse sentido também são a Nota Técnica n. 2/GAB/SRT do Ministério do Trabalho<sup>28</sup>, já revogada, e o Enunciado 38 da II Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, da Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (ANAMATRA)<sup>29</sup>.

No entanto, segundo a nova conformação legal da contribuição sindical, ela deve decorrer da vontade do trabalhador de, verdadeiramente, contribuir com o sindicato, podendo essa manifestação volitiva ser expressa de maneira coletiva e, tacitamente, acatada no campo individual. Destarte, é da compreensão do autor deste artigo que assiste ao empregado a faculdade de, expressamente, opor-se à cobrança, dentro de prazo razoável fixado pela assembleia geral, após a publicação adequada da sua decisão.

Com efeito, não faz sentido sustentar o caráter voluntário de uma contribuição que pode ser descontada a despeito de protestos expressos de quem a pagará. A denominação da contribuição, neste caso, continuaria um eufemismo, e sua exigibilidade seria de difícil

---

28 BRASIL. Ministério do Trabalho. Secretaria de Relações do Trabalho. *Nota Técnica n. 2/GAB/SRT*. Brasília, 16 mar. 2018. Disponível em: <http://www.diap.org.br/images/stories/nota-tecnica-srt-contribuicao-sindical.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2018.

29 Enunciado 38, ANAMATRA: “CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. I – É lícita a autorização coletiva prévia e expressa para o desconto das contribuições sindical e assistencial, mediante assembleia geral, nos termos do estatuto, se obtida mediante convocação de toda a categoria representada especificamente para esse fim, independentemente de associação e sindicalização. II – A decisão da assembleia geral será obrigatória para toda a categoria, no caso das convenções coletivas, ou para todos os empregados das empresas signatárias do acordo coletivo de trabalho. III – O poder de controle do empregador sobre o desconto da contribuição sindical é incompatível com o *caput* do art. 8º da Constituição Federal e com o art. 1º da Convenção 98 da OIT, por violar os princípios da liberdade e da autonomia sindical e da coibição aos atos antissindicais”.

equacionamento jurídico, uma vez que preservaria as características de tributo sem, no entanto, ostentar mais a natureza de um.

Remonta-se neste ponto àquele direito de oposição previsto no art. 5, § 2º, do Decreto n. 21.761, de 23 de agosto de 1932, quanto à convenção coletiva aprovada sem consentimento do integrante da categoria.

Essa parece ser a interpretação mais consentânea com os parâmetros internacionais.

Durante a análise do caso 1612 (OIT, 1993), contra a República Bolivariana da Venezuela, o Comitê de Liberdade Sindical recomendou que a lei nacional fosse alterada para que a possibilidade de exigir contribuições de trabalhadores não sindicalizados abrangidos pela negociação coletiva resultasse de acordo entre ambas as partes convenientes, e não apenas do sindicato unilateralmente, bem como que constasse do instrumento coletivo.

#### **4 Considerações finais**

O modelo corporativo de organização do sindicalismo no Brasil perdeu mais um de seus sustentáculos com o fim da contribuição sindical obrigatória – a par da extinção da carta sindical, da representação classista na Justiça do Trabalho e da restrição ao poder normativo desta Especializada.

Cada vez que um dos pilares desse modelo é extinto, sem a reforma global do sistema a fim de conformá-lo às recomendações da Organização Internacional do Trabalho, ele se torna mais incoerente e disfuncional. Contudo, tal quais as outras medidas de superação do sindicalismo corporativo, entende-se a extinção do financiamento sindical pelo Estado como um passo, ainda que tímido, na direção da liberdade sindical plena preconizada pela Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho.

O tributo foi extinto de maneira abrupta, no contexto de uma reforma incompleta, cuja intenção provável dos autores era o enfraquecimento do poder sindical. Entretanto, as transformações históricas raramente ocorrem de modo ideal. São improvisadas, parciais, resultados de acordos de conveniência e interesses mais diversos,

muitas vezes pouco republicanos. Quando ensinam evoluções, no entanto, têm de ser aproveitadas.

Se bem compreendida pela jurisprudência, com a adoção dos entendimentos defendidos no terceiro capítulo deste artigo, a súbita e radical mudança promovida no custeio sindical pela Lei n. 13.467/2017 pode ter atenuada a dramaticidade dos seus efeitos sobre a atual estrutura do sindicalismo, abrindo-lhe alternativas de financiamento alinhadas com padrões internacionais aceitos pela OIT ao tempo em que a livra de deveres e vedações incompatíveis com a liberdade sindical.

## Referências

ASSOCIAÇÃO NACIONAL DOS MAGISTRADOS DA JUSTIÇA DO TRABALHO. Enunciados aprovados na 2ª Jornada. In: JORNADA DE DIREITO MATERIAL E PROCESSUAL DO TRABALHO. 2. 2017, Brasília. *Enunciados* [...]. Brasília: Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho, 2017. Disponível em: <http://www.jornadanacional.com.br/listagem-enunciados-aprovados-vis1.asp>. Acesso em: 18 ago. 2018.

CASAGRANDE, Cássio. Associar a CLT ao fascismo é uma mistificação da História. *JOTA*, São Paulo, 6 ago. 2018. Disponível em: <https://www.jota.info/opiniao-e-analise/colunas/o-mundo-fora-dos-autos/associar-a-clt-ao-fascismo-e-uma-mistificacao-da-historia-06082018>. Acesso em: 18 ago. 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*: obra revista, atualizada e ampliada, conforme Lei n. 13.467/17 e MPr. n. 808/17. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DI CUNTO, Raphael; MARTINS, Arícia. Arrecadação das entidades de trabalhadores com imposto sindical diminui 80% em 2018. *Valor Econômico*, Brasília, 4 maio 2018. Disponível em: <https://www.valor.com.br/brasil/5501555/arrecadacao-das-entidades-de-trabalhadores-com-imposto-sindical-diminui-80-em-2018>. Acesso em: 18 ago. 2018.

FEIJÓ, Carmem. Falta de maioria absoluta impede TST de alterar jurisprudência sobre contribuição assistencial. *Secretaria de Comunicação Social do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, 20 ago. 2014. Disponível em: [http://www.tst.jus.br/en/home?p\\_p\\_id=15&p\\_p\\_lifecycle=0&p\\_p\\_state=maximized&p\\_p\\_mode=view&\\_15\\_struts\\_action=%2Fjournal%2Fview\\_article&\\_15\\_groupId=10157&\\_15\\_articleId=9924819&\\_15\\_version=1.5](http://www.tst.jus.br/en/home?p_p_id=15&p_p_lifecycle=0&p_p_state=maximized&p_p_mode=view&_15_struts_action=%2Fjournal%2Fview_article&_15_groupId=10157&_15_articleId=9924819&_15_version=1.5). Acesso em: 18 ago. 2018.

KALIL, Renan Bernardi. Avanços e perspectivas do direito constitucional do trabalho: uma análise sob a ótica do direito coletivo do trabalho. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 79, n. 4, p. 183-213, out./dez. 2013. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/55994>. Acesso em: 18 ago. 2018.

MIGOWSKI, Eduardo. Se você acreditou que a CLT é fascista, você precisa estudar história. *Voyager*, 8 maio 2017. Disponível em: <https://voyager1.net/historia/a-clt-nao-e-fascista/>. Acesso em: 18 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Freedom of Association Committee of the Governing Body. *Report n. 265, June 1989, case 1487 (Brazil)*. Geneva: [s. l.], 1989. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002\\_COMPLAINT\\_TEXT\\_ID:2901820](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2901820). Acesso em: 18 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Freedom of association: digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*. 5. ed. Geneva: [s. l.], 2006. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/publication/wcms\\_090632.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_090632.pdf). Acesso em: 18 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Liberdade sindical: recopilação de decisões e princípios do Comitê de Liberdade Sindical do Conselho de Administração da OIT*. Tradução de Edilson Alkmim Cunha. Brasília, 1997. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/pt/biblios/1997001>.

[www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS\\_231054/lang--pt/index.htm](http://www.ilo.org/brasil/publicacoes/WCMS_231054/lang--pt/index.htm). Acesso em: 18 ago. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Report n. 290, June 1993, case 1612 (Bolivarian Republic of Venezuela)*. Geneva: [s. l.], 1993. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002\\_COMPLAINT\\_TEXT\\_ID:2902287](https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:50002:0::NO:50002:P50002_COMPLAINT_TEXT_ID:2902287). Acesso em: 18 ago. 2018.

PEREIRA NETO, João Batista. *O sistema brasileiro de unicidade sindical e compulsoriedade de representação*. São Paulo: LTr, 2017.

RODRIGUES, Leôncio Martins. *Destino do sindicalismo*. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisas Sociais, 2009. Disponível em: [http://www.bvce.org.br/DownloadArquivo.asp?Arquivo=RODRIGUES\\_Destino\\_do\\_sindicalismo.pdf](http://www.bvce.org.br/DownloadArquivo.asp?Arquivo=RODRIGUES_Destino_do_sindicalismo.pdf). Acesso em: 18 ago. 2018.



# Análise espacial exploratória dos acidentes de trabalho no Brasil<sup>1</sup>

Danny de Castro Soares

Analista de Planejamento e Orçamento no Ministério Público do Trabalho. Doutorando em Economia pela Universidade Católica de Brasília. Mestre em Economia pela Universidade de Brasília.

**Resumo:** A Organização Internacional do Trabalho (OIT) considera a proteção do trabalhador contra as doenças e os acidentes de trabalho um elemento fundamental da justiça social. Acidentes de trabalho são eventos inesperados que implicam uma interrupção das operações diárias da empresa e, em última análise, prejudicam as atividades estratégicas de valor agregado e o desempenho financeiro de longo prazo. Considerando a complexidade para entender os fenômenos sociais, estudar a dinâmica espacial auxilia a compreensão dessas variáveis. Assim, este artigo realiza uma análise espacial exploratória, com uso do índice LISA, para verificar a concentração espacial dos acidentes de trabalho no Brasil por meio de dados do Smartlab – Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho. Os resultados indicaram uma concentração Alta-Alta na Região Sudeste, em Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e no norte do Rio Grande do Sul. Por sua vez, as regiões Nordeste e Norte apresentam baixa concentração de acidentes.

**Palavras-chave:** Acidentes de trabalho. Concentração espacial. LISA.

**Abstract:** The ILO considers that the protection of the worker from illness and occupational accidents is a fundamental element of social justice. Work-related accidents are unexpected events that entail a disruption of the company's daily operations and ultimately undermine strategic value-added activities and long-term financial performance. Considering the complexity to understand the

---

1 O autor agradece o apoio do Professor Doutor Wilfredo Sosa Sandoval, do Programa de Pós-Graduação em Economia da Universidade Católica de Brasília (UCB).

social phenomena, studying the spatial dynamics helps with the understanding of these variables. Thus, this research performs an exploratory spatial analysis using the LISA index to verify the spatial concentration of occupational accidents in Brazil based on data from the Smartlab – Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho. The results indicated a High-High concentration in the Southeastern Region, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul and northern Rio Grande do Sul. In turn, the Northeastern and North Regions present a low concentration of accidents.

**Keywords:** Occupational accidents. Spatial concentration. LISA.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Breve revisão de literatura – conceito dos acidentes de trabalho e suas consequências. 3 Metodologia. 3.1 Base de dados. 3.2 Método de pesquisa. 4 Resultados e discussão. 4.1 Análise do *cluster* Alto-Alto. 4.2 Análise do *cluster* Baixo-Baixo. 5 Conclusão.

## 1 Introdução

“De 2012 até 2017, cerca de 15 mil trabalhadores não voltaram para casa, no Brasil, entrando para a estatística de vítimas de acidentes de trabalho fatais” (MPT, 2018). Notícias como essa são bastante comuns no Brasil. Os acidentes de trabalho são um dos maiores agravos para a saúde dos trabalhadores e uma das principais moléstias destes (CORDEIRO *et al.*, 2005).

Desde 1970, quando começaram os registros sistemáticos em âmbito nacional, mais de 30 milhões de acidentes foram notificados, provocando mais de 100 mil óbitos evitáveis entre brasileiros jovens e produtivos (CORDEIRO *et al.*, 2005). Somente no ano de 2001, foram notificados 339.645 acidentes do trabalho no Brasil (CORDEIRO *et al.*, 2005). Além disso, o sofrimento humano para a pessoa lesada e suas famílias e colegas fornece custos indiretos que são difíceis de estimar (MANUELE, 2013). Outros países com alto nível de desenvolvimento, como Estados Unidos e Japão, demonstram que é possível conquistar crescimento sem prejudicar a vida de sua população trabalhadora (MANUELE, 2013).

Os significados de “violência” na área da saúde do trabalhador tendem a ter um sentido mais abrangente quando se consideram

também as implicações dessa violência. Os acidentes de trabalho, por exemplo, são uma forma de violência à qual está submetido o trabalhador, o que significa que os agravos físicos, a morte, os agravos psicológicos e os distúrbios de desenvolvimento ou privação devem ser atribuídos à violência sofrida por esse trabalhador (OLIVEIRA; MENDES, 1997). Segundo Pignati e Machado (2005), entender o acidente como uma forma de violência transforma esse objeto aparentemente indefinido em algo visível e inaceitável.

Quando se analisam espacialmente os dados de acidente de trabalho, a geotecnologia, conhecida como geoprocessamento, permite a manipulação e a representação de informações referenciadas geograficamente (SLUTER, 2001). Essa ferramenta pode ser empregada para observar a distribuição espacial de fatores de saúde e as questões de planejamento urbano (BARCELLOS; RAMALHO, 2002).

Segundo Tobler (1970), “everything depends on everything else, but closer things more so”. Nesse sentido, surgem os estudos da análise espacial exploratória, que buscam verificar a concentração espacial de fenômenos (ANSELIN, 1995). Além disso, considerando cada vez mais a complexidade de compreender os fenômenos sociais, estudar a dinâmica espacial auxilia o entendimento dessas variáveis (ALMEIDA, 2012).

Esta pesquisa, portanto, pretende realizar uma análise espacial exploratória dos acidentes de trabalho no Brasil e observar sua concentração no espaço brasileiro, com o uso dos dados do Smartlab – Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho. Inicialmente, apresenta-se breve revisão de literatura sobre o tema. A seção seguinte descreverá o método e a base de dados utilizada. Posteriormente, surgirão a análise e a conclusão.

## **2 Breve revisão de literatura – conceito dos acidentes de trabalho e suas consequências**

A Organização Internacional do Trabalho (OIT) considera que a proteção do trabalhador contra as doenças e os acidentes de trabalho é um elemento fundamental da justiça social (ALVES; GUIMARÃES, 2012). A definição legal de acidente de trabalho no Brasil surge do art. 19 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991:

Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço de empresa ou de empregador doméstico ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho. (Redação dada pela Lei Complementar n. 150, de 2015).

Acidentes de trabalho são eventos inesperados que implicam uma interrupção das operações diárias da empresa e, em última análise, prejudicam as atividades estratégicas de valor agregado e o desempenho financeiro de longo prazo. Assim, podem causar desde um simples afastamento, a redução da capacidade para o trabalho, até mesmo a morte do segurado. Com a grande relevância do tema, surgem vários estudos. No campo econômico, não é diferente: a atenção acadêmica dada aos acidentes no local de trabalho sempre foi acompanhada pelo exame do impacto econômico (ARGILÉS-BOSCH *et al.*, 2014).

De forma mais ampla, Weil (2001) realiza uma revisão de estudos anteriores que examinam as consequências econômicas de lesões e doenças no trabalho. Em geral, os estudos que ele analisa concentram-se na economia como um todo e consideram os gastos com custos médicos e a perda de rendimentos nos domicílios de trabalhadores acidentados. Barth *et al.* (2007) relatam que um aumento na taxa de produto interno bruto está associado a um declínio nas lesões ocupacionais.

No âmbito das firmas, Breslin *et al.* (2007) e Crichton, Stillman e Hyslop (2011), por exemplo, relatam as consequências econômicas negativas de acidentes de trabalho para trabalhadores individuais. Argilés-Bosch *et al.* (2014) analisam empresas espanholas e observam os resultados negativos das firmas que tiveram mais trabalhadores afastados por acidente.

Múltiplas circunstâncias influenciam a incidência de acidentes ocupacionais, e muitos fatores têm sido propostos como contribuintes para tais perigos (CHENG; LIN; LEU, 2010). Embora os fatores mais importantes que influenciam as taxas de acidentes pareçam ser econômicos (WOODEN, 1989), eles são normalmente ignorados na maioria das análises (ARGILÉS-BOSCH *et al.*, 2014).

Uma condição prévia estabelecida pelas empresas para promover a segurança é que os benefícios econômicos de tal medida sejam visíveis e quantificáveis. No entanto, os custos e as perdas atribuíveis ao trabalho inseguro geralmente não são visíveis na contabilidade de uma empresa, e os ganhos potenciais de promover a segurança são incertos. Como tal, a segurança é suscetível de ser sacrificada quando a gerência faz uma troca entre os custos e benefícios da segurança no local de trabalho (ARGILÉS-BOSCH *et al.*, 2014; PIETILÄ *et al.*, 2018).

Ainda na ótica das causas dos acidentes de trabalho, Wallace e Chen (2005) descobriram que o estresse associado à disfunção cognitiva é a principal causa de acidentes, e não a propensão ao acidente do funcionário. Além disso, foram identificadas fortes relações entre condições de higiene ocupacional e acidentes de trabalho (GARCÍA-HERRERO *et al.*, 2012).

### **3 Metodologia**

#### **3.1 Base de dados**

Os dados de acidente de trabalho foram coletados no Observatório Digital de Saúde e Segurança do Trabalho – disponível em <https://observatoriosst.mpt.mp.br/> –, por meio de uma construção conjunta a partir da iniciativa do fórum Smartlab de Trabalho Decente da OIT, unindo o saber acumulado pelo Ministério Público do Trabalho (MPT) e a parceria com a Faculdade de Saúde Pública da Universidade de São Paulo (USP).

Dessa base, foram utilizados os dados individuais de acidentes de trabalho no Brasil. O período dos dados selecionados foi de 2012 a 2017. Os dados foram agregados na base de microrregião do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). Como destacado em Lima e Lima (2016), agregar os municípios em microrregiões facilita, visualmente, a análise regional espacial, além de agrupar municípios com características semelhantes.

No entanto, registra a crítica de Santana, Nobre e Waldvogel (2005) que os dados de acidentes de trabalho muitas vezes são subnotificados por causa do não registro de informações e da informalidade do trabalho.

### 3.2 Método de pesquisa

Esta pesquisa utiliza a análise exploratória de dados espaciais (Exploratory Spatial Data Analysis – ESDA), que consiste em técnicas para identificar possíveis padrões de associação espacial (*spatial clusters*) e observações não típicas (*outliers*). Essa técnica é amplamente utilizada na análise de dinâmicas territoriais no âmbito da Geografia, Economia e Demografia (ANSELIN; BERA, 1998; ALMEIDA, 2012).

Alguns exemplos de pesquisas espaciais analisam desde a criminalidade (WANG *et al.*, 2017) e as causas de suicídio (SANTOS; BARBOSA, 2017) até o trânsito (MENDONÇA; SILVA; CASTRO, 2017) e a migração de pessoas (BIVAND; WILK; KOSSOWSKI, 2017; MACLAURIN; LEYK; HUNTER, 2015).

A maioria das pesquisas analisa a correlação espacial por meio do Local Indicators of Spatial Association (LISA), derivado do  $I$  de Moran como uma forma de identificar *clusters* locais e *outliers* espaciais (ANSELIN, 1995). O índice global de Moran para correlação espacial é dado por:

$$I = \frac{N}{W} \frac{\sum_i \sum_j w_{ij} (x_i - \bar{x})(x_j - \bar{x})}{\sum_i (x_i - \bar{x})^2}$$

O índice LISA (ANSELIN, 1995) calcula um índice  $I$  de Moran local para cada unidade espacial e avalia a significância estatística para cada  $I_i$ . Da equação anterior, surge o índice dado por:

$$I_i = \frac{(x_i - \bar{x})}{\frac{\sum_i (x_i - \bar{x})^2}{N}} \sum_j w_{ij} (x_j - \bar{x})$$

$$I = \sum_i \frac{I_i}{N}$$

Onde  $N$  é o número de unidades espaciais indexadas por  $i$  e  $j$ ;  $x$  é a variável de interesse;  $\bar{x}$  é a média da variável de interesse;  $w_{ij}$  é a matriz espacial de pesos com zeros na diagonal; e  $W$  é a soma

total da matriz  $w_{ij}$ . A matriz  $w_{ij}$  neste estudo seguirá o processo *queen contiguity*, semelhante ao utilizado por Shaker (2015).

Conforme Almeida (2012), os valores do LISA podem ser alocados em um *Moran Scatterplot* (Diagrama de Dispersão de Moran). Isso permite uma classificação dos locais significativos como *clusters* espaciais *High-High* (Alto-Alto) e *Low-Low* (Baixo-Baixo) e *outliers* espaciais *High-Low* (Alto-Baixo) e *Low-High* (Baixo-Alto), conforme quadro a seguir:

**Quadro 1:** *Clusters*

<i>Cluster</i>	<b>Variável de interesse</b>	<b>Variável de interesse dos municípios vizinhos</b>
Alto-Alto (AA)	Alto	Alto
Baixo-Alto (BA)	Baixo	Alto
Baixo-Baixo (BB)	Baixo	Baixo
Alto-Baixo (AB)	Alto	Baixo

Não obstante, Assunção e Reis (1999) propõem a padronização Empírica de Bayes (EB) para corrigir a estatística de teste de autocorrelação espacial de Moran para diferentes densidades populacionais em unidades observacionais, quando a variável de interesse é uma taxa ou proporção. Essa padronização pega emprestado ideias do estimador de encolhimento bayesiano delineado na discussão do alisamento empírico de Bayes. Assim, nesta pesquisa, os valores do indicador LISA serão corrigidos pela estimação bayesiana de Assunção e Reis (1999), em que o indicador base será a estimativa populacional da regional analisada. Os aspectos técnicos podem ser observados em Assunção e Reis (1999).

## **4 Resultados e discussão**

Inicialmente, é realizada uma estatística descritiva para entender os dados coletados no Smartlab. Como esperado, o Estado de São Paulo foi o que apresentou a maior quantidade de acidentes de trabalho, seguido

por Minas Gerais, Rio Grande do Sul e Rio de Janeiro. Essa estatística traz indícios da concentração espacial nas regiões Sul e Sudeste.

**Tabela 1:** Distribuição dos acidentes de trabalho

<b>UF</b>	<b>2012</b>	<b>2013</b>	<b>2014</b>	<b>2015</b>	<b>2016</b>	<b>2017</b>	<b>Total</b>
Acre	558	593	560	556	499	548	3.314 (0,11%)
Alagoas	5.647	4.190	3.909	3.620	3.042	2.801	23.209 (0,77%)
Amapá	714	704	481	424	411	352	3.086 (0,1%)
Amazonas	6.584	6.215	6.423	5.558	4.563	4.476	33.819 (1,12%)
Bahia	13.690	12.777	13.166	11.395	10.595	10.332	71.955 (2,38%)
Ceará	8.213	8.644	9.067	8.724	9.232	8.674	52.554 (1,74%)
Distrito Federal	6.145	6.217	6.356	5.839	5.610	5.133	35.300 (1,17%)
Espírito Santo	11.588	11.937	13.155	12.004	10.742	10.405	69.831 (2,31%)
Goiás	13.516	14.422	14.691	13.335	13.287	13.007	82.258 (2,72%)
Maranhão	3.368	3.284	3.261	3.092	2.727	2.564	18.296 (0,6%)
Mato Grosso	9.661	10.413	10.885	9.862	9.426	10.101	60.348 (2%)
Mato Grosso do Sul	8.411	8.574	8.323	7.651	7.878	8.091	48.928 (1,62%)
Minas Gerais	55.524	56.603	55.180	48.610	46.071	44.448	306.436 (10,13%)
Pará	9.236	9.162	9.832	8.877	7.561	7.308	51.976 (1,72%)
Paraíba	2.651	2.939	3.218	2.689	2.647	2.604	16.748 (0,55%)
Paraná	38.639	40.804	41.928	39.045	35.914	35.107	231.437 (7,65%)

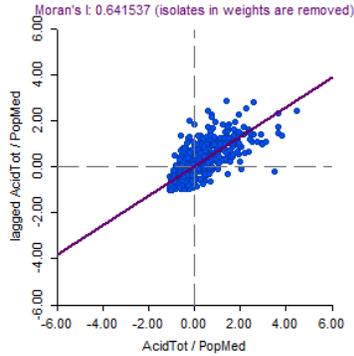
UF	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Pernambuco	12.425	13.156	13.181	11.294	10.595	9.529	70.180 (2,32%)
Piauí	1.269	1.600	1.609	1.481	1.412	1.209	8.580 (0,28%)
Rio de Janeiro	41.981	42.957	44.351	40.971	36.684	32.649	239.593 (7,92%)
Rio Grande do Norte	4.152	4.425	4.729	4.802	3.987	3.624	25.719 (0,85%)
Rio Grande do Sul	38.747	42.276	44.042	39.353	38.473	36.828	239.719 (7,93%)
Rondônia	4.468	4.350	3.850	3.147	2.946	2.858	21.619 (0,71%)
Roraima	406	531	626	441	534	580	3.118 (0,1%)
Santa Catarina	25.105	27.742	28.596	25.975	24.737	25.233	157.388 (5,2%)
São Paulo	200.445	207.668	203.604	179.343	172.027	165.940	1.129.027 (37,33%)
Sergipe	2.476	2.419	2.423	2.099	2.068	1.931	13.416 (0,44%)
Tocantins	1.119	1.056	1.151	1.117	1.212	1.156	6.811 (0,23%)
<b>Total</b>	<b>526.738</b>	<b>545.658</b>	<b>548.597</b>	<b>491.304</b>	<b>464.880</b>	<b>447.488</b>	<b>3.024.665 (100%)</b>

Fonte: Elaborado pelo autor.

Conforme método descrito na seção anterior, foi realizada a correlação espacial do índice LISA com o critério bayesiano de Assunção e Reis (1999) por microrregião e com os dados acumulados de acidentes de trabalho entre 2012 e 2017. O consolidado da população foi a média da microrregião entre o período, retirados dos dados de estimativa populacional do IBGE. A *Figura 1* aponta que o indicador *I* de

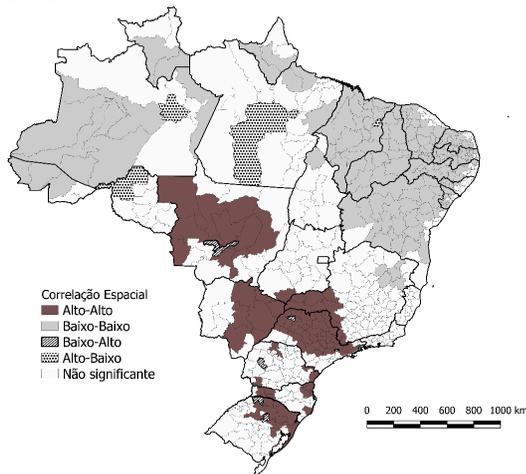
Moran foi de 0.64 e indica uma alta correlação espacial, consoante com Almeida (2012) e Monastério e Reis (2008).

Figura 1: Índice de Moran



Essa alta correlação espacial indica que os acidentes de trabalho estão concentrados espacialmente e, com isso, as políticas para o seu combate devem levar em conta a dimensão espacial na sua concepção (MONASTÉRIO; REIS, 2008).

Mapa 1: Índice LISA

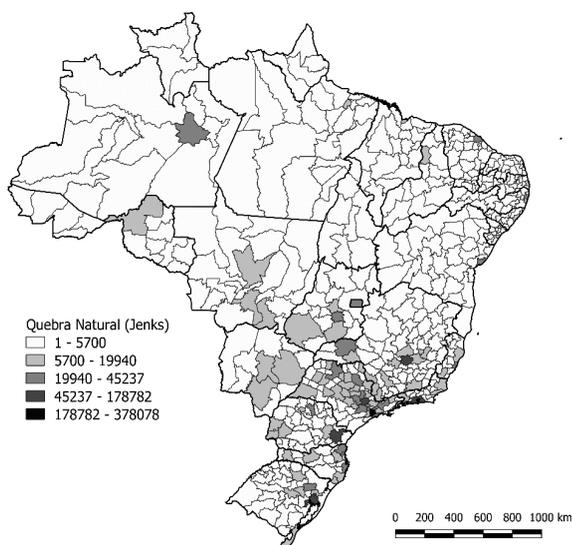


Na análise do *Mapa 1*, observa-se claramente a segmentação dos estados que estão no *cluster* Alto-Alto – concentrados em São

Paulo, Rio Grande do Sul, Mato Grosso do Sul e Mato Grosso – e no *cluster* Baixo-Baixo – Região Nordeste e grande parte da Região Norte.

Para facilitar a análise dos dados, o *Mapa 2* foi elaborado com o *Jenks natural breaks classification method* (JENKS, 1967), que separa valores absolutos em *clusters*. Optou-se pela separação em cinco classes.

**Mapa 2:** Mapa de acidentes de trabalho



#### 4.1 Análise do *cluster* Alto-Alto

Pode-se analisar a concentração espacial Alto-Alto (AA) como microrregiões que possuem elevados níveis de acidentes de trabalho, do mesmo modo que seus vizinhos. Nesse sentido, percebem-se duas principais regiões AA. A primeira é uma faixa industrial, que envolve regiões de São Paulo, o sul de Minas Gerais, o norte do Rio Grande do Sul e a zona industrial de Santa Catarina (nos arredores de Joinville). A segunda é uma região predominantemente agrícola, que envolve Mato Grosso e Mato Grosso do Sul.

A concentração de acidentes em áreas industriais já era esperada. Segundo Gonçalves, Sakae e Magajewski (2018), a indústria é a maior responsável pelos acidentes de trabalho no País. São Paulo é o maior polo industrial do Brasil e, conseqüentemente, possui a maior concentração de acidentes de trabalho (mesmo com a correção bayesiana de população). Percebe-se a ausência de correlação espacial na zona industrial do Rio de Janeiro. Esse fato não pode ser interpretado como ausência de acidentes de trabalho nessa região. A microrregião de Macaé-RJ é a sexta colocada na proporção de acidentes por 100 mil habitantes (42,92). Foram registrados, ainda, 178.782 acidentes (14,89/100 mil habitantes) na microrregião da capital do Rio de Janeiro, o segundo maior total absoluto. Não obstante, parece que os acidentes são focados nessa microrregião, e não foi encontrada correlação espacial com os seus vizinhos. A mesma análise vale para a microrregião de Belo Horizonte.

Dentro da área industrial, a metalurgia e a metalmeccânica se destacam pela proporção de afastamentos decorrentes de acidentes (GONÇALVES; SAKAE; MAGAJEWSKI, 2018). Nesse setor, houve um crescimento significativo, em especial nas regiões Sul e Sudeste, com destaque para as áreas ao redor de Joinville-SC, o norte do Rio Grande do Sul e São Paulo (VEIGA; XAVIER; LENZI, 2012).

Segundo Sousa e Santana (2016), o trabalho na agropecuária é considerado como de alto risco para acidentes em todo o mundo. Não obstante, esperava-se que Mato Grosso e Mato Grosso do Sul estivessem no *cluster* Baixo-Baixo. A agropecuária se desenvolve principalmente em áreas rurais – pouco povoadas –, e são comuns a precariedade da oferta de serviços públicos e a informalidade do trabalho (SOUSA; SANTANA, 2016). Nesse contexto, Mato Grosso e Mato Grosso do Sul possuem o maior percentual de participação da agropecuária em razão do PIB estadual. Contudo, a *Tabela 2* apresenta a correlação espacial da informalidade do Brasil com dados do Censo 2010 e nela se observa que não há tanta informalidade nas regiões de Mato Grosso e Mato Grosso do Sul. Uma possível explicação para essa concentração positiva dos acidentes

de trabalho pode residir no crescimento da industrialização nesses estados (VASCONCELLOS; PIGNATTI; PIGNATI, 2009).

Tabela 2: Microrregiões *cluster* Alto-Alto

<b>Microrregião</b>	<b>Acidentes por 1.000 hab</b>	<b>LISA</b>
GO - Quirinópolis	13,41	0,309*
MS - Alto Taquari	16,53	0,547*
MS - Campo Grande	20,36	1,002*
MS - Cassilândia	19,68	0,976*
MS - Paranaíba	24,53	1,887*
MS - Três Lagoas	34,32	2,777**
MS - Nova Andradina	27,81	2,062*
MS - Dourados	14,85	0,446*
MT - Aripuanã	12,8	0,386*
MT - Parecis	29,04	1,771*
MT - Arinos	21,2	1,367**
MT - Alto Teles Pires	31,79	2,805**
MT - Sinop	22,92	1,581**
MT - Paranatinga	38,46	2,955*
MT - Canarana	13,5	0,371*
MT - Alto Guaporé	18,76	0,918*
MT - Cuiabá	16,46	0,617*
MT - Primavera do Leste	24,62	1,557*
MG - Ituiutaba	17,09	1,099*
MG - Uberlândia	28,92	1,827*
MG - Patrocínio	17	0,572*
MG - Frutal	22,41	2,336***
MG - Uberaba	23,82	1,554*
MG - Araxá	16,85	0,597*
MG - Passos	11,75	0,087*
MG - São Sebastião do Paraíso	23,64	1,001*
MG - Poços de Caldas	16,3	0,784**
MG - Pouso Alegre	16,86	0,611**

<b>Microrregião</b>	<b>Acidentes por 1.000 hab</b>	<b>LISA</b>
SP - Jales	16,21	0,701*
SP - Fernandópolis	28,33	2,464**
SP - Votuporanga	46,75	5,37**
SP - São José do Rio Preto	45,34	6,229***
SP - Catanduva	25,04	2,796***
SP - Nhandeara	17,65	1,728***
SP - Novo Horizonte	16,2	1,454***
SP - Barretos	27,11	2,832**
SP - São Joaquim da Barra	21,46	1,431**
SP - Ituverava	16,46	0,732*
SP - Franca	19,77	0,97**
SP - Jaboticabal	16,28	1,045***
SP - Ribeirão Preto	26,66	2,339**
SP - Batatais	25,97	1,943**
SP - Andradina	29,52	1,992*
SP - Araçatuba	40,43	3,441*
SP - Birigui	29,03	2,97**
SP - Lins	30,92	3,628**
SP - Bauru	31,1	3,043***
SP - Jaú	23,93	4,042***
SP - Avaré	15,15	0,566*
SP - Botucatu	32,83	3,847**
SP - Araraquara	35,15	3,688**
SP - São Carlos	28,94	4,396***
SP - Rio Claro	53,14	10,723***
SP - Limeira	35,14	7,311***
SP - Piracicaba	45,29	8,451***
SP - Pirassununga	17,82	1,679***
SP - São João da Boa Vista	18,37	1,33**
SP - Mogi Mirim	46,68	5,053**
SP - Campinas	31,85	5,739***
SP - Amparo	19,39	1,833***

<b>Microrregião</b>	<b>Acidentes por 1.000 hab</b>	<b>LISA</b>
SP - Dracena	18,82	0,97*
SP - Adamantina	17,27	1,06**
SP - Tupã	15,78	0,69**
SP - Marília	23,09	1,628**
SP - Ourinhos	14,57	0,429**
SP - Itapetininga	13,26	0,269*
SP - Tatuí	26,92	3,372***
SP - Sorocaba	22,95	2,028***
SP - Jundiá	38,08	4,044**
SP - Bragança Paulista	33,34	3,565***
SP - Campos do Jordão	14,02	0,438*
SP - São José dos Campos	28,86	1,943**
SP - Paraibuna/Paraitinga	12,21	0,123*
SP - Osasco	18,68	1,065*
SP - Guarulhos	24,64	1,869**
SP - Mogi das Cruzes	13,3	0,317*
PR - Astorga	16,5	0,604*
PR - Apucarana	17,68	0,707*
PR - Francisco Beltrão	10,49	0,007*
PR - Cerro Azul	12,1	0,208*
PR - Paranaguá	16,9	0,929**
RS - Erechim	26,49	1,384*
RS - Sananduva	12,89	0,22*
RS - Carazinho	17,98	0,915*
RS - Passo Fundo	27,96	1,199*
RS - Cruz Alta	14,93	0,324*
RS - Guaporé	16,16	0,754**
RS - Vacaria	14,03	0,401**
RS - Caxias do Sul	38,82	2,938*
RS - Lajeado/Estrela	26,18	1,674*
RS - Montenegro	24,48	2,272**
RS - Gramado/Canela	18,75	1,136*

<b>Microrregião</b>	<b>Acidentes por 1.000 hab</b>	<b>LISA</b>
RS - São Jerônimo	15,59	0,517*
RS - Osório	11,4	0,079*
SC - Chapecó	24,91	1,078*
SC - Xanxerê	18,13	0,737*
SC - Concórdia	19,12	0,89*
SC - São Bento do Sul	20,12	0,929*
SC - Joinville	35,85	2,957*
SC - Blumenau	20,87	1,107**
SC - Itajaí	23,33	2,521**
SC - Tubarão	18,57	0,821*

\* p = 0,10 \*\* p = 0,05 \*\*\* p = 0,01

Fonte: Elaborado pelo autor.

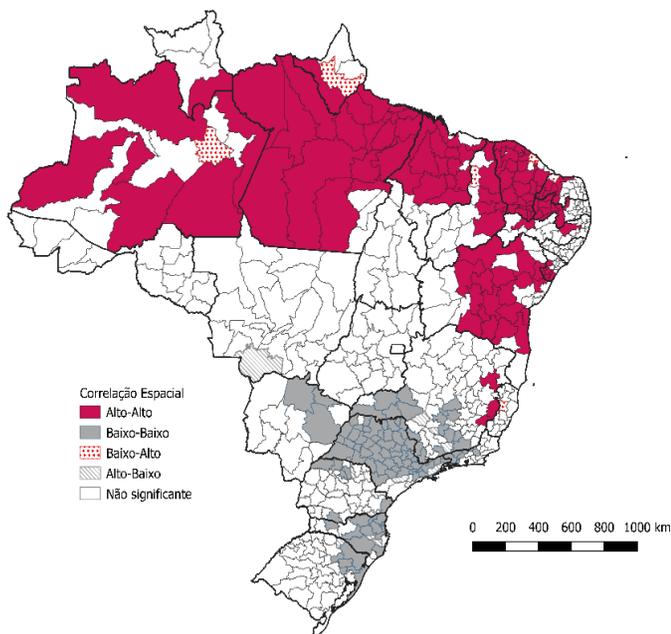
## 4.2 Análise do *cluster* Baixo-Baixo

Não obstante, Rios *et al.* (2015) destacam que, na economia informal do País, as pessoas trabalham por conta própria e raramente notificam a ocorrência de acidentes de trabalho. O trabalho informal se caracteriza como aquele que abarca atividades executadas à margem da lei. De maneira geral, as condições de trabalho no setor informal são perigosas e insalubres, observando-se nelas a presença de múltiplos fatores de risco para a saúde e a ausência de dispositivos e mecanismos básicos de proteção. A esses fatores somam-se a falta de proteção legal advinda da informalização do contrato trabalhista, o descumprimento de normas básicas de segurança, a ausência de fiscalização, além da falta de cobertura do seguro social e de acidentes do trabalho (SILVA *et al.*, 2011).

No *Mapa 3*, apresenta-se o índice LISA do trabalho informal com os dados do Censo de 2010. Observa-se que a região com maior concentração Alta-Alta de trabalho informal é a que surge no *cluster* Baixo-Baixo dos acidentes de trabalho. Assim, infere-se que grande parte dos dados de acidentes nas regiões Norte e Nordeste

podem estar subestimados. Com isso, pode surgir uma falsa conclusão de que nessas regiões ocorrem poucos acidentes de trabalho.

**Mapa 3:** Correlação espacial do trabalho informal



**Tabela 3:** Microrregiões *cluster* Baixo-Baixo

Microrregião	Acidentes por 1.000 hab	LISA
AL - Serrana do Sertão Alagoano	1,12	0,964***
AL - Alagoana do Sertão do São Francisco	1,27	0,907***
AL - Santana do Ipanema	0,6	0,991***
AL - Batalha	0,47	0,977***
AL - Palmeira dos Índios	1,5	0,538*
AL - Traipu	0,34	0,675*
BA - Barreiras	7,49	0,263**
BA - Cotegipe	1,51	0,777**

<b>Microrregião</b>	<b>Acidentes por 1.000 hab</b>	<b>LISA</b>
BA - Juazeiro	5,41	0,444***
BA - Paulo Afonso	2,61	0,66**
BA - Barra	0,7	0,919**
BA - Bom Jesus da Lapa	1,02	0,926**
BA - Senhor do Bonfim	2,1	0,689*
BA - Irecê	0,97	0,825**
BA - Jacobina	2,11	0,746**
BA - Itaberaba	1,75	0,713*
BA - Feira de Santana	5	0,407*
BA - Jeremoabo	1,49	0,956**
BA - Euclides da Cunha	0,52	0,837***
BA - Ribeira do Pombal	0,85	0,872***
BA - Serrinha	1,76	0,742**
BA - Alagoinhas	4,91	0,463**
BA - Boquira	0,58	0,981***
BA - Seabra	1,67	0,8***
BA - Jequié	2,27	0,656**
BA - Livramento do Brumado	0,52	0,921*
BA - Guanambi	2,1	0,842**
BA - Brumado	3,31	0,725**
BA - Vitória da Conquista	3,09	0,625**
BA - Ilhéus/Itabuna	3,07	0,574*
CE - Litoral de Camocim e Acaraú	1,06	0,729*
CE - Ibiapaba	1,11	0,81**
CE - Coreauá	1,25	0,692*
CE - Sobral	9,32	0,064***
CE - Ipu	0,4	0,844*
CE - Santa Quitéria	0,49	0,821**
CE - Canindé	1,22	0,605*
CE - Sertão de Crateús	1,19	0,966***
CE - Sertão de Quixeramobim	1,17	0,902***
CE - Sertão de Inhamuns	0,6	1,015***

<b>Microrregião</b>	<b>Acidentes por 1.000 hab</b>	<b>LISA</b>
CE - Sertão de Senador Pompeu	1,12	0,937***
CE - Baixo Jaguaribe	4,46	0,473**
CE - Médio Jaguaribe	0,67	0,884**
CE - Serra do Pereiro	0,77	0,892**
CE - Iguatu	2,25	0,836***
CE - Várzea Alegre	0,92	0,962***
CE - Lavras da Mangabeira	0,42	0,981**
CE - Chapada do Araripe	0,33	0,961***
CE - Caririçu	0,93	0,952**
CE - Barro	1,22	0,898***
CE - Cariri	4,86	0,566***
CE - Brejo Santo	2,56	0,71*
MA - Litoral Ocidental Maranhense	0,52	0,827*
MA - Aglomeração Urbana de São Luís	7	0,336*
MA - Rosário	2,22	0,782**
MA - Lençóis Maranhenses	0,3	1,022**
MA - Baixada Maranhense	0,47	0,993***
MA - Itapecuru Mirim	1,25	0,951***
MA - Gurupi	1,31	0,837**
MA - Pindaré	0,99	0,86**
MA - Imperatriz	6,1	0,433**
MA - Médio Mearim	1,23	0,945***
MA - Alto Mearim e Grajaú	1,04	0,871***
MA - Presidente Dutra	1,77	0,932***
MA - Baixo Parnaíba Maranhense	0,78	1,07***
MA - Chapadinha	0,65	0,85**
MA - Codó	1,66	0,747*
MA - Caxias	1,41	0,654*
MA - Chapadas do Alto Itapecuru	0,61	0,949***
MA - Porto Franco	1,98	0,649*
MA - Gerais de Balsas	4,05	0,503*
MA - Chapadas das Mangabeiras	1,98	0,751**

<b>Microrregião</b>	<b>Acidentes por 1.000 hab</b>	<b>LISA</b>
PB - Catolé do Rocha	0,68	0,88**
PB - Cajazeiras	1,41	0,878***
PB - Sousa	1,29	0,878***
PB - Patos	2,64	0,767***
PB - Piancó	0,98	0,912***
PB - Itaporanga	0,81	0,897***
PB - Serra do Teixeira	0,69	0,94**
PB - Seridó Ocidental Paraibano	1,52	0,813**
PB - Seridó Oriental Paraibano	0,85	0,936**
PB - Cariri Ocidental	1,21	0,887***
PB - Cariri Oriental	1,02	0,815**
PB - Curimataú Ocidental	0,66	0,876***
PB - Curimataú Oriental	0,58	0,966**
PB - Brejo Paraibano	0,99	0,82**
PB - Guarabira	2,21	0,822**
PB - Campina Grande	8,27	0,232**
PB - Itabaiana	1,6	0,663*
PB - Umbuzeiro	0,99	0,715*
PB - Litoral Norte	2,61	0,53*
PE - Araripina	1,28	0,715*
PE - Salgueiro	1,86	0,731**
PE - Pajeú	1,42	0,883***
PE - Sertão do Moxotó	1,46	0,863**
PE - Petrolina	7,18	0,26**
PE - Itaparica	1,1	0,798**
PE - Vale do Ipanema	0,79	0,933**
PE - Vale do Ipojuca	3,49	0,594***
PE - Alto Capibaribe	1,05	0,91**
PE - Garanhuns	1,81	0,703**
PE - Mata Setentrional Pernambucana	8,06	0,134*
PI - Baixo Parnaíba Piauiense	0,46	0,741*
PI - Litoral Piauiense	1,27	0,956***

<b>Microrregião</b>	<b>Acidentes por 1.000 hab</b>	<b>LISA</b>
PI - Teresina	6,77	0,322**
PI - Campo Maior	0,89	0,894***
PI - Médio Parnaíba Piauiense	0,76	0,849**
PI - Valença do Piauí	0,98	0,896***
PI - Alto Parnaíba Piauiense	5,3	0,47*
PI - Bertolínia	1,83	0,707**
PI - Floriano	2,24	0,802***
PI - Alto Médio Gurguéia	2,71	0,572*
PI - São Raimundo Nonato	1,2	0,75*
PI - Chapadas do Extremo Sul Piauiense	0,95	0,722*
PI - Picos	1,68	0,865***
PI - Pio IX	0,74	0,969***
PI - Alto Médio Canindé	1,63	0,735***
RN - Mossoró	8,5	0,129*
RN - Chapada do Apodi	1,94	0,689**
RN - Médio Oeste	1,55	0,682*
RN - Vale do Açu	5	0,385**
RN - Serra de São Miguel	0,93	0,929**
RN - Pau dos Ferros	1,11	0,914***
RN - Umarizal	0,82	0,918**
RN - Macau	9,4	0,019*
RN - Angicos	2,64	0,604*
RN - Serra de Santana	1,41	0,736**
RN - Seridó Ocidental	2,28	0,746**
RN - Seridó Oriental	2,5	0,777**
RN - Borborema Potiguar	1,99	0,859***
RN - Agreste Potiguar	1,19	0,724***
SE - Sergipana do Sertão do São Francisco	0,78	0,938***
SE - Carira	1,99	0,807***
SE - Nossa Senhora das Dores	2,4	0,689**
SE - Tobias Barreto	2,9	0,676**

<b>Microrregião</b>	<b>Acidentes por 1.000 hab</b>	<b>LISA</b>
SE - Agreste de Lagarto	2,03	0,708**
SE - Propriá	2,31	0,549*
SE - Boquim	0,82	0,694*
SE - Estância	5,12	0,372*
AC - Cruzeiro do Sul	1,15	0,99****
AC - Tarauacá	0,41	0,993**
AC - Sena Madureira	1,71	0,757*
AM - Alto Solimões	0,29	1,043****
AM - Juruá	1,52	1,019****
AM - Tefé	1,26	0,892**
AM - Coari	5,39	0,419*
AM - Parintins	0,36	0,771*
AM - Boca do Acre	1,14	0,867**
AM - Purus	0,38	0,625*
AP - Macapá	4,25	0,569****
AP - Mazagão	2,79	0,535*
PA - Furos de Breves	0,72	0,899**
PA - Arari	0,35	0,686*
PA - Paragominas	5,76	0,361*
RR - Caracarái	2,02	0,628*
RR - Sudeste de Roraima	4,18	0,673**
TO - Araguaína	4,16	0,419*
MG - Grão Mogol	13,17	0,084*
MG - Capelinha	3,06	0,386*
MG - Araçuaí	2,08	0,587*
MG - Pedra Azul	2,49	0,708*
MG - Teófilo Otoni	5,02	0,334*

\* p = 0,10 \*\* p = 0,05 \*\*\*\* p = 0,01

Fonte: Elaborado pelo autor.

## 5 Conclusão

Os acidentes de trabalho, além de representarem grave violência aos trabalhadores, causam grandes perdas para a economia brasileira. Esta pesquisa realizou análise espacial exploratória para observar a concentração dos acidentes entre 2012 e 2017. Constatou-se, mesmo depois de se realizar a correção bayesiana pela população, uma concentração na Região Sudeste, Mato Grosso, em Mato Grosso do Sul e no norte do Rio Grande do Sul. Por sua vez, as regiões Nordeste e Norte apresentam baixa concentração de acidentes. Ao analisar os índices de informalidade da região, infere-se que esse número pode estar subestimado.

Este estudo contribui de duas maneiras para o mundo acadêmico. Em primeiro lugar, por explorar tema tão importante para a construção de políticas que impactem significativamente a vida dos trabalhadores brasileiros. Em segundo lugar, por utilizar base de dados nova, desenvolvida em parceria entre o Ministério Público do Trabalho e a OIT.

Por fim, apresentam-se indicações para estudos futuros que podem explorar quantitativamente as causas e consequências dos acidentes de trabalho escravo. Esses estudos poderão inserir a variável espacial devido à alta correlação verificada nesta pesquisa. Considerar os níveis de informalidade também pode ser fundamental para explicar melhor o tema.

## Referências

- ALMEIDA, E. *Econometria espacial aplicada*. Campinas: Alínea, 2012.
- ALVES, R.A.; GUIMARÃES, M. C. De que sofrem os trabalhadores rurais? Análise dos principais motivos de acidentes e adoecimentos nas atividades rurais. *Informe Gepec*, Toledo-PR, v. 16, n. 2, p. 39-56, 2012.
- ANSELIN, L. Local Indicators of Spatial Association – LISA. *Geographical Analysis*, Columbus, v. 27, n. 2, p. 93-115, 1995.

ANSELIN, L.; BERA, A. K. Spatial dependence in linear regression models with an introduction to spatial econometrics. In: ULLAH, A.; GILES, D. E. A. *Handbook of applied economic statistics*. New York: CRC Press, 1998. p. 237-289. (Statistics: textbooks and monographs, v. 155).

ARGILÉS-BOSCH, J. M. *et al.* Empirical analysis of the incidence of accidents in the workplace on firms' financial performance. *Safety Science*, Amsterdam, v. 70, p. 123-132, 2014.

ASSUNÇÃO, R. M.; REIS, E. A. A new proposal to adjust Moran's I for population density. *Statistics in Medicine*, Chichester, v. 18, n. 16, p. 2147-2162, 1999.

BARCELLOS, C.; RAMALHO, W. Situação atual do geoprocessamento e da análise de dados espaciais em saúde no Brasil. *Informática Pública*, Belo Horizonte, v. 4, n. 2, p. 221-230, 2002.

BARTH, A. *et al.* Economic growth and the incidence of occupational injuries in Austria. *Wiener Klinische Wochenschrift*, Heidelberg, v. 119, n. 5, p. 158-163, 2007.

BIVAND, R. S.; WILK, J.; KOSSOWSKI, T. Spatial association of population pyramids across Europe: the application of symbolic data, cluster analysis and join-count tests. *Spatial Statistics*, Amsterdam, v. 21, part B, p. 339-361, 2017.

BRESLIN, F.C. *et al.* Work disability absence among young workers with respect to earnings losses in the following year. *Scandinavian Journal of Work, Environment & Health*, Helsinki, v. 33, n. 3, p. 192-197, 2007.

CHENG, C.-W.; LIN, C.-C.; LEU, S.-S. Use of association rules to explore cause-effect relationships in occupational accidents in the Taiwan construction industry. *Safety Science*, Amsterdam, v. 48, n. 4, p. 436-444, 2010.

CORDEIRO, R. *et al.* O sistema de vigilância de acidentes do trabalho de Piracicaba. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 5, p. 1574-1583, 2005.

CRICHTON, S.; STILLMAN, S.; HYSLOP, D. Returning to work from injury: longitudinal evidence on employment and earnings. *Industrial and Labor Relations Review*, Ithaca, v. 64, n. 4, p. 765-785, 2011.

GARCÍA-HERRERO, S. *et al.* Working conditions, psychological/physical symptoms and occupational accidents. Bayesian network models. *Safety Science*, Amsterdam, v. 50, n. 9, p. 1760-1774, 2012.

GONÇALVES, S. B. B.; SAKAE, T. M.; MAGAJEWSKI, F. L. Prevalência e fatores associados aos acidentes de trabalho em uma indústria metalmeccânica. *Revista Brasileira de Medicina do Trabalho*, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 26-35, 2018.

JENKS, G. F. The data model concept in statistical mapping. *International Yearbook of Cartography*, London, v. 7, p. 186-190, 1967.

LIMA, R. C.; LIMA, J. P. R. Distribuição do PIB *per capita* nas microrregiões brasileiras: uma análise exploratória espacial. *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, v. 47, p. 305-329, jul./dez. 2016.

MACLAURIN, G.; LEYK, S.; HUNTER, L. M. Understanding the combined impacts of aggregation and spatial non-stationarity: the case of migration-environment associations in rural South Africa. *Transactions in GIS: TG*, Oxford, v. 19, n. 6, p. 877-895, Dec. 2015.

MANUELE, F. A. Reviewing Heinrich: dislodging two myths from the practice of safety. In: MANUELE, F. A. *On the practice of safety*. Hoboken: John Wiley & Sons, 2013. p. 234-256.

MENDONÇA, M. F.; SILVA, A. P.; CASTRO, C. C. L. Análise espacial dos acidentes de trânsito urbano atendidos pelo Serviço de Atendimento

Móvel de Urgência: um recorte no espaço e no tempo. *Revista Brasileira de Epidemiologia*, São Paulo, v. 20, n. 4, p. 727-741, 2017.

MONASTÉRIO, L.; REIS, E. J. Mudanças na concentração espacial das ocupações nas atividades manufatureiras no Brasil – 1872-1920. *Ipea – Texto para Discussão*, Rio de Janeiro, n. 1.361, nov. 2008.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Perdas com acidentes de trabalho custam mais de R\$ 26 bi da Previdência. *MPT Notícias*, Brasília, 5 mar. 2018. Disponível em: [http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal\\_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/57067f73-133e-4a0a-aed0-9cb43a1332d1](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/sala-imprensa/mpt-noticias/57067f73-133e-4a0a-aed0-9cb43a1332d1). Acesso em: 9 jan. 2019.

OLIVEIRA, P. A. B.; MENDES, J. M. Acidentes de trabalho: violência urbana e morte em Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 73-83, 1997.

PIETILÄ, J. *et al.* Characteristics and determinants of recurrent occupational accidents. *Safety Science*, Amsterdam, v. 108, p. 269-277, 2018.

PIGNATI, W. A.; MACHADO, J. M. H. Riscos e agravos à saúde e à vida dos trabalhadores das indústrias madeireiras de Mato Grosso. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 961-973, 2005.

RIOS, M. A. *et al.* Fatores associados a acidentes de trabalho envolvendo trabalhadores informais do comércio. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 31, n. 6, p. 1199-1212, 2015.

SANTANA, V.; NOBRE, L.; WALDVOGEL, B. C. Acidentes de trabalho no Brasil entre 1994 e 2004: uma revisão. *Ciência & Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 10, n. 4, p. 841-855, 2005.

SANTOS, E. G.; BARBOSA, I. R. Conglomerados espaciais da mortalidade por suicídio no nordeste do Brasil e sua relação com indicadores socioeconômicos. *Cadernos de Saúde Coletiva*, Rio de Janeiro, v. 25, n. 3, p. 371-378, 2017.

SHAKER, R. R. The spatial distribution of development in Europe and its underlying sustainability correlations. *Applied Geography*, Oxford, v. 63, p. 304-314, 2015.

SILVA, A. I. D. *et al.* Acidentes com material biológico relacionados ao trabalho: análise de uma abordagem institucional. *Revista Brasileira de Saúde Ocupacional*, São Paulo, v. 36, n. 124, p. 265-273, 2011.

SLUTER, C. R. Sistema especialista para geração de mapas temáticos. *Revista Brasileira de Cartografia*, Brasília, v. 53, n. 1, p. 45-64, dez. 2001.

SOUSA, F. N.; SANTANA, V. S. Mortalidade por acidentes de trabalho entre trabalhadores da agropecuária no Brasil, 2000-2010. *Cadernos de Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 4, 2016.

TOBLER, W. R. A computer movie simulating urban growth in the Detroit region. *Economic Geography*, Worcester, v. 46, sup. 1, p. 234-240, 1970.

VASCONCELLOS, M. C.; PIGNATTI, M. G.; PIGNATI, W. A. Emprego e acidentes de trabalho na indústria frigorífica em áreas de expansão do agronegócio, Mato Grosso, Brasil. *Saúde e Sociedade [online]*, São Paulo, v. 18, n. 4, p. 662-672, 2009.

VEIGA, R. A.; XAVIER, E.; LENZI, F. C. Uma análise do processo produtivo e das condições ergonômicas do trabalho na Mefaro Indústria Metal-Mecânica. *Revista de Ciências Exatas e Tecnologia*, Londrina, v. 7, n. 7, p. 97-106, 2012.

WALLACE, J. C.; CHEN, G. Development and validation of a work-specific measure of cognitive failure: implications for occupational safety. *Journal of Occupational and Organizational Psychology*, London, v. 78, n. 4, p. 615-632, Dec. 2005.

WANG, F. *et al.* Local indicator of colocation quotient with a statistical significance test: examining spatial association of crime and facili-

ties. *Professional Geographer*, Washington, D.C., v. 69, n. 1, p. 22-31, Jan. 2017.

WEIL, D. Valuing the economic consequences of work injury and illness: a comparison of methods and findings. *American Journal of Industrial Medicine*, Hoboken, v. 40, n. 4, p. 418-437, 2001.

WOODEN, M. Workers' compensation, unemployment and industrial accidents: an inter-temporal analysis. *Australian Economic Papers*, Carlton, v. 28, n. 53, p. 219-235, 1989.

# Por trás dos panos: o trabalho escravo no setor têxtil brasileiro e a responsabilização jurídica das grifes

Rafaela Neiva Fernandes

Analista em Direito no Ministério Público da União.  
Especialista em Direito Aplicado ao MPU pela Escola Superior do Ministério Público da União.

**Resumo:** O perfil do trabalho análogo ao de escravo no setor têxtil brasileiro envolve tráfico de pessoas, jornadas exaustivas e condições laborais que afrontam a dignidade humana. O Ministério Público do Trabalho (MPT) tem buscado, ao longo dos anos, a responsabilização das grandes empresas que se encontram no topo da cadeia produtiva, por meio do ajuizamento de ações civis públicas e assinatura de termos de ajustamento de conduta, como ocorreu no emblemático caso Zara. Uma consistente argumentação foi desenvolvida para subsidiar a responsabilização jurídica dessas empresas, destacando-se a aplicação do princípio da alteridade e das teorias do risco proveito, do risco criado e da cegueira deliberada. Atualmente, fala-se também em *dumping* social.

**Palavras-chave:** Trabalho análogo ao de escravo. Setor têxtil. Responsabilidade social. Responsabilidade jurídica. *Dumping* social.

**Abstract:** The slave-like labor in the Brazilian textile industry involves human trafficking, exhaustive working journeys and working conditions that confront human dignity. The Labor Public Prosecutor Office (MPT) has been trying, over the years, to hold accountable the big companies that are at the top of the supply chains, by the proposal of public civil actions and the signing of terms of conduct adjustment, as it happened in the emblematic Zara case. A consistent argument was developed to subsidize the legal accountability of these companies, highlighting the application of the principle of alterity and theories of risk to profit, risk created and willful blindness doctrine. Nowadays, it is also used the concept of social dumping.

**Keywords:** Slave-like labour. Textile industry. Social responsibility. Legal responsibility. Social dumping.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O esquema do trabalho escravo no setor têxtil. 3 Responsabilidade social. 4 O caso Zara. 5 M. Officer: *dumping* social. 6 A responsabilização jurídica das grifes. 6.1 Princípio da alteridade e teoria do risco proveito. 6.2 Teoria do risco criado. 6.3 Teoria da cegueira deliberada. 7 Conclusão.

## 1 Introdução

O trabalho escravo não é uma novidade no Brasil. Desde o descobrimento do País, nos idos do ano de 1500, a mão de obra escrava é utilizada, primeiramente, com os índios, na extração do pau-brasil, e posteriormente com os africanos na cultura da cana-de-açúcar e nas minas de ouro. Certo é que muitos indivíduos já foram intensamente explorados como escravos em solo brasileiro até a abolição da escravatura, em 1888, com a Lei Áurea.

Contudo, o que a Princesa Isabel não imaginava é que a escravidão se perpetuaria ainda por muitos anos, até os dias atuais, só que agora de forma velada, maquiada de trabalho livre. É o trabalho exercido em situações degradantes, sem condições mínimas de segurança e higiene, acrescido de jornadas exaustivas.

Um exemplo disso é encontrado na dinâmica de trabalho muitas vezes utilizada pelo setor têxtil na confecção de roupas, que é o tema deste artigo.

Antes de tratar propriamente do assunto, é preciso ressaltar que o trabalho escravo, ou em condição análoga à de escravo, é crime no Brasil, tipificado pelo art. 149 do Código Penal, *in verbis*:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

A atribuição para investigar o crime e promover a respectiva ação penal é do Ministério Público Federal.

O conceito de trabalho em condição análoga à de escravo não está restrito aos limites trazidos pelo art. 149 do Código Penal. Costuma-se dizer que é um *topoi*, um lugar comum, isto é, as pessoas sabem o que é, mas não se pode limitá-lo a um conceito estanque, sob pena de restringir indevidamente a sua aplicação no caso concreto.

A cartilha elaborada pelo Ministério Público do Trabalho sobre trabalho escravo traz o seguinte conceito: “A escravidão é a coisificação do homem, tratado dentro da seara produtiva como mera propriedade de outrem, sem respeito à dignidade humana da pessoa trabalhadora”.

A cartilha aponta, ainda, o conceito de Brito Filho, citado por Camargo de Melo:

Podemos definir trabalho em condições análogas à condição de escravo como o exercício do trabalho humano em que há restrição, em qualquer forma, à liberdade do trabalhador, e/ou quando não são respeitados os direitos mínimos para o resguardo da dignidade do trabalhador<sup>1</sup>.

Como visto nas definições anteriores, o trabalho em condição análoga à de escravo afronta diretamente a dignidade da pessoa humana. Vejam-se as palavras de José Cláudio Monteiro de Brito Filho (2004, p. 7):

Dar trabalho, e em condições decentes, então, é forma de proporcionar ao homem os direitos que decorrem desse atributo que lhe é

---

1 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. *Cartilha do trabalho escravo*. [Brasília]: [s. n.], [entre 2006 e 2014], p. 5. Disponível em: [https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/cartilhas/cartilha-do-trabalho-escravo/@@download/arquivo\\_pdf](https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes/cartilhas/cartilha-do-trabalho-escravo/@@download/arquivo_pdf). Acesso em: 11 abr. 2019.

próprio: a dignidade. Quando se fala em trabalho em que há a redução do homem à condição análoga à de escravo, dessa feita, é imperioso considerar que violado o princípio da dignidade da pessoa humana, pois não há trabalho decente se o homem é reduzido a essa condição.

Tiago Muniz Cavalcanti (2013, p. 2) acrescenta:

[...] o bem jurídico tutelado pelo trabalho escravo se transmudou na sua acepção contemporânea. Atualmente, não mais se exige a presença de instrumentos restritivos da liberdade, como práticas usuais de outrora, mas condições aviltantes à dignidade da pessoa trabalhadora provenientes da disparidade socioeconômica entre vítima e escravocrata moderno. A dignidade humana passou a ser, portanto, o bem jurídico protegido pelo crime de redução à condição análoga à de escravo, podendo ser atingida – inclusive, e não apenas – pela restrição da liberdade de ir e vir.

A legislação que rege o tema é vasta. No plano internacional, tem-se a Convenção das Nações Unidas sobre a Escravatura, de 1926, que, em seu artigo 1º, dispõe: “A escravidão é o estado e a condição de um indivíduo sobre o qual se exercem, total ou parcialmente, alguns ou todos os atributos do direito de propriedade”. A Convenção Suplementar sobre Abolição da Escravatura, do Tráfico de Escravos e das Instituições e Práticas Análogas à Escravatura, datada de 1956, também da Organização das Nações Unidas, traz aspectos complementares, definindo a servidão por dívida.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, trata do tema em seu artigo 4º, ao prever que “[n]inguém será mantido em escravidão ou servidão; a escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas”.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, dispõe, em seu artigo 6º, que “[n]inguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas como o tráfico de escravos e o tráfico de mulheres são proibidos em todas as suas formas”.

Têm-se, ainda, as Convenções n. 29, de 1930, e n. 105, de 1957, ambas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que utilizam o termo *trabalho forçado*, tecnicamente mais correto. A Convenção n. 29 define o trabalho forçado ou obrigatório como

“todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade”. O conceito abrange, por exemplo, práticas como o tráfico de pessoas, a exploração do trabalho humano e a servidão por dívida.

No plano nacional, a Constituição da República, de 1988, traz, em seu art. 1º, a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (inciso IV) como fundamentos da República. No art. 5º, III, dispõe que “ninguém será submetido a tortura ou a tratamento desumano ou degradante”, e, no inciso XXIII do mesmo artigo, que “a propriedade atenderá a sua função social”. O art. 170 traz, ainda, a determinação de que a ordem econômica deve ser “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa”, tendo por finalidade “assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social”.

O art. 149 do Código Penal tipifica o trabalho escravo como crime, conforme já mencionado.

É importante citar também as Orientações n. 3 e n. 4 da Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo do Ministério Público do Trabalho (CONAETE):

Orientação 03. “Jornada de trabalho exaustiva é a que, por circunstâncias de intensidade, frequência, desgaste ou outras, agrida a dignidade humana do trabalhador, causando prejuízos a sua saúde física ou mental, e decorra de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante sua vontade. A previsão de jornada especial em instrumento coletivo não impede a caracterização da jornada exaustiva”.

Orientação 04. “Condições degradantes de trabalho são as que configuram desprezo à dignidade da pessoa humana, pelo descumprimento dos direitos fundamentais do trabalhador, em especial os referentes a higiene, saúde, segurança, moradia, repouso, alimentação ou outros relacionados a direitos da personalidade, decorrentes de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a vontade do trabalhador”.

Cita-se, finalmente, a Portaria n. 1.129/2017, do Ministério do Trabalho, que dispõe, entre outros aspectos, sobre as regras relativas ao cadastro de empregadores que tenham submetido trabalhadores a condições análogas às de escravo (lista suja). A portaria

prevê que a divulgação da lista suja seja feita no sítio eletrônico do (extinto) Ministério do Trabalho, com duas publicações ao ano:

Art. 5º A atualização do Cadastro de Empregadores que tenham submetido trabalhadores à condição análoga à de escravo será publicada no sítio eletrônico do Ministério do Trabalho duas vezes ao ano, no último dia útil dos meses de junho e novembro.

Feitas essas considerações iniciais, passa-se propriamente ao tema deste artigo, qual seja, o enfoque do trabalho escravo no setor têxtil brasileiro.

## **2 O esquema do trabalho escravo no setor têxtil**

A grande massa dos trabalhadores em condição análoga à de escravo no setor têxtil brasileiro é composta por imigrantes bolivianos, paraguaios e peruanos que vêm ao Brasil em busca de melhores condições de vida e, quando chegam no País, têm seus documentos confiscados e acabam trancados em galpões e porões, trabalhando em média quatorze horas por dia, recebendo por volta de R\$ 0,20 por peça produzida, comendo e dormindo no local de trabalho, sem condições de higiene.

Luiz Carlos Michele Fabre (2012), em seu artigo “Novos institutos relacionados ao tráfico de pessoas no setor têxtil: o princípio do *non refoulement* e a teoria da cegueira deliberada”, traça o panorama do trabalho escravo no setor têxtil brasileiro, que serviu de base para o presente artigo.

A divulgação da proposta de emprego nas oficinas de costura ocorre por meio de anúncios espalhados no país de origem dos imigrantes, bem como por divulgação em rádios locais. A divulgação também pode ser realizada por parentes ou amigos que já trabalham no Brasil.

O estrangeiro interessado entra em contato com o agenciador e combina as condições de vinda para o Brasil. Quando tem recursos, custeia sua passagem. Quando não tem, a passagem é custeada pelo empregador, e o valor se transforma em dívida que o estrangeiro terá que pagar com seu trabalho assim que chegar.

No momento em que desembarca no País, o migrante tem seu passaporte e demais documentos recolhidos e é encaminhado ao local de trabalho.

Tal forma de aliciamento de trabalhadores se enquadra, segundo Luiz Fabre (2012, p. 6), na hipótese de tráfico de pessoas, cujo conceito pode ser encontrado no artigo 3º do Protocolo Adicional à Convenção de Palermo (ratificado no Brasil pelo Decreto n. 5.017/2004):

### Artigo 3

#### Definições

Para efeitos do presente Protocolo:

- a) A expressão “tráfico de pessoas” significa o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de pessoas, recorrendo à ameaça ou uso da força ou a outras formas de coação, ao rapto, à fraude, ao engano, ao abuso de autoridade ou à situação de vulnerabilidade ou à entrega ou aceitação de pagamentos ou benefícios para obter o consentimento de uma pessoa que tenha autoridade sobre outra para fins de exploração. A exploração incluirá, no mínimo, a exploração da prostituição de outrem ou outras formas de exploração sexual, o trabalho ou serviços forçados, escravatura ou práticas similares à escravatura, a servidão ou a remoção de órgãos;
- b) O consentimento dado pela vítima de tráfico de pessoas tendo em vista qualquer tipo de exploração descrito na alínea a) do presente Artigo será considerado irrelevante se tiver sido utilizado qualquer um dos meios referidos na alínea a);
- c) O recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento de uma criança para fins de exploração serão considerados “tráfico de pessoas” mesmo que não envolvam nenhum dos meios referidos da alínea a) do presente Artigo;
- d) O termo “criança” significa qualquer pessoa com idade inferior a dezoito anos.

É interessante notar que o consentimento da vítima é irrelevante para a caracterização do tráfico de pessoas, afinal, na maioria das vezes, a vítima dá o seu consentimento ao migrar por espontânea vontade.

É comum, antes de iniciar o trabalho, que o migrante firme um contrato verbal de experiência, no qual fica ajustado que, nos primeiros três meses, o trabalhador irá aprender o ofício de costureiro e não receberá salário, pois o valor será descontado das despesas com transporte, alojamento e alimentação. Findo esse prazo, o ajuste se renova, e o empregado passa a receber entre R\$ 0,20 e R\$ 2,00 por peça produzida. E, caso danifique o produto, terá descontado de seu salário o valor correspondente ao preço de venda da peça, que é infinitamente mais caro que o valor que recebe pela produção, considerando que, muitas vezes, essas peças são vendidas por grifes famosas.

O local de trabalho é sujo, abafado e insalubre. Normalmente são grandes galpões, lotados de máquinas de costura, nos quais os migrantes ficam apertados. As cadeiras não são ergonômicas, podendo ser até mesmo caixotes improvisados como cadeiras. No mesmo local, são construídos alojamentos ao fundo, onde os trabalhadores preparam suas refeições, comem e dormem. A fiação elétrica é improvisada e há poucos banheiros. É o chamado *sweating system* (sistema do suor). Os filhos desses bolivianos, peruanos e paraguaios também residem ali. Os locais podem contar com passagens secretas e alçapões, construídos com o objetivo de burlar eventual fiscalização do Ministério Público do Trabalho e outras.

As jornadas de trabalho são exaustivas, em média quatorze horas por dia. Nota-se que os migrantes se esforçam para trabalhar ao máximo, pois assim produzem mais peças e conseguem ganhar mais dinheiro. Esse é o grande problema da remuneração por produtividade, amplamente conhecido no Direito do Trabalho.

O labor é prestado para empresas de pequeno porte, que vendem as peças para empresas de médio porte. Estas, por sua vez, revendem para empresas de grande porte, que estão no topo da produção. São as grandes marcas, as grifes famosas.

Forma-se, assim, uma verdadeira cadeia produtiva, isto é, um conjunto de etapas nas quais ocorre a constituição da peça de roupa que vai à venda nas lojas, composta pela empresa controladora (grife), seus fornecedores (confecções) e terceiros (pequenas oficinas subcontratadas nas quais ocorre a exploração do trabalho).

A situação é extremamente precária e, mesmo assim, os migrantes, em sua maioria, não a denunciam, seja porque estão com sua liberdade de ir e vir cerceada, impedidos de sair do local de trabalho, seja porque têm medo de represálias do Governo brasileiro, uma vez que se encontram em situação irregular no País, ou ainda porque têm medo das ameaças feitas pelo empregador.

Alguns estrangeiros que trabalham nessas condições degradantes juntam o máximo de dinheiro que conseguem e, futuramente, acabam se tornando exploradores de outros estrangeiros, num ciclo vicioso. Observa-se que as empresas de pequeno porte, que estão na base da cadeia produtiva, são constituídas principalmente por migrantes que um dia foram explorados por esse mesmo modo de produção. Outros migrantes, que não se tornam empresários do ramo, por vezes conseguem fugir, retornar ao seu país de origem, ou permanecem no Brasil e são empregados em outros setores ou abrem seu próprio negócio.

### **3 Responsabilidade social**

O combate ao trabalho análogo ao de escravo, realizado pelo Ministério Público do Trabalho, em um primeiro momento, buscou a responsabilidade social das grandes grifes. Como exemplos, citam-se os termos de ajustamento de conduta firmados com as empresas C&A (Procedimento Investigatório n. 2371.2006.02.000/0-134), Riachuelo (Inquérito Civil n. 809.2006.02.000/4-111) e Marisa (Procedimento Investigatório n. 788.2006.02.000/8). As três empresas assinaram, respectivamente, os Termos de Ajustamento de Conduta (TACs) ns. 398/2007, 13/2007 e 448/2007, no âmbito dos referidos procedimentos, comprometendo-se às mesmas obrigações, abaixo descritas:

#### **1 – DA OBRIGAÇÃO DE NÃO FAZER**

1.1 Compromete-se a advertir seus fornecedores, no *site* de relacionamento na internet, que não aceitará, sob pena de rescisão e descredenciamento, assim como cancelamento de pedidos de compras, as confecções que:

1.1.1 Contratem, de qualquer modo, formal ou informalmente, trabalhadores de nacionalidades diversas que estejam em situação irregular no país;

1.1.2 Contratem empresas integradas por estrangeiros que não estejam legalmente constituídos como pessoa jurídica;

1.1.3 Contratem, formal ou informalmente, empresas que se utilizem, direta ou indiretamente, de trabalhadores estrangeiros que estejam em situação irregular no país;

1.2 Compromete-se a fazer constar dos pedidos de compra encaminhados às fornecedoras/dos contratos firmados entre a denunciada e seus fornecedores a advertência de que a C&A MODAS LTDA/as Lojas Riachuelo S/A/as Lojas MARISA LOJAS VAREJISTAS LTDA não aceitarão, sob pena de rescisão e descredenciamento, assim como cancelamento de pedidos de compras, as confecções que:

1.2.1 Contratem, de qualquer modo, formal ou informalmente, trabalhadores de nacionalidades diversas que estejam em situação irregular no país;

1.2.2 Contratem empresas integradas por estrangeiros que não estejam legalmente constituídos como pessoa jurídica;

1.2.3 Contratem, formal ou informalmente, empresas que se utilizem, direta ou indiretamente, de trabalhadores estrangeiros que estejam em situação irregular no país;

1.3 A C&A MODAS LTDA/as Lojas Riachuelo S/A/as Lojas MARISA LOJAS LTDA comprometem-se a realizar visitas periódicas, no intervalo mínimo de 01 ano e intervalo máximo de 02 anos, nas confecções credenciadas, a fim de verificar se estão cumprindo as obrigações elencadas nas cláusulas 1.1.1 a 1.1.3.

Desde então, a Riachuelo S/A vem cumprindo com o pactuado, o que resta consignado nos autos do mencionado inquérito civil.

A Marisa, por sua vez, assinou novo TAC em 2010 (TAC n. 1.834/2010), comprometendo-se a realizar auditorias nos seus fornecedores, de forma aleatória e no formato surpresa, verificando se estavam atuando em conformidade com a legislação trabalhista e, ainda, relacionando os trabalhadores estrangeiros e sua situação migratória:

1.1. A Marisa passará a realizar auditorias privadas externas com base em metodologia que permita a checagem de toda a camada produtiva do setor de confecções (assim entendida a cadeia de terceirizações sucessivas existentes abaixo de seus fornecedores diretos – os terceiros fornecedores dos Fornecedores Marisa, doravante, “Terceiros”), nos termos do anexo Plano de Auditoria Marisa.

Obrigou-se, também, a substituir os acordos de fornecimento mantidos com suas fornecedoras, para incluir a obrigatoriedade de que fornecedores e terceiros estejam de acordo com a metodologia das auditorias, com o livre acesso dos auditores privados às instalações e com a obrigatoriedade de celebrarem planos de ações corretivas, caso constatadas irregularidades nos relatórios de auditoria. Os acordos de fornecimento deveriam contemplar, também, a possibilidade de rescisão unilateral na hipótese de descumprimento do plano.

Com o passar dos anos, a partir, especialmente, do caso Zara, o MPT começou a buscar, além da responsabilidade social, a responsabilidade jurídica das grifes, a qual demanda um maior grau de comprometimento da empresa em relação à responsabilidade social:

A par da Responsabilidade Social, sempre houve um clamor pelo reconhecimento de Responsabilidade Jurídica do detentor do poder econômico relevante na cadeia produtiva. Entre esses conceitos aparentemente próximos há, em verdade, grande distinção: enquanto a Responsabilidade Social demanda espontaneidade e assunção voluntária de obrigações de *compliance*, a Responsabilidade Jurídica é compulsória e inexorável; enquanto a Responsabilidade Social se compraz com obrigações de meio (por exemplo: desenvolvimento e implementação de técnicas de auditoria da cadeia produtiva), a Responsabilidade Jurídica enfoca obrigações de resultado (efetiva responsabilização por situações de trabalho escravo ocorridas em cadeia, independentemente da discussão sobre eficácia ou não dos mecanismos de auditoria aplicados); enquanto a Responsabilidade Social é norteadada pelo princípio da reserva do possível (com a tendencial isenção da empresa por práticas que escaparam a seus mecanismos de *compliance*), a Responsabilidade Jurídica é norteadada pelo princípio da melhoria contínua (a gerar maior objetividade nas responsabilidades, conforme se explicará). (MELO *et al.*, 2015, p. 13).

A responsabilidade jurídica, portanto, difere da responsabilidade social por atribuir responsabilidade direta e compulsória à grande grife, trazendo a ela uma obrigação de resultado.

#### **4 O caso Zara**

O grande caso emblemático acerca do trabalho em condição análoga à de escravo no setor têxtil brasileiro foi o ocorrido com a grife Zara, no ano de 2011. O caso gerou enorme repercussão nacional e internacional e escancarou as portas de uma superexploração que sempre ocorreu (e ainda ocorre) por trás dos panos – literalmente – e que era desconhecida e (ou) negligenciada pela grande maioria da população.

No mês de maio de 2011, o posto de atendimento do Ministério do Trabalho e Emprego em Americana-SP recebeu uma denúncia por telefone relatando a suposta ocorrência de trabalho escravo em uma oficina daquela cidade. A denúncia foi encaminhada pela Gerência Regional do Trabalho e Emprego em Campinas ao Ministério Público do Trabalho deste Município.

Como medida inicial e imediata, foi realizada diligência no local, promovida por procuradores do Trabalho e auditores fiscais do Trabalho. Ao chegarem no endereço indicado, encontraram mais de cinquenta trabalhadores laborando em um espaço muito quente e abafado, no qual a fiação elétrica era improvisada para dar conta do funcionamento de todas as máquinas de costura. Um dos auditores fiscais constatou o risco de o local pegar fogo. Do total de trabalhadores, 46 eram bolivianos.

Foi tomado o depoimento dos trabalhadores, que relataram realizar uma jornada das 7h às 21h e receber R\$ 0,20 por peça produzida. A maior parte deles desconhecia a legislação brasileira e se encontrava no País de forma irregular, não possuindo visto de permanência válido.

O segundo andar do galpão era o espaço onde comiam e dormiam, residindo de forma precária. Havia em cada quarto um botijão de gás, o que aumentava o risco de explosão. A situação era de tamanha insalubridade que a Vigilância Sanitária da cidade de Americana promoveu a interdição do local.

Os trabalhadores foram resgatados do labor em condição análoga à de escravo, e foram emitidas guias de seguro-desemprego e de pagamento das verbas rescisórias. A Lei n. 7.998/1990 prevê expressamente a possibilidade de recebimento do seguro-desemprego nesses casos, em seu art. 2º-C:

Art. 2º-C O trabalhador que vier a ser identificado como submetido a regime de trabalho forçado ou reduzido a condição análoga à de escravo, em decorrência de ação de fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego, será dessa situação resgatado e terá direito à percepção de três parcelas de seguro-desemprego no valor de um salário mínimo cada, conforme o disposto no § 2º deste artigo.

O dispositivo também prevê a recolocação do trabalhador no mercado de trabalho, o que é muito importante, pois se trata de pessoas que passam por dificuldades financeiras e que, por isso mesmo, sujeitam-se por longos períodos à exploração da escravidão contemporânea.

A doutrina moderna, a exemplo de Luiz Fabre, tem aplicado, aos casos de trabalho escravo de estrangeiros vítimas do tráfico de pessoas, o princípio do *non refoulement*. Nas palavras de Fabre (2012, p. 9),

é o princípio do Direito dos Refugiados segundo o qual o migrante procedente de zona de conflito tem o direito à não devolução pelo Estado de destino ao Estado de origem independentemente da regularidade de sua situação documental ou migratória.

A ideia é permitir que os estrangeiros possam permanecer no país, mesmo estando em situação migratória irregular, após serem resgatados do labor em condições análogas às de escravo. O estrangeiro teria a opção de permanecer no Brasil, regularizar sua situação e encontrar outro emprego, ao invés de ser devolvido ao país de origem.

A hipótese é prevista no art. 30, II, g, c/c art. 31, § 5º, da Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017 (Lei de Migração):

Art. 30. A residência poderá ser autorizada, mediante registro, ao imigrante, ao residente fronteiro ou ao visitante que se enquadre em uma das seguintes hipóteses:

[...]

II - a pessoa:

[...]

g) tenha sido vítima de tráfico de pessoas, de trabalho escravo ou de violação de direito agravada por sua condição migratória;

[...]

Art. 31. Os prazos e o procedimento da autorização de residência de que trata o art. 30 serão dispostos em regulamento, observado o disposto nesta Lei.

[...]

§ 5º Poderá ser concedida autorização de residência independentemente da situação migratória.

Voltando ao caso Zara, a investigação foi ampliada para identificar outras etapas da cadeia produtiva, e foram encontradas outras duas oficinas de costura nos mesmos moldes da primeira, uma com seis e outra com dez trabalhadores bolivianos. Constatou-se que os bolivianos tinham seu direito de ir e vir cerceado, uma vez que dependiam de autorização do dono das oficinas para poderem sair. Esses trabalhadores também foram resgatados.

O Inquérito Civil n. 000393.2011.02.002/2, instaurado no MPT, prosseguiu em sua instrução e, ao final, a Zara assinou termo de ajustamento de conduta em 19.12.2011, assumindo obrigações de fiscalizar todas as etapas de sua cadeia produtiva a fim de impedir a ocorrência do labor em condição análoga à de escravo, sob pena de multa.

O TAC possui as seguintes diretrizes, previstas em seu item 1.4:

A) Aprimoramento do controle, pela ZARA BRASIL, da regularidade das condições de trabalho que ocorrem ao longo de sua cadeia no Brasil, FORNECEDORES E TERCEIROS, como definido abaixo;

B) Assunção de responsabilidade, pela ZARA BRASIL, por verificação das condições de trabalho observadas nos FORNECEDORES E TERCEIROS no Brasil;

C) Investimentos sociais a serem realizados, pela ZARA BRASIL, no intuito de fortalecer o combate ao trabalho degradante no setor têxtil, bem como de se proteger trabalhadores vitimados por tal exploração.

A Zara se comprometeu a realizar auditorias nas empresas terceirizadas e, caso fossem encontradas irregularidades, a tomar as seguintes providências (item 2.4.1 do TAC):

A) Nos casos em que as desconformidades forem constatadas em FORNECEDORES da ZARA BRASIL, a ZARA BRASIL e os FORNECEDORES em questão adotarão as providências a serem tomadas para o saneamento de referidas desconformidades, bem como os prazos para a implementação de cada uma das providências (doravante chamado “Plano de Ações Corretivas”).

B) Nos casos em que as desconformidades forem constatadas nos TERCEIROS, cada FORNECEDOR da ZARA BRASIL adotará as providências de regularização necessárias em face de cada um dos TERCEIROS. Caberá à ZARA BRASIL velar pela implementação dos Planos de Ações Corretivas.

C) Os Planos de Ações Corretivas serão remetidos à SRTE e ao MPT no prazo de até 30 dias da apuração das irregularidades.

D) Em qualquer dos casos descritos nas cláusulas anteriores, os prazos para a implementação de providências necessárias ao saneamento de desconformidades dependerão da gravidade da situação detectada e da complexidade do Plano de Ação Corretiva, apontadas nos Relatórios de Auditoria. Em qualquer caso, o prazo de execução do Plano de Ação Corretiva não será superior a 6 (seis) meses.

E) Não comportarão a elaboração dos Planos de Ações Corretivas previstos nos parágrafos anteriores desta Cláusula, devendo ser saneadas, nos prazos abaixo, pelo FORNECEDOR da ZARA BRASIL ou TERCEIRO, sob pena de rescisão imediata do contrato de fornecimento, as desconformidades relativas à:

a) Detecção de qualquer situação de trabalho infantil – prazo de regularização: imediato;

b) Garantia do respeito à jornada de trabalho legal ou sindical (acordo ou convenção coletiva de trabalho) – prazo de regularização: três dias;

c) Detecção de condições degradantes de trabalho, como habitações inseguras ou indignas, servidão por dívida, cerceamento da liberdade de ir e vir de trabalhadores – prazo de regularização: ime-

diato, inclusive com encaminhamento de trabalhadores a hotéis ou outras moradias, caso a adequação das habitações demande tempo.

Foi estipulada multa de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada auditoria não realizada, além de multa diária a partir do término do prazo concedido pelo MPT para a realização, no valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) e limitada a R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) – cláusula 2.7.1 do TAC.

Estabeleceu-se, ainda, a responsabilidade jurídica da Zara Brasil, que se comprometeu a responder, nos limites do TAC assinado, pelas irregularidades cometidas por seus fornecedores e terceiros, o que foi detalhado no item *III – Da Responsabilidade Jurídica*:

### III. DA RESPONSABILIDADE JURÍDICA

3.1. Em decorrência do presente Termo, a responsabilidade jurídica da ZARA BRASIL fica adstrita a responder, nos termos e dentro dos limites deste TAC, por eventuais irregularidades cometidas por seus FORNECEDORES E TERCEIROS. Esta cláusula não se aplica a reivindicações e questões individuais de trabalhadores quanto a créditos de ordem trabalhista, que poderão ser questionadas pelo trabalhador perante a Justiça do trabalho se entender pertinente.

3.2. As hipóteses de constatação de irregularidades nos FORNECEDORES diretos ou nos seus TERCEIROS, seja pela SRTE ou pelo MPT, das obrigações elencadas na cláusula 2.1.6.C implicará no desembolso, pela ZARA BRASIL, dos seguintes valores:

1) Para cada FORNECEDOR ou TERCEIRO encontrado em situação irregular será feito o aporte de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para um Fundo de Emergência gerenciado pela instituição CENTRO DE APOIO AO MIGRANTE (CAMI) e/ou CENTRO PASTORAL DO MIGRANTE (CPM).

2) Para cada empregado envolvido na situação irregular detectada no FORNECEDOR ou TERCEIRO, além do valor descrito no item anterior, será feito o aporte de três vezes o valor do piso salarial local e a entrega de uma cesta básica. Tal aporte também será realizado em favor do fundo referido na cláusula acima, podendo, a critério do MPT e da SRTE, ser diretamente revertido em benefício dos próprios empregados envolvidos na situação irregular.

3) Após o aporte dos valores mencionados nos itens 1 e 2 da presente Cláusula, a ZARA não mais será responsabilizada pela destinação dos investimentos realizados pela instituição gestora do fundo.

Por fim, a Zara ainda se comprometeu a realizar investimento social de mais de três milhões de reais, a serem utilizados em ações preventivas e corretivas no setor.

No entanto, a fiscalização feita pelo Ministério do Trabalho, abrangendo o período de 2012 a 2015, detectou irregularidades em fornecedores e terceiros da cadeia produtiva da Zara Brasil, bem como a não implementação de auditorias nos moldes previstos no TAC (descumprimento das cláusulas 3.2 e 2.7.1 do TAC, respectivamente).

Foram constatadas irregularidades em 67 fornecedores e terceiros, as quais prejudicaram um total de 7.071 empregados.

Quanto à não implementação das auditorias, das 175 empresas da cadeia de fornecimento da Zara Brasil, 42 não enviaram nenhum relatório de auditoria, 64 apresentaram relatórios com apontamento de desconformidades, porém sem nenhum plano de ação corretiva, e, em todos os casos, os prazos para apresentação dos relatórios foram descumpridos. Identificou-se, ainda, a ocorrência de subcontratação não declarada ao MPT e ao MTE.

O relatório fiscal apontou a inadequação do modelo das auditorias privadas para combater a precarização das relações de emprego.

Constatados o descumprimento do TAC e as falhas no modelo de fiscalização de auditorias privadas, a Zara Brasil celebrou o TAC Aditivo n. 21/2017, com os objetivos, entre outros, de: aperfeiçoar os mecanismos de controle e fiscalização da cadeia produtiva de confecção; assegurar e garantir condições de trabalho dignas aos trabalhadores que prestam serviços nessa cadeia produtiva; e prevenir, identificar e combater o trabalho em condições análogas às de escravo, o trabalho forçado, a servidão por dívida, o trabalho em condições degradantes, a jornada exaustiva e o trabalho infantil.

O TAC aditivo também delimitou os conceitos de cadeia produtiva, empresa controladora, fornecedores e terceiros:

I.2.1) CADEIA PRODUTIVA DE FORNECIMENTO OU CONFECÇÃO – todas as etapas de industrialização relacionadas a atividades de corte, costura e acabamento de roupas, a última etapa da indústria têxtil antes de pôr o produto à venda, a fase final da produção, excluída, portanto, a industrialização e produção dos insumos e aviamentos;

I.2.2) EMPRESA CONTROLADORA da cadeia produtiva, GRIFE ou DONA DA MARCA e CONTRATANTE PRINCIPAL, entende-se aquela empresa com poder econômico relevante em uma dada cadeia produtiva, aquela empresa com poder de ditar as regras do jogo em sua cadeia de produção e a seus fornecedores, com força de impor condições contratuais, fiscalizar a execução da atividade, aplicar penalidades a seus parceiros comerciais por inadimplemento, orientar a oferta através de sua demanda, enfim, exercer poder dentro da cadeia produtiva que controla;

I.2.3) FORNECEDORES ou CONFECÇÕES – são fábricas, empresas externas, confecções ou pessoas físicas, todas localizadas no Brasil, que, com ou sem exclusividade, fornecem produtos finalizados destinados à venda nas lojas da ZARA ou às marcas da ZARA, tratando-se da primeira linha da cadeia de suprimentos da ZARA;

I.2.4) TERCEIROS ou OFICINAS DE COSTURA – são fábricas, empresas externas, oficinas ou pessoas físicas, todas localizadas no Brasil, subcontratadas pelos FORNECEDORES da ZARA também com ou sem exclusividade, para que estes atendam aos pedidos de peças realizados pela ZARA, tratando-se da segunda linha da cadeia de suprimentos da ZARA.

A Zara se comprometeu a adotar práticas de aprimoramento de controle e combate ao trabalho em condições análogas às de escravo, ao trabalho forçado, à servidão por dívida, ao trabalho em condições degradantes, à jornada exaustiva e ao trabalho infantil descritos no TAC, exigindo de seus fornecedores e terceiros o cumprimento da legislação trabalhista. Obrigou-se, também, a controlar e fiscalizar sua cadeia produtiva, exercendo, por exemplo, controle preventivo na contratação de seus fornecedores, averiguando aspectos como a capacidade produtiva de cada confecção e oficina, o lastro econômico que possuem, o ambiente de trabalho e o número de empregados disponíveis para a atividade.

Em caso de constatação de empregados nas situações degradantes mencionadas, comprometeu-se a fazer o registro na Carteira de Trabalho e Previdência Social e a promover o pagamento de todas as verbas trabalhistas e de indenização por dano moral aos trabalhadores envolvidos, bem como a alojá-los e a transportá-los até a autoridade pública.

Em quitação ao descumprimento do TAC firmado em 2011, a Zara se comprometeu a pagar o valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais), sendo R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais) em noventa dias da assinatura do TAC aditivo, e, após os noventa dias, mais dez parcelas de R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais).

## 5 M. Officer: *dumping* social

O MPT agregou elementos que subsidiavam a responsabilização das grifes nos autos da Ação Civil Pública n. 0001779-55.2014.5.02.0054, ajuizada em face da empresa M. Officer, e requereu, também, a condenação por *dumping* social.

O *dumping* social é a vantagem competitiva que uma empresa adquire pela exploração do trabalho em condição análoga à de escravo. Enquanto empresas que respeitam a legislação trabalhista possuem um maior custo de produção, as que exploram a mão de obra conseguem produzir grandes quantidades a baixíssimo custo, ampliando sobremaneira seus lucros, o que as faz dominar o mercado. A saída para as demais empresas é fechar as portas, mudar de ramo ou passar a adotar as mesmas práticas exploratórias em sua cadeia produtiva.

Não rara é a ocorrência do *dumping* social aliado ao chamado *dumping* estatal, em que muitas empresas migram sua produção para países nos quais a legislação trabalhista é pouco protetiva ao trabalhador, como forma de potencializar seus lucros. Há um desrespeito à dignidade mínima do trabalhador.

Nesse contexto, a M. Officer foi condenada, entre outros, ao pagamento de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) a título de indenização por *dumping* social, destinados ao Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT).

## **6 A responsabilização jurídica das grifes**

Um dos grandes passos dados no combate ao trabalho análogo ao de escravo é a atribuição de responsabilidade jurídica (e não apenas social) às grandes marcas que se encontram no topo da cadeia produtiva, pois, além de tais empresas possuírem mais recursos financeiros, elas detêm maior poder econômico e social, o que permite uma atuação mais efetiva. Além disso, elas possuem um nome a zelar no mercado e não querem associar sua marca ao trabalho escravo. Isso sem falar no fato de que, quando se responsabiliza a grife, o combate é realizado em grande escala, atingindo milhares de trabalhadores que, por meio de diversas empresas fornecedoras e terceirizadas, produzem peças para a marca.

Por outro lado, se a responsabilidade fosse tão somente da empresa terceirizada, a empregadora direta do migrante, a ação ficaria restrita a poucos trabalhadores e seriam necessárias dezenas de investigações contra todas as pequenas empresas para conseguir alcançar o número total de trabalhadores em situação análoga à de escravo, ocasionando a perda de tempo e de recursos públicos bem como a ineficiência dos trabalhos.

Ressalta-se que a responsabilidade jurídica vai além da responsabilidade social. A responsabilidade social impulsiona as grifes a serem diligentes na contratação de fornecedores, a realizarem auditorias periódicas nos fornecedores e nas terceirizadas por eles contratadas, procurando identificar eventual ocorrência de trabalho análogo ao de escravo. As grandes empresas também se obrigam a rescindir os contratos firmados com empresas menores que adotam esse tipo de labor em condições precárias e sem a garantia dos mais básicos direitos trabalhistas.

A responsabilidade jurídica, por sua vez, permite que as empresas do topo da cadeia produtiva sejam diretamente responsabilizadas pelas irregularidades constatadas em todas as etapas de produção. Nas palavras de Luiz Fabre (2012, p. 14):

Consolidada a noção de responsabilidade social das empresas de 1º escalão, o passo seguinte e atual constitui-se na tentativa de consolidação

do paradigma da responsabilidade jurídica do tomador final do setor têxtil: além das obrigações de meios decorrentes da responsabilidade social (implementação de auditorias e de medidas corretivas na cadeia de suprimentos), a marca assume obrigações de fins, respondendo por multas e independentemente de culpa sempre que verificadas irregularidades, inclusive migratórias, ao longo de sua cadeia produtiva.

Indene de dúvidas, portanto, a necessidade de responsabilização jurídica da grande grife pelo trabalho análogo ao de escravo ocorrido nas escalas inferiores de sua cadeia produtiva. Há que se tratar, agora, das bases jurídicas que sustentam tal responsabilização.

Luiz Carlos Michele Fabre (2012, p. 15-16) aponta as seguintes bases: aplicação ao Direito do Trabalho do princípio da alteridade, da teoria do risco proveito, da teoria do risco criado e da teoria da cegueira deliberada. Essas bases serão a seguir detalhadas.

## 6.1 Princípio da alteridade e teoria do risco proveito

O princípio da *ajenidad*, alteridade ou alheamento estabelece que aquele que se beneficiou com determinado labor deve ter responsabilidade por ele. É dizer, aquele que recebe as vantagens do trabalho realizado deve assumir as obrigações dele advindas, ao menos na medida do proveito que teve. Aplica-se, aqui, a teoria do risco proveito, devendo ser responsabilizado aquele que tira proveito de atividade danosa. Quem aufero o bônus, deve suportar o ônus.

Nesse sentido, a grife, que é a empresa que teve maior proveito econômico com o trabalho em condições análogas às de escravo, deve também arcar com os direitos trabalhistas desses empregados bem como com a sua retirada de tal condição e com a regularização dos estrangeiros que se encontram em situação migratória irregular.

## 6.2 Teoria do risco criado

A teoria do risco criado impõe ao empregador que cria um risco, um perigo a outrem, fundado na atividade por ele realizada, a obrigação de reparar o dano ocorrido, salvo se tiver adotado todas as medidas possíveis para evitá-lo.

O art. 927 do Código Civil assim dispõe:

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.

O art. 2º da CLT, por sua vez, determina: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço”.

Cotejando os dois dispositivos legais juntamente com a teoria do risco criado, conclui-se que a empresa situada no topo da cadeia de produção, em virtude da atividade por ela desenvolvida, qual seja, confecção de roupas, cria o risco da ocorrência do trabalho análogo ao de escravo quando terceiriza as etapas de sua produção. Uma vez ocorrido o dano, cabe à empresa criadora do risco responsabilizar-se por ele.

Ressalta-se que, tanto na teoria do risco proveito quanto na teoria do risco criado, a responsabilidade é objetiva, isto é, independente de culpa da empresa.

### 6.3 Teoria da cegueira deliberada

A teoria da cegueira deliberada (*willfull blindness doctrine*), também chamada de teoria do avestruz (*ostrich instructions*), foi desenvolvida, a princípio, para o Direito Penal, e possibilita a responsabilidade criminal da pessoa que deliberadamente se coloca em situação de desconhecimento de determinada situação ou fato. O exemplo clássico de sua aplicação é no crime de receptação, previsto no art. 180 do Código Penal.

A receptação exige que o agente conheça a procedência criminosa da coisa adquirida, recebida, transportada, conduzida ou ocultada. Por esse motivo, muitos réus alegam que desconhecem tal fato, a fim de afastar a tipicidade da receptação. Contudo, muitas vezes essas pessoas se colocam deliberadamente em situação

de ignorância, como ocorre quando compram um produto muito barato, não pedem nota fiscal ou quando, de qualquer outro modo, é possível inferir da situação fática que aquele produto não possui origem lícita. A teoria da cegueira deliberada vem justamente para permitir a responsabilidade penal dessas pessoas que intencionalmente optaram por não saber a origem criminosa do produto.

Outra aplicação importante dessa teoria se dá nos crimes de lavagem de dinheiro. No Direito do Trabalho, tem sido sustentada sua aplicação para permitir a responsabilização da grande empresa pelas intercorrências trabalhistas surgidas ao longo da cadeia produtiva por ela terceirizada. Mais especificamente no caso deste artigo, é atribuir responsabilidade objetiva à grande grife pela ocorrência de trabalho escravo nas pequenas oficinas terceirizadas por suas fornecedoras, que produzem peças a preços muito baratos para a marca.

Tal responsabilização deriva do fato de que a grande grife se coloca, deliberadamente, em situação de ignorância em relação ao labor em condição análoga à de escravo, situação esta que poderia ser facilmente percebida pelas circunstâncias fáticas. O preço baixíssimo pelo qual a empresa compra as peças é um indício forte da precarização das relações de trabalho. O fato de a empresa fornecedora contratada possuir poucos empregados demonstra que ela não tem condições de arcar com toda a produção e que provavelmente terceiriza o serviço.

A ideia de aplicar a teoria da cegueira deliberada no campo justtrabalhista, especialmente nos casos de trabalho análogo ao de escravo, é bastante interessante, e não gera, por exemplo, a crítica que se faz à aplicação dessa teoria no Direito Penal, por alegação de que seria uma responsabilidade penal objetiva, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio. Na seara extrapenal, em que se inclui o Direito do Trabalho, não se veda a responsabilidade objetiva. Essa responsabilidade, aliás, se mostra como a solução para o caso, pois o trabalho análogo ao de escravo afronta de tal modo a dignidade humana que não pode depender de averiguação de culpa da empresa no caso concreto.

A responsabilidade objetiva hoje é uma tendência em diversos ramos do Direito, tais como o Direito Ambiental e o Direito do

Consumidor, e não é um obstáculo a sua aplicação ao Direito do Trabalho, seja por meio da teoria da cegueira deliberada, seja por meio das demais teorias mencionadas nos tópicos anteriores.

## 7 Conclusão

O trabalho análogo ao de escravo no setor têxtil brasileiro é uma das mais tristes realidades sociais vividas pelo País. Envolve o tráfico de pessoas, com a migração de bolivianos, peruanos e paraguaios que se submetem a condições extremamente precárias de trabalho, com o sonho de ter uma vida melhor e com um pouco de dignidade.

A realidade vivida pelos migrantes, trancados em porões quentes e abafados, com fiação elétrica exposta, dormindo em cortiços sujos, usando banheiros sem as mínimas condições de salubridade, trabalhando em jornadas exaustivas de quatorze horas por dia em média e ganhando salários baixíssimos, isso quando não se encontram em situação de servidão por dívida, ofende gravemente o princípio da dignidade da pessoa humana e evidencia a ganância do ser humano pelo máximo lucro a qualquer custo.

O trabalho em condição análoga à de escravo tem ampla repercussão social, uma vez que burla os direitos trabalhistas e, consequentemente, a Constituição da República, envolvendo aspectos como tráfico de pessoas, situação migratória irregular de estrangeiros, efeitos deletérios da terceirização, ofensa à dignidade humana, entre outros.

Contudo, há também que se ressaltar a repercussão econômica do trabalho análogo ao de escravo. As grandes empresas, ao se utilizarem desse tipo de trabalho em sua cadeia de produção, conseguem produzir a custos muito baixos e aumentam demasiadamente o seu lucro. É o chamado *dumping* social. As outras empresas do setor que respeitam os direitos trabalhistas de seus funcionários começam a perder competitividade no mercado e acabam fechando ou aderindo às práticas de exploração do trabalhador para conseguirem se manter, o que gera um ciclo vicioso de precarização das relações de trabalho. Empregar um trabalhador com todos os direitos que lhe são devidos passa a não ser um bom negócio.

Além disso, não se pode deixar de mencionar que a informalidade dos contratos de trabalho, nos casos de labor em condição análoga à de escravo, gera intensa sonegação de impostos, diminuindo consideravelmente a arrecadação aos cofres públicos.

Dessa forma, seja pela gravidade social da conduta, seja pela repercussão econômica por ela causada, fato é que a prática do trabalho análogo ao de escravo é altamente lesiva à sociedade e ao ordenamento jurídico, devendo ser veementemente combatida pela população e pelos órgãos de controle, tais como o Ministério Público do Trabalho, polícias e outros.

Uma das formas mais eficazes de combate é a responsabilização jurídica da grande empresa que se encontra no topo da cadeia de produção, a maior beneficiária desse tipo de trabalho. Responsabilizar a empresa de grande porte significa combater a prática escravocrata em larga escala, atingindo maior número de trabalhadores, o que traz mais eficiência.

Para tanto, vários institutos jurídicos podem ser utilizados, como, por exemplo, o princípio da alteridade, a teoria do risco proveito, a teoria do risco criado e a teoria da cegueira deliberada. Destaca-se, ainda, o pedido de condenação por *dumping* social.

## Referências

ALMEIDA, Rafael. Flagrante de trabalho escravo muda paradigma do setor têxtil. *Labor*: Revista do Ministério Público do Trabalho, Brasília, ano 1, n. 1, p. 15-18, 2013.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Manual de combate ao trabalho em condições análogas às de escravo*. Brasília: Ministério do Trabalho e Emprego, nov. 2011. Disponível em: [http://sistemas.contag.org.br/assalariados/docs/combate\\_trabalho\\_escravo\\_web\\_mte.pdf](http://sistemas.contag.org.br/assalariados/docs/combate_trabalho_escravo_web_mte.pdf). Acesso em: 9 jan. 2019.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. Trabalho com redução do homem à condição análoga à de escravo e dignidade da pessoa

humana. *Genesis: Revista de Direito do Trabalho*, Curitiba, n. 137, p. 673-682, maio 2004.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. Trabalho escravo na moda: os grilhões ocultos da elite brasileira. *Repórter Brasil*, São Paulo, 26 nov. 2013. Disponível em: <https://reporterbrasil.org.br/2013/11/os-grilhoes-ocultos-da-elite-brasileira>. Acesso em: 8 jan. 2019.

CAZETTA, Ubiratan. A escravidão ainda resiste. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (coord.). *Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1 dez. 2007. p. 100-132. Disponível em: [http://www.oit.org/wcmstp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_227539.pdf](http://www.oit.org/wcmstp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227539.pdf). Acesso em: 8 jan. 2019.

FABRE, Luiz Carlos Michele. Novos institutos relacionados ao tráfico de pessoas no setor têxtil: o princípio do *non refoulement* e a teoria da cegueira deliberada. *Revista do Ministério Público do Trabalho*, São Paulo, v. 22, p. 44-61, 2012.

MELO, Luís Antônio Camargo de. Atuação do Ministério Público do Trabalho no combate ao trabalho escravo: crimes contra a organização do trabalho e demais crimes conexos. In: ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (coord.). *Possibilidades jurídicas de combate à escravidão contemporânea*. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 1. dez. 2007. p. 60-99. Disponível em: [http://www.oit.org/wcmstp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms\\_227539.pdf](http://www.oit.org/wcmstp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/publication/wcms_227539.pdf). Acesso em: 8 jan. 2019.

MELO, Luís Antônio Camargo de. BRASILIANO, Cristina Aparecida Ribeiro; MORENO, Jonas Ratier; FABRE, Luiz Carlos Michele. O novo direito do trabalho: a era das cadeias produtivas – uma análise do protocolo adicional e da recomendação acessória à Convenção 29 da OIT sobre trabalho forçado ou obrigatório. 2015. *Revista Direitos, Trabalho e Política Social*, Cuiabá, v. 1, n. 1, 2015. Disponível em: <http://revista91.hospedagemdesites.ws/index.php/rdtps/article/view/16>. Acesso em: 8 jan. 2019.

# A reforma trabalhista e o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho

Roberto Carlos de Souza Galvão

Analista do Ministério Público da União. Advogado licenciado. Especialista em Ciências Penais pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Especialista em Globalização, Justiça e Segurança Humana pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU) em parceria com a Universität Bochum (Alemanha) e a University of Johannesburg (África do Sul). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Anhanguera (UNIDERP).

**Resumo:** O artigo visa a analisar os efeitos da reforma trabalhista (Lei n. 13.467/2017) sobre o procedimento de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho. Com base no estudo teórico, mostra-se acertado o posicionamento de que a reforma trabalhista, neste ponto, ofende princípios e normas do Direito constitucional e processual do trabalho, constituindo um grande retrocesso à efetividade da jurisdição trabalhista.

**Palavras-chave:** Desconsideração da personalidade jurídica. Reforma trabalhista. Processo do trabalho.

**Abstract:** The paper intends to analyse the effects of the labor reform (Law 13.467/2017) on the procedure for disregard legal entity in the labor process. Based on the theoretical study, it is shown that the labor reform, on this point, offends principles and norms of the constitutional and procedural Law of labor, being a great regress to the effectiveness of the labor jurisdiction.

**Keywords:** Disregard of legal entity. Labor reform. Labor process.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Das tensões e incompatibilidades do novo procedimento de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho. 2.1 Necessidade de pedido expresso do reclamante

(art. 133, CPC/2015, e art. 855-A, *caput*, CLT). 2.2 Exigência de que o processo seja suspenso com a instauração do incidente (art. 134, § 3º, CPC/2015, e art. 855-A, § 2º, CLT). 2.3 Exigência de que o ônus da prova seja do credor (art. 134, § 4º, CPC/2015, e art. 855-A, *caput*, CLT). 2.4 Exigência do contraditório prévio (art. 135, CPC/2015, e art. 855-A, *caput*, CLT). 2.5 Da previsão de recurso da decisão interlocutória que julga o incidente (art. 136, parágrafo único, CPC/2015, e art. 855-A, CLT). 3 Conclusão.

## 1 Introdução

A novel Lei n. 13.467/2017, publicada no Diário Oficial da União no dia 14 de julho de 2017, com *vacatio legis* de 120 dias para sua entrada em vigor, também conhecida como Lei da Reforma Trabalhista, realizou profundas alterações na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) (Decreto-Lei n. 5.452/1943), entre elas, inserindo o art. 855-A, que estabelece o rito a ser seguido pelo juiz do Trabalho para a desconsideração da personalidade jurídica.

O referido incidente procedimental para a desconsideração da personalidade do ente moral já se encontrava previsto nos arts. 133 a 137 do novel Código de Processo Civil (CPC), aprovado pela Lei n. 13.105/2015, sendo sua aplicabilidade ao processo do trabalho objeto de inúmeras críticas por parte da doutrina trabalhista, não obstante a Instrução Normativa n. 39/2016 do Tribunal Superior do Trabalho (TST) recomendar sua aplicação subsidiária ao processo do trabalho com devidas adaptações. A propósito, a redação do novel art. 855-A da CLT trazido pela reforma trabalhista por meio da Lei n. 13.467/2017 é cópia fiel do art. 6º da Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, com exceção apenas da parte em que mencionava a iniciativa do juiz do Trabalho na fase de execução (para a desconsideração), uma vez que esse tema ganhou tratamento específico com a reforma (novo art. 878, CLT).

O art. 855-A da CLT (que invoca a aplicação dos arts. 133 a 137 do CPC/2015 ao processo do trabalho) trata de um incidente específico que deve seguir um rito procedimental rígido para que o juiz do Trabalho possa desconsiderar a personalidade jurídica. Esse incidente, sem precedentes no Código de Processo Civil revogado (CPC/1973),

agora obrigatório no novo CPC/2015 (art. 795, § 4º) e, com a reforma trabalhista, também previsto na CLT, não apenas transtorna a sistemática utilizada até então no processo do trabalho, mas implica em contradição com os princípios e normas que regem o Direito Processual do Trabalho, seja em nível constitucional ou infraconstitucional.

Com efeito, o Direito trabalhista, desde sua concepção, é definido por sua simplicidade, celeridade e eficiência. Para que o processo do trabalho cumpra esses três desígnios, é necessário que ele não importe do processo comum formalidades excessivas ou prejudiciais, leia-se, incompatíveis com sua razão de ser (sua ontologia).

De fato, o Direito Processual trabalhista foi criado para satisfazer o direito material do trabalho, cujo caráter alimentar e social revela-se incompatível com um processo lento e repleto de incidentes. Os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), do valor social do trabalho (art. 1º, IV, CF), da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), da efetividade da jurisdição trabalhista (art. 5º XXXV, CF) e da proteção do trabalhador (arts. 6º a 11, CF) amparam esse raciocínio.

Por outro lado, a CF/1988 estabelece como inafastáveis o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LV), na forma como se vê no incidente propalado, antes da constrição do patrimônio dos sócios.

Esse painel, sem dúvidas, suscita tensão a ser resolvida pela ponderação dos valores e normas constitucionais e verificação da compatibilidade das normas do processo comum com o Direito Processual do Trabalho.

Nesse espeque, com base em pesquisa bibliográfica, doutrinas, artigos, legislação e jurisprudência nos campos do Direito trabalhista e Processual Civil, o presente estudo se propõe a investigar os efeitos práticos e jurídicos da aplicação do rito procedimental do novel art. 855-A da CLT à execução trabalhista e se as ferramentas procedimentais que ele invoca do CPC/2015 (arts. 133 a 137) são compatíveis com o subsistema processual do trabalho, suas normas e princípios. Também visa a investigar se esse novel rito procedimental não estaria, eventualmente, a embarçar ou até inviabilizar a satisfação do crédito trabalhista e a configurar um retrocesso para o sistema processual trabalhista.

## **2 Das tensões e incompatibilidades do novo procedimento de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho**

A Lei n. 13.467/2017 (Lei da Reforma Trabalhista) inseriu o art. 855-A na CLT, dispondo, *in verbis*: “Aplica-se ao processo do trabalho o incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto nos arts. 133 a 137 da Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015 - Código de Processo Civil”.

Antes da Lei n. 13.467/2017 introduzir o referido dispositivo na CLT, sua aplicação ao processo do trabalho se dava subsidiariamente, com base nos arts. 769 e 889 da CLT. Assim, só se aplicava o rito do CPC/2015 (arts. 133 a 137) ao processo do trabalho se este fosse omissivo, aquele, compatível com as normas e princípios do Direito laboral.

Esse tem sido o parâmetro científico jurídico que legitima a importação de qualquer norma do Direito comum para o Direito Processual do Trabalho<sup>1</sup>. Inclusive, a doutrina processual civil e trabalhista também entendeu que essa exigência de compatibilidade (art. 769, CLT) como requisito para a importação de normas do Direito comum continua em vigor, não obstante o CPC/2015 não ter feito menção expressa a seu respeito no art. 15<sup>2</sup>. O Tribunal Superior do Trabalho já se manifestou no mesmo sentido sobre o tema por meio da Resolução n. 203/2016, que aprovou a Instrução Normativa n. 39/2016. A razão, por evidente, é que “[a] lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior”, conforme prevê o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 4.657/1942.

Ocorre que, agora, com o advento do art. 855-A da CLT (Lei n. 13.467/2017), o instituto restou previsto na CLT, *mas não completamente*, pois grande parte das regras permanecem nos arts. 133 a 137 do CPC/2015, para os quais o novo art. 855-A da CLT remete.

---

1 Cf. Manoel Carlos Toledo Filho (2015, p. 330).

2 Nesse sentido, cf. Nelson Nery Júnior (2015, p. 232), Mauro Schiavi (2016, p. 156-157) e Manoel Carlos Toledo Filho (2015, p. 332).

A redação do dispositivo do art. 855-A da CLT, ao remeter o intérprete ao Código de Processo Civil, lembra a redação do art. 889 da CLT, que prevê a aplicação subsidiária do processo executivo fiscal ao processo do trabalho. Nos dois dispositivos, a lei fala em serem aplicáveis ao processo do trabalho normas e regras encontradas no Direito comum.

Como assevera Mauro Schiavi (2016, p. 1046), no caso do art. 889 da CLT, sua aplicação está condicionada ao art. 769 da CLT, ou seja, “[...] somente quando houver compatibilidade com os princípios que regem a execução trabalhista, a Lei 6.830/80 poderá ser aplicada”.

Disso ressaí, por coerência hermenêutica (onde há a mesma razão, aplica-se o mesmo direito<sup>3</sup>), que o art. 855-A da CLT, ao invocar regras e normas do CPC/2015, também estará sujeito ao filtro de compatibilidade do art. 769 da CLT.

Assim, sem a pretensão de doutrinar diante das novas consequências jurídicas da reforma trabalhista, mas com base no que a doutrina vem entendendo em casos similares, conclui-se que o rito do incidente de descon sideração da personalidade jurídica, mesmo com a entrada em vigor do art. 855-A, com redação dada da Lei n. 13.467/2017, por não regular inteiramente a matéria e remeter o intérprete ao CPC/2015, haverá de ser complementado por regras do processo comum, devendo estas regras serem testadas pelos princípios do Direito Processual do Trabalho, a saber, o teste de compatibilidade com os princípios do microsistema processual trabalhista, na forma do art. 769 da CLT.

Destarte, seja pela aplicação subsidiária (nos casos em que a CLT for omissa), seja pela aplicação supletiva (pelo fato de a CLT não tratar completamente o assunto), tem-se a necessidade de que a importação ou o complemento de institutos jurídicos no processo do trabalho passe pelo filtro da compatibilidade do art. 769 da CLT.

É dizer, o novo rito do procedimento de descon sideração da personalidade jurídica está em consonância axiológica (valores) e

---

3 Conhecido brocardo romano – *ubi eadem ratio, ibi eadem jus*.

teleológica (finalidades) com o Direito do Trabalho? Ele se harmoniza com a vocação social do processo do trabalho, sua celeridade, efetividade, simplicidade, e, portanto, seus princípios?

Com base nessas premissas, passa-se agora a percorrer cada um dos requisitos indicados no CPC/2015 (por força do art. 855-A da CLT – inserido pela Lei n. 13.467/2017) para a desconconsideração da personalidade jurídica e as tensões que referida modificação legislativa causa quando aplicada ao processo do trabalho.

## 2.1 Necessidade de pedido expresso do reclamante (art. 133, CPC/2015, e art. 855-A, *caput*, CLT)

A primeira tensão que surge no contexto do procedimento estabelecido no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica por aplicação supletiva do novo CPC ao processo do trabalho, *ex vi* do novel art. 855-A da CLT, é que, naquele procedimento, a lei exige que a parte requeira a instauração do incidente<sup>4</sup>, enquanto no processo laboral vigora o princípio do impulso oficial (art. 765, *caput*, CLT<sup>5</sup>). Na execução, esse era também o sentido do rito procedimental, conforme antiga redação do art. 878, *caput*, da CLT<sup>6</sup>.

Com a entrada em vigor da reforma, o art. 878 da CLT foi radicalmente alterado e passou a estabelecer que “a execução será promovida pelas partes, permitida a execução de ofício pelo juiz ou pelo Presidente do Tribunal apenas nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado”.

Ora, a liberdade do juiz do Trabalho na condução do feito e na determinação de qualquer diligência necessária ao esclare-

---

4 Art. 133, *caput*, CPC: “O incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado a pedido da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo”.

5 Art. 765, CLT: “Os juízos e Tribunais do Trabalho terão ampla liberdade na direção do processo e velarão pelo andamento rápido das causas, podendo determinar qualquer diligência necessária ao esclarecimento delas”.

6 Art. 878, *caput*, CLT: “A execução poderá ser promovida por qualquer interessado, ou *ex officio*, pelo próprio juiz ou presidente ou tribunal competente, nos termos do artigo anterior”.

cimento dos fatos e de promoção da execução trabalhista *ex officio*, era, até então, uma característica que diferenciava a Justiça do Trabalho. Esse sempre foi o matiz que retratou os interesses e princípios indisponíveis desse ramo do Direito e das imprescindíveis celeridade e efetividade que marcam sua atuação. Retirar do juiz do Trabalho a iniciativa da execução é aviltar a ontologia do processo laboral, ferir o princípio da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF), desconhecer o princípio da proteção e ignorar a desigualdade econômica entre empregador e empregado.

De fato, o princípio da proteção é a chave que equaciona a desigualdade entre empregado e empregador, “de modo que a superioridade econômica do empregador seja compensada por vantagens jurídicas asseguradas ao litigante hipossuficiente” (CLAUS, 2016, p. 45).

Dessa forma, não se pode conferir ao Direito do Trabalho o mesmo tratamento hermenêutico dispensado aos Direitos Comercial e Civil, por exemplo. O Direito Processual do Trabalho, autônomo, especial, deve ser lido por meio de uma exegese distinta do Direito comum. De outra forma, perderia sua autonomia científica e a efetividade da sua jurisdição.

O TST, por meio da Instrução Normativa n. 39/2016 (art. 6º, *caput*), embora admita aplicação subsidiária do incidente no processo do trabalho, assegurou a iniciativa também do juiz do Trabalho na fase de execução. No entanto, essa parte da instrução não foi aproveitada na reforma trabalhista, que condicionou a execução de ofício pelo juiz do Trabalho somente nos casos em que as partes não estiverem representadas por advogado. Um retrocesso, sem dúvidas.

Nesse espeque, a norma processual civil (art. 133, *caput*), por aplicação do art. 855-A da CLT, que determina a iniciativa da parte para instauração do incidente (para o alcance dos bens dos sócios que não adimpliram a obrigação pecuniária originalmente da pessoa jurídica que representam), estaria, em tese, a violar frontalmente a ampla liberdade do juiz na direção do processo trabalhista (art. 765, CLT), os princípios da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII, CF) e da simplicidade das formas, ferindo a efetividade da jurisdição trabalhista (art. 5º, XXXV, CF) e o

princípio da proteção do trabalhador. A reforma, nesse ponto, tem, sem dúvida, um efeito negativo para a jurisdição trabalhista.

## 2.2 Exigência de que o processo seja suspenso com a instauração do incidente (art. 134, § 3º, CPC/2015, e art. 855-A, § 2º, CLT)

Nos termos do art. 134, § 3º, do CPC/2015, “a instauração do incidente suspenderá o processo”, a não ser que ela seja requerida na petição inicial. O § 2º do art. 855-A da CLT conduziu a necessidade de que o incidente instaurado no processo do trabalho também suspenda a marcha processual. Reside aqui mais uma alteração degradante dos princípios e valores do processo laboral.

No processo do trabalho, ao contrário do processo civil, a regra é a não suspensão processual.

Como afirma Ben-hur Claus, sendo o processo do trabalho um processo de resultado, houve o legislador por estabelecer um procedimento concentrado, de modo que a suspensão do processo é uma exceção (CLAUS, 2016, p. 46).

De fato, ao se percorrer a legislação trabalhista, até a introdução pela reforma do § 2º do art. 855-A na CLT, as únicas hipóteses de suspensão do processo eram sobre exceção de suspeição ou incompetência (em razão do lugar), sendo as demais exceções alegadas em matéria de defesa, como dispõe o art. 799, *caput* e § 1º, da CLT. O mesmo vale para o rito sumaríssimo, conforme art. 852-G da CLT.

A inovação legislativa, antes prevista no CPC/2015 e agora no art. 855-A, § 2º, da CLT, vai na contramão das normas do processo do trabalho, além de violar os princípios da concentração dos atos processuais e da celeridade. Por certo, como se extrai da prática forense trabalhista, a desconsideração da personalidade jurídica é deferida em decisão interlocutória, sem a suspensão do processo, em respeito aos princípios e normas mencionados.

Nesse plano, antes da reforma, a doutrina já defendia ser equivocado o entendimento fixado pelo TST na Instrução Normativa n. 39/2016 (art. 6º, § 2º) de que seria aplicável ao processo do tra-

balho o art. 134, § 3º, do CPC/2015 (que determina a suspensão do processo). De fato, já era reconhecido que a suspensão do processo ofenderia os princípios da simplicidade das formas e a concentração dos atos processuais, sendo uma medida que dificultaria a persecução do patrimônio do devedor (empresa ou sócio) a fim de garantir o pagamento do crédito trabalhista (SCHIAVI, 2016, p. 1085).

Destarte, a obrigatoriedade de suspensão do processo na hipótese sob exame inverte a lógica procedimental do processo trabalhista, contrariando os princípios da simplicidade das formas, da celeridade e da efetividade, além de ofender, no conjunto, a norma processual trabalhista, criando burocratização procedimental e levando à perda da efetividade da jurisdição trabalhista.

Por isso, entende-se que, com mais essa alteração, os efeitos da reforma trabalhista são negativos para o processo laboral que sempre primou por celeridade, desembaraço procedimental e efetividade na satisfação do crédito alimentar trabalhista.

### 2.3 Exigência de que o ônus da prova seja do credor (art. 134, § 4º, CPC/2015, e art. 855-A, *caput*, CLT)

O art. 855-A, *caput*, da CLT prevê que, ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, aplicam-se os arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015. Por sua vez, o art. 134, § 4º, do CPC/2015 estabelece que o autor no “requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para desconsideração da personalidade jurídica”. Se assim é, conclui-se que o credor deve apresentar prova de plano por ocasião do requerimento de desconsideração da personalidade jurídica, ou seja, cabe o ônus da prova ao credor.

Contudo, no processo do trabalho, as partes não estão em posição de igualdade processual para que o ônus da prova seja assim distribuído. O credor, no processo trabalhista, é a parte hipossuficiente e vulnerável. Por isso, atribuir ao reclamante o ônus de provar que todos os requisitos do novo CPC estejam presentes para a desconsideração da personalidade jurídica é criar embaraço muitas vezes intransponível para a satisfação do direito do reclamante.

Não é sem razão que, no processo do trabalho, foi adotada a teoria objetiva (teoria menor) do art. 28, § 5º, do Código de Defesa do Consumidor (CDC)<sup>7</sup>, e não a teoria subjetiva (teoria maior) do art. 50 do Código Civil (CC)<sup>8</sup>, para a desconsideração da personalidade do ente moral.

Na Justiça do Trabalho, o simples fato de a sociedade não ter bens para responder pela execução do crédito trabalhista é suficiente para ser superada a sua autonomia patrimonial, por meio da técnica da desconsideração da personalidade jurídica propriamente dita (quando a obrigação trabalhista é da sociedade) ou pela via da desconsideração inversa da personalidade do ente moral (no caso de obrigação trabalhista do sócio) (CLAUS, 2016, p. 49).

Conforme leciona Ari Lorenzetti, na teoria menor o abuso de direito é presumido (*in re ipsa*), de forma que o uso da autonomia patrimonial da sociedade para não pagar o crédito trabalhista indisponível, por si só, já é suficiente para o atendimento dos pressupostos legais para a desconsideração (LORENZETTI, 2003, p. 198).

De fato, se o trabalhador está em posição igual ou de maior vulnerabilidade e hipossuficiência que o consumidor, não teria razão aplicar a desconsideração do Código Civil, mais onerosa do ponto de vista probatório.

Ademais, diante de fraudes, informalidade e outra série de situações que afligem o contrato de trabalho, permanecendo a documentação que prova o pacto laboral na posse do empregador – além da situação em que a documentação sequer existe –, não resta

---

7 Art. 28, CDC: “O juiz poderá desconsiderar a personalidade jurídica da sociedade quando, em detrimento do consumidor, houver abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. [...] § 5º Também poderá ser desconsiderada a pessoa jurídica sempre que sua personalidade for, de alguma forma, obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores”.

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

dúvida de que lançar o ônus da prova ao trabalhador é inviabilizar o alcance dos bens dos sócios ou administradores da pessoa jurídica.

Por isso, considerando a proteção do trabalhador hipossuficiente e a natureza alimentar do seu crédito, não há necessidade de prova da fraude ou abuso de poder, sendo suficiente o descumprimento da obrigação constituída no título executivo trabalhista, uma vez que, em nome da sociedade empresarial, não foi encontrado patrimônio para fazer face ao crédito já constituído. Essa é a prova que se julga suficiente!

Não se olvida que o TST, por meio da Súmula n. 338, III (presunção *iures tantum* da jornada alegada pelo trabalhador), revela a leitura que se faz do ônus da prova na Justiça do Trabalho. A razão, por evidente, é que o empregador detém a guarda de documentos e provas da relação laboral, jornada, condições do meio ambiente de trabalho, entre outras. O empregado, por seu turno, esbarra na hipossuficiência e vulnerabilidade quando tenta produzir essa prova.

Por isso, fundado na teoria adotada para a desconsideração do ente moral (teoria menor) e no que dispõe o art. 765 da CLT, bem como nos princípios que dele decorrem – princípios da proteção, da simplicidade das formas, da celeridade e da efetividade da jurisdição, todos amparados constitucionalmente: dignidade, valor social do trabalho, duração razoável do processo –, conclui-se que lançar o ônus da prova sobre o credor trabalhador é incompatível com o processo do trabalho.

Nesse ponto, mais uma vez, vê-se que o dispositivo do CPC/2015 invocado pelo art. 855-A da CLT não parece ser compatível (art. 769, CLT) com os princípios e normas do processo do trabalho.

## 2.4 Exigência do contraditório prévio (art. 135, CPC/2015, e art. 855-A, *caput*, CLT)

O art. 855-A, *caput*, da CLT prevê que, ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica no processo do trabalho, aplicam-se os arts. 133 a 137 do Código de Processo Civil de 2015.

Por sua vez, o art. 135 do CPC/2015 dispõe que, “instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias”.

Antes da Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), a Instrução Normativa n. 39/2016 do TST, no art. 6º, por não fazer ressalva, orientava a aplicação do contraditório prévio ao processo do trabalho no incidente de desconconsideração da personalidade jurídica.

O art. 855-A da CLT, agora, tornou a observância obrigatória, por aplicação do art. 135 do CPC/2015. Será, contudo, que o dispositivo guarda compatibilidade com o processo do trabalho? Quais são os efeitos da reforma, neste ponto, no processo do trabalho?

Para quem defende o contraditório prévio, como Sandro Gill Britez (2016, p. 147), o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF) justificam a aplicação, no processo do trabalho, do art. 135 do CPC/2015. O citado autor sustenta que o novel código processual civil buscou irradiar as normas constitucionais (vide arts. 7º e 9º do CPC), a ponto de prever, no art. 10, que o juiz não pode decidir em grau algum de jurisdição, com base em fundamento sobre o qual não se deu oportunidade às partes de se manifestarem, ainda que ele possa decidir a matéria de ofício.

Sandro Gill Britez ainda assevera que a instauração do incidente, com o contraditório prévio, em nada choca com os princípios do Direito do trabalho. Ademais, o autor frisa que a observância do contraditório no processo do trabalho é exigida por uma questão de unidade, coerência e completude do ordenamento jurídico.

De modo prático, afirma o magistrado que, na execução trabalhista, o contraditório prévio, além de privilegiar valores constitucionais, permite ao sócio/devedor exercer o benefício de ordem previsto no art. 596 do CPC/2015, com a indicação de bens livres da sociedade antes de ter seus próprios bens executados.

Em sentido contrário, defendendo que na execução trabalhista o contraditório para a desconconsideração da personalidade jurídica seria diferido, ou seja, exercido por ocasião dos embargos à execução do devedor (após a garantia do juízo, conforme art. 884,

CLT) – ou por exceção de pré-executividade –, estão José Antônio Ribeiro de Oliveira Silva (2015, p. 59), Manoel Carlos Toledo Filho (2015, p. 333) e Mauro Schiavi (2016, p. 1084-1085). Para estes, o contraditório diferido não ofende nenhuma garantia constitucional e fundamental do processo, pois o contraditório é exercido de modo pleno, com defesa, produção de provas, decisão e recurso, porém, em momento ulterior (ou seja, nos embargos à execução).

São posições anteriores à edição da Lei n. 13.467/2017, mas posteriores ao CPC/2015, sendo absolutamente coerentes com a presente análise, uma vez que a reforma, com o art. 855-A da CLT, remete ao CPC/2015.

Com efeito, o contraditório diferido vem sendo admitido pela doutrina processual majoritária em face do poder de cautela do juiz (arts. 798 e 804, CPC/1973, e, respectivamente, arts. 297 e 300, § 2º, CPC/2015) e com fundamento nas hipóteses de antecipação da tutela e de liminar concedida em obrigação de fazer e não fazer (arts. 273 e 461, § 3º, CPC/1973, e, respectivamente, arts. 300 e 497, CPC/2015). A jurisprudência do STJ e do TST, durante a vigência do CPC/1973, também alinhava-se a esse entendimento<sup>9</sup>.

Segundo Ben-hur Claus (2016, p. 52), a opção do legislador pelo contraditório diferido “é mera consequência da garantia constitucional à tutela jurisdicional efetiva e à técnica jurídica adequada à tutela do direito substancial”.

A ideia é que a intimação ou a citação prévia do devedor na descon sideração da personalidade jurídica poderia frustrar o resultado da execução, uma vez que estimularia os sócios a desviarem

---

9 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.523.930/RS*. Relator: Min. Marco Aurélio Bellizze, 16 de junho de 2015. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1416754&num\\_registro=201500709769&data=20150625&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1416754&num_registro=201500709769&data=20150625&formato=PDF).

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho (7. Turma). *Agravo de Instrumento de Recurso de Revista AIRR-66400-62.1998.5.01.0050*. Relator: Min. Cláudio Mascarenhas Brandão, 4 de fevereiro de 2015.

bens, esvaziarem contas e se anteciparem à penhora eletrônica, levando à fraude patrimonial. Com isso, argumentam os defensores dessa corrente que, deferido o contraditório prévio na execução trabalhista, o resultado para a efetividade da medida processual seria próximo de zero (SILVA, 2015, p. 56).

A crítica que se faz é que a aplicação do art. 135 do CPC/2015, com o contraditório prévio, teria optado por “[...] uma paralisante segurança jurídica do devedor em detrimento da efetividade da jurisdição comum” (CLAUS, 2016, p. 52).

Certo é que, sendo a jurisdição trabalhista de resultado, ostentando constitucionalmente uma missão social que a diferencia, sua efetividade restaria comprometida caso adotasse o contraditório prévio para a desconsideração da personalidade jurídica na fase de execução. Em verdade, o contraditório diferido, na espécie examinada, estaria, sim, a equacionar dois importantes valores constitucionais, quais sejam, de um lado, o contraditório (art. 5º, LV, CF) e, de outro, a efetividade da jurisdição (art. 5º, XXXV e LXXVIII, CF).

Assim, acredita-se que o contraditório diferido não ofende garantias constitucionais, ao revés, preserva e equaciona valores constitucionais de igual calibre, além de preservar princípios do Direito do Trabalho.

Conclui-se, então, que a exigência de contraditório prévio do art. 855-A da CLT, combinado com o art. 135 do CPC/2015, não guardaria compatibilidade axiológica e teleológica com o processo do trabalho (art. 769 da CLT), pois não preservaria a efetividade da jurisdição trabalhista, comprometendo o direito social fundamental nele tutelado. Portanto, mais um efeito negativo da reforma trabalhista para o processo laboral.

## **2.5 Da previsão de recurso da decisão interlocutória que julga o incidente (art. 136, parágrafo único, CPC/2015, e art. 855-A, CLT)**

O art. 855-A, § 1º, II, da CLT, fruto da reforma trabalhista, previu literalmente que, na decisão interlocutória que acolher ou

rejeitar o incidente, “na fase de execução, cabe agravo de petição, independentemente de garantia do juízo”.

Antes de esse dispositivo ser incluído na CLT, o art. 136, *caput*, do CPC/2015, já dispunha que, “concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória”. E o parágrafo único do citado artigo previu: “se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno”.

O TST, na Instrução Normativa n. 39/2016, anterior à publicação da Lei n. 13.467/2017, que acrescentou o art. 855-A à CLT, já considerava aplicável ao processo do trabalho o art. 136 do CPC/2015, entendendo que a decisão interlocutória que julga o incidente desafia agravo de petição, independente de garantia do juízo (art. 6º, § 1º, III).

O Fórum Permanente de Processualistas Civis concluiu no mesmo sentido por meio do Enunciado n. 126<sup>10</sup>.

Contudo, é próprio do sistema recursal trabalhista (na fase de conhecimento ou na execução) que as decisões interlocutórias não são passíveis de recurso imediato, sendo a apreciação de seu merecimento feita somente por ocasião do julgamento do recurso da decisão definitiva (art. 893, § 1º, CLT). Até mesmo o agravo de instrumento, no processo do trabalho, tem a função apenas de destrancar o recurso denegado (art. 897, b, CLT).

Esse é um traço que caracteriza o sistema recursal trabalhista, sendo uma opção legislativa que conferia simplicidade, celeridade e efetividade à jurisdição laboral. De fato, a efetiva tutela do direito material trabalhista tem sido conquistada por meio de mecanismos, como o da irrecorribilidade autônoma das decisões interlocutórias.

É por isso que até o ingresso do art. 855-A na CLT, introduzido pela reforma, não era possível o uso do recurso de agravo de petição para combater decisões interlocutórias, como fizeram crer a citada Instrução Normativa n. 39/2016 e o Enunciado n. 126 do Fórum de Processualistas.

---

10 Disponível em: <http://civileimobiliario.web971.uni5.net/wp-content/uploads/2017/07/Carta-de-Florian%C3%B3polis.pdf>. Acesso em: 25 ago. 2017.

É que o termo *decisões*, constante do art. 897, *a*, da CLT (que regula o agravo de petição), segundo a doutrina e jurisprudência<sup>11</sup>, sempre foi interpretado à luz do art. 893, § 1º, da CLT, e, portanto, como *decisão definitiva* de mérito, e não interlocutória. Assim é o entendimento de Mauro Schiavi (2016, p. 995-998) e de Manoel Antônio Teixeira Filho (2003, p. 407).

Então, somente a sentença que julga o mérito dos embargos à execução, à penhora, à adjudicação e à arrematação está sujeita ao agravo de petição.

Sendo a decisão interlocutória que acolhe ou rejeita a desconsideração da personalidade jurídica anterior à sentença de embargos, restaria, por consectário lógico, ser ela irrecorrível no processo do trabalho.

Somente o merecimento dessa decisão interlocutória poderia ser apreciado na sentença que julga os embargos à execução, cabendo dessa decisão agravo de petição. Medidas cautelares e mandado de segurança se prestarão a atacar questões não sujeitas à exceção de pré-executividade, embargos à execução ou não contempladas como matéria de mérito para efeito de agravo de petição. Todavia, as decisões interlocutórias permanecem irrecorríveis (Súmula n. 214 do TST).

A previsão, presente no art. 855-A, § 1º, II, da CLT, de cabimento de recurso de agravo de petição da decisão interlocutória que, na fase de execução, julga o incidente de desconsideração da personalidade jurídica, é mais um efeito deletério causado pela reforma no processo trabalhista. O princípio da efetividade da jurisdição trabalhista, a celeridade e a prestação jurisdicional tempestiva restaram abaladas com o ingresso de uma exceção tão maléfica à regra da irrecorribilidade das decisões interlocutórias no processo laboral.

Diante disso, conclui-se que o inciso II do § 1º do art. 855-A da CLT abriu uma porta incompatível com todo o sistema recursal do processo do trabalho. Sem dúvidas mais um embaraço para se alcançar os bens dos sócios e satisfazer o crédito alimentar traba-

---

11 Art. 893, § 1º, combinado com art. 799, § 2º, ambos da CLT, e Enunciado da Súmula n. 214 do Tribunal Superior do Trabalho.

lhistista. Deve-se dizer que a efetividade da jurisdição trabalhista é diminuída com a previsão desse recurso.

### **3 Conclusão**

Pelo que foi exposto, as novas ferramentas procedimentais do incidente de descon sideração da personalidade jurídica previstas no novel art. 855-A e demais parágrafos da CLT, introduzido pela Lei n. 13.467/2017 (reforma trabalhista), e aquelas ferramentas dos arts. 133 a 137 do CPC/2015 aplicáveis ao processo do trabalho por previsão do próprio art. 855-A da CLT, parecem contrariar uma cadeia de princípios que até então tem sustentado o processo laboral e garantido sua efetividade na satisfação do direito material ao crédito alimentar do trabalhador.

Conforme apresentado, o rito procedimental para a descon sideração da personalidade jurídica previsto no novo art. 855-A da CLT (e arts. 133 a 137 do CPC/2015), se submetido ao filtro de compatibilidade dos arts. 769 e 889 da CLT, não sobreviveria. Não obstante, encontra-se o referido procedimento expresso no art. 855-A da CLT e, com sua entrada em vigor, haverá de contrariar normas e princípios do Direito Processual do Trabalho, porquanto seu itinerário processual caminha em sentido oposto à vocação do Direito Processual Laboral. É dizer, o incidente, antes previsto no CPC/2015 e, agora, expresso no art. 855-A da CLT, se aplicado da forma proposta, tornará o processo do trabalho menos efetivo, moroso, complexo e, em boa medida, aumentará os casos em que o crédito trabalhista restará frustrado, e o patrimônio dos sócios administradores, inalcançável.

Os princípios constitucionais da efetividade da jurisdição trabalhista, da concentração dos atos processuais, da simplicidade das formas, da hipossuficiência do trabalhador, da proteção, da dignidade da pessoa humana e da duração razoável do processo poderão ser frontalmente ofendidos com a aplicação, na execução trabalhista, do novel procedimento previsto no incidente de descon sideração da personalidade jurídica do art. 855-A da CLT (Lei n. 13.467/2017) combinado com os arts. 133 a 137 do CPC/2015.

Diante do exposto, conclui-se que o procedimento do incidente de desconsideração da personalidade jurídica do art. 855-A da CLT, além de violar princípios constitucionais do Direito laboral, teria efeitos catastróficos na satisfação do crédito trabalhista diante dos embaraços processuais que cria para o alcance dos bens dos sócios e administradores, facilitando o desvio de bens e a fraude patrimonial.

## Referências

BRITZ, Sandro Gill. Do incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no novo CPC e suas implicações na execução no processo do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região*, Curitiba, v. 5, n. 50, p. 143-153, maio 2016.

CLAUS, Ben-hur Silveira. O incidente de desconsideração da personalidade jurídica previsto no CPC 2015 e o direito processual do trabalho. *Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região*, Porto Alegre, v. 12, n. 10, p. 35-64, jun. 2016. (Edição especial.)

FILHO, Manoel Antônio Teixeira. *Sistema dos recursos trabalhistas*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2003.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. *Direito processual do trabalho*. 8. ed. São Paulo: LTr, 2010.

LORENZETTI, Ari Pedro. *A responsabilidade pelos créditos trabalhistas*. São Paulo: LTr, 2003

NERY JUNIOR, Nelson. *Comentários ao Código de Processo Civil: novo CPC – lei 13.015/2015*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SCHIAVI, Mauro. *Manual de direito processual do trabalho*. 10. ed. São Paulo: LTr, 2016.

SILVA, José Antônio Ribeiro de Oliveira. Temas polêmicos no novo CPC e sua aplicação no processo do trabalho. *In: DIAS, Carlos Eduardo Oliveira; MAIOR, Jorge Luiz Souto; SILVA, José Antônio*

Ribeiro de Oliveira Silva; Toledo FILHO, Manoel Carlos. *Os impactos do novo CPC no processo do trabalho*. Campinas: Escola Judicial do Tribunal Regional da 15ª Região, 2015. p. 37-76.

TOLEDO FILHO, Manoel Carlos. Os poderes do juiz do trabalho face ao novo Código de Processo Civil. In: MIESSA, Elisson (org.). *Novo Código de Processo Civil e seus reflexos no processo do trabalho*. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 327-342.



# Terceirização ilícita e atuação do Ministério Público do Trabalho em face da “reforma” trabalhista

Rubens Bordinhão de Camargo Neto

Assessor Jurídico na Procuradoria Regional do Trabalho da 9ª Região. Mestre em Direitos Humanos e Democracia pela Universidade Federal do Paraná (UFPR).

**Resumo:** A “reforma” trabalhista (Lei n. 13.467/2017) provocou significativas mudanças na regulamentação jurídica das relações de trabalho no Brasil, inclusive quanto à terceirização, que passou a ser permitida nas atividades finalísticas da empresa. A ampliação deste fenômeno, que tem o rebaixamento da remuneração e das condições de saúde, segurança e higiene do trabalho como pressupostos lógicos e que se afasta do modelo bilateral de contrato de trabalho estabelecido na Consolidação das Leis do Trabalho, representa um novo desafio para atuação do Ministério Público do Trabalho, que, neste cenário de retrocesso social, apresenta propostas institucionais para combater a terceirização ilícita e a intermediação da mão de obra.

**Palavras-chave:** Terceirização. Reforma trabalhista. Consolidação das Leis do Trabalho. Ministério Público do Trabalho.

**Abstract:** The labor “reform” (Federal Law 13.467/2017) caused significant changes in the legal regulation of labor relations in Brazil, including the outsourcing, which is now allowed in the company’s final activities. The expansion of this phenomenon, which has the lowering of remuneration and health, occupational safety and health conditions as logical presuppositions and which departs from the bilateral model of labor contract established in the Consolidation of Labor Laws, represents a new challenge for the Labor Prosecution Office, which, in this scenario of social retrogression, presents institutional proposals to combat illegal outsourcing and the intermediation of labor.

**Keywords:** Outsourcing. Labor reform. Consolidation of Labor Laws. Labor Prosecution Office.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Da contratação direta à terceirização ampla. 3 Atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à terceirização ilícita a partir da “reforma” trabalhista. 4 Considerações finais.

## 1 Introdução

A Lei n. 13.467, de 2017, alcunhada de Lei da “Reforma” Trabalhista, promoveu a alteração de mais de cem dispositivos da legislação trabalhista, mudando significativamente a regulamentação jurídica das relações de trabalho no País. Ilustrativamente, impuseram-se novos requisitos para o reconhecimento de grupo econômico; extinguiu-se o direito às horas *in itinere*; criaram-se e regulamentaram-se as figuras do *teletrabalho* e do *trabalho intermitente*; novas regras quanto ao gozo do intervalo intrajornada permitem sua redução para apenas 30 minutos; facilitaram-se, por mero acordo individual, a constituição do banco de horas e o estabelecimento da jornada 12x36; permitiu-se o fracionamento das férias em até três períodos; criou-se uma nova forma de rescisão contratual com o acordo de ambas as partes; deu-se a possibilidade de o empregado assinar termo anual de quitação de obrigações trabalhistas; extinguiu-se a assistência do sindicato na homologação da rescisão dos contratos de trabalho; instituiu-se a prevalência do negociado sobre o legislado; pôs-se fim à contribuição sindical obrigatória, entre outras.

A regulação jurídica da terceirização, ou, como se refere a lei, a “prestação de serviços a terceiros”, também experimentou transformações severas. Se antes a Súmula n. 331 do TST a limitava apenas às atividades-meio, agora, com a inserção do art. 4º-A à Lei do Trabalho Temporário, a terceirização passa a ser permitida em todas as atividades empresariais, inclusive aquelas cuja finalidade dá significado à própria existência da empresa.

Depois de três décadas do fenômeno no Brasil e 12,5 milhões de trabalhadores terceirizados, o que representa um quarto do mercado de trabalho, os prognósticos da ampliação das hipóteses legais

de terceirização são deveras pessimistas. Dados revelam que os terceirizados recebem remuneração inferior aos contratados, em patamar médio de 23% e 27%. Eles também experimentam uma maior rotatividade no emprego (2 anos e 10 meses entre terceirizados contra 5 anos e 10 meses entre os contratados). Ainda, no trabalho terceirizado, é maior o índice de afastamentos por acidentes de trabalho típicos (PELATIERI *et al.*, 2017). Além disso, visualiza-se uma possível tendência de majoração dos casos de trabalho escravo, haja vista que 90% dos trabalhadores submetidos às condições análogas à de escravo, resgatados pela fiscalização do Ministério do Trabalho entre os anos de 2010 e 2013, eram trabalhadores terceirizados (FILGUEIRAS, 2014).

Aliás, o rebaixamento da remuneração e das condições de saúde, segurança e higiene do trabalho é pressuposto lógico do processo terceirizante. Desde o ponto de vista da administração, a terceirização é um instrumento que possibilita a transferência de um segmento do processo produtivo da empresa contratante para uma empresa terceira, que passa a ser responsável por seus custos diretos e riscos futuros. Essa externalização da produção apenas faz sentido se acompanhada da redução de despesas para a empresa contratante, que possibilita rebaixar o preço da mercadoria e enfrentar a concorrência no mercado<sup>1</sup>. Em outras palavras, ao se colocar entre o empregador e o empregado uma terceira figura – a empresa de prestação de serviços –, ela ali está para absorver os riscos e minorar as expensas com força de trabalho. E é

---

1 Neste sentido, o economista Márcio Pochmann (2012) afirma: “A principal motivação do processo de terceirização tem sido, em geral, a busca da redução do custo do trabalho como mecanismo de maior competitividade e ampliação da margem de lucro diante da exposição do setor produtivo à concorrência internacional. Em função disso, a terceirização termina por apresentar contratações de trabalhadores com remuneração e condições de trabalho inferiores aos postos de trabalho anteriormente existentes e aos equivalentes não submetidos à subcontratação da mão de obra”. Também comunga deste entendimento o doutrinador do direito Márcio Túlio Viana, segundo o qual, “[p]ela lei, o empregador não pode lhes cobrar pela intermediação – mas nada impede que lhes pague bem menos do que pagaria o tomador de serviços, caso este os contratasse. E o que é essa diferença, senão o preço (disfarçado) da intermediação? Aliás, se não fosse assim, seria inviável terceirizar, pois não haveria de onde extrair o lucro. Não é preciso ser economista para concluir que é exatamente essa diferença que explica o processo” (2017, p. 58).

justamente nesta redução dos custos que o empregado terceirizado vê reduzidos, mitigados, ou mesmo suprimidos, os seus direitos sociais trabalhistas. Conclusão inafastável, portanto, é que a precarização das condições de trabalho é pedra angular da racionalidade da terceirização<sup>2</sup>.

Nesse cenário de profundas mudanças e insegurança no direito trabalhista, com o prenúncio de extensão da precarização do trabalho pela via da terceirização, impôs-se ao Ministério Público do Trabalho o desafio de compreender a nova conjuntura histórica, a fim de seguir cumprindo com a sua missão institucional de “defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis no âmbito das relações de trabalho, contribuindo para a proteção dos interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e para a concretização dos ideais democráticos e da cidadania” (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2009).

Fato é que o MPT assumiu uma posição clara em face da “reforma” trabalhista. Em oito notas técnicas<sup>3</sup>, o Ministério Público do Trabalho apresentou o posicionamento institucional contrário às alterações legislativas, inclusive com relação à prestação de serviços a terceiros, cuja extensão da hipótese para as atividades finalísticas da empresa julga importar em violação constitucional, uma vez que a

terceirização da atividade-fim caracteriza intermediação ou locação de mão de obra, a partir da interposição de terceiro entre os sujeitos da prestação de trabalho, reduzindo o trabalhador à condição de objeto, de coisa. E isto – a coisificação do ser humano – ofende, frontalmente, os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho<sup>4</sup>.

- 
- 2 Jorge Luiz Souto Maior é incisivo também nesta conclusão: “Na verdade, o único aspecto irreversível da terceirização é o rebaixamento da condição humana. Não há, concretamente, como criar um modelo jurídico que ao mesmo tempo legitime a terceirização e preserve a eficácia dos direitos dos trabalhadores, vez que sua lógica é a do mascaramento da relação entre o capital e o trabalho e somente se pode falar em eficácia do modelo de Estado de Direito Social” (2011, p. 669).
  - 3 As notas técnicas estão disponíveis no sítio eletrônico do Ministério Público do Trabalho no seguinte endereço: <https://mpt.mp.br/pgt/publicacoes>.
  - 4 MPT – Nota Técnica n. 5 (ref. substitutivo ao Projeto de Lei n. 6.787/2016).

Também em manifestação endereçada ao chefe em exercício do Poder Executivo, o Ministério Público do Trabalho postulou o veto total do projeto legislativo que originou a “reforma” trabalhista. No pedido, destaca que a lei importa em “supressão e redução de direitos sociais, com redução da proteção social legal deferida aos trabalhadores, sem o devido diálogo social e em violação ao princípio democrático da vedação do retrocesso social (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2018)”, e, especificamente com relação à prestação de serviços a terceiros, aduz que a empresa que terceiriza todas as suas atividades deixa de cumprir com suas missões constitucionais comunitárias dos seguintes modos:

a) ao praticar terceirização irrestrita, *a empresa pode eximir-se de participar da política social de inclusão de pessoas com deficiência no mercado de trabalho*, prevista no art. 24, XIV, da Constituição; essa política se faz por meio da contratação obrigatória de cota de pessoas com deficiência, pelas empresas com mais de 100 (cem) empregados, proporcionalmente ao seu número de empregados, conforme previsto no art. 93 da Lei 8.213, de 24 de julho de 1991;

b) a empresa sem empregados *pode isentar-se de participar da política de inserção e qualificação do jovem trabalhador no mercado de trabalho*, com assento no art. 227 da Constituição, expressão do mandamento de proteção ao direito de ampla profissionalização;

c) *a empresa sem empregados se isenta de participar de importantes programas sociais com assento constitucional*, tais como o programa do *salário-educação*, previsto no art. 212, § 5º, da Constituição, que custeia a educação básica; o programa do *salário-família*, previsto no art. 7º, XII, e o *Programa de Integração Social*, que financia o seguro-desemprego, na forma do art. 239 da Constituição.

d) A terceirização irrestrita colide com a *política de fomento ao desenvolvimento científico, de pesquisa e capacitação tecnológicas*, prevista no art. 218, § 4º, da Constituição. (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2018, grifos do original).

E conclui que a norma, ao autorizar a

terceirização na atividade das empresas privadas e empresas estatais exploradoras de atividade econômica (igualmente apanhadas pela

norma em apreço), viola os direitos fundamentais sociais dos trabalhadores previstos nos arts. 1º, IV; 7º a 11; 170, VII e VIII, e 193 da Constituição; esvazia a função social constitucional da empresa, em violação aos arts. 1º, IV; 5º, XXIII e 170, III, c/c arts. 7º, XII; 24, XIV; 212, § 5º; 218, § 4º, e 227 da Constituição; e transgredir a regra constitucional do concurso público no âmbito das empresas estatais exploradoras de atividade econômica<sup>5</sup> (CF/1988, art. 37 e 173, § 1º, II). (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2018).

Ante as inúmeras adversidades impostas aos direitos sociais trabalhistas, parecem naturais, portanto, indagações a respeito da hodierna atuação ministerial. Como tem o Ministério Público do Trabalho orientado seu trabalho de defesa da ordem jurídica no que toca à ampliação das hipóteses legais de terceirização e quais têm sido suas propostas de incidência institucional frente a este novo panorama? A resposta não é singular e tampouco se esgota no que aqui está esboçado; contudo, uma possível trajetória que indica um encaminhamento destes questionamentos perpassa por uma digressão sobre o desenvolvimento do fenômeno no plano jurídico do País.

## 2 Da contratação direta à terceirização ampla

O direito do trabalho no ordenamento jurídico brasileiro, adotado a partir da importação do sistema continental europeu,

---

5 Importante sublinhar, ainda, a atuação da Procuradoria-Geral da República que, enfrentando o tema da terceirização, promoveu a Ação Direita de Inconstitucionalidade, autuada sob o n. 5735, que questiona a compatibilidade da Lei n. 13.429/2017 com os dispositivos constitucionais, aduzindo explicitamente que a interpretação que autoriza a extensão da terceirização para atividades finalísticas da empresa é inconstitucional. Posicionamento semelhante é encontrado nos autos de Recurso Extraordinário com Agravo n. 713.211, também em trâmite perante o Supremo Tribunal Federal, que discute suposta ausência de previsão legal para proibir a extensão da terceirização para as atividades-fim, em prejuízo do que dispõe a Súmula n. 331 do TST. Em seu parecer, a Procuradoria assevera a incompatibilidade da terceirização das atividades finalísticas com o sistema de proteção ao trabalho estabelecido na Constituição Federal. Nestes autos, ainda há pedido de intervenção da Associação Nacional dos Procuradores do Trabalho (ANPT) como *amicus curiae*, em petição que demonstra os efeitos nefastos da terceirização e pugna pela compatibilidade constitucional da limitação da terceirização apenas às atividades-meio.

fundamenta-se na relação bilateral entre empregado e empregador, que, a partir da figura jurídica do *emprego*, faz incidir toda a gama de direitos sociais previstos nas legislações autônomas e heterônomas. Este é o sentido dos arts. 2º e 3º da Consolidação das Leis do Trabalho<sup>6</sup>, que caracterizam os dois polos da relação de emprego a partir da configuração da prestação de trabalho subordinado, pessoal, não eventual e oneroso. A razão ontológica desta bilateralidade *empregado-empregador* justifica-se na história do movimento trabalhista, que tinha o fim da intermediação da mão de obra como uma de suas principais bandeiras (MAEDA, 2017, p. 34).

Assim é que, com os critérios da norma objetiva, o sistema jurídico trabalhista do País erigiu-se na direção de proteger a relação entre empregado e empregador e afastar os inúmeros artifícios patronais que fraudam a prestação de serviços subordinada, como a contratação de empregados na condição de autônomos, constituindo-a, inclusive, na forma de empresa individual; a criação de cooperativas de mão de obra; a prestação de trabalho subordinado por intermédio de contrato de estágio; a inserção do empregado no contrato social da empresa, entre outros mecanismos.

Aos poucos, porém, o modelo bilateral de contratação direta, antes hegemônico, foi abrindo espaço para as relações de trabalho que abrigam uma figura terceira, que ocupa posição intermediária entre o trabalhador e o beneficiário de sua prestação de serviço. Esta forma jurídica triangular primeiro apareceu no ordenamento jurídico brasileiro no ano de 1970, com a edição da Lei n. 5.645, que passou a permitir à Administração Pública a contratação indireta dos serviços de transporte, conservação, custódia, operações de valores, limpeza e outras assemelhadas<sup>7</sup>.

---

6 Estabelecem os dispositivos, respectivamente: “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”.

7 É o que dispõe o art. 3º, parágrafo único, em sua redação original: “As atividades relacionadas com transporte, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outras assemelhadas serão, de preferência, objeto de execução indireta,

Para a iniciativa privada, foi promulgada, apenas quatro anos depois, a Lei n. 6.019, que instituiu o regime de trabalho temporário, sendo este compreendido, de acordo com a redação original de seu art. 2º, como “aquele prestado por uma pessoa física a uma empresa, para atender à necessidade transitória de substituição de seu pessoal regular e permanente ou acréscimo extraordinário de serviços”. Mais tarde, em 1983, a Lei n. 7.102 passou a autorizar a prestação de serviços por terceiros nas atividades de vigilância e transporte de valores de estabelecimento financeiros.

Naturalmente, estas formas embrionárias de terceirização logo foram objeto de interpretação pelo Poder Judiciário. Num primeiro momento, sob o argumento da inexistência de previsão legal específica, a jurisprudência trabalhista não estendeu ao mercado privado a descentralização das atividades de transporte, conservação, custódia, operações de valores, limpeza e outras semelhantes, como legalmente prevista para a Administração Pública. A tese prevalecente nos tribunais recaía na contratação direta e bilateral como a única forma contratual prevista na CLT, sendo admitido, em caráter excepcional, o instituto do trabalho temporário, o qual era aplicado com muito cuidado a fim de evitar a generalização desta forma de locação de mão de obra pelas organizações empresariais (DELGADO; AMORIM, 2015, p. 38-41). Refletindo esta exegese, o Tribunal Superior do Trabalho editou, no ano de 1986, a Súmula n. 256, segundo a qual,

[s]alvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis n.ºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Contudo, este cenário jurisprudencial avesso à abertura ao trabalho prestado a terceiros logo foi suplantado, já no início da década de 1990, pelo novo momento histórico do País, marcado pelo alinhamento econômico com os preceitos do neoliberalismo. Ante o avanço do movimento de desregulamentação e flexibilização das relações de

---

mediante contrato, de acordo com o artigo 10, § 7º, do Decreto-lei número 200, de 25 de fevereiro de 1967”.

trabalho, a terceirização passou a ganhar espaço cada vez maior no ambiente empresarial. Em 1993, motivado por requerimento promovido pelo Ministério Público do Trabalho, o TST, alterando seu entendimento a respeito do tema, lançou a Súmula n. 331 para ampliar as hipóteses da existência legal da terceirização (DELGADO; AMORIM, 2015, p. 46). Para além dos casos de trabalho temporário e serviços de vigilância, o enunciado de jurisprudência passou a autorizar também a terceirização nos serviços de conservação e limpeza assim como nos serviços especializados atinentes às chamadas “atividade-meio” do tomador de serviços, dispondo, referido verbete, em seu item III:

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

Na opinião de Gabriela Neves Delgado e Helder Santos Amorim (2015), ao reduzir a incidência da contratação direta na atividade-meio e preservar o emprego direto na atividade-fim, o TST logrou conciliar os anseios empresariais do novo fenômeno da terceirização com a legislação trabalhista calcada na tradicional bilateralidade da figura do emprego. Os autores deixam claro, por outro lado, que a fronteira entre a legalidade e ilegalidade da prática terceirizante reside na distinção das atividades ligadas ou não às finalidades do empreendimento empresarial julga<sup>8</sup>, não encontrando guarida no ordenamento jurídico trabalhista a extensão da terceirização para as atividades finalísticas da empresa.

O emprego direto no espaço central da empresa, em sua atividade-fim, tornou-se, nesse sentido, o objetivo fundamental do sistema

---

8 Como observa Jorge Luiz Souto Maior, a distinção entre atividade-meio e atividade-fim é, por vezes obscura, não sendo possível verdadeiramente definir uma e outra. Aduz o autor (2002): “Primeiro, porque, para diferenciar a terceirização lícita da ilícita, partiu-se de um pressuposto muitas vezes não demonstrável, qual seja a diferença entre atividade-fim e atividade-meio. É plenamente inseguro tentar definir o que vem a ser uma e outra. O serviço de limpeza, por exemplo, normalmente apontado como atividade-meio, em se tratando de um hospital, seria realmente uma atividade-meio?”

jurídico-trabalhista, ao legitimar a prática da terceirização na atividade-meio, sem olvidar que o objetivo de proteção social ao trabalhador constitui um dos principais pilares da função social da empresa, gravada pela Constituição da República (art. 5º, XXIII, e 170, III). Nesse contexto, a terceirização de atividade-fim não se legitima à luz do Direito do Trabalho, por constituir abuso flexibilizador da contratação de mão de obra no espaço em que a empresa tem por função econômica manejar os fatores de produção, inclusive o trabalho, para realização de seus objetivos econômicos e de sua função social. Nessa direção, segundo a jurisprudência trabalhista, a terceirização de atividade-fim constitui fraude ao regime de emprego, prática equiparada à intermediação ou locação de mão de obra. (DELGADO; AMORIM, 2015, p. 59-60).

Em que pese a conciliação de interesses, fato é que a mais alta corte trabalhista do País, ao autorizar a terceirização para as atividades-meio, chancelou o trabalho terceirizado para além das duas únicas hipóteses previstas em lei (trabalho temporário e serviços de vigilância e transporte de valores bancários). Mais do que isso, a norma contida no item III da Súmula n. 331 é *contra legem*, já que ofende a bilateralidade do modelo contratual trabalhista estabelecido nos arts. 2º e 3º da CLT<sup>9</sup>, além de inconstitucional por afronta ao art. 7º, I, da Constituição.

O fenômeno da terceirização apenas ganhou um regimento geral próprio em 2017, por meio da Lei n. 13.429, de 31 de março,

---

9 “A Súmula 331 não só garante o exercício da livre iniciativa, mas foi promulgada valorizando mais este do que o princípio da valorização do trabalho humano – se assim não fosse, o índice de trabalhadores terceirizados e precarizados não seria tão alto. A Súmula, assim, já contaminada com a ideologia neoliberal, firmou o entendimento que aumenta as hipóteses de terceirização – e, por isso, de precarização. Justamente por se contrapor à lógica de qualquer contrato empregatício, por apresentar uma relação jurídica triangular ao invés de bilateral, cabia ao Judiciário não conferir validade à terceirização. Importante ressaltar isso porque, ao contrário do que acusam a Justiça do Trabalho – de ser rígida e retrógrada –, ela, na verdade, acompanhou a reestruturação produtiva e as reformas neoliberais em diversos sentidos e, também, na edição da Súmula 331. Assim, se o enunciado extrapola os limites colocados ao Poder Judiciário, só pode ser no sentido de favorecer os empresários – possibilitando terceirizar em hipóteses em que não há previsão legal” (GIORGI; LOPES; COZERO, 2015, p. 32).

e da Lei n. 13.467 (Lei da Reforma Trabalhista), de 13 de julho daquele ano, que alterou a lei do trabalho temporário (Lei n. 6.019/1974) para introduzir a figura da “prestação de serviços a terceiros”. A primeira norma não trouxe muitas novidades. Ela dispõe um conceito genérico de empresa prestadora de serviços a terceiros, estabelecendo os requisitos para o seu funcionamento, prevendo ainda a responsabilidade subsidiária da tomadora dos serviços. De maneira geral, a Lei n. 13.429/2017 não provocou uma alteração substancial da regulação jurídica da terceirização; pelo contrário, ela confirma as disposições do Enunciado n. 331 do TST (DELGADO; DELGADO, 2017, p. 207).

Por outro lado, a regulamentação dada pela “reforma” trabalhista foi além do enunciado de jurisprudência, uma vez que passou a autorizar a terceirização de todos os serviços da empresa, inclusive as atividades-fim, ou, como referencia a lei, as “atividades principais”. Dispõe a redação do novo art. 4º-A da Lei n. 6.019/1974:

Art. 4º-A. Considera-se prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços que possua capacidade econômica compatível com a sua execução.

§ 1º A empresa prestadora de serviços contrata, remunera e dirige o trabalho realizado por seus trabalhadores, ou subcontrata outras empresas para realização desses serviços.

§ 2º Não se configura vínculo empregatício entre os trabalhadores, ou sócios das empresas prestadoras de serviços, qualquer que seja o seu ramo, e a empresa contratante.

Além disso, o art. 4º-C assegura aos terceirizados as mesmas condições de alimentação, atendimento médico, treinamento e medidas de saúde e segurança do trabalho oferecidas aos trabalhadores contratados diretamente. Contudo, o § 1º do dispositivo dispõe, como mera faculdade contratual, “que os empregados da contratada farão jus a salário equivalente ao pago aos empregados da contratante, além de outros direitos não previstos neste artigo”,

em diametral contrariedade ao princípio da isonomia e da não discriminação, e torna legal a conhecida disparidade salarial entre empregados contratados e empregados terceirizados.

Em breve resumo, vê-se uma linha evolutiva no tratamento da terceirização pelo sistema jurídico trabalhista brasileiro, em que ela passa de combatida (ressalvadas as exceções previstas em lei) para tolerada (apenas nas atividades-meio) e, culmina, recentemente, em integralmente aceita (inclusive nas atividades principais da empresa).

Logo, enfrentar esta nova conjuntura é tarefa particularmente árdua para as instituições públicas voltadas à garantia dos direitos sociais atuantes na jurisdição trabalhista, como o Ministério Público do Trabalho. Especialmente com relação ao fenômeno da terceirização, desde a “reforma”, o combate à precarização da relação de trabalho trilateral demanda do MPT uma nova forma de atuar, em consonância com as alterações legislativas, sem se perder o norte da Constituição Federal.

### **3 Atuação do Ministério Público do Trabalho no combate à terceirização ilícita a partir da “reforma” trabalhista**

A terceirização é tema de grande preocupação do Ministério Público do Trabalho e está presente, inclusive, em seu planejamento estratégico. A instituição almeja o combate à terceirização ilícita nas relações de emprego em geral<sup>10</sup> e, especialmente, na Administração Pública<sup>11</sup>, nos trabalhos portuário<sup>12</sup> e aquaviá-

---

10 “6.5.1 Estratégia: Combater as fraudes utilizadas para descaracterizar o vínculo empregatício. 6.5.1.1 Iniciativa Estratégica: Promover atividades extrajudiciais ou judiciais para combater a utilização indevida da terceirização, estágio, cooperativas, pessoa jurídica, trabalho voluntário, temporário, dentre outras.”

11 “6.6.1 Estratégia: Combater a terceirização ilícita na administração pública. 6.6.1.1 Iniciativa Estratégica: Promover atividades extrajudiciais ou judiciais para combater a terceirização ilícita na administração pública.”

12 “6.6.1 Estratégia: Implementar a legislação trabalhista referente ao trabalho portuário. 6.6.1.1 Iniciativa Estratégica: Promover atividades extrajudiciais e judiciais para

rio<sup>13</sup> (MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO, 2009). A terceirização também é objeto de amplo estudo e discussão entre os membros do MPT, como assim revelam as inúmeras orientações editadas no âmbito das Coordenadorias Nacionais Temáticas<sup>14-15</sup>.

Acompanhando as alterações da legislação trabalhista no ano de 2017, o MPT promoveu mudanças no procedimento investigatório da licitude, ou não, do fenômeno terceirizante nas relações de traba-

---

regularizar a atuação dos OGMOS, garantir o meio ambiente de trabalho adequado, combater a terceirização e implementar a Convenção 137 da OIT e o ISPS Code.”

13 “6.6.2 Estratégia: Implementar a legislação trabalhista referente ao trabalho aquaviário. [...] 6.6.2.3 Iniciativa Estratégica: Promover atividades extrajudiciais e judiciais para combater a terceirização e regularizar a jornada de trabalho dos trabalhadores marítimos, hidroviários e lacustres.”

14 De acordo com a descrição do sítio eletrônico do MPT ([http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal\\_mpt/mpt/area-atuacao](http://portal.mpt.mp.br/wps/portal/portal_mpt/mpt/area-atuacao)), foram criadas “oito coordenadorias nacionais temáticas a partir das irregularidades mais graves e mais recorrentes enfrentadas no dia a dia dos procuradores. As coordenadorias promovem discussões sobre suas respectivas áreas, definem estratégias e articulam planos nacionais de ações”. Entre outras atribuições, cada coordenadoria tem o poder de editar orientações sobre os temas que lhes são afetos com o objetivo de promover uma atuação coordenada e harmônica dos membros do Ministério Público.

15 A Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET) possui quatorze enunciados a respeito da terceirização (números 3, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21 e 24) regulando a matéria na construção civil, nas companhias de transporte, nas usinas de cana de açúcar, no *check-in* das companhias aéreas, além de estabelecer diretrizes para o reconhecimento da terceirização lícita a partir da lei da “reforma” trabalhista. Na Coordenadoria Nacional de Combate às Irregularidades Trabalhistas na Administração Pública (CONAP), vislumbram-se cinco orientações (de numeração 1, 9, 10, 11 e 12) que se debruçam sobre a legitimidade do Ministério Público para investigar e processar sobre o tema na Justiça do Trabalho, a substituição de servidor público por trabalhador terceirizado e a terceirização dos serviços de limpeza urbana. São dois os enunciados (números 4 e 17) oriundos da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidade e Eliminação da Discriminação no Trabalho (COORDIGUALDADE), um sobre contratação de empregado terceirizado pelo ente público junto à associação de pessoa com deficiência e outro sobre vedação ao tratamento discriminatório do trabalhador terceirizado. A Coordenadoria Nacional de Defesa do Meio Ambiente do Trabalho (CODEMAT) possui a Orientação n. 27, que versa sobre a impossibilidade de terceirização dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e Medicina do Trabalho, e a Coordenadoria Nacional do Trabalho Portuária e Aquaviário (CONATPA), em sua Orientação n. 8, dispõe sobre a licitude da terceirização dos serviços de engate do mangote no quadro de boias no âmbito da Petrobras.

lho. O ponto de partida deste giro foi a Orientação n. 15, oriunda da Coordenadoria Nacional de Combate às Fraudes nas Relações de Trabalho (CONAFRET), editada ainda antes da aprovação da “reforma” trabalhista. Em seu item I, ela afasta qualquer interpretação da Lei n. 13.429/2017 que autorize a terceirização nas atividades-fim do empreendimento empresarial e, no item II, adiantando-se à Lei n. 13.467/2017, ela estabelece como critério de aferição da legalidade da terceirização a mera intermediação de mão de obra e a prestação de trabalho com subordinação e pessoalidade para a empresa tomadora de serviços. É o que se lê de seus termos:

*15. Lei 13.429/2017. Terceirização não permitida em atividade-fim.*

I – O texto da Lei n. 13429 de 2017 não libera a terceirização em atividade-fim, ao inserir modificações à Lei nº 6.019 de 1974. Essa possibilidade continua a existir apenas quanto ao trabalho temporário e não quanto aos agora nominados “serviços determinados e específicos”;

II – Independentemente das discussões em curso no âmbito dos Poderes Legislativo e Judiciário acerca da permissão da terceirização na atividade-fim, o mero fornecimento de mão de obra continuará a ser ilícito, bem como também será possível analisar a presença da pessoalidade e subordinação em relação à empresa contratante. (Grifo do original).

Trata-se de um deslocamento do foco da investigação do Ministério Público. Com os parâmetros normativos dados pela Súmula n. 331 do TST, a atuação ministerial centrava-se na perquirição da natureza da atividade desempenhada pelo trabalhador terceirizado, se incluída ou não na finalidade da produção empresarial. Agora, com a terceirização ampla, a distinção entre fim e meio da atividade é inócua. Passa a ser basilar para descobrir a retidão da prestação de serviços a terceiros a análise da presença dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego, como ainda estabelecem os arts. 2º e 3º da CLT.

Outras orientações da CONAFRET, agora posteriores à “reforma”, estabeleceram, em conformidade com os novos dispositivos legais, mais critérios para subsidiar a investigação acerca legalidade da ter-

ceirização. Neste sentido, o Enunciado n. 16 dispõe que a validade da prestação de serviço a terceiros está condicionada ao cumprimento de três requisitos: a transferência da execução da atividade contratada à empresa prestadora, a autonomia da prestadora no exercício desta atividade e a capacidade econômica da empresa prestadora. A licitude da terceirização está atrelada ao preenchimento simultâneo destes três critérios; caso contrário, a prestação de serviços a terceiros é reputada nula, conforme dispõe a orientação:

*16. Contrato de prestação de serviços. Artigo 4º-A da lei n. 6.019/1974, com redação da lei n. 13.467/2017. Requisitos de validade. A validade da prestação de serviço a terceiros, tal como definida pelo art. 4º-A, se sujeita ao cumprimento dos seguintes requisitos: a) efetiva transferência da execução de atividades a uma empresa prestadora de serviço, como objeto contratual; b) execução autônoma da atividade pela empresa prestadora, nos limites do contrato de prestação de serviço; e c) capacidade econômica da empresa prestadora, compatível com a execução do contrato. Ausentes quaisquer desses requisitos, desvirtua-se a prestação de serviço, configurando-se intermediação ilícita de mão de obra (art. 9º da CLT), com conseqüente reconhecimento de vínculo de emprego entre os trabalhadores intermediados e a empresa contratante do serviço. (Grifo do original).*

As Orientações n. 17, 18 e 19 abordam especificamente cada um desses requisitos.

Para ser atendido o critério de transferência efetiva da execução da atividade, esta pressupõe

autonomia formal, administrativa, organizacional, finalística e operacional da empresa contratada, a qual cabe exercer com exclusividade o controle do processo de produção da atividade, sem interferência da contratante, mera credora do serviço como resultado útil, pronto e acabado<sup>16</sup>.

---

16 Assim dispõe o inteiro teor da Orientação n. 17: “Contrato de prestação de serviço. Requisito de validade: efetiva transferência da execução da atividade. A transferência da execução da atividade por meio de contrato de prestação de serviço, na forma do art. 4º-A da Lei 6.109/1974, com redação conferida pela Lei 13.467/2017, pressupõe autonomia formal, administrativa, organizacional, finalística e operacional da empresa contratada, à qual cabe exercer com exclusividade o controle do processo de produção

Veja-se que a prestação de serviços a terceiros importa na contratação de atividade empresarial, e não de trabalhadores, como assim é a figura do trabalho temporário, que é mero fornecimento de mão de obra para atender necessidade de substituição de pessoal permanente ou demanda complementar de serviços. É por essa razão que se verifica a presença da subordinação do trabalhador temporário com a empresa tomadora, já que ele ali está inserido em paridade com os empregados diretos. O mesmo não se aplica à terceirização, cuja existência dos elementos caracterizadores do vínculo de emprego, do trabalhador com a contratante, desnaturam a relação trilateral (SOUZA *et al.*, 2017).

A autonomia da empresa prestadora na execução contratual é deduzida da literalidade do art. 4º-B, I a III, que impõe requisitos para o funcionamento empresarial, tais como prova de inscrição no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica, registro na Junta Comercial e capital compatível com o número de empregados (SOUZA *et al.*, 2017, p. 17). Neste passo, a alteridade pode ser aferida por dois parâmetros:

(a) que a empresa prestadora contrate e remunere os empregados necessários à execução da atividade, exercendo com exclusividade a direção de seu trabalho (art. 4º-A, § 1º); e (b) que a empresa contratante se abstenha de utilizar a mão de obra contratada pela prestadora de serviço para finalidade distinta da prevista no contrato (art. 5º-A, § 1º)<sup>17</sup>.

---

da atividade, sem interferência da contratante, mera credora do serviço como resultado útil, pronto e acabado. Configura fraude ao regime de emprego o uso de contrato de prestação de serviço para transferência de vínculo formal de emprego à empresa contratada, sem efetiva transferência da execução da atividade”.

17 Dispõe a Orientação n. 18 “Contrato de prestação de serviço. Requisito de validade: autonomia na execução da atividade. No contrato de prestação de serviço, de que trata o art. 4º-A, *caput*, da Lei 6.019/1974, com redação dada pela Lei 13.467/2017, a execução autônoma da atividade por empresa prestadora de serviço pressupõe: (a) que a empresa prestadora contrate e remunere os empregados necessários à execução da atividade, exercendo com exclusividade a direção de seu trabalho (art. 4º-A, § 1º); e (b) que a empresa contratante se abstenha de utilizar a mão de obra contratada pela prestadora de serviço para finalidade distinta da prevista no contrato (art. 5º-A, § 1º). A presença de subordinação pessoal ou estrutural de trabalhador intermediado à empresa contratante descaracteriza a prestação de serviço, ensejando o reconhecimento vínculo de emprego (art. 9º da CLT)”.

Por fim, a capacidade econômica da prestadora de serviços pressupõe:

- (a) pactuação de preço do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias etc.); e
- (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual<sup>18</sup>.

A capacidade econômica, importante sublinhar, não se confunde com o capital social da empresa. Apenas o patrimônio empresarial, e não a contribuição dos sócios, deve ser compatível com os compromissos da execução de cada contrato. Assim, a transferência de atividade para empresa inidônea, sem capacidade econômica para executá-la, faz-se presumir a mera intermediação de mão de obra (SOUZA *et al.*, 2017, p. 27 e 28).

A Orientação n. 21 da CONAFRET<sup>19</sup> dispõe que, na hipótese de inadimplemento de direitos trabalhistas pela empresa prestadora, em terceirização considerada lícita, a empresa contratante é responsável subsidiariamente, independentemente da aferição de sua

---

18 Dispõe a Orientação n. 19: “Contrato de prestação de serviço. Requisitos de validade: capacidade econômica da prestadora. A capacidade econômica da empresa prestadora de serviço, compatível com a execução do contrato, nos termos do art. 4º-A da Lei 6.019/1974, deve ser aferida pela contratante e não se restringe à observância do capital social mínimo exigido pelo art. 4º-B, inciso III, que é mero requisito de funcionamento. Consiste na situação econômica positiva para cumprir todos os compromissos decorrentes da atividade contratada, pressupondo: (a) pactuação de preço do serviço compatível com os custos operacionais (comerciais, trabalhistas, previdenciárias, tributárias etc.); e (b) inexistência de passivo comercial, trabalhista, previdenciário e/ou fiscal, decorrente de outro(s) contrato(s), que constitua risco ao adimplemento contratual”.

19 Dispõe a Orientação n. 21 da CONAFRET: “21. Contrato de prestação de serviço válido. Inadimplemento de direitos trabalhistas pela empresa prestadora. Responsabilidade subsidiária da empresa contratante. Presentes os requisitos de validade do contrato de prestação de serviço, o inadimplemento de direitos trabalhistas pela empresa prestadora enseja responsabilidade subsidiária da empresa contratante, independente de culpa (art. 5º-A, §5º, da Lei n. 6.019/1974). O inadimplemento decorrente de ausência ou perda de capacidade econômica da empresa prestadora enseja invalidação do contrato de prestação de serviço, por inobservância de requisito de validade (art. 4º-A, *caput*, da Lei n. 6.019/1974, com redação dada pela Lei n. 13.467/2017), configurando a intermediação ilícita de mão de obra”.

conduta culposa. É dizer que o mero inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa prestadora implica a responsabilidade subsidiária da empresa tomadora. A subsidiariedade da responsabilidade está atrelada à legalidade da terceirização, ou seja, caso ela seja reputada ilícita, à empresa contratante é atribuída a responsabilidade principal por todas as obrigações trabalhistas, por constituir ela a verdadeira empregadora (SOUZA *et al.*, 2017, p. 33 e 34).

A perda superveniente da capacidade econômica da empresa prestadora também implica a ilicitude da terceirização, ensejando a nulidade do contrato de prestação de serviço a terceiros e a consequente caracterização do vínculo de emprego diretamente com a empresa tomadora. Este é o sentido da Orientação n. 20 da CONAFRET:

20. Contrato de prestação de serviço. Requisitos de validade. Perda da capacidade econômica da empresa prestadora de serviço. Invalidez contratual superveniente. A perda da capacidade econômica da empresa prestadora de serviço enseja invalidez contratual superveniente, com consequente caracterização de vínculo de emprego entre trabalhadores intermediados e a empresa contratante, caso esta não adote posturas para preservar o inadimplemento contratual, tais como: (a) a readequação do preço do serviço, sempre que se mostrar defasado, para garantir o equilíbrio econômico do contrato; (b) exigir da empresa contratada garantia bastante para satisfação das obrigações contratuais (art. 477 do Código Civil) ou (c) promover a resolução do contrato por inadimplemento (art. 475 do Código Civil).

Por fim, ao contrário da faculdade instituída na lei, a Orientação n. 17 da Coordenadoria Nacional de Promoção de Igualdade de Oportunidade e Eliminação da Discriminação no Trabalho (COORDIGUALDADE) impõe a observância do princípio da isonomia e da não discriminação para assegurar aos terceirizados, de forma taxativa, os mesmos direitos garantidos aos contratados diretamente<sup>20</sup>.

---

20 Também a Orientação n. 24 da CONAFRET se posiciona em contrariedade à prática discriminatória do art. 4º-C, § 1º, da Lei n. 6.019/1974: “24. Contrato de prestação de serviços. Garantia aos empregados da prestadora dos mesmos direitos dos empregados da contratante. Art. 4º-C, § 1º, da Lei n. 6.019/1974. Isonomia.

N. 17. Terceirização. Vedação ao tratamento discriminatório entre empregados da tomadora e da prestadora de serviços. Art. 4º-C, § 1º, da Lei n. 6.019/74. O trabalho, como fonte de subsistência e propulsor da dignidade humana, não pode admitir tratamento discriminatório ao empregado da prestadora de serviço em relação ao trabalhador da tomadora, quando realizem o mesmo trabalho, no mesmo local, pois não se trata de subespécie de empregado, mas de empregado que tem assegurado constitucionalmente o direito ao trabalho, em condições de liberdade, equidade, segurança, sendo, portanto, vedada qualquer prática discriminatória, consoante artigo 225 da CF e princípio da não discriminação, consagrado nos artigos. 5º, XLI, 7º, XXX e XXXI, da CF, e Convenção 111 da OIT.

O tratamento discriminatório aos terceirizados previsto no art. 4º-C, § 1º, da Lei n. 6.019/1974 é absolutamente incompatível com a Constituição Federal, sendo sua ocorrência passível de indenização por reparação a danos materiais e morais, na forma do art. 927 do Código Civil (SOUZA *et al.*, 2017, p. 137).

A partir da leitura *contrario sensu* dos enunciados do Órgão Ministerial, é possível deduzir que a terceirização é ilícita quando verificada uma das seguintes situações: I) ausência de transferência, parcial ou total, da execução da atividade contratada à empresa prestadora; II) subordinação da prestadora de serviços à empresa contratante, estando aquela sujeita à ascensão desta sobre sua atividade empresarial; e III) incapacidade econômica, atual ou superveniente, da empresa prestadora.

Este novo panorama da atuação ministerial está sumarizado, ilustrativamente, na ementa a seguir transcrita, que trata de recente decisão de não homologação de arquivamento de inquérito civil, emanado da Câmara de Coordenação e Revisão, do Ministério Público do Trabalho:

LEI Nº 13.429/2017 E LEI Nº 13.467/2017. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS NA LEI DO TRABALHO TEMPORÁRIO (LEI Nº

---

Havendo contrato de prestação de serviços válido com a transferência de atividade em que convivam, executando as mesmas tarefas, empregados da contratante e da prestadora, deverão ser garantidos a estes os mesmos direitos previstos para aqueles, sob pena de afronta ao princípio constitucional da isonomia”.

6.019/1974) E NA CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO. CRIAÇÃO DA FIGURA DA “PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS”. CENTRALIDADE OU ACESSORIEDADE DA ATIVIDADE NA DINÂMICA EMPRESARIAL. DISTINÇÃO IRRELEVANTE. ATUAÇÃO DO MPT PARA COMBATER A INTERMEDIÇÃO OU MERO FORNECIMENTO DE MÃO DE OBRA, PROMOVER A RESPONSABILIZAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA CONTRATANTE/TOMADORA E GARANTIR A ISONOMIA DE DIREITOS ENTRE OS EMPREGADOS DA CONTRATANTE/TOMADORA E OS EMPREGADOS DA CONTRATADA/PRES-TADORA. ARQUIVAMENTO QUE NÃO SE HOMOLOGA.

1. A reforma trabalhista iniciou-se com a Lei nº 13.429, de 31/3/2017, que promoveu alterações na Lei do Trabalho Temporário (Lei nº 6.019/1974) para aumentar suas hipóteses de incidência, sendo posteriormente complementada e ampliada com a edição da Lei nº 13.467, de 13/7/2017, que trouxe mudanças não somente na Lei do Trabalho Temporário, mas também em vários dispositivos da CLT e em outras leis.

2. No que diz respeito à prestação de serviços, temos que as alterações legislativas supracitadas tornaram irrelevantes as características de centralidade ou de acessoriedade da atividade na dinâmica empresarial para efeito da verificação da legalidade de sua transferência a terceiro(s) alheio(s) à estrutura da empresa (fenômeno denominado de “terceirização”), visto que atualmente qualquer atividade da empresa, seja ela principal ou acessória, pode ser transferida a terceiros, desde que cumpridos alguns requisitos legais.

3. Nesse sentido, no novo quadro normativo, a empresa que transfere uma parte ou a totalidade de suas atividades a uma outra empresa é chamada “contratante”, enquanto que a pessoa jurídica de direito privado que a assume é chamada “prestadora”.

4. Para que produza seus efeitos legais, o recém-criado “contrato de prestação de serviços” deve preencher cumulativamente os seguintes requisitos: a) ter a efetiva transferência da execução da atividade à prestadora como objeto central do contrato formal/escrito de prestação de serviços; b) a prestadora deve manter autonomia formal, organizacional, administrativa e finalística na execução dos serviços, nos limites do contrato de prestação de serviços; c) a prestadora deve manter

durante toda a vigência do contrato de prestação de serviços capacidade econômico-financeira para sua execução; d) não pode haver subordinação clássica ou subordinação estrutural, também chamada subordinação integrativa ou parassubordinação, entre os empregados da prestadora e os prepostos/empregados da contratante/tomadora.

5. Descumpridos quaisquer dos requisitos acima, não há “prestação de serviços”, mas mera intermediação ou fornecimento de mão de obra, o que continua sendo vedado pelo ordenamento jurídico brasileiro por configurar fraude à relação de emprego, merecendo a atuação do MPT para a cessão da irregularidade atual e reparação dos danos materiais e morais sofridos tanto pelos trabalhadores diretamente atingidos, quanto pela coletividade trabalhadora em geral, e também para a prevenção de danos futuros, por meio da celebração de TAC ou pela obtenção de tutela judicial inibitória para tal fim.

6. O principal efeito da descaracterização da prestação de serviços é responsabilização subsidiária, automática e objetiva, da empresa contratante/tomadora com relação aos débitos trabalhistas da empresa contratada/prestadora, além de eventual responsabilização por dano moral coletivo.

7. Mas não é só isso. Existe outro importante aspecto a ser observado, que é manutenção da isonomia de direitos entre o empregado da contratante/tomadora e o empregado da contratada/prestadora, o que representa, na prática, a expressão material ou a concretização dos princípios constitucionais fundamentais da igualdade e da valorização do trabalho humano (artigos 3º, IV; 5º, *caput*; e 7º, XXX, XXXI, XXXII, e XXXIV, da CRFB/1988).

8. Isso porque o contrato de prestação de serviços não pode ter por objetivo a mera redução de custos operacionais por meio da redução de remuneração ou da supressão dos direitos dos empregados da contratada/prestadora, o que caracteriza verdadeiro *dumping* social, a ser combatido pelo MPT.

9. No caso concreto, a ilustre Procuradora Oficiante atestou que a empresa Inquirida vem reduzindo drasticamente a utilização de mão de obra “terceirizada”, que corresponderia hoje a apenas 20% (vinte por cento) da mão de obra total.

10. Observou, também, que a empresa Inquirida demonstrou no procedimento que estaria observando o cumprimento da legislação trabalhista por parte das empresas contratadas/prestadoras.

11. Ocorre, porém, que também é necessário que se verifique o cumprimento pela Inquirida do disposto no artigo 4º-C da Lei nº 6.019/1974, que garante isonomia de condições de alimentação, transporte, atendimento médico e/ou ambulatorial, treinamento, ambientais (sanitárias, saúde e segurança) e equivalência salarial, além de outros direitos não expressamente previstos.

12. Isso posto, a investigação há que prosseguir para que se verifique se existe isonomia entre os empregados diretos da Inquirida e os empregados das empresas prestadoras de serviço contratadas, nos termos do artigo 4º-C da Lei nº 6.019/1974.

13. Orientações n. 16, 17, 18, 19 e 20 da CONAFRET.

14. *Arquivamento que não se homologa.* (Grifo do original).

Em razão das alterações legislativas, recentíssimas, ainda é incipiente a atuação judicial do Ministério Público do Trabalho sob os novos limites jurídicos da terceirização lícita nas atividades finalísticas. De todo modo, desde logo é possível antever que a incidência ministerial não será menos combativa, pelo contrário.

#### **4 Considerações finais**

O crescente espaço conquistado pela terceirização na prestação de serviços no ordenamento jurídico brasileiro está intimamente ligado ao desenvolvimento da ideologia neoliberal de desregulamentação e flexibilização das relações de trabalho, que preza pela pactuação de contratos de trabalho que “permitem a adaptação das empresas às flutuações econômicas, dispensando compromissos permanentes e custos com os seus empregados” (KREIN, 2007).

Com este movimento, o direito do trabalho afastou-se cada vez mais do “trabalho padrão”, de caráter rígido, com base na bilateralidade da contratação direta e no trabalho por tempo integral, com lugar e horário de trabalho determinados, remuneração fixa e tempo de duração contratual indeterminada. Ganhou proeminência, em

seu lugar, o “trabalho atípico”, com natureza maleável, que admite a triangulação no contrato de trabalho, com duração do trabalho e remuneração regidas pela demanda empresarial e ainda com a possibilidade de execução contratual à distância (VASAPOLLO, 2005, p. 27 e 28)<sup>21</sup>. Esta transição de paradigmas, da contratação direta para terceirização ampla, revela, nas palavras de Aldacy Rachid Coutinho, uma “perda do padrão universal no âmbito trabalhista, pensado tradicionalmente para uma relação direta com um único protótipo de empregado, subordinado”, que tem como resultado o tétrico “esvaziamento do próprio direito do trabalho” (2000, p. 172).

No atual cenário de retrocesso social com a extensão da terceirização para as atividades-fim, vislumbra-se que as propostas institucionais do MPT, para atuação uniformizada e harmônica dos membros almejam coibir a fraude à legislação trabalhista com a finalidade de evitar a todo custo a malfadada intermediação da mão de obra, por meio de uma interpretação do sistema trabalhista centrada na bilateralidade da relação de emprego e nas garantias e direitos sociais fundamentais assegurados na Constituição Federal.

## Referências

COUTINHO, Aldacy Rachid. Globalização e direito do trabalho. *Revista Direito e Democracia*, Canoas, v. 1, n. 1, p. 163-176, 2000.

DELGADO, Gabriela Neves; AMORIM, Helder Santos. *Os limites constitucionais da terceirização*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2015.

---

21 Neste ponto, difícil divergir de David Harvey, que não encara a flexibilização das relações de trabalho como um problema em si mesmo. Pelo contrário, uma maior maleabilidade da legislação trabalhista tem potencial de efeito benéfico aos dois lados da relação de trabalho, inclusive aos trabalhadores. Contudo, ao se ponderar os efeitos que acompanham as transformações flexibilizadoras, tanto para o capital como para o trabalho, conclui-se que “de modo algum parecem positivos do ponto de vista da população trabalhadora com um todo” (HARVEY, 1999, p. 144). De fato, em que pese a flexibilização possuir vantagens na teoria, em concreto ela se mostra sempre acompanhada da precarização das condições de trabalho, como se vê claramente nos dados referentes ao trabalho terceirizado no Brasil.

DELGADO, Mauricio Godinho. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. São Paulo: LTr, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. *A reforma trabalhista no Brasil – com os comentários à Lei n. 13.467/2017*. São Paulo: LTr, 2017.

FILGUEIRAS, Vitor Araújo. Terceirização e trabalho análogo ao escravo: coincidência? In: FILGUEIRAS, Vitor Araújo *et al.* *Blog Indicadores de Regulação do Emprego no Brasil*. São Paulo, jun. 2014. Disponível em: <https://indicadoresdeemprego.files.wordpress.com/2013/12/tercerizac3a7c3a3o-e-trabalho-anc3a1logo-ao-escravov1.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.

GIORGI, Fernanda; LOPES, João Gabriel Pimentel; COZERO, Paula Talita. O que está em jogo em matéria de terceirização trabalhista no Supremo Tribunal Federal? In: RAMOS FILHO, Wilson; LOGUÉRCIO, José Eymard; MENEZES, Mauro de Azevedo (orgs.). *Terceirização no STF: elementos do debate constitucional*. Bauru: Canal 6, 2015.

HARVEY, David. *Condição pós-moderna: uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. 8. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999.

KREIN, José Dari. *Tendências recentes nas relações de emprego no Brasil: 1990-2005*. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) – Instituto de Economia, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2007. Disponível em: <http://www.repositorio.unicamp.br/handle/REPOSIP/285517>.

LUCHETE, Felipe. Supremo já soma 20 ações contra mudanças da reforma trabalhista. *Revista Consultor Jurídico*, São Paulo, mar. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-12/supremo-soma-20-acoes-mudancas-reforma-trabalhista>. Acesso em: 25 maio 2018.

MAEDA, Patrícia. *A era dos zero direitos: trabalho decente, terceirização e contrato zero-hora*. São Paulo: LTr, 2017.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. Pedido de veto total ou parcial do Projeto de Lei da Câmara n. 38/2017. Disponível em: <http://www.diap.org.br/images/stories/PLC38MPT-Pedido-de-Veto.pdf>. Acesso em: 1º jun. 2018.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. *Planejamento estratégico: o futuro começa agora*. Brasília: Supernova Gráfica, 2009.

PELATIERI, Patrícia *et al.* Terceirização e precarização das condições de trabalho: condições de trabalho e remuneração em atividades tipicamente terceirizadas e contratantes. *Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos*, São Paulo, nota técnica n. 172, mar. 2017.

POCHMANN, Márcio. Terceirização do trabalho. *Revista Fórum*, Santos, jan. 2012. Disponível em: <https://www.revistaforum.com.br/terceirizacao-do-trabalho/>. Acesso em: 25 maio 2018.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. *Curso de direito do trabalho: teoria geral do direito do trabalho*, v. I, parte I. São Paulo: LTr, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. Enunciado 331, do TST: ame-o ou deixe-o. *Revista Trabalhista*, v. 4, out./nov./dez. 2002.

SOUZA, Geraldo Emediato *et al.* *Prestação de serviços a terceiros e figuras associadas: análise face à nova regulamentação*. Brasília: Gráfica Movimento, 2017.

VASAPOLLO, Luciano. *O trabalho atípico e a precariedade*. São Paulo: Expressão Popular, 2005.

VIANA, Márcio Túlio. *Para entender a terceirização*. 3. ed. São Paulo: LTr, 2017.



# **Direito Administrativo e Tutela da Probidade Administrativa**



# A indisponibilidade de bens e a desconsideração de personalidade jurídica em ações de improbidade administrativa

Luiz Antonio Miranda Amorim Silva

Procurador da República. Pós-graduado em Direito Público pela Universidade de Brasília (UnB). Pós-graduado em Direito Público pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). *Máster en Derecho Constitucional* – Universidad de Sevilla.

**Resumo:** Trata-se de análise da desconsideração da personalidade jurídica focada em sua aplicação em ações de improbidade administrativa. O estudo busca, inicialmente, apresentar questões básicas relacionadas à desconsideração da personalidade jurídica, sua conceituação, modalidades e requisitos legais. Aborda-se, então, a disciplina legal estabelecida pelo Código de Processo Civil de 2015 para a desconsideração de personalidade jurídica, com uma leitura crítica da opção adotada pelo legislador, conforme o grau de efetividade do incidente. Após, apresentam-se reflexões elementares relacionadas à indisponibilidade de bens e sua aplicação nas ações de improbidade administrativa, para finalmente se tratar especificamente da viabilidade da determinação de indisponibilidade de bens sem prévia oitiva da parte demandada em incidentes de desconsideração de personalidade jurídica. Sustenta-se que não há violação ao contraditório ou ampla defesa, assim como que se trata de medida necessária para que se tenha um mínimo de eficácia nos incidentes de desconsideração requeridos no âmbito de ações de improbidade.

**Palavras-Chave:** Improbidade. Desconsideração. Efetividade.

**Abstract:** Analysis of the disregard of the legal entity focused on its application in actions of administrative improbity. The study initially seeks to present basic questions related to the disregard of legal entity, its conceptualization, modalities and legal requirements. It is then highlighted the legal discipline established by

the Civil Procedure Code of 2015 for the disregard of the legal entity, with a critical view of the option adopted by the legislator, considering the degree of effectiveness of this judicial incident. Afterwards, it is presented basic considerations related to the freezing of assets and its application in the actions of administrative improbity, in order to finally deal specifically with the feasibility of determining the freezing of assets without prior hearing of the defendant in incidents of disregard of the legal entity. It is argued that there is no violation to the adversary system or to the rights of defense, as well as that it is a necessary measure so that one has a minimum of effectiveness of the disregard of the legal entity required in the scope of actions of administrative improbity.

**Keywords:** Improbity. Disregard. Effectiveness.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Da desconsideração da personalidade jurídica. 3 Da desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC. 4 A Indisponibilidade de bens em ações de improbidade administrativa. 5 Da liminar de indisponibilidade em incidentes de desconsideração de personalidade jurídica. 6 Conclusão.

## 1 Introdução

Os atos de improbidade administrativa são condutas especialmente ofensivas à Administração Pública e que por vezes apresentam relevantes fatores econômicos, como o enriquecimento ilícito do agente ou mesmo a lesão ao erário.

Mesmo nos casos em que o ato de improbidade é qualificado como violação aos princípios da administração pública, a sanção econômica, especialmente a multa, reveste-se de considerável importância.

Nesse quadro, é preciso que o Ministério Público ou a pessoa jurídica prejudicada possuam mecanismos de efetivação das sanções econômicas, sob pena de as ações de improbidade terem sua importância esvaziada em diversos casos concretos.

Tais mecanismos não podem ser eficazes apenas para alcançar efetivação em situações ordinárias, em que o agente dispõe de bens suficientes registrados em seu nome.

Isso porque, nos casos mais graves e complexos que envolvem a prática de atos de improbidade, a tendência é que o agente ímprobo tome providências no sentido de minimizar a eficácia dos meios ordinários de execução, inclusive com a utilização de blindagem patrimonial.

O presente texto, nesse sentido, propõe-se a uma análise da desconsideração da personalidade jurídica no âmbito da fase de conhecimento e mesmo de execução das ações de improbidade, com enfoque no pedido liminar de indisponibilidade de bens.

Nesse sentido, busca-se inicialmente delimitar o alcance e a sistemática da teoria da desconsideração da personalidade jurídica no direito brasileiro, passando por uma análise de sua disciplina no novo CPC, assim como se procura apontar as principais questões que envolvem a indisponibilidade de bens prevista na Lei de Improbidade.

Ao final, busca-se sustentar a viabilidade do deferimento de liminar de indisponibilidade de bens no âmbito do incidente de desconsideração de personalidade jurídica em ações de improbidade.

## **2 Da desconsideração da personalidade jurídica**

A desconsideração da personalidade jurídica já é, há bastante tempo, realidade no direito pátrio, contando atualmente com previsão legal expressa, especialmente nos termos do art. 50 do Código Civil, do art. 28 do Código de Defesa do Consumidor e do art. 34 da Lei n. 12.529/2011 (Lei Antitruste).

Trata-se de levantamento episódico da personalidade para que se alcancem, em um caso concreto, bens que se encontram formalmente no patrimônio de pessoa diversa da demandada originalmente, no intuito de evitar que a limitação da responsabilidade prevista para alguns tipos societários seja utilizada de modo fraudulento, a fim de que devedores se eximam do cumprimento de suas obrigações.

Nesse sentido, Fábio Ulhoa Coelho (1989, p. 54) ensina que a desconsideração é a superação pontual, transitória e episódica “da eficácia do ato constitutivo da pessoa jurídica”, desde que se torne possível “verificar que ela foi utilizada como instrumento para a realização de fraude ou abuso de direito”.

A situação envolve caso específico de abuso de direito, aquele realizado mediante o abuso da personalidade jurídica, e se relaciona à função social da propriedade (art. 170 da Constituição Federal).

Note-se, nesse contexto, que o Código Civil rechaça o abuso de direito, equiparando-o à ilicitude:

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.

A desconsideração surge, nesse contexto, a partir de uma construção doutrinária e jurisprudencial<sup>1</sup>, passando pela positivação no CDC, encontrando o texto mais relevante para sua incorporação completa ao direito brasileiro no art. 50 do Código Civil:

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

Os requisitos materiais para a realização da desconsideração, portanto, situam-se, em regra, no âmbito da demonstração do abuso da personalidade jurídica, com a confusão patrimonial ou o desvio de finalidade na sua utilização.

A insolvência da pessoa jurídica ou do demandado não é, portanto, no âmbito do regramento geral, requisito para a desconsideração, conforme já decidido pelo STJ no RESP 1.729.554-SP.

---

1 Em artigo sobre o tema, Fernanda Quintas destaca o seguinte: “Nesse sentido, a doutrina da desconsideração da personalidade jurídica (*disregard doctrine*) foi pensada inicialmente pela jurisprudência, com o objetivo de solucionar situações abusivas, nas quais a personalidade jurídica e a sua autonomia patrimonial eram usadas por administradores e sócios como um escudo de não responsabilização e de não comprometimento de seu patrimônio, para praticar atos prejudiciais a seus credores, como fraudes. Com a desconsideração da personalidade jurídica, pode-se dizer que o princípio da autonomia patrimonial da pessoa jurídica não é absoluto”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/opiniao-evolucao-desconsideracao-personalidade-juridica>. Acesso em: 9 jan. 2018.

Apesar de o texto do art. 50 do Código Civil se apresentar limitado, por apenas prever a desconsideração da personalidade jurídica de modo a atingir os bens de sócios ou responsáveis por pessoas jurídicas, a possibilidade da desconsideração inversa é pacífica no direito brasileiro.

Nesse sentido, tanto é possível se chegar aos bens dos sócios ou responsáveis por pessoas jurídicas quanto se alcançarem os bens das pessoas jurídicas não originalmente partes da relação jurídica. Trata-se da chamada desconsideração inversa, hipótese em que, segundo Mozart Vilela de Andrade Junior (2016, p. 59-77), “a sociedade é atingida por dívida ou sanção atinente ao sócio”.

Uma outra importante evolução da aplicação prática da desconsideração da personalidade jurídica no direito nacional é a chamada desconsideração expansiva, que se volta a alcançar os bens de sócios ocultos de pessoas jurídicas<sup>2</sup>.

Outro avanço refletido no regramento legal se encontra na previsão de desconsideração pela Lei Anticorrupção (Lei n. 12.846/2013) ao apresentar a possibilidade de desconsideração administrativa, nos termos lembrados por Tartuce (2017, p. 189):

Pontue-se que a desconsideração da personalidade jurídica sempre foi viável como medida a ser deferida pelo magistrado, dentro de um processo judicial. Todavia, como novidade, a Lei Anticorrupção (Lei 12.846/2013) criou uma nova modalidade, de desconsideração administrativa. Conforme o seu art. 14, “a personalidade jurídica poderá ser desconsiderada sempre que utilizada com abuso do direito para facilitar, encobrir ou dissimular a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei ou para provocar confusão patrimonial, sendo estendidos todos os efeitos das sanções aplicadas à pessoa jurídica aos seus administradores e sócios com poderes de administração, observados o contraditório e a ampla defesa”.

---

2 Destaca Fernanda Quintas: “Inclusive, a doutrina e a jurisprudência admitem a desconsideração expansiva da personalidade jurídica, nomenclatura que se refere ao caso de desconsideração de personalidade jurídica para atingir a personalidade de sócio oculto, que pode estar escondido em empresa controladora”. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/opiniao-evolucao-desconsideracao-personalidade-juridica>. Acesso em: 9 jan. 2018.

### **3 Da desconsideração da personalidade jurídica no novo CPC**

O CPC de 2015 procurou disciplinar os aspectos processuais da desconsideração da personalidade jurídica, situando-a como hipótese de intervenção de terceiros.

Assim, o deferimento da desconsideração de personalidade jurídica passa a importar alteração no polo passivo, dado que a pessoa atingida pela desconsideração passa a fazer parte da relação processual. Destaca-se, nesse ponto, que o CPC aponta a necessidade de requerimento (da parte ou do Ministério Público) para o deferimento da desconsideração, afastando sua determinação de ofício.

O texto do CPC também foi expresso no que se refere ao momento processual em que o pedido de desconsideração pode ser feito, abrindo essa possibilidade a qualquer fase do processo de conhecimento, do cumprimento de sentença ou mesmo na execução de título extrajudicial.

Trata-se de questão de elevada importância, considerando que, muitas vezes, apenas na fase do cumprimento de sentença, é possível se chegar à informação de que o réu se utilizou de expediente relacionado a abuso de sua personalidade no intuito de neutralizar o cumprimento do demandado judicialmente.

O CPC ainda destacou expressamente a possibilidade de a desconsideração ser requerida como incidente, assim como de ser pugnada na petição inicial e apontou que, na segunda hipótese, a parte que seria prejudicada pela desconsideração (pessoa jurídica ou sócio) deve ser citada. Nota-se que, nesse ponto, o CPC já demonstra a aceitação da desconsideração inversa de personalidade jurídica acima referida.

Restou prevista no texto legal a suspensão do processo no caso de instauração do incidente de desconsideração, com a citação do interessado para se manifestar e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 dias, sendo a questão resolvida por decisão interlocutória.

Vale, quanto a essa previsão, a advertência de Daniel Amorim Assumpção Neves de que se trata de “suspensão imprópria, já que o processo deve ser suspenso apenas naquilo que dependa da solução da controvérsia criada com a instauração do incidente” (NEVES, 2016, p. 311).

A sistemática adotada, que teve seus principais aspectos acima mencionados, consta dos arts. 133 ao 137 do CPC:

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

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

§ 2º Aplica-se o disposto neste Capítulo à hipótese de descon sideração inversa da personalidade jurídica.

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

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

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

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

§ 4º O requerimento deve demonstrar o preenchimento dos pressupostos legais específicos para descon sideração da personalidade jurídica.

Art. 135. Instaurado o incidente, o sócio ou a pessoa jurídica será citado para manifestar-se e requerer as provas cabíveis no prazo de 15 (quinze) dias.

Art. 136. Concluída a instrução, se necessária, o incidente será resolvido por decisão interlocutória.

Parágrafo único. Se a decisão for proferida pelo relator, cabe agravo interno.

Art. 137. Acolhido o pedido de descon sideração, a alienação ou a oneração de bens, havida em fraude de execução, será ineficaz em relação ao requerente.

A leitura do texto e mesmo a verificação da opção do legislador de deixar expresso que a descon sideração é hipótese de intervenção de terceiro demonstram que, evidentemente, o intuito do

legislador foi o de destacar que a desconsideração não prescinde do contraditório e ampla defesa.

Assim, a parte atingida tem resguardado o direito de manifestação e de produção de prova antes de haver uma posição consolidada do Juízo no sentido de que determinada demanda possa alcançar seu patrimônio.

Trata-se de opção que, embora de escopo louvável, acentua a burocracia para a realização da desconsideração de personalidade jurídica e mostra-se como entrave à efetividade processual, mesmo em casos nos quais restam evidenciados a má-fé e o abuso de personalidade, com a verificação, já de início, de que a pessoa jurídica possui apenas a função de blindar indevidamente bens de parte que procura se furtar do cumprimento de suas obrigações.

*De lege ferenda*, entende-se que seria mais adequado que, realizada a constrição, a pessoa alcançada pela desconsideração, sem necessitar de citação, tivesse a possibilidade de oferecer embargos de terceiro, com a possibilidade de o Juízo conceder efeito suspensivo.

Assim, bastaria que o CPC de 2015 mantivesse a previsão contida em seu art. 674, cuja sistemática é esclarecida por Flávio Tartuce (2017, p. 194):

Suplementarmente, o art. 674 do Novo Código de Processo Civil define como legitimado para opor embargos de terceiros aquele que, não sendo parte no processo, sofrer constrição ou ameaça de constrição sobre bens que possua ou sobre os quais tenha direito incompatível com o ato constitutivo. Ademais, conforme o § 2º, inciso III, do mesmo artigo, considera-se terceiro, para ajuizamento dos embargos de terceiro, quem sofrer constrição judicial de seus bens por força de desconsideração da personalidade jurídica, de cujo incidente não fez parte. Somente nessas hipóteses fáticas os embargos de terceiro são cabíveis.

Isso porque a necessidade de citação de pessoa jurídica e de sócios, que muitas vezes não desejam ser encontrados, pode tornar o procedimento do incidente de desconsideração extremamente moroso, esvaaziando sua efetividade além de prejudicar o andamento da questão principal em vista da previsão de suspensão acima mencionada.

Nesse contexto, a indisponibilidade de bens liminar relativa ao requerido em desconsideração pode mitigar tal problema no âmbito das ações de improbidade.

#### **4 A indisponibilidade de bens em ações de improbidade administrativa**

O art. 37 da Constituição Federal, em seu § 4º, apresenta-se como o fundamento básico para a decretação da indisponibilidade de bens em casos que envolvem a prática de improbidade administrativa. Atente-se aos termos da referida norma constitucional:

§ 4º Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

Andrade e Pavione (2011, p. 67) esclarecem a noção básica da medida de indisponibilidade ao apontar o seguinte:

Indisponibilidade de bens: esta medida acautelatória está expressamente prevista no art. 37, § 4º, da CF. Ocorre uma espécie de “congelamento” do patrimônio indisponibilizado, uma vez que o requerido perde a possibilidade de circulação econômica desses bens, em quaisquer de suas modalidades.

Também de modo didático, a professora Maria Sylvia Di Pietro (2012, p. 904) ensina que a “indisponibilidade de bens, ‘como diz o próprio vocábulo’, impede a livre disposição dos bens pelo indiciado, vedando qualquer tipo de ato jurídico que implique a transferência de bens a terceiros”.

Nesse caminho, a Lei n. 8429/1992, Lei de Improbidade Administrativa, também apresentou previsão expressa relacionada à indisponibilidade de bens:

Art. 7º Quando o ato de improbidade causar lesão ao patrimônio público ou ensejar enriquecimento ilícito, caberá a autoridade administrativa responsável pelo inquérito representar ao Ministério Público, para a indisponibilidade dos bens do indiciado.

Parágrafo único. A indisponibilidade a que se refere o caput deste artigo recairá sobre bens que assegurem o integral ressarcimento do dano, ou sobre o acréscimo patrimonial resultante do enriquecimento ilícito.

Deve-se notar que o Ministério Público pode requerer a medida independentemente de representação da autoridade administrativa e que se trata de medida que pode ser pleiteada ao Juízo pela pessoa jurídica prejudicada.

Além disso, apesar de o texto legal ter aparentemente vinculado a decretação de indisponibilidade de bens aos casos que envolvem ressarcimento de dano ou enriquecimento ilícito, prevalece na jurisprudência o entendimento de que a indisponibilidade pode ser decretada em casos de ato de improbidade por violação de princípio em valor compatível com a provável multa a ser aplicada como sanção autônoma. Tal conclusão decorre inclusive da seguinte tese constante da Edição n. 38 de Jurisprudência em Teses do STJ:

13) Na ação de improbidade, a decretação de indisponibilidade de bens pode recair sobre aqueles adquiridos anteriormente ao suposto ato, além de levar em consideração o valor de possível multa civil como sanção autônoma<sup>3</sup>.

O deferimento do pedido de indisponibilidade inclusive independe de demonstração da prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam à conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do demandado<sup>4</sup>.

Isso porque se consolidou na jurisprudência que a necessidade de demonstração dessa dilapidação patrimonial, ou de sua tentativa, prejudicaria em grande medida a eficácia da indisponibili-

---

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Improbidade Administrativa I. Jurisprudência em Teses. Edição 38. Disponível em: [www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp](http://www.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp). Acesso em: 9 jan. 2018.

4 Ibidem – Item 12: “É possível a decretação da indisponibilidade de bens do promovido em ação civil Pública por ato de improbidade administrativa, quando ausente (ou não demonstrada) a prática de atos (ou a sua tentativa) que induzam a conclusão de risco de alienação, oneração ou dilapidação patrimonial de bens do acionado, dificultando ou impossibilitando o eventual ressarcimento futuro”.

dade, mitigando a possibilidade de os demandados efetivamente arcarem com as sanções de ressarcimento ao erário, devolução do enriquecimento ilícito obtido e mesmo de pagamento das multas. Trata-se de entendimento acertado, pois, como destacam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2017, p. 1105):

De fato, exigir a prova, mesmo que indiciária, da intenção do agente de furtrar-se à efetividade da condenação representaria, do ponto de vista prático, o irremediável esvaziamento da indisponibilidade perseguida no âmbito constitucional e legal.

Ronny Charles e André Jackson (2017, p. 114) esclarecem, ainda, o seguinte:

O potencial prejuízo, pela possibilidade de não resistirem bens para a satisfação do futuro ressarcimento do dano causado, aliado à gravidade da conduta e à verossimilhança dos fatos imputados, já admitem a concessão da indisponibilidade de bens.

Assim, a medida de indisponibilidade é observada usualmente como tutela de evidência, pois basta, para o seu deferimento, a demonstração da verossimilhança da alegada prática do ato de improbidade.

Semelhante razão fez consolidar na jurisprudência pátria a possibilidade de deferimento da medida de indisponibilidade sem a prévia audiência da parte adversa, antes mesmo de sua notificação inicial. Uma vez mais, verifica-se o posicionamento retratado na *Jurisprudência em Teses*, do Superior Tribunal de Justiça:

11) É possível o deferimento da medida acautelatória de indisponibilidade de bens em ação de improbidade administrativa nos autos da ação principal sem audiência da parte adversa e, portanto, antes da notificação a que se refere o art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/92<sup>5</sup>.

Atenta-se, nesse contexto, a acórdão do STJ de relatoria do ministro Luiz Fux<sup>6</sup>, então juiz daquela corte:

---

5 Jurisprudência em Teses do STJ – Edição n. 38 – Improbidade Administrativa I

6 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. REsp 1078640/ES. Processual civil. Administrativo. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Indisponibilidade de bens. Aquisição anterior ao ato ímprobo. Possibilidade. Deferimento de liminar.

PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. AQUISIÇÃO ANTERIOR AO ATO ÍMPROBO. POSSIBILIDADE. DEFERIMENTO DE LIMINAR. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FUMUS BONI IURIS E PERICULUM IN MORA. SÚMULA 07/STJ.VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, CPC. NÃO CONFIGURADA

1. A concessão de liminar inaudita altera pars (art. 804 do CPC) em sede de medida cautelar preparatória ou incidental, antes do recebimento da Ação Civil Pública, para a decretação de indisponibilidade (art. 7º, da Lei 8429/92) e de sequestro de bens, incluído o bloqueio de ativos do agente público ou de terceiro beneficiado pelo ato de improbidade (art. 16 da Lei 8.429/92), é lícita, porquanto medidas assecuratórias do resultado útil da tutela jurisdicional, qual seja, reparação do dano ao erário ou de restituição de bens e valores havidos ilícitamente por ato de improbidade, o que corrobora o *fumus boni iuris*. Precedentes do STJ: REsp 821.720/DF, DJ 30.11.2007; REsp 206222/SP, DJ 13.02.2006 e REsp 293797/AC, DJ 11.06.2001.

Quanto ao fato de que a indisponibilidade liminar não macula o contraditório, que passa a ser diferido, tem-se o apontado por Daniel Amorim Assumpção Neves (2016, p. 283):

Não há qualquer razão para que o contraditório diferido não seja também aplicado à cautelar de indisponibilidade de bens ora analisada. Pelo contrário, sendo medida voltada à garantia de eficácia de execução que busca recompor o erário, com ainda maior razão deve se permitir, sempre que indispensável, a utilização do princípio do contraditório de forma diferida. É nesse sentido a jurisprudência firmada no Superior Tribunal de Justiça.

A prática revela, inclusive, a elevada relação do êxito da medida de indisponibilidade com o fato de sua decretação ser realizada antes de cientificada a parte requerida da existência da ação de improbidade. Nesse sentido em especial, medidas como o bloqueio de valores depositados em contas bancárias não costumam

---

Agravo de instrumento. *Fumus boni iuris* e *periculum in mora*. Súmula 07/STJ. Violação do art. 535, ii, CPC. Não configurada. Rel. Min. Luiz Fux, Brasília, 23 mar. 2010, DJE.

apresentar eficácia quando a parte demandada já tem ciência de que contra si existe ação de improbidade em curso.

Outra constatação relacionada à prática, em casos que envolvem ações de improbidade administrativa, refere-se ao fato de que a chance de êxito no eventual cumprimento de sentença, no que se refere às medidas de caráter patrimonial (ressarcimento, perda do valor acrescido ilicitamente e multa), costuma, corriqueiramente, depender da determinação da indisponibilidade de bens na fase inicial do processo.

Sabe-se que há casos ligados a demandados habituais de ações de improbidade em relação aos quais nem mesmo a medida liminar de indisponibilidade surte qualquer efeito, dado que já buscaram proteger seu patrimônio de fato de outras investidas da Justiça, ou mesmo por já terem exaurido seu patrimônio penhorável em razão de condenações anteriores.

Nas hipóteses ligadas a demandados habituais, toma-se com maior importância a utilização de expedientes como o da desconsideração de personalidade jurídica, que, contudo, não pode prescindir da própria possibilidade do bloqueio de bens sem a manifestação prévia do demandado nessa modalidade de intervenção de terceiros.

## **5 Da liminar de indisponibilidade em incidentes de desconsideração da personalidade jurídica**

Ora, se a disciplina do CPC 2015 procura garantir o contraditório e a ampla defesa em relação a pessoa cujo patrimônio se deseja alcançar em desconsideração da personalidade jurídica, poder-se-ia alegar que essa pessoa não poderia sofrer uma medida de indisponibilidade de bens sem a devida citação prévia.

Ocorre que essa alegação ou objeção não se sustenta.

Isso porque se o próprio demandado principal, em ação de improbidade, pode ser atingido, sem sua prévia oitiva, por medida de indisponibilidade de bens, não há efetiva razão para que aquele demandado em desconsideração esteja imune a tal possibilidade.

Note-se que aquele que abusa de sua personalidade apresenta, em realidade, uma razão a mais para decretação da indisponibilidade, que se refere a uma evidência de que existe um intento concreto de frustrar os efeitos patrimoniais da demanda, dificultando ou impossibilitando o ressarcimento.

Nesse caminho, além dos requisitos estabelecidos para a indisponibilidade como medida própria pela prática de ato de improbidade administrativa, tem-se o preenchimento, em tese, dos requisitos ordinários da tutela de urgência para a concessão do bloqueio de bens – a presença da probabilidade do direito e o concreto perigo da demora.

Evidentemente que isso apenas ocorrerá quando o requerimento de desconsideração vier munido da devida demonstração do abuso de personalidade jurídica, pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial.

Reforça, em tal contexto, o cabimento da liminar de indisponibilidade, o apontado por Fredie Didier Jr. (2018, p. 604):

i) Aplica-se ao incidente de desconsideração da personalidade jurídica o regime de tutela provisória da urgência. Pode-se, então, pedir antecipação dos efeitos da desconsideração, uma vez preenchidos os pressupostos gerais da tutela de urgência (arts. 300 e segs., CPC).

Em outros termos, deve-se insistir que, além de viável e compatível com o direito ao contraditório e legítima defesa, que passam a ser diferidos, a medida liminar de indisponibilidade de bens em incidente de desconsideração de personalidade jurídica se mostra uma condição prática para que a desconsideração possua alguma efetividade.

## **6 Conclusão**

Além de se verificarem aspectos básicos que envolvem a desconsideração de personalidade jurídica e o procedimento para a sua realização no direito brasileiro, procurou-se realizar uma análise crítica quanto à opção do legislador por situar a desconsideração como intervenção de terceiros e exigir a prévia citação da pessoa cujo patrimônio se deseja alcançar.

Destacou-se a excessiva burocratização e a consequente morosidade do incidente, o que, no âmbito das ações de improbidade,

pode ser mitigado pela utilização do instrumento da indisponibilidade liminar em relação à pessoa cujo patrimônio se busca atingir com a desconsideração.

Foram, então, explorados aspectos básicos e entendimentos dominantes na jurisprudência pátria em relação à medida de indisponibilidade em ação de improbidade administrativa, com o destaque para o entendimento consolidado, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, no sentido da possibilidade de decretação da medida antes mesmo de qualquer oitiva da parte demandada, inclusive antes de sua notificação inicial (art. 17, § 7º, da Lei n. 8.429/1992).

Diante desses elementos, foi possível destacar a viabilidade jurídica de decretação de indisponibilidade em relação à pessoa que se deseja atingir com o pedido de desconsideração da personalidade jurídica antes mesmo de sua citação para resposta ao incidente de desconsideração.

Essa possibilidade, como se verifica, decorre do fato de que a ampla defesa e o contraditório podem ser exercidos de modo diferido, além da noção de que a indisponibilidade não retira o domínio, em definitivo, de bens daquele que é atingido pela medida, tratando-se de providência de evidente natureza cautelar.

Além do cabimento jurídico, destacou-se, no âmbito das ações de improbidade, a importância da decretação liminar de indisponibilidade em pedido de desconsideração da personalidade como modo de assegurar alguma efetividade a esse próprio pedido, que costuma envolver pessoas que efetivamente buscam se furtar do cumprimento de suas obrigações patrimoniais, o que tem maior gravidade quando essas obrigações se relacionam à prática de ato de improbidade.

Assim, é possível se concluir que a ampla defesa e o contraditório devem ser formal e substancialmente garantidos; contudo, é preciso se buscarem formas, como a proposta no presente estudo, de se resguardar a efetividade dos provimentos jurisdicionais, para que as decisões judiciais finais não restem sem cumprimento por comportamentos maliciosos de pessoas que procuram se esquivar de suas responsabilidades em relação a atos de elevada gravidade social, como os atos de improbidade administrativa.

## Referências

ANDRADE, Flavia Cristina Moura de; PAVIONE, Lucas dos Santos. *Improbidade Administrativa*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2011.

ANDRADE JUNIOR, Mozart Vilela de. A desconsideração da personalidade jurídica para fins de responsabilidade: uma visão dualista da disregard doctrine. *Revista de Processo*, vol. 252/2016, p. 59-77, fev./2016.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Desconsideração da personalidade jurídica*. São Paulo: RT, 1989.

DIDIER JR., Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento*. 20. ed. Salvador: JusPodivm, 2018.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. *Improbidade administrativa*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

HOLANDA JR., André Jackson; TORRES, Ronny Charles L. de. *Improbidade administrativa*. 3. ed. Salvador: JusPodivm, 2017.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual de direito processual civil – Volume Único*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

NEVES, Daniel Assumpção Amorim. *Manual de improbidade administrativa: direito material e processual*. 6. ed. São Paulo: Método, 2018.

QUINTAS, Fernanda. Uma análise sobre a evolução da desconsideração da personalidade jurídica. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mar-20/opiniao-evolucao-desconsideracao-personalidade-juridica>. Acesso em: 9 jan. 2018.

TARTUCE, Flávio. *Manual de direito civil: volume único*. 7. ed. São Paulo: Método, 2017.

# Os conselhos de fiscalização profissional, sua natureza e consequências jurídicas: análise do regime jurídico aplicável aos seus servidores

Caio César Almeida Rocha

Servidor do Ministério Público da União. Pós-graduado em Gestão Pública pela Faculdade Unyleya. Formado em Gestão Executiva pela University of La Verne, Califórnia, EUA.

**Resumo:** O estudo objetivou avaliar a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional e aferir se há requisitos suficientes e necessários para se determinar que os trabalhadores desses conselhos sejam considerados servidores públicos federais, bem como se verificar a aplicabilidade do Regime Jurídico Único (RJU) dos Servidores Públicos Civis. Para tanto, foram analisadas as leis de criação de 22 conselhos, suas características jurídicas, seus privilégios administrativos e regime de contratação. Avaliaram-se ainda a legislação, a doutrina e as jurisprudências brasileiras sobre a natureza jurídica desses conselhos, assim como os posicionamentos de órgãos administrativos, judiciais e de controle da União. De modo geral, pode-se afirmar que o Regime Jurídico Único é passível de aplicação aos funcionários de conselhos, haja vista a natureza autárquica com que se reveste tais instituições, conforme a Constituição vigente e o atual posicionamento doutrinário em Direito Administrativo. Percebe-se ainda que a dificuldade de se estabelecer a aplicabilidade do RJU aos servidores dos conselhos consiste em disposição política de seus administradores e do próprio governo, o que cria posicionamentos distorcidos sobre a natureza jurídica dessas instituições, aplicando-se privilégios de autarquias no que lhes é de interesse e refutando outros. Além disso, a falta de posicionamento definitivo do Supremo Tribunal Federal quanto à inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 19/1998 estabelece um padrão instintivo de inércia na resolução do tema.

**Palavras-chave:** Conselhos de fiscalização. Regime jurídico. Servidores.

**Abstract:** The study aimed to evaluate the legal nature of the professional supervisory councils and to verify if there are sufficient and necessary requirements to determine that the councils' workers are considered federal civil servants and to verify the applicability of the Unique Legal Regime of the Public Civil Servants. For this purpose, the creation laws of 22 councils were analyzed, their legal characteristics, administrative privileges and hiring regime. It was also evaluated the Brazilian legislation, doctrine and jurisprudence on the legal nature of these councils, as well as the positions of administrative, judicial and control organs of the Union. In general, it can be affirmed that the Unique Legal Regime can be applied to the Councils' employees, given the autarkical nature of these institutions, in accordance with the current Constitution and the doctrinal position in Administrative Law. It is also perceived that the difficulty of establishing the applicability of the Unique Legal Regime to the councils' employees consists in the political disposition of their administrators and of the government, creating distorted positions on the legal nature of these institutions by applying privileges of federal autarchy in what interests them and refuting others. In addition, the Federal Supreme Court's lack of definitive position regarding the unconstitutionality of Constitutional Amendment 19/1998 establishes an instinctive pattern of inertia in the resolution of the issue.

**Keywords:** Supervisory councils. Legal regime. Public servants.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 Natureza jurídica das autarquias. 3 Conselhos de fiscalização profissional e a definição de sua natureza jurídica. 4 Regime jurídico dos conselhos e de seus servidores. 5 Considerações finais.

## 1 Introdução

A origem do Estado pode ser considerada sob duas perspectivas clássicas. A primeira, baseada na teoria naturalista, conclui que a organização estatal é uma necessidade humana fundamental, haja vista ser o homem um ser social por sua própria natureza. A segunda, com fulcro na teoria voluntarista, percebe o Estado como produto de um acordo de vontades entre os homens, não nascendo

de forma natural, mas sim porque os indivíduos voluntariamente o desejam (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 7).

Seja pela necessidade ou pelo desejo voluntário do homem natural, o Estado foi criado como mecanismo para gerenciar o interesse da coletividade e defender o bem comum contra os atos do próprio homem<sup>1</sup>.

Direta ou indiretamente, toda a atividade administrativa do governo é realizada por meio da atuação de órgãos, entidades e seus respectivos agentes, requerendo, assim, um modelo de organização que permita a distribuição de uma série de competências<sup>2</sup>.

No âmbito da administração indireta, tem-se um conjunto de entidades dotadas de personalidade jurídica própria e responsáveis pela execução de atividades de forma descentralizada. São elas: as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas e as sociedades de economia mista.

No plano das autarquias, entidades com atribuições estatais delegadas por entidade política, por meio de descentralização de competências<sup>3</sup>, encontram-se os conselhos de fiscalização profissional, responsáveis por autorizar o exercício de determinadas atividades laborais, reguladas por lei, conforme determina a Constituição Federal

---

1 Para Hobbes, o estado de natureza se caracteriza pela desordem e constante injustiça que somente poderiam ser superadas quando a sociedade tomasse conhecimento de um mínimo de organização, de modo a garantir segurança e estabilidade ao indivíduo (MATIAS-PEREIRA, 2010, p. 8).

2 O Direito Público brasileiro apresenta a existência de estruturas administrativas dotadas ou não de personalidade jurídica designadas pelo Estado para a execução de serviços públicos. Conforme o art. 4º, II, *a*, e o art. 5º, I, do Decreto-Lei n. 200/1967, a Administração Federal é formada pela administração direta, que se constitui dos serviços integrados na estrutura administrativa da Presidência da República e dos ministérios, e pela administração indireta, que compreende as autarquias, empresas públicas, sociedades de economia mista e fundações públicas, dotadas de personalidade jurídica própria.

3 Para Di Pietro (2017, p. 519-522), a descentralização é a distribuição de competências de uma para outra pessoa. Em sua interpretação, a descentralização pode ser classificada em política e administrativa. No caso das autarquias, haveria o modelo de descentralização administrativa por serviços, no qual a titularidade e a execução do serviço público são transferidas para a entidade criada.

em seu art. 5º, XIII. São responsáveis também pela fiscalização da atuação dos profissionais regularmente autorizados. O desempenho de suas atividades tem por fundamento o princípio da predominância do interesse público, tendo como matriz o exercício do poder de polícia<sup>4</sup>.

Em que pese a regular definição dos conselhos de fiscalização profissional como autarquias, existem divergências conceituais sobre o regime jurídico que deve ser aplicado aos seus servidores. Tais divergências apresentam-se sob diversas perspectivas, desde os interesses políticos de dirigentes, funcionários e governo até a fixação dos parâmetros de análise das relações jurídicas entre instituição e governo e entre instituição e funcionários.

Assim, este artigo busca responder a seguinte questão: considerando a natureza jurídica dos conselhos de fiscalização profissional, a atual legislação apresenta os requisitos suficientes para que seus funcionários sejam classificados como servidores públicos e lhes seja aplicado o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis?

## **2 Natureza jurídica das autarquias**

Em texto constitucional, o art. 37, XIX, observa que “somente por lei específica poderá ser criada autarquia”. No âmbito do Governo Federal, tanto a criação como a extinção de autarquias devem ter iniciativa legislativa do presidente da República, em atendimento ao art. 61 da Carta Magna.

O Decreto-Lei n. 200, de 1967, no seu art. 5º, I, apresenta autarquia como “serviço autônomo, criado por lei, com personalidade jurídica, patrimônio e receita próprios, para executar atividades típicas da Administração Pública, que requeiram, para seu melhor funcionamento, gestão administrativa e financeira descentralizada”.

Carvalho Filho (2017, p. 496) descreve autarquia como a “pessoa jurídica de direito público, integrante da Administração

---

4 Meirelles (2015, p. 156) expressa que o objeto do poder de polícia administrativa é “[...] todo bem, direito ou atividade individual que possa afetar a coletividade ou pôr em risco a segurança nacional, exigindo, por isso mesmo, regulamentação, controle e contenção pelo Poder Público”.

Indireta, criada por lei para desempenhar funções que, despidas de caráter econômico, sejam próprias e típicas do Estado”.

As autarquias são criadas com o fim de desempenhar serviços específicos (princípio da especialização) mediante o estabelecimento de maior autonomia em relação ao ente criador e com características distintas de entidades do direito privado.

Vale destacar que, igualmente às demais entidades administrativas, as autarquias não se encontram subordinadas a nenhum órgão da administração direta, ou seja, não se sujeitam ao controle hierárquico da administração central, porém estão vinculadas à pessoa política que as criou, geralmente por intermédio do ministério da área correspondente. Neste contexto, ensina Di Pietro (2017, p. 539):

*Perante a Administração Pública centralizada, a autarquia dispõe de direitos e obrigações; isto porque, sendo instituída por lei para desempenhar determinado serviço público, do qual passa a ser titular, ela pode fazer valer perante a Administração o direito de exercer aquela função, podendo opor-se às interferências indevidas; vale dizer, que ela tem o direito ao desempenho do serviço nos limites definidos em lei.*

*Paralelamente, ela tem a obrigação de desempenhar suas funções; originariamente, essas funções seriam do Estado, mas este preferiu descentralizá-las a entidades às quais atribuiu personalidade jurídica, patrimônio próprio e capacidade administrativa; essa entidade torna-se a responsável pela prestação do serviço; em consequência, a Administração centralizada tem que exercer o controle para assegurar que essa função seja exercida. (Grifos nossos).*

Em análise à natureza jurídica, já delineada, hão de se trazer as demais características que norteiam este artigo quanto às prerrogativas e sujeições de uma autarquia.

Considerando que as autarquias são pessoas de direito público, elas estão sujeitas ao regime jurídico público, detendo assim prerrogativas próprias da pessoa política que as criou.

De acordo com o art. 98 do novo Código Civil, “são públicos os bens do domínio nacional pertencentes às pessoas jurídicas de direito público interno; todos os outros são particulares, seja qual for a pessoa a que pertencerem”.

Em decorrência disso, os bens das autarquias possuem atributos próprios, notadamente a impenhorabilidade, a imprescritibilidade e as restrições quanto à alienação de bens públicos pela submissão a regras específicas. Além disso, as autarquias detêm prerrogativas jurídicas, que lhes garantem privilégios não passíveis de serem identificados em pessoas de direito privado<sup>5</sup>.

### **3 Conselhos de fiscalização profissional e a definição de sua natureza jurídica**

A Constituição Federal prevê, em seu art. 5º, XIII, que “é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer”. Assim, existindo regulamentação infralegal, somente poderá exercer a profissão aquele que atender as qualificações exigidas em norma<sup>6</sup>.

De acordo com entendimento do Supremo Tribunal Federal (STF), em análise ao Recurso Extraordinário (RE) n. 414.426, considerando que a regra maior é a liberdade, nem toda atividade profissional é passível de ser condicionada ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. Assim, “apenas quando houver potencial lesivo na atividade, é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional”<sup>7</sup>.

A necessidade de proteção do interesse público é a base fundamental da criação dos diversos conselhos de regulamentação da

---

5 Carvalho Filho (2017, p. 513-514) destaca algumas das principais prerrogativas, tais como prazos processuais em dobro para recurso e em quádruplo para contestação, prescrição quinquenal, direito de inscrição de créditos em dívida ativa e respectiva cobrança por execução fiscal, impossibilidade de falência, imunidade tributária recíproca (vedação à instituição de impostos sobre o patrimônio, a renda e os serviços das autarquias, desde que vinculadas a suas finalidades essenciais ou às que delas decorram).

6 A previsão constitucional do livre exercício profissional sempre esteve presente nas constituições republicanas brasileiras. No entanto, o tema passou a ser estabelecido com características de eficácia contida, a partir da Constituição de 1934, quando, em seu art. 113, passou a estabelecer restrições com fundamento no interesse público.

7 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *Recurso Extraordinário n. 414.426/SC*. Relatora: Min. Ellen Gracie, 1º de agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628395>.

profissão no período republicano do País. A responsabilidade precípua de todo e qualquer conselho profissional é a de velar pelo interesse da coletividade, exercendo a supervisão técnica e ética do exercício de seus profissionais registrados.

Gamba (2001, p. 152), em linhas claras, apresenta importante avaliação sobre os conselhos profissionais ao afirmar que

A finalidade de vincular o exercício da profissão à inscrição ou ao registro no conselho profissional correspondente é sempre a proteção da coletividade, porquanto, como dito, é pela inscrição que se aferem as condições e a habilitação para o exercício da profissão e se sujeita o inscrito à fiscalização técnica e ética, dentro dos padrões da regulamentação da profissão firmados para a proteção daqueles valores supremos já referidos<sup>8</sup>, ligados ao seu exercício.

No exercício da regulação de atividades com base no interesse coletivo, pode-se verificar o instituto do poder de polícia, que é privativo do Estado<sup>9</sup>. Seu objetivo é regulamentar, controlar e conter todo bem, direito ou atividade individual que possa, por algum modo, afligir a coletividade ou colocar em risco a segurança nacional (MEIRELLES, 2015, p. 156). Por consequência, percebe-se que o poder de polícia busca garantir proteção ao interesse público.

A Carta Magna estabelece, em seu art. 21, XXIV, ser competência da União organizar, manter e executar a inspeção do trabalho, enquanto que o seu art. 22, XVI, estabelece ser privativo legislar sobre “condições para o exercício de profissões”. Nesse diapasão, a criação dos conselhos de fiscalização pode ser entendida como objetiva delegação de competência por meio de legislação, em que o Poder Estatal descentraliza o exercício do poder de polícia.

Sob tal perspectiva é que Furtado (2016, p. 159-160) explica que os conselhos de fiscalização profissional desempenham atividades típi-

---

8 Os valores supremos citados pela autora referem-se à preservação da vida, à saúde, à liberdade, à honra e à segurança do trabalhador que exerce a profissão regulamentada ou da coletividade que dela necessita.

9 Meirelles (2015, p. 152) define poder de polícia como “[...] a faculdade de que dispõe a Administração Pública para condicionar e restringir o uso e gozo de bens, atividades e direitos individuais, em benefício da coletividade ou do próprio Estado”.

cas de Estado, com poder de fiscalização, decorrente do poder de polícia, e, por consequência, gozam de prerrogativas de direito público.

As atividades de Estado por ele devem ser executadas, não sendo possível, por qualquer meio, a transferência de tal competência a instituição de caráter privado, ainda que em colaboração com o Poder Público.

Desde a primeira metade do século XX até a presente data, com destaque para o período pós-constitucional de 1988, os conselhos profissionais vêm sofrendo com atuações intencionadas em desclassificar sua característica de entidade pública. Tais ataques à sua natureza jurídica em muito estão ligados a objetivos corporativistas de dirigentes de conselhos, em busca de fazer prevalecer vontades de um segmento profissional, em detrimento do interesse público.

No entanto, é fundamental destacar o regular funcionamento do ordenamento jurídico. Assim, cabível é a análise do estabelecimento original da natureza jurídica de tais entidades, quando de sua criação. Neste intuito, o presente estudo apresenta quadro que reúne a redação dos normativos que criaram 22 conselhos de fiscalização profissional.

**Quadro 1:** Redação dada aos normativos de criação dos conselhos de fiscalização

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
CFC CRCs	Conselhos Federal e Regionais de Contabilidade	Decreto- Lei n. 9.295	27.5.1946	Não há redação explícita sobre sua natureza jurídica.

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
CFQ CRQs	Conselhos Federal e Regionais de Química	Lei n. 2.800	18.6.1956	Art 2º O Conselho Federal de Química e os Conselhos Regionais de Química são dotados de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e patrimonial.
CFM CRMs	Conselhos Federal e Regionais de Medicina	Lei n. 3.268	30.9.1957	Art. 1º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Medicina, instituídos pelo Decreto-lei nº 7.955, de 13 de setembro de 1945, passam a constituir em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.
CFF CRFs	Conselhos Federal e Regionais de Farmácia	Lei n. 3.820	11.11.1960	Art.1º - Ficam criados os Conselhos Federal e Regionais de Farmácia, dotados de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, destinados a zelar pela fiel observância dos princípios da ética e da disciplina da classe dos que exercem atividades profissionais farmacêuticas no País.

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
CFO CROs	Conselhos Federal e Regionais de Odontologia	Lei n. 4.324	14.4.1964	Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Odontologia ora instituídos constituem em seu conjunto uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, e têm por finalidade a supervisão da ética profissional em toda a República, cabendo-lhes zelar e trabalhar pelo perfeito desempenho ético da odontologia e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exercem legalmente.
CFA CRAs	Conselhos Federal e Regionais de Administração	Lei n. 4.769	9.9.1965	Art 6º São criados o Conselho Federal de Técnicos de Administração (C.F.T.A.) e os Conselhos Regionais de Técnicos de Administração (C. R. T. A.), constituindo em seu conjunto uma autarquia dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia técnica, administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
CONFEA CREAs	Conselhos Federal e Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia	Lei n. 5.194	24.12.1966	Art. 80. Os Conselhos Federal e Regionais de Engenharia, Arquitetura e Agronomia, autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público, constituem serviço público federal, gozando os seus bens, rendas e serviços de imunidade tributária total (art. 31, inciso V, alínea <i>a</i> da Constituição Federal) e franquia postal e telegráfica.
CONFEE CONREs	Conselhos Federal e Regionais de Estatística	Decreto n. 62.497	1º.4.1968	Art. 16 - O Conselho Federal de Estatística (CONFEE) e os Conselhos Regionais de Estatística (CONRE) criados pela Lei nº 4.739, de 15 de julho de 1965, constituem, em seu conjunto, uma autarquia dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia técnica, administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
CFMV CRMVs	Conselhos Federal e Regionais de Medicina Veterinária	Lei n. 5.517	23.10.1968	Art 10. O CFMV e os CRMV constituem em seu conjunto, uma autarquia, sendo cada um deles dotado de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira.
COFEN CORENs	Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem	Lei n. 5.905	12.7.1973	Art. 1º – São criados o Conselho Federal de Enfermagem (COFEN) e os Conselhos Regionais de Enfermagem (COREN), constituindo em seu conjunto uma autarquia, vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
COFFITO CREFITOs	Conselhos Federal e Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional	Lei n. 6.316	17.12.1975	<p>Art. 1º São criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional, com a incumbência de fiscalizar o exercício das profissões de Fisioterapeuta e Terapeuta Ocupacional definidas no Decreto-lei nº 938, de 13 de outubro de 1969.</p> <p>§ 1º Os Conselhos Federal e Regionais a que se refere este artigo constituem, em conjunto, uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho.</p>
CFP CRPs	Conselhos Federal e Regionais de Psicologia	Decreto n. 79.822	17.6.1977	<p>Art. 2º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Psicologia constituem, em seu conjunto, uma autarquia Federal dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Trabalho.</p>

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
COFECI CRECIs	Conselhos Federal e Regionais de Corretores de Imóveis	Lei n. 6.530	12.5.1978	Art 5º O Conselho Federal e os Conselhos Regionais são órgãos de disciplina e fiscalização do exercício da profissão de Corretor de Imóveis, constituídos em autarquia, dotada de personalidade jurídica de direito público, vinculada ao Ministério do Trabalho, com autonomia administrativa, operacional e financeira.
COFECON CORECONs	Conselhos Federal e Regionais de Economia	Lei n. 6.537	1º.6.1978	Art. 1º – O Conselho Federal de Economia – COFECON – e os Conselhos Regionais de Economia – CORECON – de que trata o art. 6º da Lei n.º 1.411, de 13 de agosto de 1951, com a nova redação dada pelo art. 1º da Lei n.º 6.021, de 3 de janeiro de 1974, são autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público.

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
CFBB CRBBs	Conselhos Federal e Regionais de Biologia e Biomedicina	Lei n. 6.684	3.9.1979	<p>Art. 6º Ficam criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Biologia e Biomedicina – CFBB/CRBB com a incumbência de fiscalizar o exercício das profissões definidas nesta Lei.</p> <p>§ 1º Os Conselhos Federais e Regionais a que se refere este artigo constituem, em conjunto, uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho.</p>
CFPRP CRPRPs	Conselhos Federal e Regionais de Profissionais de Relações Públicas	Decreto- -Lei n. 860	12.11.1979	<p>Art 1º – São criados o Conselho Federal de Profissionais de Relações Públicas – CFPRP e os Conselhos Regionais de Profissionais de Relações Públicas – CRPRP, constituindo em seu conjunto uma autarquia dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia técnica, administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Trabalho e Previdência Social.</p>

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
CFN CRNs	Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas	Decreto n. 84.444	30.1.1980	Art. 1º. Os Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas, criados pela Lei nº 6.583, de 20 de outubro de 1978, constituem, em seu conjunto, uma autarquia federal, com personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Trabalho.
CFF CRFs	Conselhos Federal e Regionais de Fonoaudiologia	Lei n. 6.965	9.12.1981	Art. 6º - Ficam criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Fonoaudiologia – CFF e CRF – com a incumbência de fiscalizar o exercício da profissão definida nesta Lei. § 1º - O Conselho Federal e os Regionais a que se refere este artigo constituem, em conjunto, uma autarquia federal vinculada ao Ministério do Trabalho.

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
CFB CRBs	Conselhos Federal e Regionais de Biblioteconomia	Lei n. 4.084	30.6.1982	Art 9º O Conselho Federal de Biblioteconomia e os Conselhos Regionais de Biblioteconomia são dotados de personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e patrimonial.
COFEM COREMs	Conselhos Federal e Regionais de Museologia	Lei n. 7.287	18.12.1984	Art 6º Ficam criados o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Museologia, como órgãos de registro profissional e de fiscalização do exercício da profissão, dentre outras competências cabíveis. § 1º Os Conselhos Federal e Regionais de Museologia a que se refere este artigo constituem, em seu conjunto, uma autarquia federal, com personalidade jurídica de direito público, autonomia administrativa e financeira, vinculada ao Ministério do Trabalho.

Sigla	Conselho	Lei/ Decreto	Data	Redação
CONTER CRTR <sub>s</sub>	Conselhos Nacional e Regionais de Técnicos em Radiologia	Lei n. 7.394	29.10.1989	Art. 12 - Ficam criados o Conselho Nacional e os Conselhos Regionais de Técnicos em Radiologia (vetado), que funcionarão nos mesmos moldes dos Conselhos Federal e Regionais de Medicina, obedecida igual sistemática para sua estrutura, e com as mesmas finalidades de seleção disciplinar e defesa da classe dos Técnicos em Radiologia.
CAU/BR CAUs	Conselhos de Arquitetura e Urbanismo do Brasil e dos Estados e do Distrito Federal	Lei n. 12.378	31.12.2010	Art. 24. Ficam criados o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil – CAU/BR e os Conselhos de Arquitetura e Urbanismo dos Estados e do Distrito Federal – CAUs, como autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira e estrutura federativa, cujas atividades serão custeadas exclusivamente pelas próprias rendas.

Fonte: elaborado pelo autor.

Conforme se verifica no Quadro 1, os conselhos de fiscalização profissional destacados foram criados com natureza autárquica, personalidade jurídica de direito público e autonomia administrativa e financeira. Além disso, as redações de alguns conselhos apresentam de forma expressa privilégios próprios de instituições estatais, como, por exemplo, a imunidade tributária citada no art. 80 da lei de criação do sistema CONFEA/CREA. Pode-se verificar ainda que muitos expressam a sua vinculação ao Ministério do Trabalho, estabelecendo, por consequência, a supervisão ministerial, atributo previsto para demais autarquias.

O que se verifica com relativa constância é a busca por caracterizar os conselhos de fiscalização como autarquias *sui generis*, afirmando não serem cabíveis determinadas questões próprias das autarquias, tais como a supervisão ministerial competente, a fiscalização dos órgãos de controle externo e o regime de contratação de pessoal.

Em grande parte, nota-se tal intuito com base no Decreto-Lei n. 968/1969, o qual expressa em seu art. 1º:

As entidades criadas por lei com atribuições de fiscalização do exercício de profissões liberais que sejam mantidas com recursos próprios e não recebam subvenções ou transferências à conta do orçamento da União regular-se-ão pela respectiva legislação específica, não se lhes aplicando as normas legais sobre pessoal e demais disposições de caráter geral, relativas à administração interna das autarquias federais.

Contra o acórdão prolatado pela 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), assim interpretou o STF, quando da definição jurídica dos conselhos de fiscalização profissional<sup>10</sup>:

I - Os conselhos profissionais, não obstante possuírem natureza jurídica autárquica conferida por lei, estão, no campo doutrinário, *classificados como autarquias corporativas, não integrando a Administração Pública, mas apenas com esta colaborando para o exercício da atividade de polícia* das profissões. Conclusão em que se aporta por carece-

---

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Primeira Turma). *Recurso Extraordinário n. 539.224/CE*. Relator: Min. Luiz Fux, 22 de maio de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2187962>. Acesso em: 26 dez. 2017.

rem aqueles do exercício de atividade tipicamente estatal, o que lhe acarreta *supervisão ministerial mitigada* (art. 1º, Decreto-Lei 968/69), e de serem mantidas sem percepção de dotações inscritas no orçamento da União.

II - Aos entes autárquicos corporativos não são aplicáveis o art. 37, II, da Lei Maior, encargo exclusivo das autarquias integrantes da estrutura administrativa do Estado, únicas qualificáveis como *longa manus* deste. (Grifos nossos).

Ocorre que essa pretensão não subsiste, em primeiro momento, por se caracterizar como permissão de existência de uma anomalia na estrutura formal da Administração Pública, e, em segundo, por se encontrar pacificado pela Suprema Corte o entendimento de que os conselhos de fiscalização profissional são autarquias, não cabendo prevalecer o intuito de identificá-las como *sui generis*.

Em sede de Recurso Extraordinário, o RE n. 562.917/CE, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente outro acórdão do TRF5, que intentava definir os conselhos como autarquias *sui generis*<sup>11</sup>. Em análise de provimento do citado recurso, seu relator, ministro Gilmar Mendes, expressou:

[...] diverge o acórdão recorrido da jurisprudência desta Corte, segundo a qual a referida disposição [Decreto-Lei nº 968/69] não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, tendo em vista a natureza autárquica dos Conselhos de Fiscalização Profissionais. (Grifo nosso).

Em análise do Mandado de Segurança n. 22.643-9<sup>12</sup>, impetrado pelo Conselho Regional de Medicina de Santa Catarina, o ministro relator Moreira Alves afirmou:

11 “3. Os Conselhos de Fiscalização do exercício profissional são entidades híbridas, *sui generis*, apresentando características inerentes às entidades de direito público e de direito privado. 4. Autarquias corporativas que não se regem, exclusivamente, pelas normas jurídicas de direito público, às quais se submetem, por inteiro, os demais entes autárquicos” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário n. 562.917/CE*. Relator: Min. Gilmar Mendes, 15 de outubro de 2012. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=106599409&ext=.pdf>. Acesso em: 26 dez. 2017).

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança n. 22.643-9/SC*. Relator: Min. Moreira Alves, 6 de agosto de 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=85800>.

*Os Conselhos Regionais de Medicina, como sucede com o Conselho Federal, são autarquias federais sujeitas à prestação de contas ao Tribunal de Contas da União por força do disposto no inciso II do artigo 71 da atual Constituição.*

*Improcedência das alegações de ilegalidade quanto à imposição, pelo TCU, de multa e de afastamento temporário do exercício da Presidência ao Presidente do Conselho Regional de Medicina em causa. Mandado de segurança indeferido. (Grifos nossos).*

Conforme se verifica, é cediço o entendimento jurisprudencial de que os conselhos de fiscalização profissional são autarquias dotadas de personalidade jurídica de direito público e criadas para o exercício de atividade típica do Estado.

#### **4 Regime jurídico dos conselhos e de seus servidores**

O intuito de descaracterização dos conselhos profissionais é trabalhado há tempos no âmbito político, com o objetivo de afastar dessas entidades determinadas obrigações a que estão sujeitas as autarquias. Entre elas, muito se busca afastar a tipificação de servidores públicos do corpo funcional dos conselhos.

Sob tal perspectiva, a Medida Provisória n. 1.549-35/1997 buscou afastar a personalidade jurídica de direito público dos conselhos de fiscalização, trazendo como definição que estes seriam, desde então, de direito privado<sup>13</sup>.

Além disso, os parágrafos do art. 58 da citada MP produziram outras alterações, tais como vedação de estabelecimento de vínculo com a Administração Pública ou qualquer forma de intervenção por parte do Poder Público, regime de legislação trabalhista para seus funcionários e controles financeiros e administrativos exclusivos do controle interno da entidade.

---

13 A citada medida provisória dispunha sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios e dava outras providências (BRASIL. Presidência da República. Medida Provisória n. 1.549-35 de 9 de outubro de 1997. *Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências.* Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1549-35.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1549-35.htm)).

Diante de tais alterações, efetivamente poder-se-ia determinar a existência de instituições autárquicas *sui generis*, definidas pela percepção das benesses das entidades de caráter público, porém livres, em tese, das obrigações impostas às autarquias em geral.

Todavia, em 26 de novembro de 1997, o Partido Comunista do Brasil (PC do B), o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT) entraram com Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI n. 1.717-6<sup>14</sup>, contra o art. 58 e seus parágrafos na 36ª versão da Medida Provisória n. 1.549-36/1997<sup>15</sup>, a saber:

Art. 58. Os serviços de fiscalização de profissões regulamentadas serão *exercidos em caráter privado*, por delegação do poder público, mediante autorização legislativa.

§ 1º A organização, a estrutura e o funcionamento dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas serão disciplinados mediante decisão do plenário do Conselho Federal da respectiva profissão.

§ 2º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas *não manterão com os órgãos da Administração Pública qualquer vínculo funcional ou hierárquico*.

§ 3º *Os empregados dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas são regidos pela legislação trabalhista, sendo vedada qualquer forma de transposição, transferência ou deslocamento para o quadro da Administração Pública* direta ou indireta.

§ 4º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, existentes até 10 de outubro de 1997, ficam autorizados a cobrar e

---

14 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. (Tribunal Pleno). *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.717-6/DF*. Relator: Min. Sydney Sanches, 7 de novembro de 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266741>.

15 BRASIL. Presidência da República. Medida Provisória n. 1.549-36 de 06 de novembro de 1997. *Dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, e dá outras providências*. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/mpv/Antigas/1549-36.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/Antigas/1549-36.htm).

executar as contribuições anuais devidas por pessoas físicas ou jurídicas, bem como taxas e emolumentos instituídos em lei.

§ 5º *O controle das atividades financeiras e administrativas dos conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas será realizado pelos seus órgãos internos, devendo os conselhos regionais prestar contas, anualmente, ao conselho federal da respectiva profissão.*

§ 6º Os conselhos de fiscalização de profissões regulamentadas, existentes até 10 de outubro de 1997, promoverão, no prazo de noventa dias contados a partir de 7 de novembro de 1997, a adaptação de seus estatutos e regimentos ao estabelecido neste artigo. (Grifos nossos).

Em suma, a citada ADI n. 1.717 requeria a declaração de inconstitucionalidade do art. 58 da MP n. 1.549-36/1997, bem como a suspensão liminar dos seus efeitos. Em 27 de maio de 1998, a citada MP foi convertida em lei sob o n. 9.649/1998, inovada com mais três parágrafos, prevendo a imunidade tributária dos bens, rendas e serviços, a competência da Justiça Federal para apreciação das controvérsias que envolvessem os conselhos e a determinação de nova data para adaptação dos estatutos e regimentos internos. No entanto, o STF entendeu serem inconstitucionais os dispositivos da Lei n. 9.649/1998, principalmente o estabelecimento da natureza privada aos conselhos, haja vista o caráter típico de Estado de suas atividades.

Apesar disso, o § 3º da citada lei (que estabelecia o regime celetista aos empregados dos conselhos) teve seu julgamento prejudicado, tendo em vista que, àquela altura, a redação do art. 39 da Constituição Federal havia sido alterada pela Emenda Constitucional n. 19/1998, promulgada em junho de 1998.

Com o advento da EC n. 19/1998, desvanecia-se o Regime Jurídico Único aos servidores da administração direta e indireta, estabelecendo, no art. 39, que “[a] União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios instituirão conselho de política de administração e remuneração de pessoal, integrado por servidores designados pelos respectivos Poderes”.

Com tal redação, tornava-se permissiva a instituição de regimes diferenciados para os servidores públicos da administração direta e indireta. No entanto, a EC n. 19/1998 foi alvo de Ação Direta de Inconstitucionalidade, ADI n. 2.135/DF, impetrada no STF em 27 de janeiro de 2000<sup>16</sup>.

A ADI n. 2.135/DF requer que seja declarada a inconstitucionalidade da redação dada pela referida emenda constitucional, incluindo o *caput* e os §§ 1º e 7º do art. 39.

Segundo a petição inicial da ADI n. 2.135, a EC n. 19/1998 revelava-se incompatível com o disposto no art. 60, §§ 2º (inconstitucionalidade formal) e 4º (inconstitucionalidade material) da Constituição Federal. Além disso, os impetrantes afirmaram que a Emenda foi promulgada sem que ambas as Casas Legislativas, em dois turnos de votação, tivessem aprovado alterações no texto constitucional<sup>17</sup>, configurando gravíssimo precedente no constitucionalismo brasileiro.

Julgada em 2 de agosto de 2007, o STF, por maioria de votos, deferiu parcialmente a medida cautelar suspendendo a eficácia da redação dada pela EC n. 19/1998 ao art. 39, *caput*. Assim, retornou-se à redação original do art. 39 da Constituição e à vigência do Regime Jurídico Único. Preocupado com os efeitos produzidos com a redação dada e o julgamento da cautelar, o STF ressaltou que ficaria subsistida, até o julgamento definitivo, a validade dos atos praticados com base em legislações eventualmente editadas durante a vigência da EC n. 19/1998, perfazendo então eficácia *ex nunc*, a contar da decisão ora proferida.

Com tal decisão, o que se verifica é uma linha de corte quanto às vigências da redação original do art. 39, *caput*, e da redação dada pela EC n. 19/1998, conforme Quadro 2:

---

16 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135*. Relator original: Min. Néri da Silveira, 27 de janeiro de 2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11299>.

17 Conforme se consubstancia no pedido, o texto normativo foi alterado na Câmara dos Deputados sem que houvesse a aprovação mínima necessária e, além disso, houve modificações de mérito no Senado Federal sem que tivesse sido novamente submetido à deliberação pela Câmara.

Quadro 2: Cronologia das redações do art. 39, *caput*, da CF

<b>Fato jurídico</b>	<b>Promulgação da Constituição</b>	<b>Promulgação da EC n. 19/1998</b>	<b>Decisão liminar da ADI n. 2.135</b>
<b>Redação</b>	Redação original do art. 39, <i>caput</i> .	Nova redação dada ao art. 39, <i>caput</i> .	Retorno da redação original do art. 39, <i>caput</i> .
<b>Efeito</b>	Regime Jurídico Único para servidores da administração direta, autárquica e fundacional.	Possibilidade de regimes jurídicos diversos no âmbito da administração direta, autárquica e fundacional.	Subsiste a validade dos atos normativos gerados no período de vigência da redação suspensa até decisão final.
<b>Vigência</b>	De 5 de outubro de 1988 até 4 de junho de 1998.	De 4 de junho de 1998 até 2 de agosto de 2007.	A partir de 2 de agosto de 2007 até a data do julgamento final.

Fonte: Elaborado pelo autor

Sob esse ângulo, interessante atuação pode ser verificada em recomendação elaborada por procurador do Trabalho em Mogi das Cruzes (Notificação Recomendatória n. 1/2009<sup>18</sup>), a qual, no intuito de resguardar os efeitos jurídicos estabelecidos por atos normativos dos poderes Executivo e Legislativo locais de 8 municípios, bem como de precaver contra futuros transtornos às administrações municipais, instruiu que se atuasse sob 3 perspectivas:

- observar o regime estatutário para todos os agentes públicos admitidos após 2 de agosto de 2007;

18 BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Procuradoria Regional do Trabalho – 2ª Região. *Notificação Recomendatória n. 1/2009*. Procurador do Trabalho: Marco Antônio Ribeiro Tura. Mogi das Cruzes, 17 mar. 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=414927>.

- manter em seus respectivos regimes, contratual ou estatutário, os agentes públicos admitidos anteriormente a 2 de agosto de 2007; e
- aguardar decisão final do STF, para, então, adotarem as medidas que vierem a ser necessárias ao fiel cumprimento da deliberação definitiva.

Ainda no horizonte das repercussões das alterações legislativas produzidas, no que se refere ao regime jurídico dos servidores, em especial no que se aplica aos servidores dos conselhos de fiscalização profissional, o procurador-geral da República, entendendo os transtornos jurídicos produzidos pela aparente inércia do Governo central ante a aplicação do Regime Único e concluindo pela obrigatoriedade do citado regime aos servidores dos conselhos de fiscalização profissional<sup>19</sup>, entrou com Ação Direita de Inconstitucionalidade, a ADI n. 5.367, requerendo a declaração de inconstitucionalidade da Lei n. 9.649/1998, precisamente no que se refere ao § 3º, bem como do art. 31 da Lei n. 8.042/1990<sup>20</sup> e do art. 41 da Lei n. 12.378/2010<sup>21</sup>, ambos os artigos determinavam a contratação de servidores sob o regime celetista.

19 “[...] é obrigatória a obediência ao regime jurídico estatutário por parte das autarquias corporativas, sendo incompatíveis com a Constituição da República o art. 58, § 3º, da Lei 9.649/1998, o art. 31 da Lei 8.042/1990 e o art. 41 da Lei 12.378/2010, os quais autorizam contratação de pessoal por Conselhos de Fiscalização Profissional sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

JOSÉ DOS SANTOS CARVALHO FILHO, ao analisar a mudança na redação do art. 39 do texto constitucional, observa: ‘Quanto ao pessoal, entendemos *legítima a adoção do regime trabalhista*, previsto no art. 58, § 3º, da Lei 9.649/98, *enquanto esta se mostrava eficaz*. Entretanto, *com a suspensão da eficácia do art. 39 da CF pelo STF, retornou o antigo dispositivo, que previa exatamente o regime jurídico único. Como as autarquias profissionais são sujeitas a regime jurídico de direito público, deverão adotar doravante o regime estatutário, que é o aplicável basicamente aos servidores da União.*’ (Grifos nossos) (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.367*. Relatora atual: Min. Cármen Lúcia, 19 de agosto de 2015. Apenso principal: ADC n. 36. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=9196597&prcID=4828140#>. Acesso em: 27 dez. 2017.).

- 20 “Cria os Conselhos Federal e Regionais de Economistas Domésticos, regula seu funcionamento e dá outras providências.”
- 21 “Regulamenta o exercício da Arquitetura e Urbanismo; cria o Conselho de Arquitetura e Urbanismo do Brasil – CAU/BR e os Conselhos de Arquitetura e Urba-

No mesmo período em que requereu a ADI predita, a Procuradoria-Geral da República (PGR) entrou com Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental, ADPF n. 367<sup>22</sup>, contra o art. 35 da Lei n. 5.766/1971<sup>23</sup>, o art. 19 da Lei n. 5.905/1973<sup>24</sup>, o art. 20 da Lei n. 6.316/1975<sup>25</sup>, o art. 22 da Lei n. 6.530/1978<sup>26</sup>, o art. 22 da Lei n. 6.583/1978<sup>27</sup> e o art. 28 da Lei n. 6.684/1979<sup>28</sup>, requerendo a declaração de não recepção, pelo texto constitucional vigente, dos artigos confrontados na petição que estabelecem o regime celetista para a contratação de pessoal, a regulamentação dos cargos dos conselhos de fiscalização e a suspensão de concursos públicos e de contratação de pessoal por estes até que fossem aprovadas leis de estruturação de cargos dessas entidades, garantindo, com esta última, a não perpetuação da atual situação de inconstitucionalidade vivenciada por essas instituições.

## 5 Considerações finais

O Estado, personificado em instituições políticas e administrativas, cria, para o povo e em favor dele, regramentos necessários ao bem-estar social. Em que pese a intervenção estatal em direito

---

nismo dos Estados e do Distrito Federal – CAUs e dá outras providências.”

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 367*. Relatora atual: Min. Cármen Lúcia. Requerente: Procurador-Geral da República. Interessados: Presidente da República, Congresso Nacional. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=308102630&ext=.pdf>.

23 “Cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Psicologia e dá outras providências.”

24 “Dispõe sobre a criação dos Conselhos Federal e Regionais de Enfermagem e dá outras providências.”

25 “Cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Fisioterapia e Terapia Ocupacional e dá outras providências.”

26 “Dá nova regulamentação à profissão de Corretor de Imóveis, disciplina o funcionamento de seus órgãos de fiscalização e dá outras providências.”

27 “Cria os Conselhos Federal e Regionais de Nutricionistas, regula o seu funcionamento e dá outras providências.”

28 “Regulamenta as profissões de Biólogo e de Biomédico, cria o Conselho Federal e os Conselhos Regionais de Biologia e Biomedicina e dá outras providências.”

privado e natural do indivíduo em officiar áreas de seu interesse, há sempre a necessidade de se considerar a fragilidade que a atuação de determinadas profissões pode causar à sociedade e, por tal lógica, deve valer o princípio da supremacia do interesse público.

Nesta seara, os conselhos de fiscalização profissional, no exercício de atividades típicas de Estado de regulação do exercício profissional, foram criados com o intuito de sujeitar os particulares à fiscalização técnica e ética ligada ao exercício de determinadas profissões, com vistas a preservar valores supremos.

Conclui-se que os conselhos cumprem os critérios estabelecidos pela doutrina para que sejam designados como autarquias, sendo esse entendimento inclusive sedimentado no STF, haja vista terem sua criação estabelecida por lei, personalidade jurídica de direito público e capacidade de autoadministração, serem detentoras de benesses e de poderes próprios do Poder Público, assim como desenvolverem atividades especializadas típicas de Estado.

Sobremaneira se verifica o empenho de dirigentes dessas autarquias em afastar algumas peculiaridades advindas da natureza jurídica dessas instituições, tais como a supervisão ministerial e o controle externo sobre a gestão contábil, financeira e orçamentária, mediante posturas políticas adotadas pelo Governo Central e pelo Parlamento brasileiros, além da intenção de manter e estabelecer por definitivo o regime celetista aos funcionários dessas entidades.

Nessa perspectiva, normas como o Decreto-Lei n. 968/1969, Lei n. 9.649/1998 e até mesmo as redações originais das leis de criação dos conselhos buscavam afastar o regime jurídico dos servidores como modalidade de contratação de seus funcionários.

Cabe destacar que, apesar de ser utilizado por alguns como fonte para rechaçar o regime estatutário dos servidores de conselhos, o Decreto-Lei n. 968/1969 foi criado antes da Constituição de 1988 e, conforme proferido pelo Supremo Tribunal Federal, não foi recepcionado pela atual Constituição, tendo em vista a instituição do regime estatutário aos servidores públicos. Da mesma forma, boa parte das leis de criação dessas autarquias foi criada

antes de 1988 e por esse motivo apresenta o regime celetista como regra de contratação de pessoal.

No entanto, conforme defendido pela Procuradoria-Geral da República, tais dispositivos não merecem aceitação pela Carta Magna, levando em conta o visível confronto de seus textos com o *status* atual da Administração Pública no que se refere ao estatuto de servidores.

Politicamente, o Estado (Poderes Executivo e Legislativo) tentou extinguir a necessidade do Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Civis. Por meio da Emenda Constitucional n. 19/1998, o governo abria brecha legal para a contratação de pessoas por regime diverso do estatutário.

É com suporte nessa Emenda que a Lei n. 9.648/1998 foi regulamentada. Todavia, a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 2.135/DF, em sede de decisão preliminar do Plenário da Suprema Corte, estabeleceu o retorno à redação original do art. 39, *caput* (alterado pela EC n. 19/1998), regressando, por conseguinte, o Regime Jurídico Único aos órgãos da administração direta, autárquica e fundacional.

Em que pese às definições legais impostas, bem como a própria lógica dada ao ordenamento jurídico brasileiro, na realidade, existem ainda os conselhos que contratam pessoal sob o regime da Consolidação das Leis Trabalhistas.

Os conselhos de fiscalização profissional, por apresentarem os atributos de uma autarquia, expressam, por consequência, amparo para reputar como servidores os funcionários dessas entidades. A legislação em vigor estabelece fundamentos difíceis de serem refutados quanto à aplicabilidade do Regime Jurídico Único aos servidores de tais entidades.

Cabe relevar, porém, que, atendendo por decisão liminar da ADI n. 2.135, com efeito *ex nunc* até decisão definitiva do caso, os servidores contratados no período de vigência da Emenda Constitucional n. 19/1998, devem, em tese, ser mantidos sob o regime pactuado, seja estatutário ou celetista, até que seja dada a decisão definitiva ao caso e se avaliem os efeitos da vigência da Emenda. Diferentemente, os contratados antes do período consti-

tucional de 1988 e após a decisão liminar citada deveriam, via de regra, estar regidos pelo Estatuto dos Servidores Cívicos.

O Ministério Público da União afirma a necessidade de criação legal dos cargos dos conselhos, bem como da regulamentação e regularização de tal situação, e a obrigatoriedade de se declararem inconstitucionais artigos de leis que prevejam a contratação de servidores sob guarida do regime celetista.

Concluir de tal forma não é dificultoso. No entanto, a inércia estatal e a falta de decisão definitiva por parte do Judiciário prejudicam e estendem por anos a resolução da questão, gerando cada vez mais imbróglis nas relações jurídico-trabalhistas dos funcionários de conselhos de fiscalização profissional.

## Referências

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2017.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 30. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

FURTADO, Lucas Rocha. *Curso de direito administrativo*. 5. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

GAMBA, Luísa Hickel. Aspectos materiais da inscrição nos conselhos de fiscalização profissional. In: FREITAS, Vladimir Passos de (org.). *Conselhos de fiscalização profissional*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 149-193.

MATIAS-PEREIRA, José. *Finanças públicas: a política orçamentária no Brasil*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIRELLES, Hely Lopes. Poderes administrativos. In: MEIRELLES, Hely Lopes; BURLE FILHO, José Emmanuel; BURLE, Carla Rosado. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 137-171.

# Direito Penal e Direito Penal Militar



# A indevida utilização dos atos administrativos do CMN e do BACEN para fins de tipificação do crime de evasão-depósito

Bernard Castilho Zenaide

Assessor Jurídico na Procuradoria Regional da República da 2ª Região. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Cândido Mendes (UCAM).

**Resumo:** O artigo tem o objetivo analisar os aspectos da tipificação formal do crime de evasão de divisas, na modalidade depósito (evasão-depósito), previsto no art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei n. 7.492/1986, incluindo a discussão sobre a qual repartição federal competente se dirige a obrigação de declarar a propriedade de bens e valores mantidos no exterior. Além disso, como tópico principal, será abordada a compatibilidade das normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo Banco Central do Brasil (BACEN), que “complementam” o referido delito, com a Constituição Federal e com a legislação superior na qual se fundamentaram. Em síntese, a importância do tema decorre da perspectiva processual de que o afastamento das atribuições da Receita Federal do Brasil e a utilização concreta pelo Poder Judiciário dos atos administrativos do CMN e do BACEN vêm restringindo de forma absoluta a aplicação da Lei n. 7.492/1986, gerando odiosa impunidade dos criminosos do colarinho branco.

**Palavras-chave:** Crimes contra o sistema financeiro. Evasão de divisas (evasão-depósito). Atividade fiscalizatória de divisas no exterior. Poder regulamentar do CNM e do BACEN. Regulação de bens e direitos pela Receita Federal do Brasil. Norma penal em branco. Princípio da legalidade penal. Princípio da proibição da proteção deficiente.

**Abstract:** This paper intends to analyze the aspects of the formal typification of the crime of capital evasion, in the genre of deposit

(evasion-deposit), as foreseen in article 22, sole paragraph, second part, of Law 7.492/1986, including the discussion about to which federal branch addresses the obligation of declaring property of assets and values that are kept abroad. Furthermore, as a principal topic, it considers the compatibility of norms expedited by the National Monetary Council (CMN) and the Brazilian Central Bank (BACEN), which “complement” the referred crime, with the Federal Constitution and with the superior legislation in which they are fundamented. The importance of this theme comes from the lawsuit perspective that the disconsideration of the attributions of Brazilian Federal Revenue and the concrete utilization by the Judiciary of the administrative acts of CMN and BACEN have been absolutely restricting the application of Law 7.492/1986, generating troublesome impunity of white collar crimes.

**Keywords:** Crimes against the financial system. Capital evasion (evasion-deposit). Surveillance of capital activities abroad. Regulating power of CNM and BACEN. Regulation of goods and rights by the Brazilian Federal Revenue. Dependent penal norms. Principle of criminal legality. Principle of prohibition of deficient protection.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 O Sistema Financeiro Nacional e a Lei n. 7.492/1986. 3 A proibição da evasão de divisas: análise geral. 3.1 O crime de evasão-depósito: aspectos elementares. 4 A dupla obrigatoriedade de declaração de bens e valores no exterior. 5 O emprego inconstitucional, ilegal e abusivo das normas do CMN e do BACEN para fins de tipificação do crime de evasão-depósito. 5.1 O esvaziamento da norma penal em branco. 5.2 A ilegalidade dos complementos normativos secundário e terciário por abuso no exercício do poder regulamentar administrativo. 5.3 A incompatibilidade dos complementos normativos secundário e terciário com o princípio da proporcionalidade. 6 Conclusão.

## 1 Introdução

O presente artigo tem a finalidade de discorrer sobre os elementos do crime de evasão de divisas, na modalidade depósito (evasão-depósito), instituído pela Lei n. 7.492/1986, em seu art. 22, parágrafo único, segunda parte, e abordar os principais temas debatidos na doutrina e jurisprudência vinculados à complementação do tipo penal.

Por ser o crime de evasão de divisas uma norma penal em branco, é necessário ao Poder Judiciário se reportar ao arcabouço

legislativo vigente para aferir a tipicidade da conduta. Tal legislação está concentrada nas normas que regem as atividades do Banco Central do Brasil (BACEN) e da Receita Federal do Brasil, aos quais incumbe a fiscalização de bens e direitos alocados no exterior pertencentes a pessoas residentes, domiciliadas ou com sede no País.

Dentro desse contexto, vigoram atos administrativos emanados pelo Conselho Monetário Nacional (CMN) e pelo BACEN, que vêm sendo utilizados pelos tribunais para fins de tipificação do crime de evasão-depósito.

Esse é o caso da Resolução CMN n. 3.854/2010 e da Circular BACEN n. 3.624/2013 (e suas normas antecedentes), as quais restringem a obrigatoriedade de declaração anual de bens e valores mantidos no exterior à propriedade de valores acima de U\$ 100.000,00 no dia 31 de dezembro do ano fiscal.

Contudo, tais condicionantes não possuem amparo legal e constitucional para serem empregadas no juízo de adequação típica, uma vez que o legislador ordinário não condicionou a materialidade da evasão-depósito à circunstância de tempo e (ou) modo de execução, como tampouco delegou essa possibilidade ao Poder Executivo.

Na prática, a aplicabilidade das *normas complementadoras* acarreta a aniquilação do delito de evasão-depósito, na medida em que limita de forma desarrazoada o âmbito de incidência do tipo penal, o que, decerto, não encontra respaldo no princípio da legalidade e no instituto da norma penal em branco.

Ademais, a aplicabilidade vai de encontro ao interesse público subjacente à Lei n. 7.492/1986 em reprimir e punir os criminosos do colarinho branco, deixando de lado a importância da tutela dos bens jurídicos em questão (a higidez do Sistema Financeiro Nacional e do Sistema Tributário Nacional) em prol do patrimônio dos *poderosos*; ou seja, viola também o princípio da proporcionalidade, em face da proibição da proteção deficiente.

A discussão ora tratada é de grande relevância para a atividade persecutória do Ministério Público Federal, pois viabiliza argumentos que incrementam a pretensão punitiva de crimes de evasão-depósito, muito deles atrelados a casos de grande repercus-

são nacional, como nas famigeradas Contas CC5 e doravante nos desdobramentos da operação Lava Jato.

## **2 O Sistema Financeiro Nacional e a Lei n. 7.492/1986**

Dada a necessidade de se criar um conjunto normativo repressor de condutas praticadas, em regra, por pessoas pertencentes ao mais elevado escalão da sociedade, haja vista que o controle meramente administrativo dos órgãos regulatórios nunca inibiu a prática de delitos econômicos, foi editada a Lei n. 7.492, que instituiu um rol de 23 crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

O chamado Sistema Financeiro Nacional nada mais é do que o conjunto de órgãos, entidades e empresas públicas e privadas que atuam na regulamentação, controle, fiscalização e comercialização relacionadas à circulação de moedas e de créditos no Brasil.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o Sistema Financeiro Nacional passou a ter uma tutela específica e a finalidade de promover o desenvolvimento equilibrado do País e de servir aos interesses da coletividade, sendo, assim, subordinado ao interesse público.

A pertinência do diploma normativo foi tanta que se cognominou, à época da sua edição, de Lei do Colarinho Branco.

Em relação aos chamados crimes de colarinho branco (*white collar crimes*), o termo foi uma expressão utilizada pelo criminalista norte-americano Edwin Sutherland, no ano de 1939, para se referir aos delitos cometidos por pessoas respeitáveis, instruídas financeira e culturalmente, e de alta posição social no Estado, no exercício de atribuições profissionais.

Em geral, trata-se de condutas sem violência, com considerável ganho financeiro, e que, por meio de métodos sofisticados e transações complexas, dificultam a percepção existencial do crime e a sua investigação.

Os criminosos do colarinho branco são muitas vezes reincidentes, porém adotam padrões que destoam dos delinquentes comuns, justamente por realizarem um verdadeiro cálculo do custo-benefício em relação aos resultados (teoria da escolha racional).

Há uma explicação simples. O processo judicial contra eles pouco surte efeito preventivo geral ou especial, apenas causando constrangimento em seu meio social de domínio e poder. Sentenças condenatórias, aliás, são raras (à exceção da nova dinâmica processual levada a efeito pela operação Lava Jato, em primeira e segunda instâncias).

Não obstante, apesar de a Lei n. 7.492/1986 exigir aperfeiçoamento e maior compromisso por parte das instâncias formais de poder (Poder Judiciário, principalmente), o diploma ainda detém relevância jurídica, como em relação à proibição de evasão de divisas e moedas do território nacional.

### **3 A proibição da evasão de divisas: análise geral**

Visando a impedir a saída clandestina de ativos financeiros para o exterior sem a observância das regras legais, a Lei n. 7.492/1986 proibiu a conduta de evasão de divisas, qualificada por operações de câmbio ou por qualquer outra forma não autorizada, bem como a manutenção de valores em depósito no exterior, sem comunicação aos órgãos competentes<sup>1</sup>.

Como cediço, a existência das divisas e a urgência de controle estatal servem para que o País possa adimplir os débitos contraídos com outros Estados e organizações internacionais e também para manter o equilíbrio das reservas monetárias disponíveis em território nacional (NUNES, 2017, p. 13).

Consequentemente, a saída irregular desses recursos representa um desfalque, um prejuízo à política econômica e cambial interna, e interfere significativamente na atividade de arrecadação tributária, considerando que a transferência de recurso para o exterior, ao arrepio da lei, tem o único escopo de sonegar bens e valores de contribuintes, como o de ocultar o produto ou o proveito de atividades criminosas.

---

1 Art. 22, Lei n. 7.492/1986: “Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.”

Por isso mesmo que, segundo a doutrina mais especializada, o art. 22 da Lei n. 7.492/1986 possui uma dupla objetividade jurídica – a proteção do Sistema Financeiro Nacional e a da ordem tributária. Ao tratar do tema, o criminalista José Carlos Tórtima (2002, p. 135) destaca que:

A tutela da norma penal fora concebida, à época da edição da lei, com duplo objetivo: em primeiro lugar [...]. *Em segundo lugar, a proteção do patrimônio fiscal ameaçado pela remessa clandestina de divisas para o exterior, adquiridas quase sempre através de ganhos tributários, mas não efetivamente tributados.* (Grifo nosso).

Em sintonia, é a lição de Tigre Maia (1999, p. 132 e 135), *in verbis*:

A proteção à política cambial iniciada no artigo anterior encontra nos tipos do *caput* e do parágrafo único deste dispositivo seu ápice normativo. *Trata-se, quiçá, do tipo penal mais relevante da Lei de Regência, em especial o do parágrafo único, ao menos no que concerne aos aspectos de prejuízos causados e de intensidade de incidência.*

[...]

*O parágrafo único tem, na primeira parte, a mesma objetividade jurídica do caput, associada à finalidade protetiva da ordem tributária, constante da segunda parte do dispositivo.* (Grifo nosso).

A fim de evitar a sonegação fiscal e a propagação de mercado de câmbio *paralelo*, o Poder Público foi obrigado a criar uma rede de normas rígidas e a aparelhar suas autarquias.

Entre essas condições, o legislador infraconstitucional e as autoridades administrativas impuseram um rol de pressupostos para que o agente cambial pudesse operar no País, bem como pudesse possibilitar aos interessados a realização de câmbio ao exterior, este último quando o montante representasse *soma superior a R\$ 10.000,00 ou o mesmo equivalente em moeda estrangeira*<sup>2</sup>.

---

2 Art. 65, Lei n. 9.069/1990: “O ingresso no País e a saída do País de moeda nacional e estrangeira devem ser realizados exclusivamente por meio de instituição autorizada a operar no mercado de câmbio, à qual cabe a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário. § 1º Excetua-se do disposto no *caput* deste artigo o porte, em espécie,

A despeito disso, como forma de se esquivar das indigitadas obrigações legais, os delinquentes do colarinho branco vêm se valendo há anos de subterfúgios para transferir divisas ao exterior e lá também movimentá-las por meio do uso contínuo de contas bancárias sediadas em *paraísos fiscais*.

À sua disposição se encontram os famosos *doleiros*, contratados como operadores informais do mercado de câmbio e utilizados como *laranjas* ou como meio de prospecção destes na abertura de contas bancárias e na gestão de pessoas jurídicas fantasmas no exterior (SANCTIS, 2015, p. 29; BALTAZAR JUNIOR, 2017, p. 606).

Tais agentes constituem importante elo no *inter criminis* dos delitos de colarinho branco (TIGRE MAIA, 1999, p. 34). Sua atuação se desenvolve ao menos por meio de três formas ordinárias cumulativas ou não: (I) pela criação de empresas *offshore*<sup>3</sup>; (II) pela criação de um *trust law*<sup>4</sup>; e (III) pelo emprego reiterado do sistema dólar-cabo<sup>5</sup>.

---

dos valores: I - quando em moeda nacional, até R\$ 10.000,00 (dez mil reais); II - quando em moeda estrangeira, o equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais).”

- 3 A *offshore* é uma empresa anônima criada no exterior para dificultar o reconhecimento de real proprietário, e, assim, tem o propósito de esconder valores financeiros da fiscalização do país de origem. Aproveitando-se do segredo de informações, os gestores da *offshore* têm a possibilidade de abrirem contas bancárias em instituições financeiras nos mais variados países europeus, asiáticos e americanos.
- 4 O *trust law* é um negócio contratual, de origem inglesa, consistente na entrega de um bem ou um valor a uma pessoa (fiduciário), em regra uma empresa *offshore*, para que seja administrado em favor do depositante ou de outra pessoa por ele indicada (beneficiário). Apesar da eficácia e valia do *trust* no planejamento de bens de inventário, nos países que aceitam tal instituto, a sua utilização criminosa tem a finalidade de proteger e ocultar a identidade do verdadeiro dono do negócio jurídico (NUNES, 2017, p. 18).
- 5 O sistema dólar-cabo (ou euro-cabo), muito comum, consiste na transação de moedas estrangeiras no mercado paralelo de câmbio, à margem do Sistema Financeiro Nacional. Trata-se de um sistema alternativo e ilícito de remessa de valores, por intermédio de compensação (virtual), sem que a moeda saia fisicamente do território nacional [BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Recurso Especial n. 1.390.827/PR*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 4 de setembro de 2014. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1345910&num\\_registro=201302254677&data=20140923&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1345910&num_registro=201302254677&data=20140923&formato=PDF). Acesso em: 20 dez. 2018]. A operação ocorre por meio de uma estrutura de câmbio sacado à distância, como, por exemplo, quando é depositada

O uso reiterado dessas ferramentas é uma observação comum nos processos criminais antigos, como, por exemplo, naqueles vinculados às contas de não residentes (antigas CC5) do Banco do Estado do Paraná (Banestado) e no caso Mensalão (Ação Penal n. 470<sup>6</sup>).

Contudo, somente a partir dos desdobramentos da operação Lava Jato, foi possível tornar pública a existência de cartelização de doleiros brasileiros e a institucionalização de *offshores*, *trust* e sistema dólar-cabo para a evasão de divisas do País, como maneira de ocultar o produto ou o proveito de crimes contra a Administração Pública (por exemplo: operação Câmbio, Desligo, da força-tarefa da Lava Jato no Rio de Janeiro).

### 3.1 O crime de evasão-depósito: aspectos elementares

O crime de evasão de divisas, na modalidade depósito (evasão-depósito) está previsto na segunda parte, parágrafo único, do art. 22 da Lei n. 7.492/1986, cuja conduta é manter no exterior, a qualquer título, “[...] depósitos não declarados à repartição federal competente”.

Com base em uma interpretação literal, depreende-se que a tipificação da conduta exige apenas duas circunstâncias: uma, manter divisas ou moedas em depósito fora do território nacional; e outra, omitir continuamente a informação sobre a propriedade de tais bens e valores ao órgão competente da União.

Como bem destaca o desembargador federal Fausto de Sanctis (2015, p. 124), manter depósito não é crime: “O crime somente se configura se tal manutenção não for comunicada à repartição federal competente, e nos exatos moldes por ela estabelecidos”.

Veja-se que o tipo primário não requer maiores particularidades de ordem financeira e também de ordem temporal para se aperfeiçoar no plano formal.

---

uma quantia na conta bancária do “doleiro” vendedor, no Brasil, o qual, por sua vez, entrega geralmente o mesmo valor correspondente em outra conta no exterior para o beneficiário do câmbio, e vice-versa.

6 O processo da ação penal do caso Mensalão pode ser consultado em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=11541>.

A consumação do crime também não depende da demonstração de elemento subjetivo. Basta, assim, a prova do dolo genérico de praticar a conduta, consubstanciada na vontade livre e consciente de manter divisas ou moedas em depósitos no exterior, sem comunicação às autoridades.

Quanto à natureza jurídica, a doutrina mais especializada adota posições divergentes.

Para uma primeira corrente, o delito seria de mera conduta, instantâneo e habitual. Neste sentido caminham Fausto de Sanctis (2015, p. 121), José Carlos Tórtima (2002, p. 139<sup>7</sup>) e Carlos Rodolfo Tigre Maia (1999, p. 139<sup>8</sup>). Para uma segunda corrente, o delito seria formal e permanente. Esta é a posição perfilhada por José Paulo Baltazar Junior (2017, p. 731) e Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens (2006, p. 179-180).

Na jurisprudência dos tribunais superiores, há poucos precedentes sobre o assunto. Contudo, ao que parece, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF) vêm concordando com os ensinamentos da citada segunda corrente. Citem-se, no STJ, o HC n. 132.826/MS<sup>9</sup> e, no STF, o HC n. 87.208<sup>10</sup>.

Ademais, é praticamente unânime a compreensão jurídica segundo a qual o crime de evasão-depósito é norma penal em branco, carecendo, pois, de complementação normativa acerca do termo *repartição federal competente*.

Indaga-se: qual seria a repartição federal destinatária da declaração de bens e valores mantidos em depósito no exterior?

---

7 O autor entende que o crime de evasão-depósito é tanto habitual como permanente. Diante da total desarmonia dos conceitos classificativos, que se opõem entre si, ao ver do autor deste artigo, prefere-se colocá-lo como aderido à primeira corrente.

8 Posição do autor em conformidade à da nota anterior.

9 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus n. 132.826 -MS (2009/0061561-9)*. Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, 13 de setembro de 2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088027&num\\_registro=200900615619&data=20111024&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1088027&num_registro=200900615619&data=20111024&formato=PDF). Acesso em: 20 dez. 2018.

10 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Segunda Turma). *Habeas Corpus n. 87.208/MS*. Relator: Min. Cezar Peluso, 19 de maio de 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2336250>. Acesso em: 20 dez. 2018.

#### 4 A dupla obrigatoriedade de declaração de bens e valores no exterior

Para uma considerável corrente, mais restritiva, apenas a ausência de declaração ao BACEN, nos moldes por ele e pelo CMN estabelecidos, caracterizaria o crime de evasão-depósito.

Isso, porque, com o advento da Resolução CMN n. 2.911/2001 e da Circular BACEN n. 3.071/2001, foi atribuído ao BACEN a responsabilidade exclusiva de fixar os limites e as condições para a Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (DCBE/CBE<sup>11</sup>).

Na doutrina, esse é o posicionamento de Andrei Zenkner Schmidt e Luciano Feldens (2006, p. 181) e de Carlo Velho Masi (2013, p. 108). Na jurisprudência, essa é a posição do precedente da Quinta Turma Especializada do STJ no AgRg no REsp n. 1134047/PR<sup>12</sup> e da Sétima Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no HC n. 2009.04.00.025952-7<sup>13</sup>.

No entanto, apresenta-se mais acertado o entendimento ampliativo, no sentido de que, para fins de tipificação formal do crime de evasão-depósito, a responsabilidade posterior do BACEN não excluiu

---

11 Art. 1º, Resolução CMN n. 2.911/2001: “Fica o Banco Central do Brasil autorizado a fixar a forma, os limites e as condições de declaração, inclusive suas atualizações, de bens e valores detidos fora do território nacional por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária.”

Art. 1º, Circular BACEN n. 3.071/2001: “Estabelecer que as pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária, devem informar, anualmente, ao Banco Central do Brasil, os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos detidos fora do território nacional, por meio de declaração na forma a ser disponibilizada na página do Banco Central do Brasil na Internet, endereço - [www.bcb.gov.br](http://www.bcb.gov.br) - Capitais Brasileiros no Exterior, a partir de 2 de janeiro de 2002.”

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Sexta Turma). *Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.134.047 - PR (2009/0138455-4)*. Relator: Min. Rogério Schietti Cruz, 25 de abril de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1594770&num\\_registro=200901384554&data=20170504&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1594770&num_registro=200901384554&data=20170504&formato=PDF). Acesso em: 20 dez. 2018.

13 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Sétima Turma). *Habeas Corpus n. 2009.04.00.025952-7*. Relator: Des. Fed. Élcio Pinheiro de Castro, 22 de setembro de 2009. Data de autuação: 28 jul. 2009.

o poder-dever de fiscalização da Receita Federal do Brasil sobre o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas residentes no País.

Conforme preceitua a Lei n. 9.250/1995, que dispõe sobre o Imposto de Renda de Pessoa Física, em seu art. 25, § 4º, o contribuinte é obrigado a declarar à Receita Federal do Brasil o saldo dos depósitos mantidos em instituições financeiras sediadas no exterior<sup>14</sup>.

Tal norma legal superior sempre subsistiu no ordenamento jurídico, muito antes da edição das normas administrativas do CMN e do BACEN.

O próprio Decreto-Lei n. 1.060/1969, que primeiramente estabeleceu a declaração perante o BACEN, com base nos limites e nas condições do CMN, fez ressalvas expressas quanto à não prejudicialidade das regras decorrentes da legislação sobre o Imposto de Renda<sup>15</sup>.

É de ter em vista que a referida norma, junto com a Medida Provisória n. 2.224/2001, representa o nascedouro legal da Resolução CMN n. 2.911/2001 e, por consequência, da Circular BACEN n. 3.071/2001 (e suas normas administrativas subsequentes)<sup>16</sup>.

---

14 Art. 25, Lei n. 9.250/1999: “Como parte integrante da declaração de rendimentos, a pessoa física apresentará relação pormenorizada dos bens imóveis e móveis e direitos que, no País ou no exterior, constituam o seu patrimônio e o de seus dependentes, em 31 de dezembro do ano-calendário, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no mesmo ano. § 1º Devem ser declarados: [...] III - os saldos de aplicações financeiras e de conta corrente bancária cujo valor individual, em 31 de dezembro do ano-calendário, exceda a R\$ 140,00 (cento e quarenta reais); [...] § 4º Os depósitos mantidos em instituições financeiras no exterior devem ser relacionados na declaração de bens, a partir do ano-calendário de 1999, pelo valor do saldo desses depósitos em moeda estrangeira convertido em reais pela cotação cambial de compra em 31 de dezembro, sendo isento o acréscimo patrimonial decorrente da variação cambial.”

15 Art. 1º, Decreto-Lei n. 1.060/1969: “Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda, as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas, na forma, limites e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a declarar ao Banco Central do Brasil, os bens e valores que possuírem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição.”

16 A Medida Provisória n. 2.224/2001 foi editada antes da Emenda Constitucional n. 32/2001, de modo que os efeitos dela advindos foram estabilizados e ainda se mantêm vigentes como lei propriamente dita enquanto não votada no Congresso Nacional (BRASIL. *Medida Provisória n. 2.224, de 4 de setembro de 2001*. Estabelece

A Resolução CMN n. 2.911/2001, inclusive, dispôs em seu art. 6º que o ato administrativo não afastaria outras responsabilidades que pudessem ser imputadas ao responsável pela prestação de informações sobre capitais brasileiros no exterior, “conforme legislação e regulamentação em vigor, em função de apurações que, a qualquer tempo, venham a ser efetuadas [...] por outros órgãos e entidades da administração pública”.

Assim, as normas do CMN e do BACEN, bem aquelas superiores nas quais se fundamentaram, não revogaram tacitamente as atribuições à Receita Federal do Brasil e (ou) tampouco se sobrepuseram a estas. Não se está diante, portanto, de hipóteses de antinomia jurídica, mas, sobretudo, de legislação federal especial que não conflitam entre si.

O ordenamento jurídico em vigor prescreveu duas repartições federais competentes, o BACEN e a Receita Federal do Brasil, com poderes paralelos de regular a evasão de divisas do País e os seus desdobramentos, para as quais devem os contribuintes encaminhar as respectivas declarações de bens e valores mantidos em depósitos no exterior.

Como bem defende o desembargador federal Fausto de Sanctis (2015, p. 127), ao tratar especificamente do assunto:

*[...] a comunicação deverá ser feita tanto ao Banco Central do Brasil quanto à Receita Federal do Brasil, de modo que o crime restará consubstanciado a partir da ausência de declaração a uma ou outra repartição, muito embora haja entendimento contrário. Há que se registrar que o ato de manter depósitos no exterior, à revelia do Banco Central, não só é*

---

multa relativa a informações sobre capitais brasileiros no exterior e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2001]. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/48278>. Acesso em: 2 dez. 2018).

Súmula Vinculante n. 54: “A medida provisória não apreciada pelo congresso nacional podia, até a Emenda Constitucional 32/2001, ser reeditada dentro do seu prazo de eficácia de trinta dias, mantidos os efeitos de lei desde a primeira edição” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Súmula Vinculante n. 54*. Data de aprovação: 17 mar. 2016. Publicado no *DJe* n. 54 em 28 mar. 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=3009>).

Conferir também o *link* <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2014/10/20/cinquenta-medidas-provisorias-de-2001-ainda-estao-validas>. Acesso em: 2 dez. 2018.

*hábil a frustrar a regularidade das operações cambiais, violando o Sistema Financeiro Nacional, consubstanciado este como bem jurídico tutelado pela norma diretamente, mas também a arrecadação tributária, quando não forem declarados à Receita Federal, afetando, inclusive, a Ordem Tributária, protegida indiretamente pela norma do art. 22, parágrafo único, última parte, da Lei 7.492/1986. Há dúplice proteção e o Banco central deverá ser comunicado acerca da abertura de conta e manutenção de valores no exterior, bem ainda deverá sê-lo a Receita Federal sobre a origem dos recursos e a regularidade dos tributos devidos. (Grifos nossos).*

A dupla obrigação advém, exatamente, da já mencionada dupla objetividade jurídica do crime de evasão-depósito – proteger o Sistema Financeiro e a ordem tributária nacional.

Essa corrente jurídica também é seguida por José Paulo Baltazar Junior (2017, p. 728-729) e Carlos Rodolfo Tigre Maia (1999, p. 39<sup>17</sup>), e, em menor incidência, por José Carlos Tórtima (2006, p. 53-54), para quem somente caberia prestar o dever de comunicação à Receita Federal do Brasil.

Existem alguns julgados nesse sentido. No STJ, citem-se o Recurso Especial n. 1205870/SC<sup>18</sup>; no Tribunal Regional Federal da 2<sup>a</sup> Região, o Recurso de Apelação n. 0517019-80.2006.4.02.5101<sup>19</sup>; e no Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região, os Embargos Infringentes n. 0015478-03.2007.4.03.6105<sup>20</sup>.

---

17 A última atualização da obra foi em 1999, ou seja, antes do advento das normas administrativas do CMN e do BACEN.

18 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Quinta Turma). *Recurso Especial 1.205.870 - SC (2010/0153098-7)*. Relator: Min. Napoleão Nunes Maia Filho, 21 de junho de 2011. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1072495&num\\_registro=201001530987&data=20110831&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1072495&num_registro=201001530987&data=20110831&formato=PDF).

19 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2<sup>a</sup> Região (Segunda Turma Especializada). *Apelação Criminal n. 0517019-80.2006.4.02.5101*. Relator: Des. Fed. Messod Azulay Neto. Data de decisão: 19 maio 2009. Disponível em: [http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=259047\\_200651015170196\\_2009-05-19](http://jurisprudencia.trf2.jus.br/sm/download?name=siapro-download-juris&id=259047_200651015170196_2009-05-19).

20 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3<sup>a</sup> Região (Primeira Turma). *Embargos Infringentes n. 0015478-03.2007.4.03.6105*. Relator: Juiz Federal convocado Wilson Zauhy, 1 de dezembro de 2015. Data de publicação: 17 dez. 2015. Dis-

Um outro elemento legitimador da conclusão pode ser extraído das disposições supervenientes da Lei n. 13.254/2016 (“Lei da Repatriação”), que estabeleceu o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) e criou algumas causas específicas de extinção da punibilidade.

De acordo com o diploma, foi imposta, claramente, uma preponderância da Receita Federal do Brasil em relação ao BACEN, no que toca à atribuição de receber as informações da pessoa física ou jurídica sobre ativos clandestinos no exterior, por meio da Declaração Única de Regularização (DUR).

Ao BACEN (órgão acessório), apenas deverá ser transmitida cópia da DUR, cuja entrega oficial e direta se fará à Secretaria da Receita Federal do Brasil (órgão principal)<sup>21</sup>.

Não faz sentido lógico afastar a atribuição da Receita Federal do Brasil para fins de tipicidade do crime de evasão-depósito e, ao mesmo tempo, delegar-lhe a função de fiscal e principal destinatário do procedimento de “repatriação” de valores no exterior, cujo resultado é justamente a extinção da punibilidade do contribuinte<sup>22</sup>.

O Poder Legislativo assim o fez porque a fiscalização de verbas mantidas no exterior já era uma das atribuições legais da Receita Federal do Brasil.

---

ponível em: <http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/PesquisarDocumento?processo=00154780320074036105>.

21 Art. 4º, Lei n. 13.254/2016: “Para adesão ao RERCT, a pessoa física ou jurídica deverá apresentar à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB) e, em cópia para fins de registro, ao Banco Central do Brasil declaração única de regularização específica contendo a descrição pormenorizada dos recursos, bens e direitos de qualquer natureza de que seja titular em 31 de dezembro de 2014 a serem regularizados, com o respectivo valor em real, ou, no caso de inexistência de saldo ou título de propriedade em 31 de dezembro de 2014, a descrição das condutas praticadas pelo declarante que se enquadrem nos crimes previstos no § 1º do art. 5º desta Lei e dos respectivos bens e recursos que possuiu.”

22 Art. 5º, Lei n. 13.254/2016: “[...] § 1º O cumprimento das condições previstas no *caput* antes de decisão criminal, em relação aos bens a serem regularizados, extinguirá a punibilidade dos crimes previstos: [...] VI – no *caput* e no parágrafo único do art. 22 da Lei no 7.492, de 16 de junho de 1986.”

## **5 O emprego inconstitucional, ilegal e abusivo das normas do CMN e do BACEN para fins de tipificação do crime de evasão-depósito**

Com o mesmo paradigma segundo o qual o BACEN seria a repartição federal exclusiva para a qual deveriam ser prestadas as informações financeiras, alguns tribunais permanecem interpretando o processo de adequação típica do crime de evasão-depósito sob as balizas restritas das *normas complementares*.

Para esses magistrados, o Ministério Público Federal deve provar que o acusado manteve, clandestinamente em depósito, ativo financeiro inferior ao estabelecido pelo CMN e pelo BACEN, na data-base de 31 de dezembro. Caso contrário, os fatos seriam atípicos, pouco importando o volume de movimentação bancária ao longo do ano-base.

A conclusão foi consignada pela maioria dos ministros do STF no julgamento da Ação Penal n. 470/MG (caso Mensalão) e adotado pela Sexta Turma do STJ no HC n. 401.947/SP<sup>23</sup> e pela Sétima Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região no HC n. 0259527-32.2009.4.04.0000.

Ocorre que, apesar de as resoluções do CMN e as cartas Circulares do BACEN serem fruto de atividade técnico-regulamentar e pertinentes à ordenação administrativa da manutenção de depósito de bens e valores no exterior, a aferição da tipicidade formal do crime de evasão-depósito não deve ficar subordinada à discricionariedade dos termos impostos pelo Poder Executivo. Pelo menos não de forma absoluta.

Na medida em que as *normas complementares* inserem circunstâncias de tempo e de modo de execução não declináveis pelo tipo penal originário, é fácil constatar que o entendimento jurispruden-

---

23 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Habeas Corpus n. 401.947 - SP (2017/0128729-2)*. Relator: Min. Nefi Cordeiro, 10 de outubro de 2017. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq\\_uencial=1645731&num\\_registro=201701287292&data=20171023&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&seq_uencial=1645731&num_registro=201701287292&data=20171023&formato=PDF)

cial está em total desarmonia com os aspectos basilares do Direito Penal Constitucional e com o instituto da norma penal em branco.

Ao ver do autor deste artigo, o uso inconstitucional, ilegal e abusivo das normas complementares vem gerando o irrefutável esvaziamento lógico-jurídico da norma penal em branco, visto que restringe o núcleo essencial do crime de evasão-depósito, isto é, a vontade do legislador ordinário e a política criminal insertada na Lei n. 7.492/1986.

## 5.1 O esvaziamento da norma penal em branco

O CMN e o BACEN, a partir do ano de 2001, dentro dos seus respectivos âmbitos de atuação, fizeram expedir a Resolução CMN n. 2.911/2001 e a Circular BACEN n. 3.071/2001, posteriormente substituídas, para regulamentar a obrigatoriedade de declaração de bens e valores mantidos no exterior por meio do formulário de Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior.

Os atos administrativos foram continuamente alternados, permanecendo, contudo, a previsão de uma data-base (31 de dezembro) e a desoneração do dever de declarar com fundamento em um *piso* financeiro, hoje inferior a US\$ 100.000,00<sup>24</sup>.

No caso do CMN, a Resolução n. 2.911/2001 foi substituída pela Resolução n. 3.540/2008, e esta, pela Resolução n. 3.854/2010<sup>25</sup>.

No caso do BACEN, a Circular n. 3.071/2001 foi substituída pela Circular n. 3.110/2002, e, sucessivamente, pelas seguintes circulares: n. 3.181/2003, Circular n. 3.225/2004, Circular n. 3.278/2005,

---

24 Disponível em: <http://www4.bcb.gov.br/rex/cbe/port/cbe2017.asp?idpai=CBE>. Acesso em: 20 dez. 2018.

25 Art. 2º, Resolução CMN n. 3.854/2010: “A declaração de que trata o art. 1º, inclusive suas retificações, deve ser prestada anualmente, por meio eletrônico, na data-base de 31 de dezembro de cada ano, quando os bens e valores do declarante no exterior totalizarem, nessa data, quantia igual ou superior US\$ 100.000,00 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América), ou seu equivalente em outras moedas. [...] § 3º Estão dispensadas de prestar a declaração de que trata esta Resolução as pessoas que, nas datas referidas no *caput* e no § 1º deste artigo, possuírem bens e valores em montantes inferiores aos ali indicados”.

Circular n. 3.313/2006, Circular n. 3.345/2007, Circular n. 3.384/2008, Circular n. 3.442/2009 e Circular n. 3.624/2013<sup>26</sup>.

Parte dos tribunais ainda insiste em realizar o juízo de adequação típica com amparo no arcabouço normativo do CMN e do BACEN.

Ocorre que essa integração normativa levada a efeito pela jurisprudência está em total dissonância com o princípio da legalidade, já que não se coaduna com a escolha autêntica do tipo penal em impedir a evasão de recursos financeiros ao exterior na modalidade depósito.

Como já dito, o art. 22, parágrafo único, segunda parte, da Lei n. 7.492/1986 é norma penal incriminadora que exige complementação normativa para apontar os órgãos competentes aos quais devem ser declarados os depósitos de bens e valores mantidos no exterior, *in casu* o BACEN e a Receita Federal do Brasil.

É imprescindível para a elucidação do termo *repartição federal competente* a remissão à Lei n. 9.250/1995, ao Decreto-Lei n. 1.060/1969 e à Medida Provisória n. 2.224/2001, bem como, em sede administrativa, à Resolução CMN n. 3.854/2010 e à Circular BACEN n. 3.624/2013.

Excetuando essa circunstância, o tipo penal em nenhum momento habilitou, expressa ou implicitamente, espaço normativo a ser ocupado por outras regras administrativas.

A conduta proibida (núcleo essencial da norma penal em branco), que se origina da política criminal adotada pelo Poder Legislativo, está suficientemente descrita na lei formal e não depende de remissão acerca de quando (tempo) e (ou) como (modo de execução) representaria um injusto típico e antijurídico.

---

26 Art. 1º, Circular BACEN n. 3.624/2013: “As declarações de bens e valores de que tratam o *caput* e o § 1º do art. 2º da Resolução nº 3.854, de 27 de maio de 2010, deverão ser prestadas ao Banco Central do Brasil, em cada ano, por meio do formulário de declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (CBE), disponível no sítio do Banco Central do Brasil na internet, no endereço <http://www.bcb.gov.br>, nos seguintes períodos: [...]”.

A configuração do crime ocorre com o simples ato comissivo de manter em depósito bens e valores no exterior, conjugado com o simples ato omissivo de não declarar o fato à Receita Federal do Brasil e ao BACEN.

Por isso mesmo, dispensa-se a necessidade e a conveniência técnico-regulamentar na complementação do crime de evasão-depósito pelas normas do CMN e do BACEN.

Ao discorrer sobre a delimitação das normas complementares, o jurista Tarcísio Maciel Chaves de Mendonça (2016, p. 145 e 147), destaca:

*[...] A norma de complementação não pode definir o objeto da tutela penal. Esta é uma tarefa exclusiva do Parlamento, em que diversas forças sociais estão representadas (p. 145).*

[...]

O papel da norma de complementação será definido na interseção entre o princípio da segurança e da tutela penal eficiente. *Só não haverá afronta ao princípio da legalidade se a lei penal em branco for estritamente necessária e se a norma de complementação abster-se de definir o núcleo essencial da conduta proibida (p. 147, grifos nossos).*

Se a norma principal define com clareza a conduta proibida, a norma de complementação, por sua vez, deve apenas se ater aos limites da atividade legislativa ordinária, não podendo o conteúdo do injusto ficar a cargo exclusivo da fonte produtora de instância administrativa inferior.

Caso assim ocorra, estar-se-á diante de delegação informal da competência em matéria penal, sem anuência do Congresso Nacional, como proíbe o princípio da legalidade constitucional, nas vertentes da reserva legal e da taxatividade.

Conforme lições há muito tempo defendidas pelo jurista Heleno Fragoso (2006, p. 93), a integração deve ser feita nos limites fixados pelo preceito genérico da norma penal em branco, “não sendo possível que um ato administrativo, por exemplo, ultrapasse o claro da lei penal sem ferir o princípio da estrita legalidade dos crimes e das penas”.

Repise-se, o legislador ordinário não atribuiu margem interpretativa que possibilitasse a imposição, pelo Poder Executivo, de condicionantes de tempo, espaço ou modo de execução à conduta proibida de evasão-depósito.

Em suma, o método de subsunção da conduta ao tipo penal não está sujeito às regras unilaterais de natureza monetária e cambial do CMN e do BACEN, sob pena de a complementação exterminar o próprio sentido lógico-jurídico da norma penal em branco, sobrepondo-se à vontade do Poder Legislativo – direcionada à prevenção e repressão dos agentes do colarinho branco e à tutela do sistema financeiro e do sistema tributário.

## **5.2 A ilegalidade dos complementos normativos secundário e terciário por abuso no exercício do poder regulamentar administrativo**

Curiosa e apropriada subclassificação das normas penais em branco defendida por Luiz Flávio Gomes é quanto à chamada norma penal em branco ao quadrado<sup>27</sup>.

Essa espécie ocorre quando o próprio complemento normativo exigido pelo tipo principal (norma penal em branco) também depende de uma integração por meio de outra norma penal ou extrapenal. É a complementação da complementação.

Na esteira da aludida doutrina, constata-se que o tipo penal de evasão-depósito se enquadra no conceito de norma penal em branco ao quadrado, uma vez que possui uma estrutura normativa complementar dividida em três níveis (sem contabilizar as regras tributárias paralelas).

Assim, tem-se: em um primeiro plano, o Decreto-Lei n. 1.060/1969 e a Medida Provisória n. 2.224/2001 (complementos

---

27 GOMES, Luiz Flávio. Você sabe o que é lei penal em branco ao quadrado? Publicado no canal Método Estude. [S.l.: s.n.], 20 set. 2015. 1 vídeo (3 min, 19 segs). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=d9X3mjE37lo>. Acesso em: 2 dez. 2018.

normativos primários); em um segundo plano, a Resolução CMN n. 2.911/2001 e seguintes (complementos normativos secundários); e, em um terceiro plano, a Circular BACEN n. 3.071/2001 e seguintes (complementos normativos terciários).

Tal estrutura piramidal é vislumbrada mediante a simples leitura das disposições preambulares da Resolução CMN n. 2.911/2001 e da Circular BACEN n. 3.071/2001<sup>28</sup>.

No caso em apreço, as normas expedidas pelo CMN e pelo BACEN (complementos normativos secundários e terciários) devem resguardar o mínimo de congruência lógica e de mérito com o Decreto-Lei n. 1.060/1969 e com a Medida Provisória n. 2.224/2001 (complementos normativos primários) para serem consideradas legais e, assim, gerarem efeitos no plano jurídico.

Como se sabe, no sistema jurídico brasileiro, todo ato normativo, seja de natureza legal ou administrativa, deve se subordinar ao modelo predeterminado pela legislação de ordem hierárquica superior e à vontade derradeira da Constituição Federal de 1988. Este é o padrão cognitivo estabelecido para o controle abstrato de constitucionalidade, que tem por fundamento a famigerada pirâmide de Kelsen (norma hipotética fundamental).

A validade de criação, aplicação e conteúdo de uma norma inferior depende da sua conformidade com a norma superior. Há uma conexão de dependência entre a norma inferior e a norma superior, sendo esta última o fundamento de validade daquela.

Em relação ao poder regulamentar administrativo atribuído às agências reguladoras, como é o caso do BACEN, sabe-se que tais

---

28 Resolução CMN n. 2.911/2001: “O BANCO CENTRAL DO BRASIL, na forma do art. 9º da Lei 4.595, de 31 de dezembro de 1964, torna público que o CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL, em sessão realizada em 29 de novembro de 2001, com base no Decreto-lei 1.060, de 21 de outubro de 1969 e na Medida Provisória 2.224, de 4 de setembro de 2001 [...]”

Circular BACEN n. 3.071/2001: “A Diretoria Colegiada do Banco Central do Brasil, em sessão realizada em 6 de dezembro de 2001, tendo em vista a MEDIDA PROVISÓRIA 2.224, DE 4 DE SETEMBRO DE 2001 [...]”

autarquias especiais gozam de uma maior autonomia ao produzirem normas técnicas, por ser uma característica a elas inerente.

Não obstante, as agências continuam vinculadas aos limites explícitos e implícitos impostos pela lei de origem.

Quanto ao tema, o administrativista José dos Santos Carvalho Filho (2011, p. 67), no artigo específico “Agências reguladoras e poder normativo”, leciona:

Parece, pois, que, por autorização das respectivas leis, as agências reguladoras exercem *função regulamentadora*, tendo por escopo estabelecer, em caráter geral, abstrato e impessoal, disciplina técnica a respeito de certos setores econômicos ou relativos à prestação de serviços públicos. Semelhante função regulamentar – diga-se por oportuno – é *direta*, vale dizer, origina-se diretamente da lei, inexistindo, por via de consequência, qualquer outro ato intermediário entre a lei e o ato normativo da agência. Tem, portanto, a mesma natureza dos decretos expedidos pelos Chefes do Executivo, quando também destinados ao exercício da função regulamentar. [Grifos no original].

[...] Ainda que dotada de grande amplitude, a regulamentação feita pelas agências – como, de resto, ocorre com qualquer tipo de regulamentação – terá que adequar-se aos parâmetros da respectiva lei permissiva. *Afinal, é de ter-se em conta que a delegação legislativa não é limitada, mas, ao contrário, subjacente a normas e princípios estabelecidos na lei.* [Grifos nossos].

Nesse contexto, a estipulação de um  *piso*, dentro do qual os residentes no Brasil estariam dispensados do ônus de comunicação ao BACEN, foi uma inovação material imposta pelo CMN e pelo BACEN que não está prevista nas normas superiores, quais sejam, no Decreto-Lei n. 1.060/1969 e na Medida Provisória n. 2.224/2001.

O regulamento primário não estabeleceu isenção da obrigatoriedade de declarar as informações ao BACEN, tampouco abriu margem interpretativa para tanto. Pelo contrário, a leitura dos dispositivos demonstra que a incumbência ao contribuinte se origina

do simples fato de ostentar bem ou valor no exterior, independentemente da importância pecuniária<sup>29</sup>.

Ademais, além de os valores prescritos pelo CMN e pelo BACEN não estarem previstos nas normas superiores, o patamar financeiro também não está alinhado aos mencionados R\$ 10.000,00 estabelecidos pela Lei n. 9.069/1990, como montante máximo de moeda nacional ou estrangeira permitido para o ingresso e a saída física do País.

A transgressão a esse limite, inclusive, fundamenta o crime de evasão de divisas, na modalidade do art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei n. 7.492/1986. Por qual razão o mesmo valor, atribuído pelo Poder Legislativo, não repercutiria no crime de evasão-depósito?

As normas administrativas do CMN e do BACEN ainda contrariam a Medida Provisória n. 2.224/2001 ao dispensarem da obrigatoriedade de declaração as informações sobre a manutenção de ativos financeiros em dias anteriores à data-base de 31 de dezembro.

A finalidade do ato normativo primário foi a de impor multa aos contribuintes, pessoas físicas e jurídicas, que não prestassem as devidas informações na Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior.

Segundo a norma legal, a sanção pecuniária pode ser aplicada ao infrator ainda que este não detenha, no estrangeiro, capital em depósito na data da requisição da informação ou na data da exigência da informação (data-base)<sup>30</sup>.

---

29 Art. 1º, Medida Provisória n. 2.224/2001: “O não fornecimento de informações regulamentares exigidas pelo Banco Central do Brasil relativas a capitais brasileiros no exterior, bem como a prestação de informações falsas, incompletas, incorretas ou fora dos prazos e das condições previstas na regulamentação em vigor constituem infrações sujeitas à multa de até R\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil reais). Parágrafo único. São considerados capitais brasileiros no exterior os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos detidos fora do território nacional por pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País, assim conceituadas na legislação tributária”.

30 Art. 2º, Multa Provisória n. 2.224/2001: “A multa prevista, a ser recolhida ao Banco Central do Brasil, aplica-se às pessoas físicas ou jurídicas residentes, domiciliadas ou com sede no País que detenham, a partir de 5 de setembro de 2001, capitais brasileiros no exterior. Parágrafo único. Aplica-se a multa, inclusive, às situações em que as pessoas referidas no *caput* não mais detenham posição de capitais brasileiros no exterior na data da requisição ou exigência da informação”.

Observa-se, com isso, que a medida provisória, de estatura legal superior às normas do CMN e do BACEN (meros atos administrativos), conferiu importância à informação de bens e valores no exterior durante todo o ano-calendário e não tão somente na data-base de 31 de dezembro.

O dia 31 de dezembro tem a sua relevância no campo monetário por configurar o período de conversão da moeda estrangeira depositada no exterior em Real brasileiro. Por ser o último dia do ano fiscal, serve de data-base para que os contribuintes declarem seus bens ao fisco, entre eles o saldo disponível em conta titularizada em instituição financeira com sede no País ou no exterior.

A não exigência de declaração de todos os recebimentos na conta bancária, durante o ano-calendário, reside na presunção de que os valores lá depositados e (ou) movimentados constituem rendimentos lícitos, tributáveis diretamente na fonte, como as verbas salariais, ou tributáveis após a declaração à Receita Federal do Brasil, no exercício fiscal seguinte.

Ocorre que o saldo financeiro verificado no dia 31 de dezembro do ano-calendário não ilide a possibilidade de fiscalização repressiva da Receita Federal do Brasil sobre os depósitos em favor do contribuinte durante o ano-calendário inteiro (1º/1 a 31/12).

Inclusive, a existência de depósitos sem origem comprovada, cujo valor individual supere R\$ 12.000,00 ou o somatório de R\$ 80.000,00 anuais, configura ilícito na modalidade de omissão de receita ou rendimentos<sup>31</sup>.

---

31 Art. 42, Lei n. 9.430/1966: “Caracterizam-se também omissão de receita ou de rendimento os valores creditados em conta de depósito ou de investimento mantida junto a instituição financeira, em relação aos quais o titular, pessoa física ou jurídica, regularmente intimado, não comprove, mediante documentação hábil e idônea, a origem dos recursos utilizados nessas operações. [...] § 3º Para efeito de determinação da receita omitida, os créditos serão analisados individualizadamente, observado que não serão considerados: I - os decorrentes de transferências de outras contas da própria pessoa física ou jurídica; II - no caso de pessoa física, sem prejuízo do disposto no inciso anterior, os de valor individual igual ou inferior a R\$ 1.000,00 (mil reais), desde que o seu somatório, dentro do ano-calendário, não ultrapasse o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais)”.

O contribuinte estará sujeito às penalizações administrativas e criminais, independentemente de a conta bancária indicar saldo zero no dia 31 de dezembro, visto ser este apenas um parâmetro para declaração de bens, e não de fiscalização e punição.

Os mesmos efeitos deveriam ser aplicados ao BACEN no seu âmbito de atuação e inspeção da atividade monetária e cambial. Todavia, as normas administrativas restringiram expressamente a obrigatoriedade de comunicação de depósitos no exterior, sem se ponderar a movimentação bancária de recebimentos (créditos) no curso do ano-calendário.

Portanto, a regulamentação expedida pelo CMN e pelo BACEN contém vícios de ilegalidade sob a ótica da hierarquia normativa e do poder regulamentar conferido à Administração Pública, razão pela qual não caberia ao Poder Judiciário utilizá-la para fins de juízo de adequação típica do crime de evasão-depósito.

### 5.3 A incompatibilidade dos complementos normativos secundário e terciário com o princípio da proporcionalidade

Em se tratando de delitos financeiros, a análise do custo-benefício é uma realidade indiscutível. A escola clássica do Direito Penal já sustentava que o homem delinquente é um ser livre e racional:

[...] quando alguém encara a possibilidade de cometer um delito, efetua um cálculo racional dos benefícios esperados (prazer) e os confronta com os prejuízos (sofrimento) que acredita vão derivar da prática do delito; *se os benefícios são superiores aos prejuízos, tenderá a cometer a conduta delitativa.* (PRADO; MAÍLLO, 2013, p. 5, grifo nosso).

Para frustrar essa perspectiva criminológica, incumbe ao próprio Estado-Juiz utilizar os variados mecanismos de repressão e prevenção de delitos e excluir os meios ilegais ou de legalidade

---

Art. 4º, Lei n. 9.481/1997: “Os valores a que se refere o inciso II do § 3º do art. 42 da Lei nº 9.430, de 27 de dezembro de 1996, passam a ser de R\$ 12.000,00 (doze mil reais) e R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais), respectivamente”.

duvidosa que representam subterfúgios ao processamento e à punição de criminosos do *colarinho branco*.

Entre esses mecanismos, a intervenção estatal deve vir acompanhada de proporcionalidade, que é expressada pela efetiva proteção aos direitos constitucionais em jogo: (I) o Sistema Financeiro Nacional; (II) o Sistema Tributário Nacional; e (III) o interesse público subjacente ao exercício do direito de ação penal.

Não basta a mera previsão de um tipo penal em abstrato. É necessário o incremento de meios para torná-lo vivo, excluindo conjugações normativas desarrazoadas.

O princípio da proporcionalidade possui uma dupla face, não somente impedindo que medidas estatais transbordem os limites do adequado e necessário para atingir um determinado fim (proibição de excesso – *Übermassverbot*), mas proibindo que a tutela e a promoção de direitos constitucionalmente previstos sejam realizadas precariamente (proibição da proteção deficiente ou insuficiente – *Untermassverbot*).

Em sede penal, a proporcionalidade ganha enfoque no chamado garantismo positivo, obrigando o Estado a agir na proteção de bens jurídicos fundamentais. Vale dizer, ao se interpretar e aplicar as normas infraconstitucionais, cumpre ao julgador afastar os sentidos que impliquem excessos, mas, de forma equilibrada, também vigiar para que a atividade de hermenêutica não gere a ineficiência da norma, desprotegendo interesses legítimos garantidos pelo Estado em favor de toda sociedade.

Na doutrina, a proibição da proteção deficiente ou insuficiente já foi objeto de análise pormenorizada pelo constitucionalista Ingo Wolfgang Sarlet (2017, p. 223–224):

Paralelamente à difundida função da proporcionalidade como proibição de excesso e como decorrência da noção de deveres de proteção do Estado, desenvolveu-se a ideia de que o Estado também está vinculado por um dever de proteção suficiente (no sentido de dotado de alguma eficácia). Deveres de proteção podem e são violados quando o titular do dever nada faz a proteger determinado direito fundamental ou, ao fazer algo, falha por atuar de modo insuficiente. Daí se falar, tal como já se fez também no Brasil, de

uma dupla face do princípio da proporcionalidade, que passa a atuar como critério de controle de legitimidade constitucional de medidas restritivas de direitos (do âmbito de proteção dos direitos fundamentais), bem como para o controle da omissão ou atuação insuficiente do Estado no cumprimento de seus deveres de proteção.

Apesar de a proibição da proteção deficiente ainda ser tema moderno, não devidamente consolidado na prática processual, a tese encontra amparo em alguns precedentes dos tribunais superiores. A exemplo, cite-se o voto condutor proferido pelo ministro Joel Ilan Paciornik, no julgamento do Recurso Especial n. 1.683.478/GO<sup>32</sup>:

[...] a proibição da proteção deficiente surge como uma nova face do princípio da proporcionalidade em um cenário onde o principal objetivo do Estado é a proteção aos direitos fundamentais em todas as suas dimensões, tal perspectiva tem reflexos mais evidentes no campo do Direito Penal.

*Esse instrumento está apto a afastar do ordenamento jurídico normas que introduzam situações desproporcionais entre bens jurídicos que demandam proteção do Estado, ou seja, se deve perquirir, na análise do caso concreto, que norma atende mais às determinações da Constituição Federal. (Grifo nosso).*

A realidade demonstra que a aplicabilidade da regulamentação do CMN e do BACEN no âmbito criminal facilita a reiteração do crime de evasão-depósito. Sem muito embaraço, o contribuinte pode *maquiar* o saldo financeiro poucos dias antes da data-base (dia 31 de dezembro), livrando-se da fiscalização e da repressão das autoridades competentes.

Tal ocorrência não é algo improvável, em se tratando de pessoas com alto poder aquisitivo e com apoio tecnológico. Basta a posse de sistemas eletrônicos conectados ou não à Internet (por exemplo, celular, *tablet*, computador e telefone) para transpor quantias milionárias de uma conta bancária para outra no exterior.

---

32 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 1.683.478 - GO (2017/0168534-3)*. Relator: Min. Joel Ilan Paciornik, 1 de outubro de 2018. Disponível em: <https://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635771750/recurso-especial-resp-1683478-go-2017-0168534-3?ref=juris-tabs>.

Fazendo uma analogia a julgado do STJ, a dependência da tipicidade formal ao saldo financeiro depositado no exterior, naquela data-base, significa o mesmo que fechar a janela no último dia do ano, mas deixar a porta aberta para a ocultação de patrimônio no exterior nos demais 364 dias (Recurso Especial n. 1.535.956/RS<sup>33</sup>).

Com efeito, à luz do princípio da proibição de proteção legislativa deficiente (*Untermassverbot*), não se mostra aceitável restringir o juízo de adequação típica do crime de evasão-depósito à exigência da manutenção em território internacional da soma igual ou superior a US\$ 100.000,00, no dia 31 de dezembro, ou outro valor superior, a depender da circular do BACEN.

A utilização das normas complementares do CMN e do BACEN é uma medida processual estritamente ineficiente e contrária aos fins originários da Lei n. 7.492/1986, sendo, portanto, inconstitucional por infringência ao dever de proteção aos bens jurídicos penalmente tutelados.

Por fim, um exemplo de interpretação judicial concreta, em consonância com a Constituição Federal e a Lei n. 7.492/1986 e com fundamento no princípio de proporcionalidade, é o acórdão proferido pela Primeira Turma Especializada do Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos dos Embargos Infringentes n. 0015478-03.2007.4.03.6105.

De acordo com o órgão colegiado, seguindo o voto divergente do então juiz federal convocado Wilson Zauhy, *in verbis*:

6. O voto do eminente relator, estribando-se no “norte do arcabouço infranormativo complementar da norma penal em branco acima delineado” – vale dizer, de normas complementares ao artigo 22 da Lei n.º. 7.492/86, considerou apenas os depósitos existentes “na data exata de 31 de dezembro de cada um dos períodos men-

---

33 BRASIL. Supremo Tribunal de Justiça (Sexta Turma). *Recurso Especial n. 1.535.956 - RS (2015/0132835-0)*. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura, 1º de março de 2016. Disponível em: [https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1491473&num\\_registro=201501328350&data=20160309&formato=PDF](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1491473&num_registro=201501328350&data=20160309&formato=PDF).

cionados – conforme previsão das referidas normas complementares”, para aferir se os limites estabelecidos nas Circulares do Banco Central que elenca foram ultrapassados.

7. Ocorre que não é esse o espírito da norma traçada pelo artigo 22 da Lei nº. 7.492/96. Esse artigo, embora reclame complementação – por ser norma penal em branco –, não faz qualquer alusão em termos de corte temporal, para o fim de consideração do *quantum* mantido em depósito no exterior. Apenas em seu *caput* tipifica “efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão de divisas do País”, para, no seu parágrafo único, enquadrar nesse tipo penal quem “promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”.

8. Conforme se percebe, na lei não há qualquer menção às datas em que essas operações financeiras e os consequentes depósitos no exterior foram feitos; e, aliás, nem poderia fazê-lo, pois o seu escopo, conforme reconhece a doutrina colacionada, é proteger o sistema tributário e as reservas cambiais do País, o que se tornaria inócuo, se considerado apenas os depósitos existentes em 31/12 de cada exercício fiscal, diante da possibilidade do estabelecimento de um verdadeiro trampolim, com o levantamento de tais depósitos nos dias que se aproximam do final do ano, com a volta deles logo no início do ano seguinte [...]. 9. [...] a data de “31 de dezembro do ano-calendário” serve para se fazer a conversão da moeda estrangeira, em Reais, para os fins a que se destina, inclusive de declaração de rendimentos, nos termos do § 4º do artigo 25 da Lei 9.250/95, também anteriormente transcrito. As comunicações à Receita Federal e ao Bacen, entretanto, devem ser feitas com base no maior volume de depósitos em moeda estrangeira mantido durante todo o ano, convertido pela cotação cambial do Real em 31/12<sup>34</sup>.

## 6 Conclusão

Para tipificação formal do crime de evasão-depósito não há maiores particularidades de ordem financeira e temporal, bastando

---

34 Redação presente nos Embargos Infringentes n. 0015478-03.2007.4.03.6105.

que o contribuinte mantenha no exterior, a qualquer título, depósitos não declarados à repartição federal competente.

Os órgãos destinatários da declaração, segundo a melhor posição doutrinária, são o BACEN e a Receita Federal do Brasil.

O tipo penal visa à proteção de dois bens jurídicos distintos, o Sistema Financeiro Nacional e o Sistema Tributário Nacional. Ademais, continua em plena vigência a legislação que trata do dever de fiscalização da Receita Federal do Brasil sobre o patrimônio das pessoas físicas e jurídicas residentes no País.

Somado a isso, a Lei n. 13.254/2016 (Lei da Repatriação), que implementou o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT), estabeleceu uma preponderância da Receita Federal do Brasil em relação ao BACEN no que toca à atribuição de receber as informações da pessoa física ou jurídica sobre ativos clandestinos no exterior.

Mesmo não havendo a necessidade de outras formas de integração normativa, a não ser relacionada ao termo *repartição competente*, parte da jurisprudência ainda vem utilizando os atos expedidos pelo CMN e pelo BACEN como condicionantes à adequação típica do crime de evasão-depósito.

Para essas normas (Resolução CMN n. 3.854/2010, Circular BACEN n. 3.624/2013 e suas antecedentes), os agentes detentores de bens e valores no exterior estarão dispensados automaticamente da Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior se no dia 31 de dezembro do ano-base mantiverem fora do território nacional ativos financeiros inferiores a US\$ 100.000,00.

Ocorre que, como visto, o tipo penal principal se encontra totalmente definido, não possuindo espaço para a inclusão externa de circunstâncias de tempo e modo de execução. A técnica de remissão adotada viola o princípio da legalidade, pois faz com que as normas administrativas do CMN e do BACEN acabem por se sobrepor à escolha autêntica do Poder Legislativo, de modo a esvaziar o núcleo da conduta proibida.

Além disso, sob a ótica da hierarquia legal e do poder regulamentar conferido ao Poder Executivo, observa-se também que os atos expedidos pelo CMN e pelo BACEN (complementos normativos secundário e terciário) criaram uma isenção financeira e uma data-base restrita não congruentes ou previamente autorizadas pelo Decreto-Lei n. 1.060/1969 e pela Medida Provisória n. 2.224/2001 (complementos normativos primários).

Assim, a edição das normas administrativas não está em conformidade com as normas superiores nas quais se fundamentaram.

Por fim, a aplicação dos regulamentos do CMN e do BACEN no âmbito criminal é um facilitador legal da reiteração do crime de evasão-depósito, haja vista que o contribuinte de má-fé pode *maquiar* o saldo financeiro poucos dias antes da data-base (dia 31 de dezembro), livrando-se da fiscalização e da repressão das autoridades competentes.

Tolerar tal ocorrência, com base nos valiosos bens jurídicos em jogo, não é aceitável à luz princípio da proporcionalidade, em face da proibição de proteção legislativa deficiente.

Portanto, pode-se afirmar que há uso inconstitucional, ilegal e abusivo das normas complementares do CMN e do BACEN para fins de juízo de adequação típica da evasão-depósito.

## Referências

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 11. ed. São Paulo: Saraiva. 2017.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. Agências reguladoras e poder normativo. In: ARAGÃO, Alexandre dos Santos (org.). *O poder normativo das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. p. 59-69.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 17. ed. Atualizado por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MENDONÇA, Tarcísio Maciel Chaves de. *Lei penal em branco: um confronto com o princípio da legalidade e análise dos crimes ambientais e econômicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

NUNES, Leandro Bastos. *Evasão de divisas*. 2. ed. Atualizado com a Lava Jato. Salvador: JusPodivm, 2017.

PRADO, Luiz Regis; MAÍLLO, Alfonso Serrano. *Curso de criminologia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. *O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SANCTIS, Fausto Martin de. *Delinquência econômica e financeira: colarinho branco, lavagem de dinheiro, mercado de capitais*. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. *Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à lei federal n. 7.492/86*. São Paulo: Malheiros, 1999.

TÓRTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da lei nº 7.492/86*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

TÓRTIMA, José Carlos; TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Evasão de divisas: uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

VELHO MASI, Carlo. *O crime de evasão de divisas na era da globalização: novas perspectivas dogmáticas, político-criminais e criminológicas*. Porto Alegre: Pradense, 2013.



# Análise da aplicabilidade da colaboração premiada na Justiça Militar da União: a inovação legislativa promovida pela Lei n. 13.491/2017

Lara Carneiro Sampaio

Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Ceará.

**Resumo:** O presente artigo tem como objetivo principal analisar a possibilidade de aplicação do instituto da colaboração premiada aos militares das Forças Armadas, tendo em vista a inovação legislativa conferida pela Lei n. 13.491/2017, que ampliou consideravelmente a competência da Justiça Militar, em especial, a da União. Para tanto, o estudo, realizado por meio de revisão bibliográfica e documental, está dividido em três capítulos: no primeiro, são abordados os principais pontos relacionados à colaboração, levando em consideração, principalmente, o disposto na Lei das Organizações Criminosas (Lei n. 12.850/2013); no segundo, realiza-se uma explanação minuciosa daquela Justiça Especializada, destacando suas principais características e idiossincrasias. O último capítulo apresenta, de fato, o tema deste estudo, uma vez que se discute a viabilidade de aplicar ou não a delação premiada na seara castrense, considerando, unicamente, o disposto na Lei n. 13.491/2017. Por fim, considera-se a delação premiada um mecanismo de defesa a ser fornecido aos militares, pois representa um meio de obtenção de prova primordial no combate ao crime organizado, que, nos dias atuais, é considerado uma grave ameaça ao próprio Estado Democrático de Direito.

**Palavras-chave:** Colaboração premiada. Justiça Militar. Organização criminosa. Lei n. 13.491/2017.

**Abstract:** The purpose of the present study is to analyze the applicability of the plea bargain in the Military Justice, especially that of the Union, in view of the legislative innovation conferred by Law 13.491/2017, which considerably expanded its competence. For this, the study, carried out through bibliographical and documen-

tary review, is divided into three chapters: in the first one, the main points related to collaboration are discussed, mainly taking into account the provisions of the Law of Criminal Organizations (Law 12.850/2013); in the second, a detailed explanation of that Specialized Justice is made, highlighting its main characteristics and idiosyncrasies. The last chapter presents, in fact, the theme of this study, since it discusses the feasibility of applying or not the prize award in the military field, in accordance only with Law 13.491/2017. Finally, the prize award is considered as a trial defense service to be offered to the militaries, since it represents a primordial way of obtaining evidence in the combat against organized crime, which, nowadays, is considered a high threat to the Democratic Rule of Law itself.

**Keywords:** Plea bargain. Military Justice. Criminal organization. Law 13.491/2017.

**Sumário:** 1 Introdução. 2 A colaboração premiada na nova Lei das Organizações Criminosas. 2.1 Das fases da delação premiada. 2.2 Da natureza jurídica do acordo celebrado. 2.3 Dos benefícios e resultados decorrentes do acordo. 2.4 Dos direitos e garantias do colaborador. 3 Justiça Militar brasileira. 3.1 Aspectos gerais da Justiça Militar: conceito e espécies 3.2 Os crimes militares em tempo de paz. 3.3 As modificações no Código Penal Militar decorrentes da Lei n. 13.491/2017. 3.3.1 Da natureza jurídica da nova Lei. 3.3.2 Da nova categoria de crimes militares: os delitos militares por extensão. 4 Análise da aplicabilidade da colaboração premiada na Justiça Militar: da inovação legislativa promovida pela Lei n. 13.491/2017. 5 Considerações finais.

## 1 Introdução

A colaboração premiada, embora já tivesse sido tratada, de maneira esparsa, na legislação penal brasileira, somente foi abordada com maior especificidade e profundidade, adquirindo contornos de natureza processual penal, com a edição da Lei n. 12.850/2013, que representou um avanço no combate ao crime organizado brasileiro, pois inovou ao tipificar penalmente a formação de organizações criminosas, além de inserir, no ordenamento jurídico, várias espécies de meios de obtenção de prova.

Destaque-se que, em virtude da Operação Lava Jato – que trata de investigações e ações penais envolvendo a empresa Petrobrás e diversas empreiteiras em crimes de corrupção, lavagem de dinheiro e afins –, esse instrumento recebeu grande notoriedade e passou a ser alvo de diversas críticas, principalmente no que diz respeito ao seu valor ético e moral. Constatou-se, no senso comum, que a delação premiada passou a ser sinônimo da Operação Lava Jato e praticamente se resumiu a esse caso, o que, diga-se de passagem, é um equívoco. Explica-se.

Conforme o dicionário Houaiss, a palavra *caso*, entre as suas inúmeras significações, pode ser definida como fato ou conjunto de fatos que, em torno de pessoa ou acontecimento, compõem situação problemática e/ou de grande repercussão. Aferiu-se, com base nisso, que tal vocábulo representa um fragmento da vida, prestando-se tão somente como meio de demonstração.

Nesse sentido, buscando ampliar o campo de estudo dessa técnica de investigação tão importante para o deslinde da persecução penal, bem como demonstrar que seus aspectos vão muito além dos tratados no caso *sus* mencionado, o presente artigo será desenvolvido com o intuito primordial de analisar a possibilidade de aplicar, ou não, esse meio de obtenção de prova à Justiça Militar da União, ou melhor, aos militares das Forças Armadas.

Não obstante seus 210 anos de história, essa Justiça Especializada é pouco conhecida e estudada, sendo considerada por muitos estudiosos da área jurídica como uma despesa desnecessária, no sentido de despesa financeira à coisa pública. Para quem não conhece o seu funcionamento, lançar números e comentários falaciosos à opinião pública, em um País onde as desigualdades sociais e intelectuais são extremamente acentuadas, favorece as críticas e manifestações negativas – muitas vezes absurdas e não condizentes com a realidade – a essa instituição.

Acredita-se que este trabalho poderá vir a contribuir para produções científicas mais aprofundadas e detalhadas sobre o tema, despertando nos estudiosos, não só do Direito mas também de outros cursos, o interesse pelo conhecimento acerca da colaboração

premiada, bem como da Justiça Militar, revelando, desse modo, o seu claro potencial modificador da realidade. Assim, a fim de atingir o seu real objetivo, o artigo foi desenvolvido por meio de revisão bibliográfica, baseada tanto em livros doutrinários, trabalhos acadêmicos e artigos publicados na Internet quanto em legislações e jurisprudências brasileiras pertinentes ao tema ora estudado.

Ademais, o presente trabalho está dividido em três capítulos: no primeiro, é dado enfoque aos principais elementos acerca da colaboração premiada, tendo como referência os aspectos normativos da Lei n. 12.850/2013. No segundo, aborda-se, de maneira pormenorizada, os aspectos relacionados à Justiça Militar, em especial a da União, destacando suas principais características e peculiaridades, bem como as mudanças ocasionadas pelo novel legislativo n. 13.491/2017. Por fim, o terceiro capítulo trata do tema ora estudado, pois é analisada a possibilidade de aplicar ou não a delação premiada na seara castrense, considerando tão somente a ampliação da competência da Justiça Militar por aquela lei.

## **2 A colaboração premiada na nova Lei das Organizações Criminosas**

A Lei n. 12.850, também conhecida como a nova Lei das Organizações Criminosas (LOC), foi promulgada no dia 2 de agosto de 2013 e, para além de conceituar organização criminosa<sup>1</sup>, dedicou-se também às disposições referentes a investigação e procedimento criminais, infrações penais correlatas e meios de obtenção da prova, destacando-se a colaboração premiada, prevista em seu art. 3º, que, embora já estivesse expressa em outras legislações, somente com ela foi elevada à categoria de negócio jurídico processual.

Ademais, apesar de esse novo mecanismo de defesa ser considerado uma ferramenta eficaz no combate ao crime organizado,

---

1 Art. 1º, § 1º, LOC: “Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional”.

que, nos dias atuais, representa uma grave ameaça ao próprio Estado Democrático de Direito, ele é bastante criticado, especialmente em relação a seu suposto caráter antiético, sob o fundamento de que o Estado, ao mesmo tempo em que penaliza a deslealdade e a traição<sup>2</sup>, dissemina tais práticas na sociedade, que as reprova extremamente.

Conforme Carvalho (2009, p. 146), “muito além de um instrumento de desintegração social, a delação, na perspectiva ética, é um desvalor, que se choca com a concepção de Estado fundado na dignidade da pessoa humana”. Assim, para os críticos desse instrumento de investigação, não há coerência na postura do Estado ao premiar um indivíduo que age de forma contrária aos valores de ordem social, como a lealdade, a solidariedade e o respeito.

## 2.1 Das fases da delação premiada

Não obstante o acordo possa ser firmado em qualquer fase da persecução penal, desde a investigação criminal até a execução da pena, o presente estudo analisará apenas, de forma detalhada, o procedimento que ocorre durante a etapa pré-processual, tendo em vista ser o mais utilizado.

Antes de tratar, minuciosamente, de cada etapa, frise-se que é imprescindível, em qualquer uma delas, a presença do advogado constituído ou do defensor público, pois ele será responsável por fiscalizar a atuação do membro do Ministério Público (MP) ou da autoridade policial, devendo assegurar o cumprimento e o respeito dos direitos reservados ao indivíduo colaborador. Também, sempre que for possível, devem os atos de colaboração ser registrados por meios ou recursos de gravação.

Nesse diapasão, o primeiro momento do acordo de colaboração premiada é marcado pelas tentativas de negociação realizadas entre o Ministério Público ou o delegado de polícia e o integrante da organização criminosa que deseja, além de confessar o seu envol-

---

2 Art. 61, CP/1940: “São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime: [...]; II - ter o agente cometido o crime: [...]; c) à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação, ou outro recurso que dificultou ou tornou impossível a defesa do ofendido”.

vimento no fato criminoso, fornecer subsídios importantes para a investigação. Note-se que o magistrado não participará dessa fase, objetivando resguardar sua imparcialidade, e que o investigado/acusado não deverá fornecer detalhadamente todas as informações que tem sob o seu poder<sup>3</sup>. Essas declarações, uma vez que são fornecidas sem qualquer respaldo no contraditório e na ampla defesa, em hipótese alguma poderão ser utilizadas como meio probatório.

Além disso, a primeira parte do art. 4º, § 14, da LOC estabelece que, nos depoimentos prestados pelo colaborador, haverá renúncia, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio. Quanto a essa previsão legislativa, é importante esclarecer que há uma atecnia em seu texto, pois o indivíduo, ao colaborar com a autoridade competente, não renuncia ao seu direito ao silêncio, mas sim abdica do seu direito de exercê-lo. Tanto é verdade que, caso ele decida se retratar da proposta (retirar as declarações apresentadas), as provas autoincriminatórias não poderão ser utilizadas exclusivamente em seu desfavor, mas apenas contra terceiros.

Superado esse momento inicial e ajustadas as cláusulas que cada parte se comprometerá a cumprir, passa-se para a fase de formalização, em que será elaborado, por escrito, e assinado pelos interessados, um termo, no qual deverá constar basicamente um resumo de tudo o que fora discutido e firmado na primeira etapa, nos limites pré-estabelecidos pelo art. 6º da LOC<sup>4</sup>.

Ato contínuo, o respectivo termo, acompanhado das declarações do colaborador e de cópia da investigação, será remetido ao

---

3 Segundo Vasconcellos (2017, p. 178), deve-se propor, inicialmente, a formalização de um pré-acordo entre o agente da acusação e o delator, de modo que aquele, se comprometendo a não utilizá-los em prejuízo deste, pedirá amostras das informações incriminatórias que serão *a posteriori* fornecidas. Tal procedimento teria como objetivo conferir maior segurança jurídica às partes.

4 Art. 6º, LOC: “O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: I - o relato da colaboração e seus possíveis resultados; II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia; III - a declaração de aceitação do colaborador e de seu defensor; IV - as assinaturas do representante do Ministério Público ou do delegado de polícia, do colaborador e de seu defensor; V - a especificação das medidas de proteção ao colaborador e à sua família, quando necessário”.

magistrado, que ficará responsável por realizar um juízo de delibação daquele, verificando se foram respeitados a legalidade do acordo e os requisitos formais previstos em lei, sem exercer qualquer julgamento quanto ao mérito da pretensão acusatória. Caso entenda necessário, poderá, sigilosamente, convocar o colaborador para que forneça maiores informações de como se deu o procedimento de negociação.

Como destacado pelo ministro Dias Toffoli, relator do HC 127.483/PR<sup>5</sup>, “o juiz, ao homologar o acordo de colaboração, não emite nenhum juízo de valor a respeito das declarações [...], tampouco confere o signo da idoneidade a seus depoimentos posteriores”, sendo essa fase homologatória importante apenas para que o acordo produza os efeitos jurídicos pretendidos pelas partes.

Outrossim, como previsto no art. 7º da LOC, o pedido de homologação deverá ser distribuído de forma sigilosa e nele haverá apenas informações genéricas, de modo a evitar a identificação do colaborador e da matéria tratada no acordo. Demais disso, até o recebimento da denúncia pelo juízo competente, serão os autos disponibilizados somente para as partes que participaram da tratativa e para o juiz.

Caso a proposta esteja em consonância com os requisitos legais, o juiz deverá homologá-la. Em caso contrário, terá duas opções: rejeitá-la ou enviá-la novamente para os interessados, para que façam as alterações pertinentes. Assim, uma vez homologado, o órgão de acusação oferecerá denúncia, e, tão logo seja recebida, inicia-se a fase processual.

Com a abertura formal do processo, começa-se, de fato, a execução da colaboração premiada, pois é nessa etapa que o colaborador prestará, de forma minudente, todas as informações, conforme se comprometeu. Ainda nesse momento, segundo o art. 4º, § 9º, da LOC, poderá o delegado de polícia, bem como o membro do MP, ouvir as declarações prestadas pelo agente colaborador.

---

5 BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Tribunal Pleno). *Habeas Corpus 127.483/PR*. Paciente: Erton Medeiros Fonseca. Impetrante: José Luiz Oliveira Lima e outro(a/s). Coator: Relator da PET 5244 do Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Dias Toffoli, 27 de agosto de 2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10199666>.

Por fim, mas não menos importante, chega-se à fase de sentenciamento, em que será exercido, pelo magistrado, o juízo de valoração do acordo, ou seja, será analisado se realmente a cooperação prestada pelo delator foi eficaz e se ele faz jus ao benefício previsto.

## 2.2 Da natureza jurídica do acordo celebrado

Inicialmente, a colaboração premiada era considerada um instituto de direito material, visto que se vinculava a determinados tipos penais. A lei que trata da proteção às testemunhas e aos colaboradores, por exemplo, conferiu à delação a natureza jurídica de causa extintiva de punibilidade ao prever, em seu art. 13 da Lei n. 9.807/2013, o perdão judicial para aquele que colaborasse de maneira efetiva e voluntária com a investigação policial. Do mesmo modo, a legislação que dispõe sobre os crimes de lavagem de dinheiro, em seu art. 1º, § 5º, da Lei n. 9.613, previu, além daquela, a natureza jurídica de causa de fixação de regime inicial aberto ou semiaberto.

Entretanto, com a edição da Lei n. 12.850/2013, o instituto passou a ser considerado uma norma bifuncional de conteúdo misto ou variado, pois adquiriu o *status* de negócio jurídico processual<sup>6</sup>, que pode ser definido como a declaração de vontade unilateral ou bilateral, cujo objetivo precípua é a produção de efeitos na seara processual penal.

Para caracterizar a colaboração premiada, é necessário, antes de tudo, expor a diferença entre meios de prova e meios de obtenção de prova. Estes estão relacionados aos procedimentos previstos em lei adotados pelos agentes investigativos com o objetivo de obter elementos probatórios que auxiliarão em toda a persecução penal. Aqueles, por sua vez, dizem respeito a uma atividade endoprocessual, que envolve tanto o órgão julgador quanto as partes interessadas, cuja finalidade é introduzir elementos de prova ao processo.

---

6 No julgamento do HC 127.483/PR, pelo Supremo Tribunal Federal, foi exposto que “[...] a colaboração premiada é um negócio jurídico processual, uma vez que, além de ser qualificada expressamente pela lei como ‘meio de obtenção de prova’, seu objeto é a cooperação do imputado para a investigação e para o processo criminal, atividade de natureza processual, ainda que se agregue a esse negócio jurídico o efeito substancial (de direito material) concernente à sanção premial a ser atribuída a essa colaboração”.

Com base nisso, podem ser elencadas as seguintes distinções: enquanto o meio de prova se presta a fornecer diretamente o elemento probatório necessário ao processo, o meio de obtenção de prova é o instrumento por meio do qual serão obtidos os elementos de prova. Como exemplo daquele tem-se o depoimento de uma testemunha, e deste tem-se a busca e apreensão. Ademais, ao passo que o primeiro envolve apenas às partes do processo, o segundo conta com a ajuda de terceiros alheios ao processo, como a autoridade policial.

Dessa forma, tanto a Lei n. 12.850/2013 quanto o Manual da ENCCLA<sup>7</sup> dispõem sobre a colaboração premiada como meio de obtenção de prova, fundamentado na cooperação da pessoa supostamente envolvida nos fatos investigados. Nesse mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 127.483/PR, confirmou que, de fato, a delação corresponde a um meio de obtenção de prova destinado à obtenção de elementos probatórios.

Outrossim, é possível acreditar que o acordo de colaboração e os depoimentos prestados pelo interessado são sinônimos, possuindo a mesma natureza jurídica. Todavia, embora tênue, há diferença entre eles: aquele, como já exposto à mancha, é uma técnica especial de investigação (meio de obtenção de prova), ao passo que este é o próprio meio de prova. Pode-se dizer que os depoimentos prestados pelo colaborador são apenas um dos diversos atos praticados durante a negociação da colaboração premiada.

Reforçando essa distinção, o art. 4º, § 16º, da LOC dispõe que nenhuma condenação poderá ser motivada única e exclusivamente pelas informações prestadas pelo agente colaborador, devendo este oferecer, além de suas declarações, elementos mais robustos de informação e de prova que sejam capazes de confirmar o que por ele fora dito. A isso, dá-se o nome de regra de corroboração.

---

7 O manual da rede de articulação Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) foi elaborado com o objetivo de orientar e unir órgãos, entidades, instituições e associações no enfrentamento da criminalidade. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/view>.

Sobre esse tema, restou asseverado pelo STF, ainda no HC 127.483/PR, que, enquanto o acordo de colaboração é meio de obtenção de prova, os depoimentos propriamente ditos do colaborador constituem meio de prova, os quais somente se mostrarão hábeis à formação do convencimento judicial se vierem a ser corroborados por outros meios idôneos de prova.

Outro ponto importante a ser destacado é que o acordo de delação não é um direito subjetivo do colaborador, podendo tanto o delegado de polícia quanto o Órgão Ministerial se recusarem a firmá-lo. Isso porque a autoridade responsável pela negociação deverá, antes de propô-la, analisar as circunstâncias pessoais e objetivas do caso concreto, levando em consideração, por exemplo, a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade, a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração.

Ressalte-se, por outro lado, que nada impede que o interessado se disponha a colaborar com a Justiça, independente de qualquer negociação. A isso, dá-se o nome apenas de colaboração, que não deve ser confundida com o acordo previsto na Lei n. 12.850/2013. Aquela, diferentemente desta, é um direito subjetivo do réu, que terá direito aos benefícios da colaboração, ainda que não haja homologação judicial ou acordo firmado com a autoridade competente, desde que preenchidos os requisitos legais.

Assim, em linhas gerais, a delação premiada corresponde a um recurso processual apto a produzir elementos que serão utilizados em juízo, tendo, com isso, a natureza jurídica de meio de obtenção de prova. Destaca-se, todavia, que, por se tratar de um fenômeno que envolve diversos atos processuais, é necessário, ao estudar a sua natureza, definir qual elemento será objeto de análise<sup>8</sup>.

---

8 Conforme Vinícius de Vasconcellos (2017, p. 38-39), “a colaboração premiada, como método de investigação, que se caracteriza como um acordo para cooperação do acusado na produção probatória, é um meio de obtenção de provas. Sob outra perspectiva, seu interrogatório/oitiva será o meio de prova, juntamente com eventuais produções de provas documentais, por exemplo. Por fim, a confissão do delator e as declarações incriminatórias a terceiros serão elementos de prova, como resultados da oitiva do colaborador. Tal mecanismo negocial é, portanto, um fenômeno complexo,

## 2.3 Dos benefícios e resultados decorrentes do acordo

Conforme o art. 4º, *caput*, da LOC, o agente colaborador terá a possibilidade de ter a sua pena privativa de liberdade reduzida em até 2/3 ou convertida em restritiva de direitos, bem como de ser aclamado com o perdão judicial. Todavia, para ser contemplado com qualquer um desses benefícios, é preciso, antes de tudo, que sejam analisadas algumas circunstâncias subjetivas e objetivas<sup>9</sup>, tais como a personalidade do indivíduo, a gravidade e natureza do fato criminoso, entre outras.

Ressalte-se ainda que, para a concessão de qualquer um daqueles prêmios, além dos requisitos citados, é necessário também que o colaborador integre a organização criminosa que está sendo delatada e que as investigações sejam bem-sucedidas. Quer dizer, uma vez fornecidos os elementos de prova pelo delator à autoridade investigativa, deverão aqueles ser eficazes a ponto de alcançar um dos resultados previstos em lei, quais sejam: a identificação dos demais integrantes da organização criminosa; a sua estrutura hierárquica; a prevenção de infrações penais; a recuperação total ou parcial do produto ou proveito do crime; ou a localização da vítima com vida.

Ademais, além da suspensão do oferecimento da denúncia ou do processo por até seis meses, prorrogáveis por igual período, pode o Órgão Ministerial deixar de oferecer denúncia – mitigando, assim, o princípio da obrigatoriedade que rege a ação penal pública – quando o sujeito que está disposto a colaborar não for o líder da organização criminosa e for o primeiro a contribuir de modo eficaz para o deslinde da persecução penal.

Saliente-se, além do mais, que o indivíduo, ao participar das negociações, deve estar ali por vontade própria, exigindo-se, desse

---

que envolve diversos atos e situações processuais, o que ressalta a necessidade de especificação do elemento de que se está a tratar quando da análise de sua natureza”.

9 Art. 4º, § 1º, LOC: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

modo, que a colaboração seja prestada de forma voluntária e não espontânea. Isso quer dizer que não importa o motivo pelo qual o agente foi compelido a colaborar: se a pedido do seu advogado ou por influência de algum familiar, por exemplo; o importante é que não tenha sofrido qualquer tipo de coação.

## 2.4 Dos direitos e garantias do colaborador

Buscando resguardar a integridade física e psicológica do agente colaborador – que poderá eventualmente sofrer ameaça ou coação, colocando sua segurança em risco, ao prestar informações sobre a organização criminosas que integrava –, o legislador brasileiro conferiu-lhe alguns direitos, previstos no art. 5º da LOC, que, segundo o Manual da ENCCLA, são renunciáveis a qualquer tempo, tanto por ele quanto por seu advogado.

O primeiro deles é a utilização de medidas de proteção, previstas, especificamente, no art. 15 da Lei n. 9.807/1999<sup>10</sup>, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Ademais, o art. 9º possibilita a mudança do nome completo tanto do colaborador quanto dos seus familiares, e o art. 19-A dispõe sobre a prioridade na tramitação da persecução penal que envolva o agente.

O segundo, por sua vez, refere-se à preservação da qualificação e dos demais dados pessoais do agente. Como bem destacou Mendonça (2013, p. 34, grifo no original), “o que a lei visa proteger é a intimidade do colaborador contra o público em geral, sobretudo para resguardá-lo da ‘pecha’ de delator ou *dedo duro*”. Desse modo, o sigilo tratado neste dispositivo não se estende às demais partes do processo, principalmente aos outros acusados, que

---

10 Art. 15, Lei n. 9.807/1999: “Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva. § 1º Estando sob prisão temporária, preventiva ou em decorrência de flagrante delito, o colaborador será custodiado em dependência separada dos demais presos. § 2º Durante a instrução criminal, poderá o juiz competente determinar em favor do colaborador qualquer das medidas previstas no art. 8º desta Lei. § 3º No caso de cumprimento da pena em regime fechado, poderá o juiz criminal determinar medidas especiais que proporcionem a segurança do colaborador em relação aos demais apenados”.

de qualquer forma saberão os dados do colaborador quando tiverem acesso ao acordo de delação.

São incluídas, ainda, como direitos a condução, em juízo, em separado, e a participação nas audiências sem que haja qualquer tipo de contato visual com os outros coautores e partícipes. Ademais, proíbe o cumprimento de pena do delator no mesmo estabelecimento prisional destes, bem como garante que o indivíduo tenha a sua identidade preservada frente aos meios de comunicação, não podendo ser fotografado ou filmado sem prévia autorização por escrito.

### **3 Justiça Militar brasileira**

#### **3.1 Aspectos gerais da Justiça Militar: conceito e espécies**

Ramo especializado do Poder Judiciário, a Justiça Militar é conhecida pela presteza com que atua nos processos, uma vez que a celeridade processual é fundamental para a manutenção da ordem e da disciplina na seara militar, impedindo, segundo Magalhães (2007, p. 19), que seja criado um ar de impunidade no âmbito das instituições castrenses.

Sustenta-se a ideia de que essa Justiça seria, na verdade, um Tribunal de Exceção – fruto de um regime autoritário –, não sendo compatível com o caráter democrático e liberal do Estado brasileiro. Todavia, tal argumento não é válido, pois o próprio art. 5º, XXXVII, da Carta Magna consagra o princípio do juízo natural, que pode ser interpretado sob duas vertentes: a primeira delas diz respeito à vedação de se criarem tribunais de exceção, buscando proibir a instituição exclusiva ou casuística de órgão do Poder Judiciário; a segunda, por sua vez, está relacionada à exigência de se terem previamente definidas em lei as competências do órgão julgador.

Ademais, saliente-se que essa Justiça Especializada é dividida em Justiça Militar da União (JMU), prevista nos arts. 122 a 124 da Carta Magna de 1988, e Justiça Militar Estadual (JME), insculpida nos § 3º ao 5º do art. 125 da CF/1988<sup>11</sup>, bem como possui como princípios

---

11 O seu atual embasamento constitucional, delimitado no art. 125, § 3º ao § 5º, estabelece a composição da JME da seguinte maneira: a primeira instância é cons-

basilares de sua estrutura organizacional a hierarquia e a disciplina<sup>12</sup>, que garantem a máxima eficácia, poder e controle das Forças Armadas sobre os seus integrantes. Tais valores manifestam-se também por meio da camaradagem, do espírito de corpo, do patriotismo, do civismo, da lealdade, entre outros preceitos fundamentais inerentes à carreira d'Armas.

### 3.2 Os crimes militares em tempo de paz

Antes da edição da Lei n. 13.491/2017, o art. 9º do Código Penal Militar estabelecia os critérios definidores dos crimes militares em tempos de paz, classificando-os em próprios ou impróprios. Tal divisão tinha como embasamento o art. 5º, LXI, da Carta Magna, referente ao princípio da presunção de inocência, que excepciona a transgressão e o crime propriamente militar da necessidade do estado de flagrância ou da ordem da autoridade judiciária competente para ser decretada a prisão de determinado indivíduo.

A respeito das ressalvas previstas no texto constitucional, cabe destacar a diferença entre transgressão e crime militar, que consiste basicamente na natureza quantitativa de cada um deles: enquanto aquela se restringe ao ambiente administrativo da corporação e à aplicação de medidas disciplinares pelo próprio militar, hierarquicamente superior, este se relaciona a comportamentos mais gravosos, que colocam em risco os princípios institucionais das organizações militares, sendo, por isso, resolvido em âmbito judicial, com a aplicação de sanções mais graves.

---

tituída pelo Conselho Permanente de Justiça e pelo Conselho Especial de Justiça, responsáveis, respectivamente, por processar e julgar os praças, bem como os oficiais subalternos, intermediários e superiores das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros, sendo compostos por quatro juízes militares e um juiz de direito. Diferentemente da JMU, esta Justiça é competente apenas para processar e julgar militares, não sendo destinada a civis que cometam delitos militares. Assim, no caso de coautoria, faz-se necessária a separação dos processos.

12 Art. 142, CF/1988: “As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem”.

No tocante à distinção entre as categorias de delitos militares, a teoria clássica define crime puro ou propriamente militar como aquele que só pode ser cometido por militares, pois são violados deveres próprios da vida na caserna. Segundo Bandeira (1925, p. 117), pressupõe-se, neste tipo de crime, a “qualidade militar no ato e caráter militar no agente”, constituindo “um resíduo de infrações irreduzíveis ao direito comum”. Assim, esta espécie de crime refere-se apenas aos delitos que estão previstos no Código Penal Militar (CPM) e que são praticados pelos agentes das Forças Armadas.

Por outro lado, o delito impropriamente militar corresponde às infrações comuns que foram praticadas por militares ou em local sob a administração militar e às infrações militares cometidas por civis. Procura-se resguardar, com essa classificação, os bens e os interesses inerentes às instituições castrenses, que se fundamentam basicamente nos princípios da hierarquia e da disciplina.

Não obstante a excelente classificação e definição elaboradas pela teoria clássica, atualmente essa teoria não é mais considerada apropriada, pois não resolve a problemática do crime de insubmissão<sup>13</sup>: sua previsão consta apenas no Código castrense, mas o sujeito ativo é civil. Com isso, tem-se o seguinte questionamento: em qual categoria deverá ser enquadrado?

Buscando responder esta pergunta, foi criada a *nova teoria*, aplicada na atualidade, que define crime propriamente militar como todo aquele cuja ação penal somente pode ser proposta contra militar. Ou seja, é imprescindível, nessa espécie delitiva, o *status* de militar para que seja oferecida a denúncia, tornando-se, assim, condição de procedibilidade da persecução penal. Além disso, os delitos impropriamente militares correspondem aos tipos legais previstos tanto no CPM quanto no Código Penal Comum.

Outrossim, apesar de o diploma castrense não apresentar expressamente a definição de crime militar, o critério predominante adotado por ele para enquadrar determinada conduta em suas tena-

---

13 Art. 183, CPM: “Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação”.

zes foi o *ratione legis*, que permite caracterizar o delito militar como aquele definido como tal pela norma especial. Além deste, foram aplicados também mais quatro critérios: *ratione materiae*, em que tanto o ato praticado quanto o indivíduo envolvido precisam ter a qualidade de militar, como no caso da deserção (art. 187, CPM); *ratione personae*, no qual somente o sujeito ativo necessita ter o *status* de militar, como ocorre no crime de motim (art. 149, CPM); *ratione loci*, que exige apenas que o delito seja praticado em local sujeito à administração militar, como o disposto no art. 9º, II, *b*, do CPM; e *ratione temporis*, que leva em consideração a época em que a infração foi praticada, como no tempo de guerra (art. 10, CPM).

### 3.3 As modificações no Código Penal Militar decorrentes da Lei n. 13.491/2017

Na contramão do entendimento sustentado pelo Conselho Nacional de Justiça<sup>14</sup>, que defende a extinção da Justiça Militar (JM), a Lei n. 13.491/2017, ao alterar o art. 9º, II e §§ 1º e 2º, do Código Penal Militar, conferiu mais poderes a essa Justiça Especializada, ampliando o seu âmbito de atuação e redefinindo alguns crimes militares. Conforme a justificativa do seu Projeto de Lei (PL n. 5.768/2016)<sup>15</sup>, o objetivo inicial dessa mudança era resguardar os militares nas ações de garantia da lei e da ordem, assegurando o devido amparo legislativo quando se envolvessem na prática de condutas delituosas, como, por exemplo, no crime doloso contra a vida de civil.

O texto original do PL n. 5.768/2016 estruturava-se em três artigos, mas posteriormente foi vetado o art. 2º – que previa sua vigência temporária<sup>16</sup> – sob o fundamento de que as suas normas

14 Em 2012, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou uma comissão para estudar a extinção da Justiça Militar (tanto a Federal quanto a Estadual) sob o pretexto de que há quantidade irrisória de processos, não justificando, assim, as despesas realizadas.

15 Disponível em: <https://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2090691>. Acesso em: 10 nov. 2018.

16 Art. 2º, Lei n. 13.491/2017: “Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada”.

não deveriam ter caráter transitório em razão da segurança jurídica e de que o emprego recorrente das Forças Armadas exigia uma norma permanente para regular a questão, evitando-se, também, que a competência de Tribunal com limitação temporal estabelecesse a ideia de um Tribunal de Exceção. Os arts. 1º e 3º, por sua vez, permaneceram intactos, sendo responsáveis, respectivamente, por estender a competência da Justiça Militar e prever a imediata vigência da Lei.

### 3.3.1 Da natureza jurídica da nova Lei

Quanto à natureza jurídica desse novel legislativo, Foureaux (2017, p. 2) dispõe que, não obstante a alteração tenha ocorrido em diploma de caráter material (Código Penal Militar), a Lei n. 13.491/2017 teria conteúdo essencialmente processual, uma vez que foi responsável por ampliar a competência da Justiça Castrense, regulamentando os aspectos procedimentais ou a forma dos atos processuais. Desse modo, seria possível defini-la como uma norma processual heterotópica.

Em parecer contrário, Galvão (2017, p. 1) defende que essa nova lei seria uma norma material com produção de efeitos secundários de natureza processual: para aplicar o caráter processual, responsável por ampliar a competência da JM, é necessário que haja a caracterização do crime militar, que é o aspecto material da norma. Desse modo, tal aspecto e tal caráter não deveriam ser considerados em separado, pois o efeito processual dependeria da concretização do aspecto material, o que classificaria essa nova disposição legislativa como norma híbrida, ou seja, de duplicidade de conteúdos.

Corroborando com este pensamento, Cabette (2017, p. 2) acrescenta que o deslocamento da competência para a Justiça Militar – aspecto processual – somente deveria ocorrer quando não implicasse agravamento da situação do réu<sup>17</sup>, sob o risco de ferir o art. 5º, XL,

---

17 Nesse mesmo sentido, Coimbra Neves (2017, p. 6) assevera que “os aspectos processuais, que teriam aplicação imediata, necessariamente seguirão a aplicação do direito material, posto que somente serão avaliados se a nova lei for aplicada, o que ocorrerá apenas nos casos praticados após a sua publicação, salvo em alguma hipótese de lei mais benéfica ou mesmo em que se conclua ocorrer a *abolitio criminis*”.

da CF/1988<sup>18</sup>. Por outro lado, Roth (2018) defende que somente haverá aplicação do princípio da irretroatividade da lei penal mais gravosa em relação ao aspecto penal da norma, e será aplicado o princípio do *tempus regit actum* – aplicação imediata da lei –, sendo ou não mais benéfico ao réu, quando se tratar da natureza processual da Lei.

Note-se, diante dos fatos expostos, que, em virtude de ser um tema novo e ainda pouco discutido, não há consenso quanto à natureza jurídica da Lei n. 13.491/2017. Acredita-se, todavia, que ela deve ser classificada como norma híbrida, com dupla personalidade, ora se portando como diploma de natureza processual, ora como de aspecto material, razão pela qual deverá ser aplicado, independentemente da sua natureza, o princípio da irretroatividade da lei penal.

### *3.3.2 Da nova categoria de crimes militares: os delitos militares por extensão*

Como já discutido, a Lei n. 13.491/2017 ampliou consideravelmente o rol de tipos penais aplicados à seara militar, pois transferiu para a Justiça Especializada a competência, até então da Justiça Comum, dos delitos previstos nos vários dispositivos penais.

Anteriormente, a redação do inciso II do art. 9º do CPM definia crimes militares em tempo de paz como aqueles previstos tanto nesse diploma quanto na legislação penal comum, ambas com igual definição, correspondendo aos crimes militares impróprios<sup>19</sup>. Com o seu novo texto normativo<sup>20</sup>, foram incluídas também as infrações penais previstas apenas nas leis criminais (Código Penal e legislação extravagante específica)<sup>21</sup>, o que resultou no enqua-

---

18 Art. 5º, XL, CF/1988: “A lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”.

19 Apenas a título de lembrança, os crimes militares, até a edição da Lei n. 13.491/2017, dividiam-se em próprios e impróprios.

20 Para tornar mais claro o exposto, o art. 9º, II, do CPM estava, anteriormente, redigido da seguinte forma: “os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum [...]”. Agora, dispõe-se da seguinte maneira: “os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal [...]”.

21 Os crimes eleitorais – praticados por candidatos e eleitores – continuam sendo processados e julgados na Justiça Eleitoral.

dramento de qualquer delito existente no ordenamento jurídico brasileiro na competência da Justiça Militar, desde que, por óbvio, seja preenchida pelo menos uma das condições previstas naquele mesmo dispositivo<sup>22</sup>.

Além disso, alterou-se também o seu antigo parágrafo único, que foi transformado em § 1º, mantendo-se a competência do Tribunal do Júri para processar e julgar os crimes dolosos praticados por militares contra a vida de civis. Ressalte-se, todavia, que, em relação aos militares das Forças Armadas, estes somente serão julgados pelo júri federal quando não estiverem agindo em razão das suas atribuições conferidas constitucional e legalmente. Assim, com a inserção do § 2º, estabeleceu-se expressamente a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militares federais no cumprimento de suas missões<sup>23</sup>.

No que diz respeito aos novos tipos penais aplicáveis aos militares, é importante frisar que não foi possível enquadrá-los nas categorias já existentes (crimes militares próprios ou impróprios),

---

22 Hipóteses previstas no art. 9º, II, alíneas *a* e *e* do CPM: “a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; [...]”.

23 Hipóteses em que a JMU terá competência para atuar: “I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: a) Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica; b) Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999; c) Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar; e d) Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965 – Código Eleitoral”.

o que impulsionou a criação de uma nova classificação: os crimes militares por extensão. Destaque-se, todavia, que essa ideia não se encontra pacificada na doutrina, conforme será exposto.

Nesse diapasão, no entendimento de Coimbra Neves (2017, p. 3), essa nova categoria pode ser conceituada como crimes militares extravagantes, já que estes se encontram previstos fora do Código Penal Militar<sup>24</sup>. Por outro lado, Assis (2018, p. 2) garante que não se pode considerá-los extravagantes, porque este termo se relaciona àquilo “que está fora do uso geral, habitual ou comum; estranho, excêntrico”<sup>25</sup>. Roth (2018), por sua vez, conceitua essa nova classe como crimes militares por extensão, destacando que somente seria aplicada quando o crime fosse cometido por militar e estivesse em consonância com uma das hipóteses previstas nas alíneas *a*, *b*, *c*, *d* ou *e* do inciso II do art. 9º do Código Penal Castrense. Caso contrário, continuariam sendo considerados como crimes comuns. O autor exemplifica tal entendimento com a seguinte situação:

Se um menor de 14 anos for obrigado a praticar conjunção carnal ou outro ato libidinoso (art. 217-A, CP), por ação de um militar, em hora de folga e fora do quartel, tratar-se-á de crime comum; se houver uma pesca, em período de defeso, por um militar de folga e fora de local sob administração militar (art. 34 da Lei n. 9.605/98), será um crime comum.

Assim, com a devida *vênia* às demais classificações, considera-se mais coerente a utilização da expressão *crimes militares por extensão*, tendo em vista que os delitos previstos na legislação comum se relacionam por extensão ao Código Penal Militar, desde que, por óbvio, sejam preenchidos os requisitos previstos neste.

---

24 Coimbra Neves (2017, p. 3) destaca que se trata de novos crimes militares, aos quais se dará a designação, doravante, de crimes militares extravagantes, por estarem tipificados fora do Código Penal Militar, e que devem, segundo a teoria clássica, conhecer a classificação de crimes impropriamente militares, para, por exemplo, diante de uma condenação com trânsito em julgado, possibilitar a indução à reincidência em outro crime comum que seja cometido pelo autor, antes do curso do período depurador, nos termos do inciso II do art. 64 do Código Penal Comum.

25 Definição conferida pelo Dicionário Houaiss (2009).

#### **4 Análise da aplicabilidade da colaboração premiada na Justiça Militar: da inovação legislativa promovida pela Lei n. 13.491/2017**

Como demonstrado a mancheias, as alterações promovidas pela Lei n. 13.491/2017 consistiram basicamente na ampliação dos tipos penais militares e, conseqüentemente, da competência da Justiça Militar, dando origem aos crimes militares por extensão, previstos exclusivamente na legislação penal comum.

Além disso, a Lei n. 13.491/2017 alterou também o antigo parágrafo único do art. 9º do CPM, que foi transformado em § 1º, mantendo-se a competência do Tribunal do Júri para processar e julgar os crimes dolosos praticados por militares contra a vida de civis. Ressalte-se, todavia, que, em relação aos militares das Forças Armadas, estes somente serão julgados pelo júri federal quando não estiverem agindo em razão das suas atribuições conferidas constitucional e legalmente. Assim, com a inserção do § 2º, estabeleceu-se expressamente a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militares federais no cumprimento de suas missões.

Baseado nessa inovação legislativa, para que um delito seja considerado crime militar, deverá ser levado em consideração o critério *ratione personae*, e não mais o *ratione legis*. Isto porque não foram alterados, muito menos revogados, os dispositivos que encerram os crimes militares em espécie previstos apenas no Código Penal Castrense ou tipificados também no Código Penal Comum, ainda que de maneira diversa.

Nessa perspectiva, com a mudança da redação do art. 9, II, do Código Penal Militar – que passou a englobar tanto os crimes previstos no Código Castrense quanto os da legislação extravagante –, qualquer delito existente no ordenamento jurídico brasileiro poderá ser enquadrado como de competência da JM, dependendo, todavia, do preenchimento de uma das condições previstas nesse mesmo dispositivo<sup>26</sup>. Assim, é inegável a possibilidade de aplicação da Lei n. 12.850/2013 no âmbito da persecução penal militar.

---

26 Art. 9º, CPM: “ II – Os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: a) por militar em situação de atividade ou assemelhado,

Nas palavras assentadas por Andreucci e Roth (2015, p. 10):

Indiscutivelmente, o instituto da delação premiada se aplica aos procedimentos de Polícia Judiciária Militar (inquérito policial militar – IPM e auto de prisão em flagrante delito – APFD), seja com base na Lei nº 9.807/1999, envolvendo qualquer crime militar, seja com base na Lei nº 12.850/2013, seja nos crimes conexos ao crime organizado, matéria esta que recebeu tratamento na doutrina inaugurada por Ronaldo João Roth e também na jurisprudência.

Ressalte-se que, para que o instituto da colaboração premiada seja aplicado no âmbito da Justiça Militar, não é necessário apenas o preenchimento dos requisitos presentes no art. 9º, II e III, mas também dos tipificados na Lei n. 12.850/2013, que consistem basicamente na presença da voluntariedade, na eficácia do acordo e nas circunstâncias subjetivas e objetivas favoráveis.

Desse modo, para que o acordo de colaboração conduzido pela autoridade judiciária militar seja válido e produza os seus devidos efeitos, é imprescindível que os elementos subjetivos previstos

---

contra militar na mesma situação ou assemelhado; b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; f) revogada.

III – Os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos: a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar; b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo; c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras; d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior”.

tanto na Lei das Organizações Criminosas (art. 4º, § 1º)<sup>27</sup> quanto na Lei n. 13.491/2017 (art. 9º, II) sejam respeitados.

Quanto aos requisitos objetivos, é essencial que o colaborador militar, ao participar das negociações, esteja ali por vontade própria, ou seja, voluntariamente. Ainda, é preciso que as informações fornecidas por ele sejam eficazes a ponto de alcançarem um dos resultados previstos em lei, como a identificação dos demais integrantes da organização criminosa, a sua estrutura hierárquica, entre outros.

Cumpridas todas essas condições, nada impede que a colaboração seja aplicada à persecução penal castrense; ao contrário, acredita-se que é imprescindível para o bom deslinde da investigação penal militar, tendo em vista o seu propósito de tornar mais rápidas as apurações criminais e a aplicação das penas correspondentes, representando, assim, um importante instrumento na luta contra as organizações criminosas formadas no seio das Forças Armadas.

Ademais, é imperioso destacar que, muito embora a Lei n. 12.850/2013 utilize os termos *delegado de polícia* para se referir à autoridade policial responsável por conduzir o acordo de colaboração premiada, nada obsta que o encarregado de polícia judiciária militar também fique incumbido de exercer tal função, visto que ambas as figuras têm poderes equivalentes e análogos, sendo responsáveis por exercerem as mesmas atribuições, consoante o disposto no art. 144, § 4º da Constituição Federal<sup>28</sup> e no art. 8º do Código de Processo Penal Militar (CPPM)<sup>29</sup>.

---

27 Art. 4º, § 1º, LOC: “Em qualquer caso, a concessão do benefício levará em conta a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso e a eficácia da colaboração”.

28 Art. 144, § 4º, CF/1988: “Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares”.

29 Art. 8º, CPPM: “Compete à Polícia judiciária militar: a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria; b) prestar aos órgãos e juízes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas; c) cumprir os mandados de

## 5 Considerações finais

Uma breve análise do que dispõe a Lei n. 12.850/2013 acerca da colaboração premiada permite concluir que, muito embora o instituto já estivesse previsto em diversas outras legislações, como a Lei de Crimes Hediondos e a de Drogas, foi somente com a LOC que o instituto obteve um tratamento mais específico e aprofundado, diante do surgimento e do fortalecimento repentino das organizações criminosas, tendo, inclusive, adquirido o *status* de negócio jurídico processual.

Conforme mencionado alhures, esse instrumento recebeu maior notoriedade com a Operação Lava Jato, o que, de certa forma, maculou a sua imagem, pois o modo como foi aplicado nessas investigações não correspondia muitas vezes ao disposto na legislação pertinente. E, justamente por isso, buscando expandir o campo de pesquisa para além das questões tratadas naquele caso, o presente artigo propôs-se a analisar a viabilidade da aplicação do instituto da colaboração premiada aos militares das Forças Armadas.

Nesse contexto, apontou-se que a delação, de natureza tanto material quanto processual penal, pode ser classificada como um meio de obtenção de prova por meio do qual uma benesse legal, como a redução da pena em até dois terços, é oferecida ao investigado/acusado, que, em troca, deverá fornecer elementos de prova ou informações capazes de elucidar questões atinentes à persecução penal, contribuindo, inclusive, para derruir a organização criminosa a que pertencia.

Desse modo, considera-se a colaboração premiada um meio de obtenção de prova primordial no combate ao crime organizado, o qual, nos dias atuais, representa uma grave ameaça ao próprio Estado

---

prisão expedidos pela Justiça Militar; d) representar a autoridades judiciárias militares acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado; e) cumprir as determinações da Justiça Militar relativas aos presos sob sua guarda e responsabilidade, bem como as demais prescrições deste Código, nesse sentido; f) solicitar das autoridades civis as informações e medidas que julgar úteis à elucidação das infrações penais, que esteja a seu cargo; g) requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar; h) atender, com observância dos regulamentos militares, a pedido de apresentação de militar ou funcionário de repartição militar à autoridade civil competente, desde que legal e fundamentado o pedido”.

Democrático de Direito. E nada mais óbvio do que fornecer esse mecanismo de defesa aos militares, pois são eles os responsáveis por defender a Pátria, garantir os poderes constitucionais e manter a lei e a ordem.

Outrossim, acredita-se que a aplicação da Lei n. 12.850/2013 na seara castrense contribuirá de forma significativa para o desenvolvimento das técnicas de investigação utilizadas pela Polícia Judiciária Militar, proporcionando soluções mais ágeis e eficazes aos casos investigados e reforçando a presteza com que a Justiça Militar atua nos processos.

Por fim, mas não menos importante, propõe-se uma reforma na classificação dos crimes militares – buscando tornar mais claro e didático o estudo deste novel legislativo –, no sentido de que sejam tratados como espécies do gênero *crimes militares* os delitos propriamente militares e os delitos militares por extensão. Dentro destes, ficariam as subespécies dos crimes previstos na legislação extravagante e aqueles previstos tanto nesta quanto na norma penal comum (crimes impropriamente militares).

## Referências

ALVES-MARREIRO, Adriano. Lei 13.491/2017, uma breve análise sobre a mudança da natureza comum para militar de certos casos de crimes dolosos contra a vida. In: ARASHIRO, Natalie *et al.* *GEN Jurídico*. São Paulo, 27 nov. 2017. Disponível em: <http://genjuridico.com.br/2017/11/27/lei-13-4912017/>. Acesso em: 19 set. 2018.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio; ROTH, Ronaldo João. A colaboração premiada e sua aplicação na persecução penal militar. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 116, p. 9-12, nov./dez. 2015.

ARAS, Vladimir. As novas competências da justiça militar após a lei 13.491/2017. In: ARAS, Vladimir. *Blog do Vlad*, [s. l.], 18 out. 2017. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2017/10/18/as-novas-competencias-da-justica-militar-apos-a-lei-13-4912017/>. Acesso em: 19 set. 2018.

ARAS, Vladimir. O silêncio, a delação e a mentira no processo penal. *In: ARAS, Vladimir. Blog do Vlad*, [s. l.], 1 jun. 2012. Disponível em: <https://vladimiraras.blog/2012/06/01/o-silencio-a-delacao-e-a-mentira-no-processo-penal/>. Acesso em: 12 ago. 2018.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

ASSIS, Jorge César de. A lei 13.491/17 e a alteração no conceito de crime militar: primeiras impressões – primeiras inquietações. *In: ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da et al. Observatório da Justiça Militar*. Belo Horizonte, 18 jan. 2018. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/18/A-Lei-1349117-e-a-altera%C3%A7%C3%A3o-no-conceito-de-crime-militar-primeiras-impress%C3%B5es-%E2%80%93-primeiras-inquieta%C3%A7%C3%B5es>. Acesso em: 19 set. 2018.

BANDEIRA, Esmeraldino Olímpio Torres. *Tratado de direito penal militar brasileiro*. 3. ed. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925. Parte Geral, v. 1.

BRASIL. Ministério Público Federal. *Manual: colaboração premiada*. Brasília: ENCCLA, jan. 2014. Disponível em: [http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/at\\_download/file](http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/sci/dados-da-atuacao/eventos-2/eventos-internacionais/conteudo-banners-1/enccla/restrito/manual-colaboracao-premiada-jan14.pdf/at_download/file). Acesso em: 11 ago. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5.508/DF*. Relator: Min. Marco Aurélio, 13 de dezembro de 2017. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, 2016. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5508MMA.pdf>. Acesso em: 14 ago. 2018.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Crimes militares e a Lei 13.491/17 em relação ao direito intertemporal. In: ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da *et al.* *Observatório da Justiça Militar*. Belo Horizonte, 3 dez. 2017. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/12/03/CRIMES-MILITARES-E-A-LEI-1349117-Em-Rela%C3%87%C3%83O-AO-DIREITO-INTERTEMPORAL>. Acesso em: 23 set. 2018.

CARVALHO, Natália Oliveira de. *A delação premiada no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. Disponível em: [https://www.passeidireto.com/arquivo/19065939/a-delacao-premiada-no-brasil\\_nodrm](https://www.passeidireto.com/arquivo/19065939/a-delacao-premiada-no-brasil_nodrm). Acesso em: 20 ago. 2018.

CASO. In: DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

COIMBRA NEVES, Cícero Robson. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 126, p. 23-28, set./dez. 2017. Disponível em: <http://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2017/11/apresentacao-workshop-lei-13491-cicero.pdf>. Acesso em: 23 set. 2018.

COIMBRA NEVES, Cícero Robson; STREIFINGER, Marcello. *Manual de direito penal militar*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

CORRÊA, Daniel Marinho. Aspectos gerais da justiça militar. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, ano XIV, n. 89, jun. 2011. Disponível em: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9848](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9848). Acesso em: 3 set. 2018.

COSTA, Vagner Magalhães. Aplicabilidade da lei de organização criminosa aos crimes militares. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, ano 42, n. 27, p. 291-308, nov. 2017.

EXTRAVAGANTE. *In*: DICIONÁRIO Houaiss da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

FOUREAUX, Rodrigo. A Lei 13.491/17 e a ampliação da competência da Justiça Militar. *In*: ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da *et al.* *Observatório da Justiça Militar*. Belo Horizonte, 12 nov. 2017. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/12/A-Lei-1349117-e-a-amplia%C3%A7%C3%A3o-da-compet%C3%Aancia-da-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em: 23 set. 2018.

GALVÃO, Fernando. Natureza material do dispositivo que amplia o conceito de crime militar e o deslocamento dos inquéritos e processos em curso na Justiça Comum para a Justiça Militar. *In*: ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da *et al.* *Observatório da Justiça Militar*. Belo Horizonte, 23 nov. 2017. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2017/11/23/Natureza-material-do-dispositivo-que-amplia-o-conceito-de-crime-militar-e-o-deslocamento-dos-inqu%C3%A9ritos-e-processos-em-curso-na-Justi%C3%A7a-Comum-para-a-Justi%C3%A7a-Militar>. Acesso em: 23 set. 2018.

GOMES, Luiz Flávio; SILVA, Marcelo Rodrigues da. *Organizações criminosas e técnicas especiais de investigação*. Salvador: Juspodivm, 2015.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Legislação criminal especial comentada: volume único*. 5. ed. revista, atualizada e ampliada. Salvador: Juspodivm, 2017.

MAGALHÃES, Yuri Cavalcante. *Aspectos da Justiça Militar sob a ótica da Constituição Federal de 1988*. 2007. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Faculdade de Direito, Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, 2007. 106p.

MENDONÇA, Andrey Borges de. A colaboração premiada e a nova lei do crime organizado (Lei 12.850/2013). *Revista Eletrônica do Ministério Público Federal – Custos Legis*, Brasília, v. 4, 2013. Disponível em: <http://www.prrj.mpf.mp.br/sala-de-imprensa/publicacoes/custos-legis/a-colaboracao-premiada-e-a-nova-lei-do-crime-organizado-lei-12.850-2013/view>. Acesso em: 11 ago. 2018.

REBOUÇAS, Sérgio. *Curso de direito processual penal*. Salvador: Juspodivm, 2017.

ROTH, Ronaldo João. Os delitos militares por extensão e a nova competência da Justiça Militar (lei 13.491/17). In: ROCHA, Fernando Antônio Nogueira Galvão da et al. *Observatório da Justiça Militar*. Belo Horizonte, 20 jan. 2018. Disponível em: <https://www.observatoriodajusticamilitar.info/single-post/2018/01/20/Os-delitos-militares-por-extens%C3%A3o-e-a-nova-compet%C3%Aancia-da-justi%C3%A7a-militar-Lei-1349117>. Acesso em: 28 maio 2019.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano; MELLO, Gabriela Starling Jorge Vieira de. A voluntariedade da colaboração premiada e sua relação com a prisão processual do colaborador. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 1, p. 189-224, jan./abr. 2017. Disponível em: <http://www.ibraspp.com.br/revista/index.php/RBDPP/article/view/40/57>. Acesso em: 23 set. 2018.

VASCONCELLOS, Vinicius Gomes de. *Colaboração premiada no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.



# Reforma Agrária



# A interface entre o Direito e a Literatura brasileira como mecanismo de reflexão acerca da reforma agrária

Arthur Ramos do Nascimento

Docente efetivo da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Agrário pela Universidade Federal de Goiás (UFG).

Larissa dos Reis Maria

Graduanda do curso de Direito da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da UFGD.

**Resumo:** O presente artigo versa sobre o papel da Literatura brasileira, em comunhão com o Direito Agrário, como mecanismo de reflexão acerca da Reforma Agrária. Para tanto, utilizou-se da interface existente entre as disciplinas, por meio de análise discursiva literária com perspectiva jurídica, de maneira a evidenciar a importância destas quando fundidas. Esse diálogo permite averiguar a injusta distribuição de terras e a precariedade das normas agrárias desde os primórdios da história do Brasil, tanto no plano real quanto no simbólico. O Direito se faz notar em cada obra literária, servindo de sustento para a compreensão da progressão temporal das normas jurídicas e das sociedades como receptoras destas. Para esse propósito, utilizou-se de trechos de autores brasileiros, com destaque especial para João Cabral de Melo Neto, com o auto pernambucano *Morte e Vida Severina*. Cada obra representa uma denúncia, mas todas dão lume à questão rural no que diz respeito à democratização do acesso à terra. Intenta-se compreender e expor, pelo método dialético, a possibilidade de se obter uma reforma no âmbito agrário, analisando historicamente e concluindo pela necessidade desta.

**Palavras-chave:** Reforma agrária. Literatura brasileira. Direito agrário. Acesso à terra.

**Resumen:** El presente artículo versa sobre el papel de la Literatura brasileña, en comunión con el Derecho Agrario, como mecanismo de reflexión acerca de la Reforma Agraria. Para ello, se utilizó de la interfaz existente entre las disciplinas, a través del análisis discursivo literario con perspectiva jurídica, de manera a acusar la importancia de éstas cuando fundidas. Tal diálogo permite averiguar la injusta distribución de tierras y la precariedad de las normas agrarias desde los principios de la historia de Brasil, tanto en el plano real como simbólico. El derecho se hace notar en cada obra literaria, sirviendo de sustento para la comprensión de la progresión temporal de las normas jurídicas y de las sociedades como receptoras de éstas. Para este abordaje, se utilizó de fragmentos de autores brasileños, en destaque especial, João Cabral de Melo Neto con el auto pernambucano *Muerte y Vida Severina*. Cada obra reporta una acusación, pero todas dan a luz a la cuestión rural en lo que se refiere a la democratización del acceso a la tierra. Pretendemos comprender y exponer, a través del método dialéctico, la posibilidad de obtener una reforma en el ámbito agrario, analizando históricamente y concluyendo por la necesidad de la misma.

**Palabras clave:** Reforma agraria. Literatura brasileña. Derecho agrário. Acceso a la tierra.

**Sumário:** 1 Considerações iniciais. 2 A interface entre o Direito e a Literatura brasileira. 3 Um Brasil de muitos Severinos. 4 Por um quinhão de terra – contextualizando a Reforma Agrária. 5 A conscientização popular sobre a Reforma. 6 Considerações finais.

## 1 Considerações iniciais

O diálogo entre o Direito e a Literatura surge como uma alternativa ao pensamento limitado do Direito positivado. Este, gerado a partir de Kelsen, em 1940, mediante a Teoria Pura do Direito, propunha o isolamento entre o Direito e as demais áreas do conhecimento. Essa teoria enaltece os juízos de fato e subvaloriza os juízos de valores, transformando o Direito em uma área exclusivamente objetiva e neutra<sup>1</sup>.

---

1 Cabe destacar que, a despeito da crítica inicial, não é o foco do presente estudo estender-se nas análises sobre o positivismo jurídico ou seus reflexos na ciência

A necessidade da interdisciplinaridade entre os conteúdos jurídicos e as demais áreas do conhecimento se mostra evidente e eficaz quando pensamos no Direito que vai muito além dos dogmas e doutrinas restringidos a determinadas classes e níveis intelectuais. O Direito está a cada dia mais presente no cotidiano das sociedades e se encontra mascarado nas mínimas expressões de um povo.

Por outro lado, a Arte carrega em si, e em suas diversas expressões, o poder de causar sensações simultâneas e diversas a quem a vislumbra, ocasionando, fortuitamente, diversas reflexões sobre os sistemas jurídicos, como se evidencia no decorrer deste artigo.

A Literatura como parte das diversas expressões artísticas ganha aqui um especial destaque. Ela se encaixa no contexto do estudo interseccional entre as áreas e se mostra importante para a sensibilização sobre as questões rurais que circundavam as sociedades das décadas passadas. A análise que ora se apresenta parte desse pressuposto para encarar um problema mediocrizado, mas que ainda nos assombra: a democratização do acesso à terra.

Destarte, em um primeiro momento, far-se-á uma análise sobre a importância da Literatura brasileira como um exercício de alteridade com o Direito, sensibilizando os espectadores juristas a conhecer as diversas vozes que clamaram pela justiça, escondidas nas personagens e situações reais, até então, presentes apenas no universo da ficção.

O segundo momento do presente estudo traz, de maneira destacada, o auto *Morte e Vida Severina*, de João Cabral de Melo Neto. Mediante a análise da obra pós-modernista, busca-se estabelecer as origens do problema da distribuição de terras no Brasil. Representados pela personagem Severino, vasculhamos nosso passado colonial, desde a distribuição de capitâneas hereditárias até o instituto das Sesmarias, evidenciando o início do problema dos latifúndios em nosso país e a conseqüente necessidade de uma primeira idealização da Reforma Agrária.

---

jurídica contemporânea, servindo este unicamente como uma observação pontual da necessidade de superação desse paradigma com a produção do conhecimento jurídico frente a novas possibilidades (como a Literatura, no caso).

Adiante, contextualizaremos os primeiros ideais da Reforma Agrária e como a Literatura sempre estampou em suas personagens a injustiça sofrida no campo, o coronelismo, o latifúndio, a falta de legislação e as diversas outras mazelas sofridas pelo camponês.

Por fim, abordar-se-ão as lutas e os movimentos camponeses surgidos a partir de 1970 e ainda atuantes, seguidos de dados e percentuais que salientam a problematização da distribuição de terras no País, e a urgência de novos pensamentos e planos para a efetivação da Reforma.

Depreende-se, desse modo, que o presente artigo visa incorporar-se no cenário jurídico contemporâneo, buscando sua importância na propositura de uma alternativa ao retrógrado pensamento do positivismo jurídico.

Para alcance das propostas apresentadas, utiliza-se da metodologia da análise discursiva literária com perspectiva jurídica, levando-se em conta o ideal da pesquisa, conforme segue:

O ideal da pesquisa é aquilo que liga os estudos literários à ciência; como já foi mencionado acima, o pressuposto de base para tanto é a possibilidade de se produzir conhecimento a partir de textos particulares, concebidos como entidades a princípio autocontidas. Sem isso, o ensino de obras literárias na escola e na universidade seria injustificável. Fazer pesquisa em literatura é diferente de apreciá-la, o que, em si, já representa uma objeção à pesquisa. Mais do que isso, porém, o conhecimento gerado deve ser específico, impossível de ser obtido em outras disciplinas. (DURÃO, 2015, p. 380).

Essa metodologia permite analisar a dimensão simbólica de problemas sociais, historicamente vivenciados (partindo da Literatura como uma fonte documental e cultural) e serve também, de forma pedagógico-metodológica, como ferramenta dinâmica, dotada de texto e intertexto, permitindo que a análise jurídica possa se dar para além da mera legislação ou da análise jurisprudencial. A perspectiva poética da realidade representada na Literatura é uma rica fonte para debates, tanto no ambiente acadêmico quanto em outros espaços, o que permite a democratização de questões jurídicas. As fontes e ferramentas de pesquisa ora consultadas foram exclusivamente bibliográficas, o que abrange os livros mencionados no decorrer do artigo, textos jurídicos, monografias e produções acadêmicas atinentes ao tema.

## 2 A interface entre o Direito e a Literatura brasileira

*O regionalismo é o pé-de-fogo da literatura... Mas a dor é universal, porque é uma expressão de humanidade. E nossa ficção incipiente não pode competir com os temas cultivados por uma inteligência mais requintada: só interessará por suas revelações, pela originalidade de seus aspectos despercebidos.*

(José Américo de Almeida - abertura do romance *A Bagaceira*, de 1928)

Uma das maneiras mais significativas de se conhecer determinada época e sua história é recorrer às produções artísticas daquele período. O legado deixado por cada pintor, escultor, cineasta, músico ou escritor é essencial à compreensão dos conflitos sociais, dos costumes e da sociedade de determinado lugar e tempo. O caráter da historicidade artística também se mostra significativo quando se pretende entender a transformação das matrizes do conhecimento jurídico.

A Arte carrega em si o poder de despertar sensações que variam de acordo com a percepção de cada espectador. A Literatura, como espécie do gênero *Arte*, nem sempre visou provocar o prazer do belo<sup>2</sup>. O escritor baiano Gregório de Matos Guerra (1636–1696), por exemplo, graduado em Direito pela Universidade de Coimbra, ficou conhecido como “boca do inferno” pelas diversas poesias satíricas que escrevia sobre a vida social dos Seiscentistas (BOSI, 2005, p. 37); e, mais ainda, pelas críticas que tecia, segundo Nicola (2003, p. 96), contra o “brasileiro, o administrador português, *El-Rei*, o clero e, numa postura moralista, os costumes da sociedade baiana do século XVII”: “A cada canto um grande conselheiro,/Que nos quer governar cabana e vinha;/Não sabem governar sua cozinha,/E podem governar o mundo inteiro” (GUERRA apud BOSI, 2005, p. 38).

---

2 Esclarece-se: diversas expressões artísticas carregam em seu íntimo a intenção de causar boas sensações em seus espectadores. As obras literárias selecionadas neste artigo, no entanto, tendem a despertar emoções diversas. Como características próprias do modernismo brasileiro, as obras tentam refletir sobre a verdadeira natureza da sociedade em retrato. A Literatura se presta a objeto de denúncia e transformação social, servindo como meio de estampar as mazelas e convidar a uma reflexão crítica.

É dentro dessa perspectiva que a Literatura se mostra importante fonte de conhecimento para os pesquisadores do Direito. Ela é fértil em dados e informações capazes de desvendar e expor injustiças e falhas, tanto políticas quanto jurídicas<sup>3</sup>. Assim, como o Direito é fruto de uma determinada estética (produção textual com significações e significados), aproxima-se simbolicamente da Literatura, por ser o texto jurídico, especialmente o legal, um *dever ser* ou um *vir a ser*<sup>4</sup>.

A necessidade de se estudar o Direito interligado à Literatura se dá, principalmente, na caracterização de ambos como mecanismos de conhecimento da cultura de um povo, passíveis de se relacionarem por meio da complementação recíproca. Enquanto a Literatura parte de um contexto ficcional ou imaginário, o Direito surge dos fatos, da realidade, e, independentemente de qual seja, ambos se desenvolvem por consequência de problemáticas sociais (SANTANA, 2007).

Outro ponto de vital importância, quando se aborda a relação Direito e Arte, é sua infinita flexibilidade para fins didático-pedagógicos, podendo ser um instrumento dinâmico e adaptável para as disciplinas jurídicas, sejam dogmáticas, sejam zetéticas.

A interface existe, sobretudo, na forma como se expressam. Ambas são disciplinas textuais de natureza linguística, credenciadas pela forma de expressão de um povo. Ainda que no campo mais longínquo da ficção, a Literatura representa relações íntimas da realidade de onde nascem as leis e normas jurídicas.

A leitura de determinadas obras proporciona ao leitor, muitas vezes, uma experiência como jurista, possibilitando-lhe visualizar realidades desconhecidas, refletir acerca do sistema da época e compreender a vida de pessoas que se submeteram a abandonar todo um passado na busca por uma perspectiva de futuro (LIMA; CHAVES, 2011).

---

3 O discurso literário, ainda que envolto em texto fictício, embasa-se muitas das vezes na realidade. Mesmo as ficções totalmente alheias a contornos reais, trazem consigo significações e juízos de valor para aquele tempo (como as distopias, tão em voga na contemporaneidade).

4 Apenas a título de reflexão, cabe pensar como a Lei tem um peso simbólico mesmo nos dias atuais.

As personagens criadas pela Literatura são reflexos de pessoas reais normatizadas pelo Direito. Pode-se dizer, portanto, que aí está o mais significativo elo entre as disciplinas. A imagem marginalizada escondida nas falas de personagens, minuciosamente criados, de cada obra selecionada é a reprodução da voz de cada *pai de família, trabalhador rural, dona de casa* e diversos outros brasileiros.

O apelo à justiça presente nos cenários e enredos *sertanejos* pode ser sentido por meio da experiência com o outro<sup>5</sup>. Denúncias de outrora que ainda são realidades de vozes que até hoje clamam escondidas em futuras personagens de histórias que ainda não foram escritas.

O Direito é entendido como uma ciência que tem por objeto de sua formação os acontecimentos sociais que devem ser regulados pelo Estado. Partindo dessa premissa, é essencial a análise deste como um estudo sensível às *vozes*.

Sabe-se que o Direito nunca foi uma disciplina isolada; faz-se necessário muitas vezes o auxílio de analogias e costumes, por exemplo, para solucionar conflitos atípicos. É nesta mesma linha de raciocínio que devemos compreender a importância desse exercício de alteridade em face da Literatura brasileira.

A famosa frase “a arte imita a vida, ou a vida imita a arte?” entra em cena nesta abordagem. Ao longo do estudo, perceber-se-á muita semelhança entre o passado e o presente, entre Fabianos, Severinos, Joãos e diversos outros filhos de um sistema precário e desnutrido de justiça e igualdade. Histórias de décadas passadas que representam crônicas rotineiras entre os diversos pequenos proprietários e trabalhadores rurais.

---

5 *Alteridade* significa originalmente “característica, estado ou qualidade de ser distinto e diferente, de ser outro” (ALTERIDADE. In: MICHAELIS *on-line*. Moderno dicionário da língua portuguesa. São Paulo: Melhoramentos, 2018. Disponível em: <https://michaelis.uol.com.br/>). Contextualizando, a Literatura brasileira vem cada vez mais se colocando como uma importante fonte de pesquisa para a história do Direito, traduzindo em suas personagens as vozes de muito brasileiros que estiveram desamparados pelas leis. Assim, tem-se, nesse contexto, alteridade como a habilidade de se colocar no lugar do outro, no caso, das personagens que dão vozes a muitos brasileiros, sertanejos e homens do campo.

É pelo conhecimento dos conflitos<sup>6</sup> de uma época que se pode dizer qual direito vigorava naquele contexto. Assim, a Literatura conduz o leitor a um campo de conhecimento sobre registros históricos, instigando-o a uma reflexão sobre os preceitos constantes naquela narrativa e denunciando, muitas vezes sem a intenção, o sistema jurídico vigente.

Pode-se asseverar, portanto, que a Literatura brasileira se coloca como um mecanismo válido como ponto de partida para a sensibilização sobre questões sociais e de Direito Agrário, devido às inúmeras dimensões interpretativas que a Arte possui.

### 3 Um Brasil de muitos Severinos

*Ali ninguém aprendeu outro ofício, ou aprenderá: mas o sol, de sol a sol, bem se aprende a suportar.*

(Neto, 1997, p. 156)

Para discorrer sobre o poder de dominação dos latifundiários, recorre-se à obra, considerada pós-modernista, *Morte e Vida Severina*, de João Cabral de Melo Neto, publicada em 1955. Vasculhando nosso passado colonial, mediante uma abordagem sobre a injusta distribuição de terras, João Cabral, por intermédio da personagem Severino, narra a relação com o meio agrário do indivíduo em transição ao meio urbano e demonstra a violência com que isso ocorria. Notam-se, na longa jornada do retirante, passagens que mostram regiões típicas dos estados nordestinos como o Sertão, o Agreste, a Zona da Mata e a cidade litorânea. Por essas passagens, percebe-se que se trata de uma obra de caráter dialético sobre a questão agrária nordestina, e conseqüentemente, nacional (NICOLA, 2003, p. 390). Assim,

João Cabral segue um modelo medieval de poesia: constrói um Auto (poema narrativo para ser representado, de tradição medieval,

---

6 *Conflito* pode abranger diversos significados; no entanto, no texto, pensamos *conflito* como um conjunto de ideias divergentes; no caso, as políticas da época e as necessidades sociais.

forte religiosidade e linguagem popular), com versos curtos e ritmados, que lembra a literatura de cordel. (NICOLA, 2003, p. 390).

O auto se caracteriza pela objetividade na constatação da realidade. Uma de suas grandes preocupações era o Nordeste brasileiro com sua gente, “os retirantes, suas tradições, seu folclore, a herança medieval e os engenhos; de modo muito particular, seu estado natal, Pernambuco, e sua cidade, o Recife” (NICOLA, 2003, p. 387).

Analisando em detalhes as fases da Literatura brasileira, nota-se que foi no primeiro momento, chamado de pré-modernismo, que se percebeu maior preocupação com o verdadeiro Brasil. Mesmo não tendo sido considerados uma escola literária, os escritores dessa fase foram chamados pré-modernistas, por apresentarem pontos comuns em suas obras. Houve uma ruptura com o passado e uma denúncia da realidade brasileira. Foi um período de negação do Brasil literário herdado do romantismo e um período de preocupação com o Brasil considerado não oficial, o Brasil do sertão nordestino, dos subúrbios, do sertanejo marginalizado, dos mulatos rejeitados.

O regionalismo entra em cena por meio de nomes como Euclides da Cunha, Monteiro Lobato, Graça Aranha e Lima Barreto. “Como se observa, a ‘descoberta do Brasil’ é o primeiro legado desses autores para o movimento modernista iniciado em 1922” (NICOLA, 2003, p. 251).

Entretanto, foi a partir dos romancistas da Geração de 1930 que o regionalismo ganhou tamanha importância. Os romances da época se tornaram singulares pela denúncia social e pela busca da verdadeira identidade nacional.

Assim, nota-se que a obra de João Cabral, que pertence a uma fase denominada pós-modernismo, ainda carrega as heranças das escolas literárias anteriores. Além disso, refletiu as preocupações condizentes com essa escola: o fim da Segunda Guerra Mundial, o início da Era Atômica, a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) e mais tarde a publicação da Declaração dos Direitos Humanos. No panorama nacional, houve o fim da ditadura de Getúlio Vargas e o início de uma redemocratização brasileira, seguidos por um novo tempo de perseguições políticas, ilegalidades e exílios.

No cenário agrícola, a estrutura econômica estava voltada para a exportação. A sociedade era composta por quem possuía maior poder econômico (coronéis e fazendeiros) e destituía da terra o homem do campo. Esse período é marcado pela grande migração dos povos nordestinos, principalmente para a região Sudeste do País.

Com todos esses acontecimentos, a Literatura brasileira sofreu profundas alterações. Iniciou-se uma fase de “consciência catastrófica de atraso, correspondente à noção de país subdesenvolvido” (CANDIDO, 1989, p. 2).

Analisando a obra, constata-se que Melo Neto, por intermédio da personagem narradora, nos mostra a vida de um retirante que transita do interior de Pernambuco para uma cidade maior, fato muito recorrente principalmente nas regiões nordestinas. Severino, a personagem principal, é na realidade a representação de toda a população nordestina migrante; assim, seu nome simboliza o modo de vida dessas pessoas:

O meu nome é Severino,/como não tenho outro de pia./Como há muitos Severinos,/que é santo de romaria,/deram então de me chamar/Severino de Maria;/como há muitos Severinos/com mãos chamadas Maria,/fiquei sendo o da Maria/do finado Zacarias./ Mas isso ainda diz pouco:/há muitos na freguesia,/por causa de um coronel/que se chamou Zacarias/e que foi o mais antigo/senhor desta sesmaria./Como então dizer quem falo/ora a Vossas Senhorias?/Vejam: é o Severino/da Maria do Zacarias,/lá da serra da Costela,/limites da Paraíba./Mas isso ainda diz pouco:/se ao menos mais cinco havia/com nome de Severino/filhos de tantas Marias/mulheres de outros tantos,/já finados, Zacarias,/vivendo na mesma serra/magra e ossuda em que eu vivia./Somos muitos Severinos/iguais em tudo na vida:/na mesma cabeça grande/que a custo é que se equilibra,/no mesmo ventre crescido/sobre as mesmas pernas finas/e iguais também porque o sangue,/que usamos tem pouca tinta./E se somos Severinos/iguais em tudo na vida,/morreremos de morte igual,/mesma morte Severina:/que é a morte de que se morre/de velhice antes dos trinta,/de emboscada antes dos vinte/de fome um pouco por dia/(de fraqueza e de doença/é que a morte Severina/ataca em qualquer idade,/e até gente não nascida)./Somos muitos Severinos/iguais em tudo e na sina:/a de abrandar estas pedras/suando-se muito em cima,/a de tentar despertar/terra sempre mais extinta [...]. (NETO, 1997, p. 145-146).

Um importante fato é a significativa caracterização do coronel, “que se chamou Zacarias e que foi o mais antigo senhor desta sesmaria”, como latifundiário e até mesmo um remanescente do feudalismo. Outro notório fato é a remissão à lusitana lei das sesmarias de D. Fernando, em fins da Idade Média, o que representou toda a origem dos problemas agrários brasileiros.

O regime das Sesmarias, que eram leis aplicáveis em Portugal, foi adaptado ao Brasil. A Coroa portuguesa concedeu a Martin Afonso de Souza o direito de “conceder terras às pessoas que consigo viessem e quisessem aqui viver e povoar, inclusive com efeito de transmissão causa-mortis” (MARQUES, 2007, p. 23). Porém, havia uma cláusula pela qual as terras concedidas poderiam ser retomadas pela Coroa e doadas a outros interessados, caso não houvesse a utilização destas dentro de dois anos. Além disso, cabia aos sesmeiros colonizar a propriedade e nela morar, produzir, demarcar limites e pagar os devidos impostos. Esse regime vigorou até 1822 (MARQUES, 2007, p. 23-24).

Em outro momento da obra, Severino se depara com dois homens carregando um defunto em uma rede e, ao dialogar com eles, aos quais se refere como “irmãos das almas”, descobre o motivo da morte:

E sabeis quem era ele,/irmãos das almas,/sabeis como ele se chama/  
ou se chamava?/Severino Lavrador,/irmão das almas,/Severino  
Lavrador,/mas já não lavra./E de onde que o estais trazendo,  
irmãos das almas,/onde foi que começou/vossa jornada?/Onde a  
Caatinga é mais seca,/irmão das almas,/onde uma terra que não  
dá/nem planta brava./E foi morrida essa morte,/irmãos das almas,  
essa foi morte morrida/ou foi matada?/Até que não foi morrida,  
irmão das almas,/essa foi morte matada,/numa emboscada./[...] E  
o que havia ele feito,/irmãos das almas,/e o que havia ele feito/  
contra a tal pássara?/Ter uns hectares de terra,/irmão das almas,/de  
pedra e areia lavada/que cultivava./[...] E era grande sua lavoura,  
irmãos das almas,/lavoura de muitas covas,/tão cobiçada?/Tinha  
somente dez quadras,/irmão das almas,/todas nos ombros da  
serra,/nenhuma várzea./Mas então por que o mataram,/irmãos  
das almas,/mas então por que o mataram/com espingarda?/Queria  
espalhar-se,/irmão das almas,/queria voar mais livre/essa ave-bala  
[...]. (NETO, 1997, p. 147-149).

Nota-se que os “irmãos das almas” não demonstram indignação com a morte, pois essa situação já teria se tornado corriqueira entre os Severinos daquela região. Assim, a constante disputa de terras, mesmo que mínimas e inférteis, haveria sido causa de muitas mortes Severinas.

Naquela época, o trabalhador nordestino passou a dispor de pequenos pedaços de terra, chamados de sítio ou roçado, dentro das grandes propriedades canavieiras.

Quando as exportações estavam no auge, o trabalhador era obrigado a se dedicar completamente à lavoura da cana, sendo um fator de destruição da relação o crescimento extensivo da cana, quando o plantio era estendido até os limites do sítio do morador. (SILVA, 2009, p. 4).

A incorporação de pequenas áreas às grandes propriedades foi o principal motivo de expulsão dos sertanejos do sertão nordestino. Comentando Silva (2009), na época, o principal motivo da incorporação de terras não era a expansão da plantação de cana, mas sim a subordinação do trabalhador ao processo produtivo, fixando a força de trabalho no interior das grandes propriedades. Aquele que resistia a entregar as terras e se submeter aos mandos dos coronéis acabava ou morrendo em emboscadas, ou imigrando para outras regiões.

Ao analisar o aspecto histórico das pequenas propriedades, tem-se que foi consequência da lei das Sesmarias. Trabalhadores portugueses, em busca de propriedade, acabaram por ocupar sobras das sesmarias ou invadir áreas sem concessão, gerando pequenas posses e formando o minifúndio brasileiro.

O Brasil passou por um longo período sem lei que amparasse a propriedade. Somente em 1854, com o Decreto n. 1.318, deu-se execução à “Lei de Terras” (Lei n. 601, de 1850). Embora esse decreto não tenha dado sustentação ao problema da distribuição de terras, serviu de parâmetro para

delineamentos que foram transpostos para leis subsequentes, podendo-se destacar as normas pertinentes à legitimação de posse, a proteção aos silvícolas, as limitações de acesso a estrangeiros aos imóveis rurais neste país, a proteção às terras situadas na faixa da fronteira e muitos outros. (MARQUES, 2007, p. 26).

A Lei de Terras não deu sustentação aos trabalhadores pobres advindos da Europa nem aos africanos que haviam sido libertos do regime escravagista, tampouco aos mestiços, população formada nos 400 anos de colonização. Essa população passou a ocupar os sertões do Nordeste e o Estado de Minas Gerais, originando o camponês, comumente chamado de sertanejo.

No poema em questão, Severino, após atravessar o sertão, chega à Zona da Mata, região em que havia campos verdes e água em abundância, com grande produção da cana-de-açúcar, e pensa ter encontrado a vida; porém, novamente se depara com a morte:

Essa cova em que estás,/com palmos medida,/é a conta menor/que tiraste em vida./É de bom tamanho,/nem largo nem fundo,/é a parte que te cabe/deste latifúndio./Não é cova grande,/é cova medida,/é a terra que querias/ver dividida./É uma cova grande/para teu pouco defunto,/mas estarás mais ancho/que estava no mundo./É uma cova grande/para teu defunto parco,/porém mais que no mundo/te sentirás largo./É uma cova grande/para tua carne pouca,/mas a terra dada/não se abre a boca./Viverás, e para sempre,/na terra que aqui aforas:/e terás enfim tua roça [...]. (NETO, 1997, p. 159-160).

No período de 1950, o povo nordestino, especialmente aqueles que viviam no sertão, enfrentaram fome, miséria e muitas formas de exploração. As leis trabalhistas da era Vargas não contemplavam os camponeses. As migrações ocorreram por toda parte do País, e os camponeses seguiam lutando contra o latifúndio.

A migração e a peregrinação como esperança de chegar à terra liberta são marcas históricas do campesinato brasileiro. Na luta contra o cerco da terra e da vida, surgiram várias formas de resistência. Lutar contra as cercas era lutar contra o coronelismo, porque os latifundiários foram senhores absolutos e dominavam a terra e a vida dos camponeses.

Ao finalizar a obra, o autor demonstra que a longa caminhada migratória do retirante muitas vezes foi em vão: ao buscar a esperança, só encontrava a morte, fruto das injustiças tanto dos latifundiários quanto das leis que operavam no País.

Os trabalhadores do campo sofreram prejuízos desde a manipulação dos salários até a expulsão de sua propriedade, o que resultou no trabalhador volante, morador das periferias. “Atualmente, o migrante agrestino não contempla apenas a sua subsistência pelo assalariamento temporário, mas este assalariamento é quem assegura a maior parte de sua sobrevivência” (SILVA, 2009, p. 6).

Os conflitos e as injustiças com o homem do campo que marcam a história deste País não foram somente pela ampliação de terras ou pelo coronelismo mas especialmente pela falta de legislação efetiva e eficaz, que atendesse às reais necessidades do trabalhador rural e investissem em sua fixação no campo, com justa distribuição de terras, salários dignos e melhores condições de trabalho.

A ausência de legislação que normatizasse o acesso e a distribuição de terras favoreceu o latifúndio improdutivo. A Lei de Terras, de 1850, embora não muito eficiente no âmbito da agricultura familiar, foi um importante marco para que se chegasse à atual legislação.

Embora as legislações atuais tenham avançado na proteção dos direitos do homem do campo, há muito que se fazer para reverter as injustiças praticadas neste País.

A Reforma Agrária tem como um de seus principais propósitos redistribuir a propriedade da terra, especialmente o latifúndio que não esteja cumprindo sua função social.

#### **4 Por um quinhão de terra – contextualizando a Reforma Agrária**

*Intentamos esboçar, palidamente embora, ante o olhar de futuros historiadores, os traços atuais mais expressivos das sub-raças sertanejas do Brasil.*

(CUNHA *apud* NICOLA, 2003, p. 252)

Um pedaço de terra para plantar e dela sobreviver sempre foi o sonho de muitos brasileiros que residem em regiões agrárias. A terra é e sempre foi palco de muitas lutas dos grandes latifundiários e dos pequenos agricultores. A história da distribuição de terras no Brasil data de 1530, em virtude da carta patente dada a Martin

Afonso de Souza, que lhe permitia distribuir faixas de terras que se achassem e se pudessem aproveitar. Posteriormente, D. João III dividiu a costa brasileira em Capitânicas, cabendo aos donatários, distribuí-las. Este fato gerou grandes latifúndios em nosso país (OPITZ; OPITZ, 2012, p. 51).

Com a independência do Brasil, o problema da distribuição de terras se agravou. A troca dos donos de terras se deu pela lei do mais forte, e os conflitos eram entre proprietários (coronéis) e os chamados grileiros de terras, continuando o poder político nas mãos dos grandes latifundiários.

Morava João nas terras/de um coronel muito rico,/tinha mulher e seis filhos,/um cão que se chamava “Chico”,/um facão de cortar mato,/um chapéu e um tico-tico./Trabalhava noite e dia/nas terras do fazendeiro,/mal dormia, mal comia,/mal recebia dinheiro;/se não recebia não dava para acender o candeeiro./João não sabia como/fugir desse cativoiro./ [...] que diabo tem nesta terra,/neste Nordeste maldito,/que mata como uma guerra,/tudo que é bom e bonito?/Assim João perguntava,/para si mesmo e lembrava,/que a tal guerra não matava/o coronel Benedito!/ Essa guerra do Nordeste/não mata quem é doutor/não mata quem é dono de engenho,/só mata cabra-da-pestes/só mata o trabalhador./O dono do engenho engorda e vira logo senador. (GULLAR, 2004, p. 111-113).

Foi com a vigência da Lei n. 4.504 (Estatuto da Terra), de 30 de novembro de 1964, que se idealizou uma reforma no âmbito agrário. A chamada Reforma Agrária é prevista no § 1º do art. 1º da referida lei nos dizeres:

Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade.

O ideal da Reforma se estende por todas as esferas do poder, sendo tanto político quanto social e econômico. Objetiva, principalmente, a justa distribuição de terras, por meio da transferência da propriedade das minorias latifundiárias ainda existentes aos pequenos agricultores e trabalhadores rurais.

No entanto, a trajetória até a formulação do Estatuto da Terra foi muito conturbada, e o Brasil passou por longos períodos sem amparo legal que regulasse as propriedades rurais e conseqüentemente o trabalhador.

Grande parte das obras literárias que retratam essa realidade foram escritas no período entendido como Modernismo, que teve suas primeiras manifestações em 1902, mas que só tomou força significativamente com a Semana de Arte Moderna em 1922 (NICOLA, 2003, p. 272).

Podemos citar romances conhecidos e aclamados, como *O Quinze*, de Rachel de Queiroz (1930), *Vidas Secas*, de Graciliano Ramos (1938), e *Terras do Sem-Fim*, de Jorge Amado (1942). Cada obra retrata de forma peculiar as dificuldades vivenciadas pelas famílias que buscavam um pedaço de terra para seu sustento, época na qual o latifúndio e o coronelismo eram predominantes no País, principalmente nas regiões nordestinas.

Assim, a Literatura brasileira se mostra uma fonte extremamente rica para se entender a progressão das normas de Direito Agrário. No romance supracitado *Terras do Sem-Fim*, pertencente à segunda geração do movimento, é notável o desabafo de Amado em meio a denúncias à forma de exploração e conquista das terras produtoras de cacau do sul da Bahia.

No decorrer da trama, que foi inspirada na vida do pai do autor, é possível entender como eram conseguidas as terras mediante a exploração por quem detinha o poder econômico em desfavor dos demais e, ainda, como eram assim obtidas por intermédio do advogado, popular “doutor”, dos coronéis:

- Tu sabe mesmo o que é que tu vai ser nas roças do Coronel Horácio? Tu vai ser trabalhador ou tu vai ser jagunço? Homem que não mata não tem valia pro coronel...
- Mas é dinheiro desgraçado, um dinheiro que parece maldição... a gente faz uma roça...
- Já ouviram falar em “caxixe”?
- Diz que é negócio de doutor que toma a terra dos outros... (AMADO, 1966, p. 28-32).

Esse período da história do Brasil foi marcado por inúmeros acontecimentos que desencadearam um grande processo de expansão econômica. A economia deixava de ser comercial e avançava para a industrialização, trazendo novas formas e práticas de obtenção de lucros.

As nações industrializadas, como a Inglaterra e a França, buscavam matérias-primas, fonte de energia para suas indústrias e mercado consumidor para seus produtos fabricados. A expansão dos mercados e o desenvolvimento do capitalismo resultaram em alterações nas relações políticas e econômicas dos países industrializados, pois estes começaram a impor aos países pobres condições para se adequarem ao sistema. Podemos tomar como exemplo as pressões feitas pela Inglaterra para o fim do monopólio comercial que alguns países possuíam em suas colônias. (CAVALCANTE, 2005).

Entre as várias mudanças propostas e discutidas sobre a temática, entrou em pauta a questão da terra. Segundo Cavalcante (2005), a terra deixou de ser um *status* social e passou a assumir um caráter comercial, passando a ser considerada mercadoria. Como nosso sistema econômico dependia da exportação do café e o trabalho escravo tendia ao fim, novas perspectivas para o cultivo da terra foram surgindo. Em 1850, a Lei Eusébio de Queiroz

[a]boliu definitivamente o tráfico do cenário nacional. Tornava-se necessário, então, pensar na substituição do trabalho escravo. Este seria um dos argumentos utilizados nos debates que girariam em torno das novas formas de distribuição da terra no Brasil. (CAVALCANTE, 2005).

De acordo com Optiz e Optiz (2012), no período compreendido entre 1822 e 1850, o meio para aquisição da propriedade era a posse. A ocupação irregular da terra pelos colonos e seu cultivo se tornaram uma prática que chegou a ser considerada legítima. Com a Lei de Terras, de 1850, esse processo advindo das Sesmarias foi regularizado.

É da tradição de nosso direito agrário o respeito a todos os direitos adquiridos, de modo que pela atual legislação (Estatuto da Terra, art. 11), o INCRA fica como autoridade para reconhecer as posses legítimas manifestadas por meio de cultura efetiva e moradia habitual, bem como incorporar ao patrimônio público terras devolutas federais ilegalmente ocupadas e as que se encontrarem desocupadas. (OPTIZ; OPTIZ, 2012, p. 52).

Com a criação da Lei de Terras, de 1850, ficou proibida tanto a concessão de sesmarias quanto a posse ou ocupação de terras, salvo aquelas localizadas a dez léguas do limite do território. Inicia-se aí a comercialização das terras.

De acordo com Cavalcante (2005), foi permitida a venda de todas as terras devolutas e das que não pertenciam à propriedade privada. O imigrante poderia, teoricamente, comprar terras de particulares; no entanto, tais terras eram vendidas a um preço alto, de forma que os colonos não conseguissem adquiri-las.

Em pouco mais de vinte artigos, a Lei de Terras tentou corrigir os erros cometidos pelo Brasil durante o período colonial (nas concessões de sesmarias) e início da independência até sua promulgação (o crescimento do número de posseiros) e, dentro das possibilidades, promover a imigração a fim de substituir o trabalho escravo. Essa lei é significativa no que se refere à ocupação da terra no Brasil, pois a partir dela a terra deixou de ser apenas um privilégio e passou a ser encarada como uma mercadoria capaz de gerar lucros (CAVALCANTE, 2005).

O art. 11 dessa lei lecionava sobre as terras devolutas do Império, na medida em que o art. 1º proibia a aquisição dessas terras, salvo pela compra.

Em meados do século XX, os países denominados de “terceiro mundo” estavam estagnados e sofriam com as precárias condições de trabalho e de vida da população rural subordinada ao latifúndio. Entendia-se que, somente com a ruptura deste com a implementação de novas técnicas de produção, haveria um avanço na economia e, conseqüentemente, o desenvolvimento da agricultura.

Uma das concepções mais difundidas no Brasil sobre a reforma agrária foi formulada por Nestor Duarte, parlamentar que apresentou um dos primeiros projetos de lei sobre o tema e que produziu importantes reflexões nos anos 1940 e 1950. (NORDER, 2014, p. 139).

Em 1963, foi promulgado o Estatuto do Trabalhador Rural, Lei n. 4.214, de 2 de março, que ditava as normas de proteção desses trabalhadores, concedendo-lhes os mesmos direitos trabalhistas urbanos.

Em 1962, a Superintendência de Reforma Agrária (SUPRA) tornou-se o órgão estatal encarregado de planejar e executar a reforma agrária no país, o que incluiria a realização das desapropriações permitidas pela legislação. (NORDER, 2004, p. 142).

Logo após o golpe militar de 1964, houve modificações na legislação sobre a Reforma Agrária no País, entre elas a EC n. 10, de 10 de novembro de 1964. Seu art. 5º passa ter a seguinte redação:

Art. 5º ao art. 147 da Constituição Federal são acrescidos os parágrafos seguintes:

§ 1º Para os fins previstos neste artigo, a União poderá promover prévia e justa indenização em títulos especiais da dívida pública, com cláusula de exata correção monetária, segundo índices fixados pelo Conselho Nacional de Economia, resgatáveis no prazo máximo de vinte anos, em parcelas anuais sucessivas, assegurada a sua aceitação a qualquer tempo, como meio de pagamento de até cinquenta por cento do Imposto Territorial Rural e como pagamento do preço de terras públicas.

§ 2º A lei disporá, sobre o volume anual ou periódico das emissões, bem como sobre as características dos títulos, a taxa dos juros, o prazo e as condições de resgate.

§ 3º A desapropriação de que trata o § 1º é da competência exclusiva da União e limitar-se-á às áreas incluídas nas zonas prioritárias, fixadas em decreto do Poder Executivo, só recaindo sobre propriedades rurais cuja forma de exploração contrarie o disposto neste artigo, conforme for definido em lei .

§ 4º A indenização em títulos somente se fará quando se tratar de latifúndio, como tal conceituado em lei, excetuadas as benfeitorias necessárias e úteis, que serão sempre pagas em dinheiro.

§ 5º Os planos que envolvem desapropriação para fins de reforma agrária serão aprovados por decreto do Poder Executivo, e sua execução será da competência de órgãos colegiados, constituídos por brasileiros de notável saber e idoneidade, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal.

As modificações previstas nessa emenda constitucional compuseram o Estatuto da Terra em novembro de 1964, por meio da Lei n. 4.504, que regula e institui a Reforma Agrária no País:

Art. 1º Esta Lei regula os direitos e obrigações concernentes aos bens imóveis rurais, para os fins de execução da Reforma Agrária e promoção da Política Agrícola.

§ 1º Considera-se Reforma Agrária o conjunto de medidas que visem a promover melhor distribuição da terra, mediante modificações no regime de sua posse e uso, a fim de atender aos princípios de justiça social e ao aumento de produtividade.

Essa lei define o latifúndio e o minifúndio e regula as atividades rurais, estabelecendo o que são empresas rurais e versando sobre terras públicas e particulares, entre outros.

Duas outras modificações foram realizadas em 1969 pelos militares: a supressão do pagamento prévio (Ato Institucional n. 9) e o estabelecimento do rito sumário nas desapropriações (Decreto-Lei n. 554). A Justiça passou a ter um prazo de 48 horas para analisar os processos de desapropriação e a consecutiva imissão de posse das áreas desapropriadas em nome do órgão federal competente, o Instituto Brasileiro de Reforma Agrária (IBRA), criado em 1964 para substituir a SUPRA (que se encontrava sob intervenção militar). (NORDER, 2014, p. 143).

Ainda segundo Norder (2014), o regime militar priorizou a modernização da agricultura dos latifundiários com deliberado apoio do Estado, não realizando desapropriações para fins da reforma e ainda causando grandes impactos ambientais sobre as comunidades indígenas.

## 5 A conscientização popular sobre a Reforma

*Já vão compreendendo como compreendeu João,  
que o camponês vencerá pela força da união.  
Que é entrando para as Ligas que ele derrota o patrão  
que o caminho da vitória está na revolução.*  
(GULLAR, 2004, p. 122)

Antes mesmo da vigência do Estatuto da Terra, que regulamentou a Reforma Agrária, o ideal desta já era conhecido pela população. Essa questão está presente na peça *O Pagador de Promessas*, do dramaturgo brasileiro Dias Gomes, encenada pela primeira vez no ano de 1960.

A obra retrata de forma clara a concepção da Reforma na visão do sertanejo. As personagens Zé do Burro e sua esposa, Rosa, saem em peregrinação pelo sertão a fim de pagar uma promessa. O autor retrata o sistema capitalista, a incompreensão do povo simples do meio rural, a intolerância e a luta de um homem humilde ao defender suas crenças e ideologias. Embora não compreendendo o que se passava no País com a nova concepção de distribuição de terras, a personagem possui uma consciência crítica a respeito do tema. Nessa parte da peça, um repórter entrevista Zé do Burro, acompanhado da esposa, e o questiona acerca da Reforma Agrária:

[...] então tudo isso... trezentos e sessenta quilômetros... a cruz... tudo por causa de um burro.

ROSA: E não foi só isso. Ele prometeu também repartir o sítio com aquela cambada de preguiçosos.

ZÉ: Que preguiçosos. Gente que quer trabalhar e não tem terra.

REPÓRTER: Repartir o sítio... Diga-me, o senhor é a favor da reforma agrária?

ZÉ: (não entende.) Reforma agrária? Que é isso?

REPÓRTER: É o que o senhor acaba de fazer em seu sítio. Redistribuição das terras entre os lavradores pobres.

[...]

REPÓRTER: Mas, e se os sem-terra resolvessem se apossar das terras não cultivadas?

ZÉ: Ah, era muito bem feito. A terra deve ser de quem trabalha. (GOMES, 2005, p. 88-89).

Em 1970, foi criado o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), por meio do Decreto n. 1.110, de 9 de julho de 1970, cuja finalidade principal se consubstanciava em rea-

lizar a Reforma Agrária no País. De lá para cá, muitas ações foram implantadas no País a fim de regularizar a questão do direito à terra.

Se até a década de 1970 as discussões se pautavam em promover a Reforma mediante articulações políticas ou iniciativas religiosas, após esse período ela tomou força por intermédio dos movimentos sociais.

Eram posseiros, trabalhadores atingidos por barragens, migrantes, meeiros, parceiros, pequenos agricultores. Trabalhadores rurais sem terra, sem o direito de produzir alimentos. Expulsos por um projeto autoritário para o campo, que anunciava a “modernização” – quando, na verdade, estimulava o uso massivo de agrotóxicos e a mecanização –, baseados em fartos (e exclusivos ao latifúndio) créditos rurais; ao mesmo tempo em que ampliavam o controle da agricultura nas mãos de grandes conglomerados agroindustriais. (SANTOS, 2014).

Os grandes responsáveis pela idealização dos movimentos foram os trabalhadores desempregados de periferias urbanas. Eles ocuparam terras, estradas e prédios públicos, dramatizando e criando fatos políticos, de forma a denunciar a condição fundiária do Brasil da época.

Essas pressões obrigaram os sucessivos governos pós-ditadura a se engajarem em planos de distribuição de terras que, embora modestos, diante das necessidades, foram bem superiores aos esforços feitos durante a ditadura militar. (A SOBREVIDA..., 2007).

A partir de então, surgiu no Brasil um dos mais significantes movimentos das últimas décadas, o Movimento dos Trabalhadores Rurais Sem Terra (MST), cuja palavra de ordem passou a ser “ocupar, resistir e produzir”. Fundado em 1984, tornou-se o mais longo movimento camponês do Brasil.

Segundo dados da Revista Carta Capital (2014), ao longo de trinta anos de sua existência, o MST conquistou terras para mais de 350 famílias, desenvolvendo o que antes eram latifúndios improdutivos.

Foi por meio de movimentos como esse e de pressões populares que os reformistas alcançaram o governo, que passou a tratar do assunto com a importância devida, trazendo na redação do art. 184 da Constituição de 1988 os dizeres:

Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e justa indenização em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

§ 1º As benfeitorias úteis e necessárias serão indenizadas em dinheiro.

§ 2º O decreto que declarar o imóvel como de interesse social, para fins de reforma agrária, autoriza a União a propor a ação de desapropriação.

§ 3º Cabe à lei complementar estabelecer procedimento contraditório especial, de rito sumário, para o processo judicial de desapropriação.

§ 4º O orçamento fixará anualmente o volume total de títulos da dívida agrária, assim como o montante de recursos para atender ao programa de reforma agrária no exercício.

§ 5º São isentas de impostos federais, estaduais e municipais as operações de transferência de imóveis desapropriados para fins de reforma agrária.

No período dos anos de 1995 a 1999, houve uma grande mobilização popular a favor da Reforma Agrária, mediante a ocupação de terras como forma de chamar a atenção dos Estados. As pressões políticas decorrentes das ocupações favoreceram o governo presidido por Fernando Henrique Cardoso a avançar na aquisição de terras para a Reforma, por intermédio de mecanismos como a desapropriação, o uso das terras devolutas ou a compra direta de propriedades com dinheiro do Banco Mundial (A SOBREVIDA..., 2007).

Ocorre que a maioria dessas terras adquiridas se concentrava nas regiões da Amazônia Legal, área imprópria para a agricultura devido às dificuldades do solo, à falta de infraestrutura e ao isolamento geográfico:

Áreas que, apesar de formalmente incorporadas pelo INCRA como reformadas, não passam de reconhecimento e titulação de populações tradicionais que viviam na região ou assentamento de famílias em terras públicas. Políticas fundamentais de inclusão de um

segmento marginalizado, mas que não podem ser chamadas de reforma agrária. (NORONHA, 2017).

A OXFAM (Confederação Internacional de Combate à Pobreza e Desigualdade Social)<sup>7</sup> comparou o cenário da concentração das propriedades rurais em 15 países da América Latina. O estudo contou com análises dos censos agropecuários locais e, segundo os dados coletados, apenas 1% das fazendas ou estabelecimentos rurais concentra mais da metade de toda a superfície agrícola da região. Grandes propriedades somam apenas 0,91% do total dos estabelecimentos rurais brasileiros, mas, por outro lado, concentram 45% de toda área rural do País. Os estabelecimentos com área menor que 10 hectares representam mais de 47% do total dos estabelecimentos rurais; entretanto, ocupam menos de 2,3% da área total. Assim explica Katia Maia, diretora executiva da OXFAM Brasil:

O modelo de desenvolvimento que prevalece na América Latina está baseado na exploração extrema dos recursos naturais e favorece a concentração de terras por poucas pessoas. Ou seja, temos de um lado poucos grupos que concentram a maior parte das terras, enquanto no outro estão muitas famílias com propriedades muito pequenas. (OXFAM BRASIL, 2016).

O desenvolvimento da economia é inversamente proporcional à concentração de terras. Países que são exemplos de economias mundiais, como a França e os Estados Unidos, passaram por profundas reformas no âmbito rural entre os séculos XIII e XIX. Antes da Revolução Francesa (1789-1799), os latifúndios ocupavam cerca de 50% das terras francesas e eram controlados por uma pequena quantidade de proprietários. Em comparação, no Brasil atual, ocupam um total de 45% da extensão territorial agricultável do País.

Comparar a situação fundiária do Brasil à da existente na França antes da Revolução permite colocar um mínimo ingrediente de racionalidade na questão. A herança da Revolução Francesa, na ordem histórica, foi exatamente a de proporcionar a democratização da propriedade, controlada em grande parte pelo clero e pela nobreza, classes ociosas que não somavam 3% da população francesa. (FELIPPE, 2010).

---

7 *Oxford Committee for Famine Relief* (Comitê de Oxford de Combate à Fome).

Assim, o binômio possibilidade/necessidade encontra-se contemplado no ideal da Reforma Agrária. Dados do INCRA mostram que existem cerca de 100 milhões de hectares de terras ociosas; em contrapartida, há cerca de 4,8 milhões de famílias sem-terra no Brasil.

Enquanto a Reforma Agrária não for de fato repensada e efetivada, a vida de milhares de brasileiros permanecerá em branco, em páginas a serem escritas por novos nomes que surgirão na nossa Literatura. Nosso passado colonial será nosso presente e nosso futuro. Permaneceremos fadados ao fracasso quanto ao desenvolvimento econômico e social e nos depararemos com diversos outros “Joões sem Terra” em busca de uma vida menos Severina.

## **6 Considerações finais**

O movimento literário modernista brasileiro trouxe para a história do País diversas contribuições, não só no aspecto do enriquecimento teórico mas também nos patamares político e social. Escritores consagrados da nossa Literatura despertaram o sentimento nacionalista por meio de suas obras, estampando em cada personagem as necessidades de todo um povo esquecido e marginalizado e carregando em suas páginas um tema sequer ainda conscientizado: a Reforma Agrária. Nesse sentido, as obras destacadas, e diversas outras não mencionadas neste artigo, fizeram com que nossa Literatura saísse do campo meramente ficcional e recreativo e proporcionasse profundas reflexões políticas, sociais e, especialmente, jurídicas.

O exercício de alteridade, ora proposto, busca, pela união do Direito com a Literatura brasileira, uma aproximação estrutural com o intuito de amenizar as falhas sistêmicas geradas pelo pensamento automatizado dos juristas, herdado do positivismo. A Literatura abre os horizontes com a ficção e aproxima o leitor do caso real, induzindo-o a desenvolver uma consciência mais crítica sobre as diversas mazelas sociais.

Direcionou-se este artigo à reflexão acerca da Reforma Agrária, com a utilização de passagens literárias que buscassem envolver os leitores de maneira a sentirem o apelo do *outro*. As passagens nos mostram que os problemas enfrentados pelas personagens dos sécu-

los passados ainda são vivenciados hoje. A necessidade de progredir juridicamente no âmbito agrário vai além da mera regulamentação normativa, uma vez que, conforme exposto, existe uma cultura no País de favorecer os grandes produtores, desvalorizando os pequenos.

Deve-se ressaltar que, sobre a temática abordada neste estudo, não há vasto conteúdo para pesquisa, tanto relativo à abordagem interdisciplinar entre a Literatura brasileira e o Direito quanto ligado ao âmbito da Reforma propriamente dita. É notável, ainda, a ausência de material que trabalhe com reflexões jurídicas e filosóficas acerca da Reforma Agrária.

Existem diversas outras obras literárias que abordam intrinsecamente problematizações jurídicas que se poderiam explorar aliadas ao Direito, como se propôs no presente estudo. A exemplo do tema ora debatido, podemos citar as obras *Vidas Secas* de, Graciliano Ramos, *Grande Sertão Veredas*, de Guimarães Rosa, assim como *Os Sertões*, de Euclides da Cunha.

Desse modo, resta evidente que o presente artigo não intenciona ser definitivo ou exaustivo sobre a temática, mas busca, tão somente, proporcionar uma nova perspectiva sobre o debate acerca da Reforma Agrária e, ainda, evidenciar a riqueza de conteúdo jurídico existente nas páginas da nossa Literatura.

Por fim, intentamos despertar o leitor à reflexão acerca do universo jurídico que existe dentro das obras literárias e como a interface entre as disciplinas enriquece os conhecimentos para além da letra da lei.

## **Referências**

ALMEIDA, José Américo de. *A bagaceira*. 19. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1981.

AMADO, Jorge. *Terras do sem-fim*. 15. ed. São Paulo: Martins, 1966.

BOSI, Alfredo. *História concisa da literatura brasileira*. 42. ed. São Paulo: Cultrix, 2005.

CANDIDO, Antonio. *A educação pela noite e outros ensaios*. São Paulo: Ática, 1989.

CAVALCANTE, José Luiz. A Lei de Terras de 1850 e a reafirmação do poder básico do Estado sobre a terra. *Revista Histórica*, São Paulo, n. 2, jun. 2005. Disponível em: <http://www.historica.arquivoestado.sp.gov.br/materias/anteriores/edicao02/materia02/>. Acesso em: 6 nov. 2017.

DURÃO, Fábio Akcelrud. Reflexões sobre a metodologia de pesquisa nos estudos literários. *DELTA – Documentação de Estudos em Linguística Teórica e Aplicada* (Online), São Paulo, v. 31, edição especial, p. 377-390, 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/delta/v31nspe/1678-460X-delta-31-spe-00377.pdf>. Acesso em: 5 nov. 2017.

FELIPPE, Marcio Sotelo. Há duzentos e vinte anos, na França. *INCRA, Artigos e Doutrinas*, ano 13, n. 50, jun./ago. 2010. Disponível em: [http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/procuradoria/artigos-e-doutrinas/ha\\_duzentos\\_anos\\_na\\_franca\\_por\\_marcio\\_sotelo\\_felippe.pdf](http://www.incra.gov.br/sites/default/files/uploads/procuradoria/artigos-e-doutrinas/ha_duzentos_anos_na_franca_por_marcio_sotelo_felippe.pdf). Acesso em: 18 dez. 2017.

GOMES, Dias. *O pagador de promessas*. 41. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.

GULLAR, Ferreira. João Boa-Morte. In: GULLAR, Ferreira. *Toda poesia* (1950-1999). 13. ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2004.

LIMA, Carla Sales Serra de; CHAVES, Glenda Rose Gonçalves. Dom Casmurro de Machado de Assis: uma interface entre direito e literatura. *Revista Ética e Filosofia Política*, Juiz de Fora, v. 2, n. 14, p. 151-163, out. 2011.

MARQUES, Ana Catarina Oliveira. A lição do Nordeste. Severino e Boa-Morte: cabras marcados para morrer. *Revista do CITCEM*, Porto, n. 1, p. 187-201, mar. 2011.

MARQUES, Benedito Ferreira. *Direito agrário brasileiro*. 7. ed., rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2007.

NETO, João Cabral de Melo. *Serial e antes*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997.

NICOLA, José de. *Literatura brasileira: das origens aos nossos dias*. 16. ed. São Paulo: Scipione, 2003.

NORDER, Luiz Antonio Cabello. Controvérsias sobre a reforma agrária no Brasil (1934-1964). *Revista Nera*, São Paulo, ano 17, n. 24, p. 133-145, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://www.revista.fct.unesp.br/index.php/nera/article/view/2421/2574>. Acesso em: 6 nov. 2017.

NORONHA, Gustavo. Por que a reforma agrária continua importante. *Carta Capital*, Blog Brasil Debate, São Paulo, 2 fev. 2017. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/blogs/brasil-debate/por-que-a-reforma-agraria-continua-importante>. Acesso em: 18 dez. 2017.

OPITZ, Silvia C. B.; OPITZ, Oswaldo. *Curso completo de direito agrário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OXFAM BRASIL. No Brasil, 1% das propriedades detém metade da área rural. *Oxfam Brasil*, São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www.oxfam.org.br/noticias/no-brasil-1-das-propriedades-detem-metade-da-area-rural>. Acesso em: 18 dez. 2017.

SANTANA, Carolina Ribeiro. Vidas secas de direitos: desconstrução e alteridade como possibilidades para o reconhecimento. *Revista Eletrônica do CEJUR*, Curitiba, ano 2, v. 1, n. 2, p. 49-65, ago./dez. 2007.

SANTOS, Marina dos. Os sem-terra de ontem, de hoje e de amanhã. *Carta Capital*, Sociedade, São Paulo, 10 fev. 2014. Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/sociedade/os-sem-terra-de-ontem-de-hoje-e-de-amanha-961.html>. Acesso em: 18 dez. 2017.

SILVA, Laudenor Pereira da. *Transformações recentes na agricultura nordestina: a situação do agreste pernambucano*. In: ENCONTRO NACIONAL DE GEOGRAFIA AGRÁRIA, 2009, São Paulo. Disponível em: <https://docplayer.com.br/37172328-Transformacoes-recentes-na-agropecuaria-nordestina-a-situacao-do-agreste-de-pernambuco.html>. Acesso em: 18 jan. 2019.

A SOBREVIDA do latifúndio. In: PEREIRA, Raimundo Rodrigues *et al.* *Retrato do Brasil*. 2. ed. Belo Horizonte: Manifesto, 2007. p. 89-107.