



NOMOS

REVISTA DO PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO DA UFC

Solicita-se permuta
Pídese canje
On demande l' echange
Si richiede la scambio
We ask for exchange
Wir bitten um Austausch.



NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC

Fortaleza

2019

NOMOS

Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC
Volume 39.2 — Jul./dez. 2019

Editora Chefe

Denise Lucena Cavalcante

Editora Sub-chefe

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Editor Assistente

Eric de Moraes e Dantas

Organizadores do Dossiê Temático

Gustavo César Machado Cabral

Elisa Frühauf Garcia

Conselho Editorial

Ana Maria D'Ávila Lopes

António José Avelãs Nunes

Carmen Lopez-Rendo Rodriguez

Denise Lucena Cavalcante

Elizabeth Salmón

Eros Grau

Eric Canal-Forgues

Federico Di Bernardi

Fernando Araújo

Fernando Facury Scaff

Francisco Queiroz Cavalcanti

Frédérique Coulée

Giovanni Luchetti

Giovanni Moschetti

Hugo de Brito Machado

Jeffrey Owens

João Luís Nogueira Matias

Jorge Miranda

José Luís Caballero

Juarez Freitas

Júlia Motte-Baumvol

Luís M. Alonso Gonzáles

Paulo Bonavides

Tarin Cristino Frota Mont'Alverne

Willis Santiago Guerra Filho

Wolf Paul

Equipe editorial

Carla Maria Barreto Gonçalves

Larissa Rocha de Paula Pessoa

Thiago do Vale Cavalcante

Nomos. Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.

V. 1-1978-Fortaleza, Edições Universidade Federal do Ceará, n. semestral. Órgão oficial do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará.

ISSN — 1807-3840

1 — Direito-periódico.

1 — Universidade Federal do Ceará. Faculdade de Direito. Programa de Pós-Graduação em Direito da UFC.



SOBRE OS AUTORES

ORGANIZADORES DO DOSSIÊ TEMÁTICO

NORMATIVIDADES ULTRAMARINAS: O CLERO E O DIREITO NOS IMPÉRIOS IBÉRICOS

Gustavo César Machado Cabral

Professor adjunto do Departamento de Direito Público da Universidade Federal do Ceará (UFC). Bolsista de Produtividade do CNPq (Pq-2). Doutor em História do Direito pela Universidade de São Paulo (USP) e pós-doutorado pelo Max Planck Institut für die europäische Rechtsgeschichte (Alemanha). Foi professor visitante na Universidade Autônoma de Madrid (Espanha) e na Universidade de Maastricht (Holanda).

Elisa Frühauf Garcia

Professora do Departamento de História da Universidade Federal Fluminense. Bolsista de Produtividade do CNPq (Pq-2). Doutora em História pela UFF e Pós-Doutora pela UNICAMP e pelo Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Espanha). É autora de diversos trabalhos sobre as populações indígenas nas fronteiras dos Impérios Ibéricos na América do Sul.

AUTORES DO DOSSIÊ TEMÁTICO

NORMATIVIDADES ULTRAMARINAS: O CLERO E O DIREITO NOS IMPÉRIOS IBÉRICOS

Marcia Sueli Amantino

Possui graduação em História pela Universidade Federal Fluminense (1992), mestrado (1996) e doutorado (2001) em História Social pela Universidade Federal do Rio de Janeiro, mestrado (2016) em História do Império Português pela Universidade Nova de Lisboa e pos-doutoramento pela Universidade Federal de Minas Gerais (2009-2010) e pela Universidade de Évora, Portugal (2012). É professora e coordenadora do Programa de Pós Graduação da Universidade Salgado de Oliveira. Lidera o Grupo de Pesquisa do CNPq intitulado Sociedades escravistas nas Américas. É membro pesquisador também do Grupo de Pesquisa do CNPq "Jesuítas nas Américas", liderado pela prof. Maria Cristina Bohn Martins (UNISINOS), do Grupo de Pesquisa Escravidão e mestiçagens: escravidão, comércio e trânsitos culturais nos sertões da Bahia e de Minas Gerais, século XVIII, liderado por Isnara Pereira Ivo (UNESB) e do Grupo de pesquisa Eclésia (Unirio), liderado pelo prof. Anderson José Machado de Oliveira. Tem experiência na área de História, com

ênfase em História do Brasil Colônia. Atua principalmente nos seguintes temas: Companhia de Jesus, cultura, escravidão negra e indígena, Rio de Janeiro e Minas Gerais.

Maria Leonor Garcia da Cruz

Doutora em Letras - História Moderna, pela Universidade de Lisboa (1999). Mestre em História Moderna, pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (1989). Licenciada em História, pela Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa (1982). Formadora qualificada perante o CCPFC (Conselho Científico-Pedagógico da Formação Contínua, 2004). Professora Auxiliar com Nomeação Definitiva da Faculdade de Letras da Universidade de Lisboa.

Oscar Hernández Santiago

Becario del programa de becas posdoctorales de la UNAM en el Instituto de Investigaciones Bibliografias. Asesora: Dra. Marina Garone Gravier. Doctor en Historia por la UNAM. Fue investigador en el Max Planck Institut für die europäische Rechtsgeschichte (Alemanha).

Giuseppe Marcocci

Associate Professor in Iberian History (European and Extra-European History, 1450-1800) at the University of Oxford and a Fellow in History at Exeter College. I completed my PhD in History at the Scuola Normale Superiore in 2008 and I taught in Viterbo and Florence.

SOBRE OS AUTORES DA EDIÇÃO

Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo

Possui graduação em Direito com habilitação em Direito Empresarial pela Universidade de São Paulo, mestrado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007); Doutora pela Universidade de São Paulo (2016). Atua principalmente nos seguintes temas: teoria geral do direito, direito constitucional, direito tributário, processo tributário, direito aduaneiro, comércio exterior de serviços..

Benjamin Tabak

Tem graduação (1994), mestrado (1997) e doutorado em Economia (2000). É Consultor Legislativo do Senado Federal na área de Economia (Política Econômica e Sistema Financeiro) desde março de 2014. No âmbito acadêmico, é pesquisador docente do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, na área de Análise Econômica do Direito, e do Doutorado em Economia da mesma universidade. Já foi analista e consultor do Banco Central do Brasil (1997- 2014), desenvolvendo pesquisa na área de finanças, estabilidade financeira e política econômica. É editor do periódico *Economic Analysis of Law Review* e editor associado de outras revistas científicas, nacionais e internacionais. É bolsista de produtividade em pesquisa do CNPq com projetos nas áreas de economia, finanças e direito.

Carlos Alberto Simões Tomaz

Graduação em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (1983). Mestrado em Direito das Relações Internacionais pelo Centro Universitário de Brasília (2005). Doutorado em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS. Pós-doutorado em Filosofia do Direito pela Universidade de Coimbra/Portugal.

Carlos Higino Ribeiro de Alencar

Graduado em Economia pela Universidade de São Paulo-USP (1994) e em Direito pela Universidade Federal do Ceará-UFC (2003). Mestre em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público-IDP (2009). Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília-UNICEUB e pela Universidade de Paris 1 - Pantheon Sorbonne. Auditor-Fiscal da Receita Federal do Brasil, foi Ministro interino e Secretário-Executivo da Controladoria-Geral da União (CGU), Secretário de Estado de Transparência e Controle do Distrito Federal, Coordenador-Geral e Chefe da Divisão de Ética e Disciplina da Secretaria da Receita Federal. Exerceu a 2ª Vice-Presidência do Conselho Nacional de Controle Interno (CONACI), órgão que reúne os Secretários de Controle Interno dos Estados e de Municípios. Atuou como instrutor na Escola de Administração Fazendária, OAB-DF e Ministério da Justiça.

Denise Lucena Cavalcante

Pós-Doutorado em Direito pela Faculdade de Direito de Lisboa - Portugal (2012). Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2002). Mestre em Direito pela UFC (1993). Especialização em Direito Tributário Internacional - Universidade de Salamanca/Espanha (2001). Especialização em Direito Tributário Internacional - Universidade Austral/Argentina (2004). Professora Titular - Universidade Federal do Ceará/UFC. Líder do Grupo de Pesquisa Tributação Ambiental ? CNPq. Ex-Coordenadora da Pós-Graduação em Direito da UFC (2003-2007). Coordenadora Acadêmica da Especialização em Direito Tributário do Instituto Brasileiro de Direito Tributário em Fortaleza (IBET). Procuradoria da Fazenda Nacional - Categoria Especial. Recebeu a medalha Advogado Professor Padrão - OAB - 2011. Conselheira da ABDF. Autora de livros e artigos em Direito Tributário e Financeiro. Palestrante em eventos nacionais e internacionais.

Eric de Moraes e Dantas

Graduado em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC) com a distinção Magna cum Laude. Mestre em Direito na Universidade Federal do Ceará com bolsa fornecida pela CAPES. Pós-Graduado em Direito Tributário pela UGF. Extensão em Direito Tributário Pela Fundação Getúlio Vargas. Certificado em Direito da Propriedade Intelectual pela Organização Mundial de Propriedade Intelectual (OMPI) e em Direito da Tecnologia da Informação pela Fundação Getúlio Vargas (FGV). Extensão em Direito Eletrônico pela Universidade de Fortaleza (Unifor). Membro Pesquisador do Grupo de Pesquisa Tributação Ambiental, certificado pela Universidade Federal do Ceará. Membro Pesquisador do Grupo de Pesquisa Democracia e Finanças Públicas, certificado pela Universidade Federal do Ceará. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica - PIBIC - do CNPq nos biênios 2008/2009; 2009/2010 e bolsista do programa PIBIC - FUNCAP biênio 2010/2011. Bolsista da Capes de Mestrado para o biênio 2011/2013. Aluno

Especial Doutorado USP (2015). Doutorando em Direito pela Universidade Federal do Ceará (2018).

Fábio Albergaria de Queiroz

É graduado em Relações Internacionais (2000), com Mestrado em Desenvolvimento Sustentável (2003), Doutorado (2011) e Pós-Doutorado (2015) em Relações Internacionais pela Universidade de Brasília. Atualmente é professor adjunto na Escola Superior de Guerra (ESG), lotado no Centro de Geopolítica e Estudos Estratégicos (CGEE/ESG). Anteriormente, no curso de Relações Internacionais da Universidade Católica de Brasília (2012-2018), pesquisou e lecionou nas seguintes áreas: Cooperação internacional, Segurança e Estudos Estratégicos, Direito Internacional Público, Relações Internacionais Contemporâneas, Meio Ambiente e Comércio Internacional, Geografia das Relações Internacionais, Governança Global. É autor de diversos artigos e livros, publicados no Brasil e no exterior, sobre a grande área temática das Relações Internacionais. Ganhador do Prêmio CAPES de Tese (2012) na área de Ciência Política/Relações Internacionais com o trabalho "Hidropolítica e Segurança: as Bacias Platina e Amazônica em Perspectiva Comparada". No Pós-Doutorado, sob orientação de Eduardo Viola, desenvolveu pesquisa sobre: 'A Construção de uma Estabilidade Estrutural no âmbito do Complexo Regional de Segurança da América do Sul em um contexto de geometria variável de poder'. Email: fabioaq@hotmail.com

Guilherme Lopes da Cunha

Professor Adjunto do Programa de Pós-Graduação da Escola Superior de Guerra (ESG), Ministério da Defesa, na departamento de Ciência Política e Relações Internacionais. Doutor e mestre em Economia Política Internacional pela Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Especialista em Direito Internacional e Direitos Humanos pela Universidade Cândido Mendes (2010). Graduado em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (2005). Pesquisador nas áreas de Direito Internacional, Economia Política Internacional, Relações Internacionais e Ciência Política. Areas de interesse: estudos sociopolíticos sobre a Ásia e as Américas, sobretudo análises sobre China e o sistema internacional contemporâneo; Estudos sobre Meio Ambiente, com ênfase em Amazônia e; Ciência, Tecnologia & Inovação e suas implicações nos estudos estratégicos, principalmente no Desenvolvimento, na Geopolítica e nos Direitos Humanos.

Ilton Garcia da Costa

Possui doutorado em Direito pela PUC-SP Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2010), mestrado em Direito pela PUC-SP (2002), mestrado em Administração pelo Centro Universitário Ibero Americano UNIBERO (2001) graduação em Direito pela Universidade Paulista UNIP (1996), graduação em Matemática pela Universidade Guarulhos UNG (1981), Especialização em Administração Financeira pela Alvares Penteado, Especialização em Mercados Futuros pela BMF - USP, Especialização em Formação Profissional na Alemanha. Avaliador de curso e institucional pelo Ministério da Educação e Cultura MEC - INEP. Advogado responsável - Segpraxis Advocacia, Professor da Universidade Estadual do Norte do Paraná UENP no doutorado, mestrado e graduação. Membro do Comitê Assessor de Área de Ciências Sociais Aplicadas da Fundação Araucária de Apoio ao

Desenvolvimento Científico e Tecnológico do Estado do Parana. Membro da E-Justicia Latinoamerica, Membro o corpo diretivo do Instituto Jacques Maritain do Brasil. Membro da Diretoria do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito, Líder do Grupo de Pesquisa/ Investigação em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais - GPCERTOS, registrado no CNPq. Foi Diretor Superintendente de Planejamento e Controles do Banco Antonio de Queiroz e Banco Crefisul, Membro do Conselho Fiscal e Diretor do Curso de Direito da Universidade Ibirapuera UNIB, Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Anchieta de SBC, Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico, Presidente da Comissão de Estágio, membro efetivo da Comissão de Direito Constitucional, da Comissão de Liberdade Religiosa e Cidadania da OAB-SP estadual. Tem experiência na área de Direito atuando principalmente nos seguintes temas: direito, educação, ensino, direito Constitucional, direito Administrativo, direito do Trabalho, direito Empresarial, administração, finanças, seguros, gestão e avaliação.

José de Lima Ramos Pereira

Possui graduação em DIREITO - BACHAREL pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (1991). Atualmente é procurador regional do trabalho do Ministério Público do Trabalho. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público.

Liziane Angelotti Meira

Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2007). Mestrado e Especialização pela Universidade de Harvard (2003). Experiência na área de Direito Público, com ênfase em Direito Tributário e Internacional, atuando principalmente nos seguintes temas: tributos sobre o comércio exterior, acordos internacionais, importação, exportação, regimes aduaneiros especiais e administração tributária. Conselheira do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Auditora Fiscal da Receita Federal. Foi Professora e Coordenadora da Pós-Graduação Stricto Sensu em Direito da Universidade Católica de Brasília. Autora dos Livros: Tributos sobre o Comércio Exterior (Saraiva, 2012); Tributação e Direitos Fundamentais, em coautoria (Saraiva, 2012), Regimes Aduaneiros Especiais (Thomson/IOB, 2002); Direito Tributário Constitucional, organizadora (Almedina, 2015), além de diversos artigos e capítulos de livros em obras especializadas. Agraciada com o Prêmio Prêmio Landon H. Gammon Fellow pela Universidade de Harvard.

Lizianne Paixão Silva Oliveira

Possui Doutorado na Universidade Aix-Marseille III, na França (2012), Mestrado em Direito pela Universidade de Brasília (2006), Pós-graduação em Direito Ambiental pelo UniCEUB (2004). Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Professora da Universidade Tiradentes. Estágio Pós-doutoral UnB com Bolsa pela CAPES - FAPITEC/SE (2017-2018). Pesquisadora do Instituto de Tecnologia e Pesquisa (ITP). Pesquisadora do GGINNS - Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability.

Marco Antônio César Villatorre

Pós-Doutor pela Università degli Studi di Roma II, "Tor Vergata" (2014). Doutor em Diritto del Lavoro, Sindacale e della Previdenza Sociale - Università degli Studi di Roma, "La Sapienza" (2001), revalidado pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (1998). Presidente do Instituto brasileiro de Ciências Jurídicas e Sociais (IBCJS). Ex-Presidente da Associação dos Advogados Trabalhistas do Paraná (2009-2011). Professor do UNINTER. Professor Adjunto III da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade Federal de Santa Catarina. Membro do Centro de Letras do Paraná. Acadêmico da cadeira número 73 da Academia brasileira de Direito do Trabalho. Selecionado pela Secretaria do MERCOSUL em 15 de dezembro de 2005 como Consultor do MERCOSUL para elaborar legislação sobre a Livre Circulação de Mão de Obra no MERCOSUL (2005/2006). Tem experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Direito Internacional.

Marcelo Dias Varella

Livre-Docente pela Universidade de São Paulo. Doutor em Direito pela Universidade de Paris, Panthéon-Sorbonne. Professor do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília, desde 2002. Pesquisador nível I do CNPq. Realizou estágios de pós-doutorado nos Estados Unidos, nas Universidades da Califórnia, em Berkeley, Georgetown e George Washington. Foi professor em cursos de formação e aperfeiçoamento de diferentes carreiras de Estado, como Magistratura, Ministério Público, Diplomatas, AGU, ACE, EPPGG, bem como professor visitante em cursos de Direito da França, Argentina, Suíça, EUA e outros. Tem dezenas de artigos publicados, em diferentes países, assim como tituló mais de cinquenta mestres e doutores em Direito. Foi Secretário Executivo do Ministério dos Direitos Humanos, Secretário de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça, Consultor Jurídico e Assessor Especial em diferentes Ministérios.

Maria Vital da Rocha

Pós Doutoranda em Direito, na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (clássica), sob a supervisão do Professor Doutor Eduardo Vera-Cruz Pinto. Possui Doutorado em Direito Civil pela Universidade de São Paulo; "Perfezionamento" em Direito Romano na Universidade de Roma La Sapienza, graduação em Direito pela Universidade Federal do Ceará e graduação em Letras pela Universidade Estadual do Ceará. Atualmente é Professora Adjunta de Direito Civil, na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, lecionando na graduação e no programa de pós graduação stricto sensu, é Professora Titular do Curso de Direito do Centro Universitário 7 de Setembro - UNI7, lecionando na graduação e no mestrado. Procuradora Federal aposentada.

Maysa Carvalho dos Reis Novaes

Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS). Mestra em Direito pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade Federal do Rio de Janeiro(UFRJ), filiada à linha de pesquisa Sociedade, Direitos Humanos e arte. Experiência na área de Direito, especificamente em assessoria

jurídica de sindicato, advocacia na área cível e penal. Tem interesse em pesquisas sobre Política Criminal, Teoria crítica do Direito, Criminologia Crítica, Direitos Humanos, Marxismo e Gênero.

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Doutoranda em Direito pela PUCPR (bolsista PROSUP). Mestre pela PUCPR. Especialista em Direito Constitucional pela ABDCONST. Pós-graduanda Legal Tech: Direito, Inovação e Start Ups pela PUC Minas. Editora Adjunta da Revista da ABDCONST. Membro Núcleo de Estudos de Pesquisas em Tributação, Complexidade e Desenvolvimento e do Grupo de pesquisa Análise Econômica do Direito da PUCPR. Membro da Comissão de Igualdade Racial e da Verdade da Escravidão Negra da OABPR. Desenvolve pesquisa na área de Direito Constitucional e Direito ao/do Trabalho.

Monica Bonetti Couto

Doutora e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP, na área de Direito Processual Civil. É especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Federal do Paraná - UFPR. Graduou-se em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC). Tem experiência nas áreas de Direito Civil e Direito Processual Civil. Suas pesquisas concentram-se na Reforma do Poder Judiciário, no Novo Código de Processo Civil e nos Tribunais Superiores (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça). Mais recentemente tem pesquisado também sobre Desjudicialização e (novas formas de) Acesso à Justiça. Possui larga experiência em pesquisa, tendo sido bolsista CNPQ no doutorado, atuando na liderança de Grupos de Pesquisas (foi líder do Grupo de Pesquisa/CNPQ 'Reforma e Inovação do Poder Judiciário' de 2010 a 2017). Coordenou e elaborou projetos pedagógicos de cursos de graduação e pós-graduação (mestrado e especialização) em Direito. Membro associado do Conselho de Pesquisa e Pós Graduação em Direito - CONPEDI e da Associação Brasileira de Ensino do Direito - ABEDi. Recebeu em 2013 o Prêmio Jabuti (Categoria Direito; 2. lugar). Em 2014, foi jurada do Prêmio Jabuti.

Rebeca Costa Gadelha da Silveira Lopes Ferreira

Possui graduação em Curso de Direito pelo Centro Universitário Christus - Unichristus (2013), atuando principalmente nos seguintes temas: inclusão da pessoa surda no mercado de trabalho, educação inclusiva para pessoas surdas, direito constitucional, direito ambiental voltado para o Direito dos Desastres e direito administrativo.

Leilane Serratini Grubba

Mestre em Direito pela PUC/PR. Possui especialização em Direito Administrativo Aplicado pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar (2013). Graduada em Direito pelas Faculdades Integradas do Brasil (2011). Pesquisadora do grupo NEATES, da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Advogada. Professora e Autora do Livro Direitos Sociais Coletivos dos Servidores Públicos: Greve, Sindicato, Negociação Coletiva

Regeane Bransin Quetes

Professor Adjunto do Departamento de Direito da Universidade Federal de Viçosa (UFV/MG). Graduado em Direito (2010), Mestre em Direito Político e Econômico (2013) e Doutor em Direito Político e Econômico (2017) pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM/SP). Pesquisador do GT CLACSO Pensamento Jurídico Crítico (2016-2019). Líder do Grupo de Pesquisa CNPq Direito e políticas na América Latina - DIPAL. Coordenador do Comitê de Ética em Pesquisa com Seres Humanos da Universidade Federal de Viçosa (2019-2022). Atua principalmente nas seguintes áreas: direito político e econômico, instituições jurídicas e econômicas, teoria do Estado e direito constitucional, gestão pública, políticas públicas, filosofia e teoria geral do direito e América Latina.

Roberta Laena Costa Lucá

Doutoranda em Direitos Humanos, Sociedade e Arte pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisadora vinculada ao Laboratório de Direitos Humanos da Universidade Federal do Rio de Janeiro (LADIH/UFRJ) e ao Grupo de Pesquisa Teoria Crítica dos Direitos Humanos (CNPQ). Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (2007 - Bolsa Capes/Prosup). Graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (2002). Membro do Instituto Latino-Americano de Estudos sobre Direito, Política e Democracia - ILAEDPD. Colaboradora do Coletivo de Assessoria Jurídica Universitária Popular - CAJUP Sitiá. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: Direitos Humanos e Fundamentais, Descolonialidade, Gênero e Assessoria Jurídica Popular.

Rodrigo Valente Giublin Teixeira

Doutor em Direito das Relações Sociais - Direito Processual Civil - pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) (2009/2012). Mestre em Direito Negocial, com concentração em Direito Processual Civil, pela Universidade Estadual de Londrina (UEL) (2003/2004). Especialista em Direito Civil e Processual Civil pelo Instituto Paranaense de Ensino (IPE/OAB) (2002/2003). Graduado em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (CESUMAR)(1997/2001). Professor na graduação desde 2006, na pós-graduação desde 2003 (lato sensu) e 2013 (strictu sensu). Membro do Instituto Brasileiro de Processo Civil (IBDP) de 2010/2016. Advogado desde 2002, inscrito na OAB/PR sob o nº 33.202. Na área pública já atuou como assessor jurídico do Município de Maringá (2006); na função de Secretário Municipal exerceu a função de Chefe de Gabinete do Prefeito de Maringá (2011/2012); Diretor do Procon de Maringá (2012) e Subprocurador Geral da Procuradoria Geral do Município de Maringá. Desde 2013 é Coordenador Jurídico do Hospital Bom Samaritano, Hospital Santa Rita e do Santa Rita Saúde, em Maringá (PR). Atualmente é Professor Titular no Doutorado, Mestrado e na Graduação da UniCesumar, campus Maringá (PR) e em curso de especialização em diversas instituições de ensino. Editor-Chefe da Revista Jurídica do Mestrado da UniCesumar (set./2013), com Qualis B1. Presidente da Comissão dos Direitos do Consumidor na OAB/PR, subseção de Maringá (2016/2018). Comentarista semanal em Direitos do Consumidor no jornal PontoCom.News, transmitido pela Rede Bandeirantes local (2016/2017). Autor de 3 livros jurídicos e vários artigos científicos

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

Juiz federal da Seção Judiciária do Paraná. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo e em Filosofia pela UEL. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Membro honorário de E-Justicia Latinoamérica e Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP).

Suelyn Tosawa

Graduada pela Universidade Estadual do Norte do Paraná no curso de Direito (2012). Pós-graduada em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pelo IDCC (Instituto de Direito Constitucional e Cidadania) (2013). Mestre em Ciência Jurídica na Universidade Estadual do Norte do Paraná (2014/2016). Assessora Jurídica no gabinete da 2ª Vara Cível de Campo Mourão/PR de junho de 2014 a julho de 2019. Advogada do município de Ubitatã/PR

Vanessa Oliveira Batista Berner

Possui graduação em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1986), mestrado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (1990) e doutorado em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais, com estágio na Universidad Complutense de Madrid (1996). Atualmente é Professora Titular da Universidade Federal do Rio de Janeiro, na Faculdade Nacional de Direito. Foi bolsista de Produtividade em Pesquisa no CNPq, desenvolvendo investigação sobre teoria do direito internacional e os fluxos migratórios no mundo contemporâneo. Coordena o Laboratório de Direitos Humanos (LADIH) da UFRJ. Professora convidada do "Centre de Droit International" da Université Paris X (UPX), França, para lecionar a disciplina 'Droit International des Migrations et des Réfugiés' no curso Master 2. Professora orientadora do "Programa de Doctorado, Ciencias Jurídicas y Políticas" da Universidad Pablo de Olavide (UPO), Espanha. Membro observador do Comitê Estadual Intersetorial de Políticas de Atenção para Refugiados e Imigrantes (CEIPARM- RJ). Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Internacional dos Direitos Humanos e Direito Constitucional, atuando principalmente nos seguintes temas: direitos humanos, direitos humanos e arte, direito das imigrações, direito internacional dos refugiados, direito constitucional, teoria crítica dos direitos humanos, direito internacional público e sistemas internacionais de proteção de direitos.

Vinícius Caleffi de Moraes

Mestre em Ciências Jurídicas pelo Unicesumar (2019). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (2014). Advogado. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Processual Civil.

Vladimir Passos de Freitas

É licenciado em Direito pela Faculdade Católica de Direito de Santos (1968), mestre e doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná (1989 e 1999) e pós-doutor pela Universidade de São Paulo (USP), na área de Saúde Pública. Foi Promotor de Justiça nos Estados do PR e SP (10 anos) e Juiz Federal (26 anos), tendo exercido a presidência do Tribunal Regional Federal da 4a. Região . Aposentado do cargo de Desembargador Federal em 2006, atualmente é professor de Direito Ambiental da graduação e da pós-graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná,

membro do Grupo de Especialistas em Judiciário da International Union For Conservation Of Nature, conferecista internacional na área do Direito Ambiental e em Política Judiciária e Administração da Justiça, sendo fundador e vice-presidente do Instituto Brasileiro de Administração do Sistema Judicial - IBRAJUS e ex-Presidente da "International Association for Courts Administration - IACA", com sede em Arlington, VA, Estados Unidos da América. Membro da "Associação de Professores de Direito Ambiental - APRODAB", com sede em São Paulo, Brasil, e da "Asociacion Internacional de profesores de Derecho Ambiental", sede em Lima, Peru. Doutor *Honoris Causa* em Humanidades, outorgado pela Universidad Paulo Freire, Manágua, Nicarágua e Professor Visitante da Escuela de Administración de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Costa Rica.. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros. Membro do Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA, na qualidade de representante do Ministério da Justiça, a partir de 20 de março de 2019. Chefe da Assessoria Especial de Assuntos Legislativos do Ministério da Justiça e Segurança Pública.



SOBRE OS AUTORES – DOUTRINA ESTRANGEIRA

Rafael Arredondo Quijada

Professor at the University of Málaga, PhD in Research and Social and Community Intervention. Committed in the professional development of Social Work as president of the Professional College in Málaga and member of the General Council of Spain.



SUMÁRIO

DOCTRINA NACIONAL

A DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES ÀS MEDIDAS LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA <i>Rodrigo Valente Giublin Teixeira Vinícius Cafeffi de Moraes</i>	21
ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO <i>Benjamin Miranda Tabak</i> <i>José de Lima Ramos Pereira</i>	39
O JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM BUSCA DA EFICIÊNCIA PERDIDA: DA EMENDA 19/98 À EMENDA 45/04 <i>Carlos Alberto Simões de Tomaz</i> <i>Monica Bonetti Couto</i>	59
O PAPEL DOS AGENTES PÚBLICOS NA AGENDA ANTICORRUPÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL <i>Carlos Higino Ribeiro de Alencar Marcelo Dias Varella</i>	71
POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS INCLUSIVAS PARA SURDOS E O DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO DO ESTADO BRASILEIRO <i>Maria Vital da Rocha</i> <i>Rebeca Costa Gadelha da Silveira Lopes Ferreira</i>	93
O COMPROMISSO DAS RELIGIÕES COM A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE <i>Vladmir Passos de Freitas</i>	107
BRICS: FROM NORM TAKERS TO NORM MAKERS <i>Fábio Albergaria de Queiroz</i> <i>Guilherme Lopes da Cunha</i> <i>Liziane Paixão Silva Oliveira</i>	129
DENATIONALIZATION PRODUCTION AND SOCIAL EXCLUSION IN LABOR ECONOMICS GLOBALIZED <i>Ilton Garcia da Costa</i> <i>Suelyn Tosawa</i> <i>Rogério Cangussu Dantas Cachichi</i>	143
O DIREITO AO TRABALHO COMO ELEMENTO DO MINIMO EXISTENCIAL E A PROTEÇÃO EM FACE DO RETROCESSO SOCIAL <i>Marco Antônio César Villatore</i> <i>Miriam Olivia Knopik Ferraz</i> <i>Regeane Bransin Quetes</i>	157
CIDE-REMESSAS: REFERIBILIDADE, EXTRAFISCALIDADE E FOMENTO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICA <i>Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo</i> <i>Liziane Angelotti Meira</i>	189
INSTRUMENTS TO PROMOTE SOLAR ENERGY DEVELOPMENT IN BRAZIL: POSSIBILITIES TO URBAN DECONCENTRATION INDUCTION AND TO REGIONAL INEQUALITIES REDUCTION <i>Denise Lucena Cavalcante</i> <i>Eric de Moraes e Dantas</i>	211
A RESSIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DESCOLONIZANDO A ARTE, POTENCIALIZANDO OS IMAGINÁRIOS <i>Maysa Carvalhal dos Reis Novais</i> <i>Roberta Laena Costa Jucá</i> <i>Vanessa Oliveira Batista Berner</i>	225

DOSSIÊ NORMATIVIDADES ULTRAMARINAS: O CLERO E O DIREITO NOS IMPÉRIOS IBÉRICOS

APRESENTAÇÃO DO DOSSIÊ TEMÁTICO NORMATIVIDADES ULTRAMARINAS: O CLERO E O DIREITO NOS IMPÉRIOS IBÉRICOS.....252

OS JESUÍSTAS E A CONSTRUÇÃO DA ORDEM JURÍDICA: UMA CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA NORMATIVIDADE DOS CATECISMOS E CONFESSIONÁRIOS NA AMÉRICA PORTUGUESA (SÉCULOS XVII-XVIII)

Gustavo César Machado Cabral 245

QUANDO A IGREJA E A COROA SE UNIRAM PARA JULGAR A COMPANHIA DE JESUS: A REFORMA DE 1758 E A SUA DEVASSA NO RIO DE JANEIRO

Marcia Sueli Amantino..... 269

RECEPCIÓN JURÍDICA NOVOHISPANA: LA CONCIENCIA DEL JUEZ EN LA OBRA DE JERÓNIMO MORENO (SIGLO XVII)

Oscar Santiago Hernández**Erro! Indicador não definido.**

CONSCIÊNCIA E IMPÉRIO: POLÍTICA E TEOLOGIA MORAL NO MUNDO PORTUGUÊS DA IDADE MODERNA

Giuseppe Marcocci 297

DOCTRINA ESTRANGEIRA

LA VIVIENDA, UN DERECHO HUMANO, INDICADOR DE BIENESTAR E INCLUSIÓN SOCIAL

Rafael Arredondo Quijada..... 321



DOUTRINA NACIONAL



A DA INCONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES ÀS MEDIDAS LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA

Rodrigo Valente Giublin Teixeira
Vinicius Cafeffi de Moraes

RESUMO

Esse artigo objetiva analisar de forma crítica uma eventual inconstitucionalidade das proibições às medidas liminares em mandado de segurança, previstas pelo artigo 7º, §2º, da Lei n. 12.016/09, especialmente, no que se refere à compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza. Assim, considerando que o mandado de segurança trata-se de uma garantia fundamental, nos termos do artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, cujo objeto é a defesa do direito líquido e certo, violado por ato abusivo de autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício das atribuições do Poder Público, questiona-se a restrição legal ao indivíduo levar à apreciação do Poder Judiciário o conhecimento de pedido de liminar, em sede de mandado de segurança, haja vista que este instituto visa justamente o combate de ilegalidade do poder público, por meio de procedimento célere e eficaz, com o especial fim de assegurar a tutela de direito em face do abuso do poder do estado. Por esse motivo, com fundamento nos princípios constitucionais do acesso à justiça e da razoável duração do processo, assim como à luz das novas disposições do Código de Processo Civil de 2015, propõe a análise das medidas liminares, diante da finalidade constitucional do instrumento de mandado de segurança, bem como as possíveis soluções a serem considerados na aplicação do direito.

PALAVRAS-CHAVE

Mandado de segurança. Medidas liminares. Acesso à justiça. Inconstitucionalidade.

THE INCONSTITUTIONALITY OF RESTRICTIONS TO PROVISIONAL DECISIONS IN THE ACTION OF INJUNCTION

ABSTRACT

This article aims to investigate the possible unconstitutionality of the prohibitions to provisional decisions on injunction process, according to article 7, § 2º, of Law n. 12.016/09, especially, related to compensation of tax credits, delivery of goods coming from abroad, reclassification or equalization of public servants and the granting of increase or extension of benefits or payment of any kind. Thus, considering that the writ of mandamus is a fundamental guarantee, under the terms of article 5, LXIX, of the Federal Constitution, whose object is the defense of the certain right, violated by an abusive act of public authority or agent in the exercise of the attributions of the Public Power, it is questioned the legal restriction to bring to the appreciation of the Judiciary the knowledge of a preliminary request for injunction, in the case of a writ of mandamus, since this institute is precisely aimed at combating the illegality of the public power, through a fast and efficient procedure, with the special purpose of ensuring the protection of

law in the face of abuse of state power. For this reason, based on the constitutional principles of access to justice and the reasonable length of the proceedings, as well as in light of the new provisions of the new Code of Civil Procedure, it proposes the analysis of provisional decisions, given the constitutional purpose of the warrant, as well as the possible solutions to be considered in the application of the law.

KEYWORDS

Injunction. Provisional decisions. Access to justice. Unconstitutionality.

1. INTRODUÇÃO

Durante sua evolução, o mandado de segurança, atualmente regulamentado pela Lei n. 12.016/09, incorporou as mudanças provindas pelas Leis 4.348/1964 e 5.012/1966, no que se refere às hipóteses de restrições de concessão de liminar em mandado de segurança, assim como a jurisprudência já reiterada pelos tribunais superiores.

Tais alterações legislativas, de um modo geral, tem como ponto de partida evitar o desembaraço financeiro da administração pública, a qual está vinculada à previsibilidade orçamentária do direito financeiro, assim como ao regime de pagamentos mediante precatórios, por meio do desembolso após o trânsito em julgado da sentença.

No entanto, considerando que a gênese do mandado de segurança está atrelada à defesa das liberdades individuais, em face do abuso do poder do estado, como meio de controle da atividade administrativa, sendo oponível como direito fundamental, assegurado pelo artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal, cumpre questionar, se as hipóteses de restrições às liminares, nos termos do art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/09, limitam o acesso à justiça do próprio mandado de segurança.

Isso também porque, tendo em vista que o mandado de segurança tem como aspecto essencial a celeridade instrumental, bem como a efetividade do provimento, por meio da concessão da ordem mandamental à autoridade coatora, face a constituição do direito líquido e certo, a garantia do direito pode ser assegurada, justamente, por meio de uma tutela específica pleiteada em medida liminar no mandado de segurança.

Assim sendo, à luz dos princípios constitucionais do devido processo legal, amplo acesso à justiça, duração razoável do processo, bem como das novas contribuições normativas do Código de Processo Civil de 2015 que podem incidir na condução do processo do mandado de segurança, justifica-se, portanto, a análise desta questão, na forma que busca responder o presente artigo, uma vez que o mandado de segurança deve servir, no atendimento a sua finalidade constitucional, ao combate do abuso do poder público de maneira efetiva e célere.

Por esse motivo, busca-se compreender, no âmbito deste estudo, nos seus respectivos capítulos: os fundamentos teóricos do mandado de segurança, em especial, o propósito deste instrumento processual desde de a sua concepção, aliado com alguns apontamentos históricos no ordenamento sobre a concessão das liminares. Da mesma forma, a análise da medida liminar em mandado de segurança, bem como a aplicação das restrições do art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/09; e, considerando-se, ao final, o debate sobre a eventual inconstitucionalidade deste dispositivo, além das formas de resolução a serem ponderadas pelo direito.

2. DOS FUNDAMENTOS E DOS APONTAMENTOS HISTÓRICOS DO MANDADO DE SEGURANÇA

Considerado como uma inovação do direito brasileiro¹, sem equivalente idêntico na legislação estrangeira, o Mandado de Segurança deve ser compreendido, numa primeira análise, a partir da conquista das liberdades individuais, promovidas pelo fim do Estado absolutista, juntamente com os ideais propagados pela Revolução Francesa 1789.

Dessa forma, com a ascensão do pensamento liberal-burguês, o poder do Estado, anteriormente concentrado no domínio da monarquia, torna-se limitado, para o especial fim de respeitar à esfera particular do homem, preservando-se o direito à liberdade, direito à propriedade e à autonomia privada, entendidos como direitos fundamentais de primeira geração. Tais direitos tornam-se a expressão da imposição de limites ao poder do estado, tutelando a liberdade do indivíduo contra as ingerências na vida privada, motivo pelo qual também são reconhecidos como direitos negativos ou ausentes da conduta do estado.

Portanto, com a consolidação dos direitos individuais, em companhia com a evolução do Estado Moderno, a ordenação do poder político desdobra-se no reconhecimento dos direitos e garantias do indivíduo. É justamente nesse sentido que se verifica o fundamento do Mandado de Segurança, o qual se constitui verdadeiramente como direito fundamental de primeira geração², ao assegurar a tutela de direitos individuais contra o Estado, ao lado dos institutos jurídicos do *Habeas Data* e *Habeas Corpus*.

Além disso, incluído na evolução dos direitos fundamentais de primeira geração, o mandado de segurança compõe uma conquista histórica de natureza nitidamente instrumental, ao tornar possível a provocação da tutela jurisdicional, para a defesa e garantia dos direitos fundamentais na ordem jurídica, principalmente, com maior relevância, após o período pós segunda guerra mundial³, haja vista a evidência da incapacidade do positivismo jurídico puro para a tutela de direitos fundamentais, associado ao surgimento de novos diplomas garantistas, como por exemplo a declaração universal dos direitos humanos de 1948⁴.

É importante mencionar que, com o esgotamento do estado liberal, o modelo de Estado do Bem Estar Social se revela outrora intervencionista, tanto com a positivação de direitos sociais, assegurados por prestações positivas do estado, como também pela garantia de condições mínimas que devem ser oportunizadas ao indivíduo para a proteção da dignidade humana.

Diante disso, os remédios constitucionais tornam-se garantias da promoção e eficácia dos direitos fundamentais, como instrumentos capazes de tornar realizáveis os direitos previstos pelo texto constitucional. O mandado de segurança, ao seu turno, tem propriamente esse viés, razão pela qual a sua disciplina infralegal deve ser harmônica com os fins constitucionais do instituto.

¹ BUZUID, Alfredo. **Do mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 25.

² CRUZ, Luana Pedrosa Figueiredo et al. **Comentários à Lei do Mandado de Segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009**. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 34.

³ A 2ª. Guerra Mundial iniciou-se em 1º/09/1939 e terminou em 2/09/1945.

⁴ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAUJO, Fábio Caldas de. **Mandado de Segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009**. ed. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 20.

No ordenamento pátrio brasileiro, o mandado de segurança classifica-se como uma ação civil de natureza constitucional, contendo aspectos essenciais da própria Teoria Geral de Processo⁵, com a finalidade precípua de combater a ilegalidade ou abuso de poder, especificamente, de forma célere e eficaz, em busca de um provimento específico e satisfativo do direito.⁶

Assim, no que se refere à evolução histórica do instituto, pelo menos no contexto que este artigo pretende dissertar, vale destacar que o mandado de segurança tem sua origem atrelada ao desenvolvimento do *Habeas Corpus*. Este remédio constitucional, por sua vez, destinado a tutelar a liberdade de locomoção, prejudicada por qualquer violação, ou ameaça de violação, perpetrada por ato abusivo de poder do Estado, tem origem anglo-saxônica para a proteção da liberdade física, no âmbito do processo penal⁷.

No Direito Brasileiro, no entanto, o *Habeas Corpus* era previsto como meio cabível para a proteção de qualquer violência ou coação por ilegalidade ou ato abusivo de poder, nos termos do art. 72, § 22, da Constituição Federal de 1891.⁸ Por esse motivo, face à amplitude de tutela, surgiu no direito brasileiro a denominada teoria do *Habeas Corpus*, cujo um dos seus defensores era Ruy Barbosa⁹, arguindo no sentido de que caberia àquele *writ* a defesa genérica de todos os direitos fundamentais contra o estado, de forma distinta da sua finalidade origem no direito estrangeiro.

Porém, com a reforma introduzida pela Carta Constitucional de 1926, renovou-se a limitação do *Habeas Corpus* à proteção dos direitos atrelados à liberdade de locomoção, fato que deu azo à criação legislativa específica do Mandado de Segurança, posteriormente, com a Constituição Federal de 1934, a qual, nos termos do seu art. 113, 33), previu pela primeira vez a concessão do direito líquido e certo “*e incontestável, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade*”.¹⁰

Com o advento da Constituição Federal de 1937, no contexto político do Estado Novo¹¹, sob o poder político autoritário do ex-presidente Getúlio Vargas, foi suprimida a previsão constitucional do Mandado de Segurança, o que somente veio a ser restaurada pela Carta Constitucional de 1946, sob o governo de Eurico Gaspar Dutra, com a disposição do Mandado de Segurança, então, conhecida por proteger direito líquido e certo não socorrível por *Habeas Corpus*.

⁵ GRECO FILHO, Vicente. **O novo mandado de segurança: (comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009)**. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 10.

⁶ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre o mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 9.

⁷ BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. **Mandado de segurança**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009. p. 14.

⁸ Art. 72. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á segurança individual e á propriedade nos termos seguintes: (...) § 22. Dar-se-ha o *habeas-corpus* sempre que o individuo soffrer ou se achar em imminente perigo de sofrer violencia, ou coacção, por illegalidade, ou abuso de poder.

⁹ CUNHA, Mauro e SILVA, Roberto Geraldo Coelho. **Habeas corpus no direito brasileiro**. Rio de Janeiro: Aide, 1990. p. 43.

¹⁰ Art 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no paiz a inviolabilidade dos direitos concernentes á liberdade, á subsistencia, á segurança individual e á propriedade, nos termos seguintes:(...)33) Dar-se-á mandado de segurança para defesa do direito, certo e incontestavel, ameaçado ou violado por acto manifestamente inconstitucional ou ilegal de qualquer autoridade. O processo será o mesmo do *habeas corpus*, devendo ser sempre ouvida a pessoa de direito publico interessada. O mandado não prejudica as accções petitorias competentes.

¹¹ O Estado Novo compreendeu o período de 10 de novembro de 1937 a 31 de janeiro de 1946.

A concessão do Mandado de Segurança coletivo não evoluiu na mesma sistemática do da proteção dos direitos individuais, uma vez que, embora mantida a disposição constitucional do “writ” nas posteriores constituições de 1967 e 1969, havia a omissão constitucional quanto à possibilidade da concessão de segurança coletiva, de forma que a previsão constitucional da tutela coletiva do mandado de segurança veio a ser confirmada somente pela Constituição Federal de 1988, com a previsão do Mandado de Segurança, conhecida até a atualidade pelo art. 5º, LXIX.

Quanto à evolução da legislação infraconstitucional do processo de mandado de segurança, é digna de nota a disciplina inicial da Lei n. 1.533/1951, na qual teve a primeira disciplina e requisitos necessários da ação de Mandado de Segurança, especialmente, com a possibilidade de concessão da medida liminar, nos termos do art. 7º, II, daquele diploma, ao prever: “Art. 7º - Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: (...) II - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido quando for relevante o fundamento e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja deferida.”

A liminar naquele texto legal não se deparava com hipóteses de restrições, podendo ser concedida com fundamento na antecipação de tutela similar ao processo comum ordinário, com vistas em dois requisitos específicos, quais sejam o fundamento relevante e possibilidade de ineficácia da medida concedida ao final do processo, como verdadeira reprodução da requisitos do “fumus boni iuris” e “periculum in mora” da teoria geral do processo civil.

Com a Lei n. 4.348/1964, além de alterações pontuais no procedimento, a concessão da medida liminar em sede de Mandado de Segurança recebeu a seguinte restrição do seu art. 5º, a saber: “Art. 5º Não será concedida a medida liminar de mandados de segurança impetrados visando à reclassificação ou equiparação de servidores públicos, ou à concessão de aumento ou extensão de vantagens”. Da mesma forma, sobreveio a Lei n. 5.021 de 1966 ao acrescentar ao seu art. 1º, §4º, no sentido de que “Não se concederá medida liminar para efeito de pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias”.

Sem ainda adentrar ao mérito sobre o debate das vedações à concessão da medida liminar no mandado de segurança, vez que adiante pretende expor com maior profundidade, vale destacar que, no que atine ao aspecto histórico, o móvel das alterações legislativas referentes às restrições teve como ponto de partida o anseio de evitar abusos nas concessões de liminares, consoante verificado na jurisprudência dos tribunais pátrios, como muito bem elucida Sergio Ferraz:

Historicamente houve, num certo momento, um abuso na concessão das liminares, em prejuízo do interesse público. Tais males, tendo-se tornado estatisticamente muito repetidos, acabaram por gerar remédios piores do que as moléstias, daí tendo surgido a Lei 2.778 de 56 (que proibia a concessão de liminar nas hipóteses de importação de mercadorias estrangeiras), a lei 4.384/64 (que vedava também a liminar na hipótese de vantagens pecuniárias para o funcionalismo, ou de reclassificações) e a Lei 5.206/66 (no mesmo sentido da Lei 4.348). Na verdade, o que se buscava, através de remédio desta ordem, era evitar que a parte favorecida pela decisão concessiva da liminar (de regra hipossuficiente economicamente) mais adiante, à luz de uma

decisão que terminasse por lhe denegar razão, não tivesse condições objetivas de recompor o patrimônio público afetado pela concessão da liminar.¹²

Do mesmo modo, outro aspecto digno de nota é no sentido de que na legislação infraconstitucional, até a Lei n. 4348 de 1964, não havia a regulamentação infraconstitucional do Mandado de Segurança Coletivo, quando então a possibilidade da tutela coletiva era realizada por meio da interpretação sistemática dos outros diplomas legislativos, como a Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), bem como a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7347/1985).

Portanto, somente com a Lei n. 12.016/2009 houve a disciplina do procedimento da tutela coletiva do Mandado de Segurança, em meio a lacuna da legislação infraconstitucional, face a previsão já existente pela CF/88. Além do mais, a Lei n. 12.016/09 limitou-se a reproduzir as normas já existentes nas Leis n. 1.533/51, 4.166/62 e 4.348/64, especialmente, no que atine às hipóteses de restrições às medidas liminares.

Vale transcrever que historicamente as restrições às medidas liminares em mandado de segurança influenciaram a edição da Lei n. 8.437/92¹³, na qual estende a proibição das liminares também para procedimentos de natureza cautelar ou preventiva contra atos do poder público. Assim, em que pese o âmbito deste trabalho, não seja uma análise genérica de todas as hipóteses de liminares em face do estado, fato é que, no que se refere ao instrumento de mandado de segurança, assegurado constitucionalmente, a proibição das liminares decorre em razão da previsão do art. 7º, §2º, da Lei 12.016/09, haja vista a disciplina específica do procedimento do “writ” com regramento próprio.

3. DA LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

De acordo com o art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, ao despachar a inicial, dentre outras providências, o juiz determinará a suspensão do ato que deu motivo ao pedido, nas hipóteses que houver fundamento relevante e a demora do processo puder causar ineficácia da segurança, sendo facultado exigir a prestação de garantia, com o fim de assegurar o ressarcimento da pessoa jurídica de direito público¹⁴.

Dessa forma, já na fase inicial do processo o juiz poderá conceder a medida liminar, sendo certo que não se trata de uma fase preclusiva no processo, por isso, o juiz poderá postergar a concessão da liminar para após a prestação de informações pela autoridade coatora, quando entender que a análise do direito controvertido depende da formação prévia do contraditório, ou ainda mesmo durante a fase recursal pelo desembargador relator, quando na hipótese o juiz denegar a concessão da liminar,

¹² FERRAZ, Sergio et al. **Cinquenta anos de mandado de segurança**. Porto Alegre: Fabris, 1986, p. 14.

¹³ Dispõe a Lei n. 8.437/92: Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

¹⁴ Art. 7º. Ao despachar a inicial, o juiz ordenará: I - que se notifique o coator do conteúdo da petição inicial, enviando-lhe a segunda via apresentada com as cópias dos documentos, a fim de que, no prazo de 10 (dez) dias, preste as informações; II - que se dê ciência do feito ao órgão de representação judicial da pessoa jurídica interessada, enviando-lhe cópia da inicial sem documentos, para que, querendo, ingresse no feito; III - que se suspenda o ato que deu motivo ao pedido, quando houver fundamento relevante e do ato impugnado puder resultar a ineficácia da medida, caso seja finalmente deferida, sendo facultado exigir do impetrante caução, fiança ou depósito, com o objetivo de assegurar o ressarcimento à pessoa jurídica.

conforme se depreende do art. 7º, §1º, da Lei 12.016/09. Além disso, considerando a aplicação subsidiária do CPC, também torna-se compatível a exigência pelo magistrado da manifestação da parte contrária, pela aludida justificação prévia, com fundamento no art. 300, §2º, do CPC.

Porém, em se tratando do mandado de segurança coletivo, no entanto, é obrigatória a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, o qual deverá se pronunciar no prazo de 72 horas, nos termos do art. 22, §2º, da Lei n. 12.016/09. A exigência da ouvida do Ente Público, por outro lado, poderia, em tese, ser dispensada quando puder provocar o próprio perecimento do direito, sendo essa a interpretação de José Miguel Garcia Medina e Fábio Caldas de Araújo:

Tal requisito, no entanto, não pode ser tido por absolutamente intransponível. Notando o órgão jurisdicional que a não concessão da liminar pode acarretar, de modo irreversível, o perecimento do direito demonstrado pelo autor da ação, deverá conceder a medida, sob pena de fazer letra morta os incs. LXIX e LXX do art. 5º da CF/1988 (bem como o art. 5º, XXXV, da mesma Carta).¹⁵

De toda forma, a questão trata-se na verdade de uma valoração do caso concreto pelo juízo, entendendo que a ouvida do Ente Público necessariamente possa causar prejuízo à tutela pretendida, o magistrado poderia, portanto, conceder a liminar *inaudita altera parte*¹⁶ no mandado de segurança coletivo, em prol da efetividade do processo, bem como do acesso à justiça.

A norma ressalva dois pressupostos inteligíveis que devem ser destacados para a concessão da liminar, quais sejam: *periculum in mora*; e a relevância do fundamento, entendido também como o *fumus boni juris*. O primeiro representa propriamente o risco de um dano provável, caso a concessão da segurança seja ineficaz por ocasião da sentença, não se tratando exatamente de uma possibilidade de risco, mas a ameaça de um dano iminente avaliado de forma objetiva. O *fumus boni juris*, por sua vez, trata-se da probabilidade do direito tutelado, isto é, embora seja de certa dose de subjetividade do magistrado, considera a possibilidade que, ao final do processo, o pedido de mérito seja definitivamente concedido ao impetrante.¹⁷

No entanto, cumpre questionar se há discricionariedade ao juiz para a concessão da liminar. Para Sergio Ferraz não está reservada nenhuma discricionariedade ao juiz, devendo ele fazer uma análise cuidadosa acerca da existência do fundamento relevante e se realmente existe risco para a sentença¹⁸.

¹⁵ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de Segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009**. ed. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 115.

¹⁶ É extremamente comum o uso dessa expressão latina com o final grafado como “pars”, contudo, por se tratar de um ablativo absoluto, a forma correta a ser grafada é “parte”, a qual significa “não ouvida a outra parte”. In: MOREIRA, Silvio Teixeira. *Inaudita Altera Pars*. Migalhas.

¹⁷ GONÇALVES, Orlando José. **Eftivação das liminares em mandado de segurança**. *Revista Justitia*. São Paulo, 57 (170), abr/jun, 1995. pág. 1. Disponível em <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/191b87.pdf>>. Acesso em: 18.08.2017

¹⁸ FERRAZ, Sergio. **Cinquenta anos de mandado de segurança**. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 12.

Por outro lado, José da Silva Pacheco afirma que "no âmbito jurisdicional, a discricionariedade sujeita-se, também, sob os aspectos apontados, ao que dispõe a lei, isto é, aos pressupostos, que, embora objetivos, têm certa conotação subjetiva"¹⁹.

De toda sorte, pela interpretação sistemática do ordenamento jurídico, ainda que corresponda a certa dose de subjetividade do juízo à análise da liminar, deve ser preferida a decisão em cumprimento do dever de motivação adequada, nos termos do art. 489 do CPC/15, a fim de que seja possível o controle da decisão judicial pelos seus fundamentos objetivos.

Além disso, o art. 7º "caput" da Lei n. 12.016/09 dispõe no sentido de que o juiz *ordenará* a suspensão do ato, sendo possível a interpretação de que seria possível a concessão da liminar de ofício pelo magistrado, ainda que não houvesse pedido expresse pelo impetrante nesse sentido.

Assim, caso o perceba que a não concessão da liminar, omissa pelo impetrante, poderá redundar na ineficácia do mandado de segurança, deveria concedê-la mesmo assim²⁰. Porém, demonstra-se oportuna a ressalva feita por Cassio Scarpinella Bueno sobre a responsabilidade do impetrante de eventuais danos oriundos da liminar, no sentido de que: "se, a final, o resultado do mandado de segurança lhe for desfavorável, ele - e não o magistrado - é que será objetivamente responsabilizado pelos danos experimentados pelo réu"²¹. Portanto, em que pese o resultado do "writ" seja comprometido pela ausência da medida liminar, não parece ser adequada a concessão oficiosa da liminar pelo magistrado, ainda que fundamentada no poder geral de cautela, isso porque, em atenção ao princípio da inércia da jurisdição, a concessão deve ter como pressuposto a provocação do titular do direito violado.

Assim também, a medida liminar no mandado de segurança tem natureza jurídica própria do seu procedimento, não se restringindo à medida cautelar assecuratória de direito, tendo em vista que o processo de mandado de segurança busca a concessão do direito *in natura*, sendo possível por essa razão a antecipação da tutela de cunho satisfativo, por meio da imediata ordem mandamental à autoridade coatora, o que também se adequa à finalidade de celeridade do procedimento do "writ".

Outro aspecto, inerente à concessão da medida liminar do mandado de segurança, trata-se da possibilidade de exigência da prestação de caução pelo magistrado, nos termos da parte final do art. 7º, III, da Lei n. 12.016/2009, com a finalidade de ressarcimento da pessoa jurídica. No entanto, impõe ressaltar que a garantia listada pelo dispositivo não se pode revelar como condição para a obtenção da liminar.

Logo, a interpretação teleológica do dispositivo deve ser no sentido de que, nos casos em que o impetrante não tiver presentes os pressupostos para a concessão da liminar, é cabível prestação da garantia, haja vista a possível reversibilidade da medida de acordo com o caso concreto. Não se trata portanto da análise do pedido de tutela que já preencha o perigo da demora e da probabilidade do direito, vez que se estaria a

¹⁹ PACHECO, José da Silva. **Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 247.

²⁰ Op. Cit. p. 246

²¹ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre o mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 65

agredir o modelo constitucional de acesso à justiça, especialmente nos casos que houver a hipossuficiência do impetrante²².

Outrossim, no que se refere ao mandado de segurança, destaca-se que liminar terá cabimento tanto a hipótese de ser impetrado na forma repressiva, isto é, após a prática do ato violador de direito líquido e certo, como também quando o “writ” for ajuizado na sua modalidade preventiva, pela pretensão de que a autoridade se abstenha de vir a praticar o ato abusivo, contanto que pelo menos já exista a demonstração de que há a iminência de praticar a ilegalidade.

4. DA ANÁLISE ÀS RESTRIÇÕES EM ESPÉCIE DAS LIMINARES EM MANDADO DE SEGURANÇA

Prosseguindo-se, foca-se no disposto do art. 7º, § 2º, da Lei n. 12.016/09, o qual nos seus termos veda expressamente a concessão de medida liminar que tenha por objeto a compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza.

Assim, no estudo do dispositivo, no que se refere à compensação de créditos tributários, vale destacar primeiramente o entendimento consolidado pela Súmula n. 212 do Superior Tribunal de Justiça, alterada pela 1ª Seção do STJ, em 11.5.2005, ao prever que “*compensação de créditos tributários não pode ser deferida em ação cautelar ou por medida liminar cautelar ou antecipatória*”.

Da mesma forma, a Lei Complementar 104, de 10/01/2001, incluiu no Código Tributário Nacional o art. 170-A com a seguinte redação “*É vedada a compensação mediante o aproveitamento de tributo, objeto de contestação judicial pelo sujeito passivo, antes do trânsito em julgado da respectiva decisão judicial*”.

Cumprido mencionar que, de acordo com a jurisprudência do STJ, torna-se inviável ao Poder Judiciário apurar a certeza e liquidez do crédito tributário eventualmente apto a compensação, em sede de medida liminar em mandado de segurança, isso porque a avaliação do crédito do contribuinte perante o fisco exige o seu próprio exame de mérito, o que deveria ser feito em sede do procedimento administrativo fiscal ou pela via própria do procedimento ordinário.

Nesse sentido, extrai-se importante fundamento oriundo de decisão monocrática do STJ, em que se verifica nos termos do seguinte trecho:

Não se vislumbra presente o direito líquido e certo à tutela antecipada pleiteada, a fim de possibilitar a compensação almejada. Ao contrário, tem-se por correto o seu indeferimento, visto que o art. 170, do CTN, estabelece certas condições à compensação de tributos, as quais não se acham presentes no caso em apreço. A certeza e a liquidez dos créditos são requisitos indispensáveis para a compensação autorizada por lei, segundo o texto legal referenciado.²³

Porém, a *contrario sensu* do julgado, na hipótese que o contribuinte já tenha prova suficiente da liquidez do seu crédito contra a fazenda pública, conquanto apurado

²² BUENO, Casso Scarpinella. A nova lei do mandado de segurança. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 23
²³ STJ, Recurso Especial n. 495.012-AL, Rel. Min. José Delgado, DJ de 30.06.2003, p. 154.

mediante processo administrativo tributário, por exemplo, parece ser possível o acolhimento da medida liminar, em consonância com a inafastabilidade da jurisdição e o acesso à justiça²⁴.

Isso porque, nesse caso, quando o contribuinte já tenha a liquidez e certeza do seu crédito reconhecida pelo fisco e não tendo contestado o seu passivo, nos termos do artigo 170-A do CTN, não há razão para a proibição da medida liminar, uma vez que ambos os créditos já estariam aptos a compensação, na forma do 170 do CTN, restando ao juízo a análise se verificam os pressupostos da concessão da liminar.

Em reforço a este argumento, cita-se os termos da Súmula 213 do STJ, na qual dispõe que *“o mandado de segurança constitui ação adequada para a declaração do direito à compensação tributária”*, logo, se é possível, nos termos da súmula, a declaração do direito de compensar, por via do mandado de segurança, da mesma forma, a autorização para compensação do crédito tributário em medida liminar pode ter cabimento, em que pese a proibição do texto legal, conquanto existentes os pressupostos da medida.

Com relação a vedação da concessão de liminar para liberação de mercadorias provenientes do exterior, a proibição é decorrente da Lei n. 2.770, de 04/05/1956, incorporada a lei do Mandado de Segurança, no sentido de que a liberação aduaneira de quaisquer objetos importados não poder ser objeto da medida liminar em mandado de segurança.

No entanto, de acordo com Hely Lopes Meirelles, Arnaldo Wald e Gilmar Ferreira Mendes:

“Tem-se entendido, entretanto, que essa vedação só se refere a produtos de contrabando, e não aos bens importados ou trazidos para o País como bagagem sobre os quais as autoridades passem a fazer exigências ilegais ou abusivas para seu desembaraço.”²⁵

Na hipótese, importa entrever que a apreensão de bens importados, especialmente, aqueles perecíveis, ou destinados à comercialização em determinada época, por parte da autoridade fazendária, como exigência para o recolhimento de tributos ou formalidades da alfândega, pode causar prejuízo iminente à atividade econômica do particular, em prejuízo ao princípio do livre exercício da atividade econômica.

Portanto, é defensável a tese de que a restrição da liminar, muito embora refira-se de maneira genérica, ao dispor *“entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior”*, não venha a abranger a apreensão de mercadorias, por exigência de recolhimento tributário ou fiscal, até porque, nos termos da Súmula 323 do STF *“é inadmissível a apreensão de mercadorias como meio coercitivo para pagamento de tributos”*. Além do mais, se considerado o postulado do devido processo legal, é inadmissível privar o cidadão dos seus bens, antes da conclusão do próprio processo administrativo, ou que antes lhe seja assegurada à ampla defesa.

No que concerne à prática dos crimes de contrabando, pela introdução de mercadoria proibida no território nacional, a apreensão das mercadorias seria decorrente da

²⁴ MACCACCHERO, Fabio Pas. Vedação à concessão de medida liminar para compensação de crédito tributário: interpretação sistemática do art. 7º da Lei n. 12.016 de 2009.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnaldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e ações constitucionais. Ed. 32. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 90.

atuação da polícia judiciária, integrando o âmbito do inquérito policial, de forma que, se há a necessidade da apuração criminal, por lógico, não se verifica também os pressupostos para a concessão da medida liminar, haja vista os indícios do envolvimento de conduta ilícita.

Diante dessas razões, não subsistem motivos para ocorrer a proibição legal, para afastar do juízo a análise da possibilidade de concessão da liminar, o que fundamenta a tese de inconstitucionalidade do dispositivo, haja vista que se trata de limitação indevida à tutela efetiva do mandado de segurança.

A proibição referente à *“reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer natureza”* é proveniente das Leis 4.348, de 26/06/94 e 5.021, de 09/06/66, tendo como objeto essencial a vedação à concessão de vantagens de servidor público, ou melhor, o pagamento dessas vantagens por meio de liminar em mandado de segurança.

Vale destacar que a restrição da liminar aqui ventilada não proíbe a reintegração do servidor exonerado de forma ilegal pelo poder público, isso porque, aquele que deixou de auferir os vencimentos por ter perdido a posse do cargo, pode ser nomeado por força de decisão liminar em mandado de segurança, e, em consequência disso, fazer ou voltar a fazer *“jus”* ao pagamento dos vencimentos, contados a partir deste exercício.

Além disso, importante pontuar que, tratando-se de vantagens patrimoniais, os efeitos financeiros do mandado de segurança, mesmo na hipótese de reintegração por liminar, são considerados a partir da data do ajuizamento, nos termos do art. 14, §4º, da Lei n. 12.016/09, logo, não são abrangidas as vantagens ocorridas antes da impetração do *“mandamus”*, até porque, em conformidade com as Súmulas 269 e 271 do STF, o mandado de segurança não é sucedâneo da ação de cobrança para abranger as vantagens anteriores ao ajuizamento, as quais devem ser cobradas pela via judicial própria.

Interessante pontuar, por outro lado, que em 2015 o Superior Tribunal de Justiça, divergindo da orientação das Súmulas 269 e 271 do STF, firmou entendimento, no sentido de que, no caso de redução de vencimentos do servidor público, os efeitos patrimoniais retroagem à data do ato coator, conforme se verifica do seguinte trecho do EREsp 1.164.514-AM:

Em mandado de segurança impetrado contra redução do valor de vantagem integrante de proventos ou de remuneração de servidor público, os efeitos financeiros da concessão da ordem retroagem à data do ato impugnado. Não se desconhece a orientação das Súmulas n. 269 e 271 do STF, à luz das quais caberia à parte impetrante, após o trânsito em julgado da sentença mandamental concessiva, ajuizar nova demanda de natureza condenatória para reivindicar os valores vencidos em data anterior à impetração do mandado de segurança. Essa exigência, contudo, não apresenta nenhuma utilidade prática e atenta contra os princípios da justiça, da efetividade processual, da celeridade e da razoável duração do processo.²⁶

No mesmo sentido, importa consignar que recentemente o STJ também já reconheceu que o pagamento das vantagens patrimoniais ao servidor público deve se dar

²⁶ STJ, Embargos de Divergência em Recurso Especial n. 1.164.514-AM, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 16/12/2015, DJe 25/2/2016.

de forma imediata, não se sujeitando às regras da inclusão em lista de precatórios, de forma que o pagamento pode ser realizado pelo estado por meio da inclusão em folha suplementar, nesse sentido, se verifica o seguinte trecho do AgRg no REsp 1530169/MG:

Em conformidade com a jurisprudência do STJ, além de a decisão do Mandado de Segurança ser de imediato cumprimento, não estando sujeita às regras do precatório, previstas nos arts. 730 do CPC e 100 da CF/88, as parcelas devidas entre a data da impetração e a da concessão da segurança devem ser pagas ao servidor público por meio da inclusão em folha suplementar.²⁷

Vale destacar que, embora ainda não confirmados pelo STF no mesmo sentido, os recentes posicionamentos jurisprudenciais do STJ acima colacionados corroboram, no sentido de que existe a viabilidade de apreciação da medida liminar em mandado de segurança, ainda que o objeto do pleito seja adstrito às vantagens patrimoniais de servidor público, tendo em vista os próprios princípios da celeridade e efetividade processual.

5. DA CONSTITUCIONALIDADE DAS RESTRIÇÕES ÀS LIMINARES

As proibições legais às medidas liminares impõe ao titular do direito líquido e certo a espera pela concessão da segurança, ao final do procedimento, com o trânsito em julgado da decisão definitiva. Dessa forma, em razão da demora com o curso da demanda, com a conseqüente interposição de recursos e a apreciação do pedido por cada instância, limita-se a eficácia e a celeridade inerente ao próprio mandado de segurança, vez que o titular do direito é impedido de obter a antecipação da tutela de mérito, face os termos do art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/09.

Além disso, verifica-se que as proibições de medida liminar do mandado de segurança, ao mesmo tempo, importa em obstáculo ao acesso à justiça, assim como limitação ao princípio da inafastabilidade da jurisdição, porquanto o Poder Judiciário estará impedido de adentrar ao cabimento da medida liminar naquelas hipóteses elencadas no art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/09, razão pela qual torna-se questionável a constitucionalidade do dispositivo, haja vista que, no texto constitucional, não há uma previsão de limitação do mandado de segurança nesse sentido.

Nesse contexto, a respeito das hipóteses legais de restrições às medidas liminares do art. 7º, §2º, da Lei 12.016/09, bem como dos diplomas legislativos anteriores no mesmo sentido, defende Cassio Scarpinella Bueno:

Esses diplomas legais são todos flagrantemente inconstitucionais, destoando, por completo, da ordem constitucional. Impensável que a grandeza constitucional do mandado de segurança e sua aptidão de assegurar a fruição integral e in natura de bem da vida (o que decorre imediatamente do art. 5º, XXXV e LXIX, da Constituição Federal) seja obstaculizadas, frustradas ou minimizadas por qualquer disposição infraconstitucional. Aliás, nem mesmo por alteração constitucional isso seria possível, porque os direitos fundamentais são

²⁷ STJ, Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1530169/MG, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 20/08/2015, Dje: 23/11/2015.

cláusulas pétreas, imunes, pois, a alterações até mesmo por parte do constituinte derivado (CF, art. 60, § 4º, IV).²⁸

Da mesma forma, entende Marcela Navarro Ribeiro Dantas:

Nós nos afinamos com os que pensam serem inconstitucionais as restrições em comento, à vista do princípio da tutela constitucional efetiva. Entretanto, por honestidade intelectual, temos de ter a coragem de enfrentar o fato de que essas restrições vêm existindo desde a década de 50 e jamais as leis que as contiveram foram declaradas inconstitucionais pelo STF e retiradas do mercado jurídico²⁹

Logo, torna-se válido afirmar que as vedações às medidas liminares criam um verdadeiro entrave para a efetiva tutela do direito pretendido por meio do mandado de segurança, em contraposição direta ao inciso XXXV, art. 5º, Constituição de 1988, ao dispor que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*.

A propósito, no que diz respeito ao princípio do acesso à justiça, enquanto expressão do regime democrático, deve ser assegurado não somente o acesso formal à justiça, como também o acesso à ordem no seu aspecto material, capaz de garantir a justeza e efetividade da tutela de direito, em qualquer situação hipótese.

No caso do mandado de segurança, alçado como remédio constitucional destinado ao combate ao abuso de poder do estado, a determinação da medida liminar constitui-se justamente como meio adequado, célere e eficaz de assegurar o direito líquido e certo, até que ocorra o provimento final pelo Poder Judiciário.

A distinção digna de nota é que, pela disposição do art. 7º, § 2º, da Lei 12.016/09, o impetrante do mandado de segurança sequer chegará a ter o seu pedido de medida liminar apreciado pelo Poder Judiciário por expressa vedação legal, ao passo que, não estando a tutela dentro daquelas hipóteses, poderá o magistrado ingressar na análise perfunctória do cabimento da medida liminar, inclusive, se há o perigo da demora, a probabilidade do direito, bem como o risco para o resultado útil ao processo.

Além do mais, tendo em vista que no Estado Democrático de Direito, qualquer ato praticado por agente nas atribuições do poder público deve estar em consonância com a estrita legalidade, torna-se incabível o afastamento da análise do Poder Judiciário, ainda que o controle da administração pública importe na antecipação da tutela satisfativa ou cautelar para o asseguramento do direito.

Isso não significa, no entanto, que o Impetrante do mandado de segurança, em qualquer hipótese, terá direito subjetivo irrestrito à concessão liminar; pois, pelo contrário, o deferimento da antecipação de tutela, assim como no bojo de qualquer outro procedimento, deve preencher os requisitos necessários para a sua concessão, assim como ser precedida da adequada motivação pela decisão judicial.

Além disso, a referida restrição ao acesso à justiça, com o afastamento do exame do provimento liminar, não se contrapõe necessariamente com um suposto descumprimento dos princípios de ordem financeira e tributária que o poder público está

²⁸ BUENO, Cassio Scarpinella. **Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre o mandado de segurança**. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 73

²⁹ MAIA, Napoleão Nunes. **Comentários à nova Lei do mandado de segurança**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.

vinculado³⁰, até porque, mesmo que a concessão equivocada da liminar provoque uma excessiva oneração ao erário, tal decisão poderá ser desafiada por meio do recurso de agravo de instrumento, a ser recebido com o correspondente efeito suspensivo.

Também, por lógico, para a concessão da medida liminar em mandado de segurança é imprescindível o dever de motivação adequada da decisão judicial, em conformidade com a disposição do art. 489, § 1º, do CPC, na análise, se a antecipação da tutela não poderá causar a irreversibilidade do provimento, haja vista o adiantamento de valores do poder público, acaso reformada a decisão com a denegação da ordem ao final do processo.

Por essa razão, vale ressaltar que, nos mesmos moldes do procedimento ordinário, mesmo estando preenchidos os pressupostos necessários para a concessão da medida liminar, o juiz poderá, caso entenda necessário, determinar, antes de decidir sobre o pedido liminar, a justificação prévia do ente público que a autoridade coatora está vinculada, para que demonstre, por exemplo, a ausência da probabilidade de direito, assim como a irreversibilidade dos efeitos da decisão.

Além disso, poderia o juízo exigir garantia real ou fidejussória idônea do impetrante beneficiado com a liminar, a fim de que seja possível o ressarcimento do ente público na hipótese de revogação da liminar ao final do processo, ambas as providências que seriam possíveis à luz da aplicação subsidiária do art. 300, §1º e §2º, do novo CPC.³¹

Porém, torna-se inconstitucional a vedação legal à apreciação judicial da medida liminar em mandado de segurança, nos termos do art. 7, §2º, da Lei n.12.016/09, posto que impede propriamente ao impetrante de demonstrar que faz *jus* à proteção imediata do bem jurídico almejado, inclusive, porque, ainda que a situação fática narrada na inicial esteja inserta em uma daquelas hipóteses, os danos emergentes ao processo, podem prejudicar de forma definitiva o resultado do processo.

São válidos, nesse contexto, os seguintes exemplos de Vallinsey de Souza Oliveira:

Tome-se como exemplo uma empresa que abusivamente tem suas mercadorias apreendidas pela Receita Federal no período de festejos de Natal, considerando ser essencial que a mercadoria ingresse logo no mercado naquela época, sob o risco de causar um grande prejuízo financeiro e infortúnio comercial. Mesmo sabedor de que a apreensão da mercadoria é abusiva e manifestamente ilegal, o juiz nada poderá fazer, pois estará preso à norma que lhe proíbe conceder liminar. Do mesmo modo, se um aposentado (ou servidor), de quem a Administração cortou abusivamente os proventos, pede uma liminar mandamental para a continuidade de pagamento, ao aplicar a Lei n. 12.016/2009, denegando a liminar, o juiz estará cumprindo a legislação, mas

³⁰ MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. **Mandado de Segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009**. ed. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 119.

³¹ Art. 300. A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo. § 1º Para a concessão da tutela de urgência, o juiz pode, conforme o caso, exigir caução real ou fidejussória idônea para ressarcir os danos que a outra parte possa vir a sofrer, podendo a caução ser dispensada se a parte economicamente hipossuficiente não puder oferecê-la. § 2º A tutela de urgência pode ser concedida liminarmente ou após justificação prévia

estará descumprindo a Constituição, porque o juiz é o protetor das garantias constitucionais e não o sancionador de ilegalidades.³²

Da mesma forma, é válido transcrever que o cabimento da tutela específica para a eficácia da proteção do direito é um juízo que deve ser exercido pelo magistrado no âmbito da condução do processo, e não em sede propriamente da previsão legislativa que, sem considerar as peculiaridades que podem envolver o caso concreto, assim, as proíbe, até porque a medida liminar encontra-se inserida dentro do poder geral de cautela na prestação jurisdicional.

Além do mais não se verifica uma correspondente limitação no texto constitucional acerca da garantia do mandado de segurança, para que subsista fundamento para as restrições infralegais à apreciação das medidas liminares, motivo pelo qual é igualmente apropriado o argumento, no sentido de que está se limitando um direito fundamental elencado na constituição, em favor de uma suposta previsibilidade financeira do poder do estado.

Ademais, a possibilidade de concessão da medida liminar em mandado de segurança objetiva propriamente resguardar a tutela do objeto “writ”, com importância ímpar para a promoção de justiça, enquanto instrumento de eficácia de direitos fundamentais, logo, é irrefutável que a liminar é mecanismo efetividade do mandado de segurança, previsto pelo art. 5º, LXX, da CF, conforme assim elucida R. Reis Freide:

Os motivos que levaram os legisladores à permitir a criação da ‘Medida Liminar’, em Mandado de Segurança, deve-se, por um lado a própria importância do objeto da ação mandamental e, por outro lado, certamente a esse inafastável imperativo em assegurar-se que a eventual concessão da segurança, no seu tempo certo, terá, efetivamente, os resultados esperados, e não será uma declaração de direito sem expressão, e sem a necessária efetividade, capaz de transformar ou impedir a concretização das situações passíveis de consequências irreversíveis³³

Portanto, em razão da inconstitucionalidade que a proibição às liminares evocam, é ponderável que o magistrado, fundado no poder geral de cautela, avalie a possibilidade de concessão da medida liminar, mesmo que os autos correspondam às hipóteses vedadas pelo art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/09, inclusive, porque, imbuído do controle difuso de constitucionalidade, pode afastar a aplicabilidade do supracitado dispositivo, quando contrário à eficácia da tutela do direito, em busca da concretização dos princípios do acesso à justiça e a dignidade humana.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em síntese, é possível afirmar que o mandado de segurança é uma conquista histórica em face do abuso de poder do estado absolutista, despontada juntamente com a evolução de direitos fundamentais, em contraposição às arbitrariedades do poder público. Nesse contexto, o mandado de segurança tem como essência o afastamento da

³² OLIVEIRA, Vallisney de Souza. A liminar na nova Lei do Mandado de Segurança. Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 80, nov. 2009, p. 135-145.

³³ FRIEDE, R. Reis. Aspectos fundamentais das medidas liminares: em mandado de segurança, ação cautelar, ação civil pública, ação popular. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993. p. 218.

ingerência do estado na vida privada, estando previsto como uma garantia fundamental ao indivíduo, nos termos do artigo 5º, LXIX, da Constituição Federal.

No entanto, vale observar que, como o mandado de segurança constitui-se na prática como um instrumento processual, o seu procedimento infralegal, disciplinado pela Lei n. 12.016/09, exhibe de maneira clara o móvel legislativo de conferir ao mandado de segurança um processo especialmente célere e, sobretudo, eficaz, na medida que o Impetrante já possui direito líquido e certo contra ato abusivo do poder público, como por exemplo, a própria decadência de 120 dias que teria o impetrante para pretender a observância do direito.

Nesse sentido, nem sempre a concessão da segurança, por ocasião da sentença, ao final do processo, pode ocorrer de maneira suficientemente célere para assegurar a tutela de direito no caso concreto, por isso, demonstra-se inequívoca no direito brasileiro a possibilidade de concessão da medida liminar *inaudita altera parte* em sede de mandado de segurança, contanto que, se vislumbre a existência da probabilidade de direito, perigo da demora ou risco ao resultado útil ao processo, conforme ora bem definidos para a concessão da tutela de urgência, nos termos do art. 300 do novo Código de Processo Civil.

Ocorre que, no que se refere ao art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/09, no qual se elenca determinadas hipóteses em que são proibidas as concessões de medidas liminares, não se verifica um fundamento suficiente para se restringir a análise judicial, quanto ao cabimento da liminar nesses casos, de toda sorte que a restrição à apreciação jurisdicional sobre a possibilidade e preenchimento dos pressupostos para tutela provisória, torna ineficaz a tutela de direito no mandado de segurança, dando azo a uma limitação não prevista pelo texto constitucional.

Ademais, como anteriormente exposto, o argumento de que a concessão da liminar nas hipóteses ventiladas possa causar um comprometimento das finanças públicas, em detrimento da previsibilidade do orçamento, não se constitui como razão para impor ao impetrante titular do direito líquido e certo condições que possa causar o próprio perecimento do seu direito, além de que no caso concreto o juiz pode adotar medidas suficientes, antes de proceder à concessão da liminar, como, por exemplo, a própria justificativa prévia do poder público, além da possibilidade da prestação de garantia pelo impetrante, na eventual reversão da tutela por decisão final.

Além disso, mesmo que o juízo conceda medida liminar em face do poder público, com base em uma decisão judicial com motivação adequada, a ordem estará sujeita à interposição de recurso por via de agravo de instrumento, o qual poderá ser recebido também com o efeito suspensivo, logo, como em qualquer outro mecanismo de acesso à justiça, nas hipóteses que o impetrante não comprovar o preenchimento dos pressupostos para a tutela provisória, não fará jus, por lógico, à medida liminar.

Diante disso, se considerada o desígnio do mandado de segurança na tutela de direito contra o poder público, sob fundamento em direitos fundamentais do indivíduo, há por restar clarividente a inconstitucionalidade do art. 7º, §2º, da Lei n. 12.016/09, ao proibir a medida liminar nos casos de *“compensação de créditos tributários, a entrega de mercadorias e bens provenientes do exterior, a reclassificação ou equiparação de servidores públicos e a concessão de aumento ou a extensão de vantagens ou pagamento de qualquer*

natureza”, porque, mesmo nesses casos, o impetrante tem o acesso à justiça inafastável para demonstrar ao julgador a necessidade do acolhimento da medida liminar para eficácia do seu direito.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Darlan; ROSSATO, Luciano Alves. Mandado de segurança. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BRASIL, STJ, REsp n. 495.012-AL, Relator Ministro José Delgado, DJ de 30.06.2003, p. 00154. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/eletronica/stj-revista-sumulas-2010_15_capSumula212alterada.pdf. Acesso em 11.08.2017

BRASIL, STJ, EREsp 1.164.514-AM, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgado em 16/12/2015, DJe 25/2/2016. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/SearchBRS?b=INFJ&tipo=informativo&livre=@COD=%270578%27>. Acesso em: 11.08.2017.

BRASIL, STJ, AgRg no REsp 1530169/MG. Min. Herman Benjamin. Julgado em 20/08/2015. Dje: 23/11/2015. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201500958139&dt_publicacao=23/11/2015. Acesso em 11.08.2017.

BUENO, Cassio Scarpinella. Mandado de Segurança: comentários às Leis n. 1.533/51, 4.348/64 e 5.021/66 e outros estudos sobre o mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 2002.

BUZAID, Alfredo. Do mandado de segurança. São Paulo: Saraiva, 1989.

CRUZ, Luana Pedrosa Figueiredo et al. Comentários à Lei do Mandado de Segurança: Lei 12.016, de 7 de agosto de 2009. 3. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CUNHA, Mauro e SILVA, Roberto Geraldo Coelho. Habeas corpus no direito brasileiro. Rio de Janeiro: Aide, 1990.

FERRAZ, Sergio et al. Cinquenta anos de mandado de segurança. Porto Alegre: Fabris, 1986.

FRIEDE, R. Reis. Aspectos fundamentais das medidas liminares: em mandado de segurança, ação cautelar, ação civil pública, ação popular. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1993.

GONÇALVES, Orlando José. Eftivação das liminares em mandado de segurança. Revista Justitia. São Paulo, 57 (170), abr/jun, 1995. Disponível em <<http://www.revistajustitia.com.br/revistas/191b87.pdf>>. Acesso em: 18.08.2017

GRECO FILHO, Vicente. O novo mandado de segurança: (comentários à Lei n. 12.016, de 7 de agosto de 2009). São Paulo: Saraiva, 2010.

MACCACCHERO, Fabio Pas. Vedação à concessão de medida liminar para compensação de crédito tributário: interpretação sistemática do art. 7º da Lei n. 12.016 de 2009. Disponível em: <<http://intertemas.unitoledo.br/revista/index.php/ETIC/article/viewFile/2113/2301>>. Acesso em: 11.08.2017.

MAIA, Napoleão Nunes. Comentários à nova Lei do mandado de segurança. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MEDINA, José Miguel Garcia; ARAÚJO, Fábio Caldas de. Mandado de Segurança individual e coletivo: comentários à Lei 12.016/2009. ed. 2. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MEIRELLES, Hely Lopes; WALD, Arnoldo; MENDES, Gilmar Ferreira. Mandado de Segurança e ações constitucionais. Ed. 32. São Paulo: Malheiros, 2009.

MOREIRA, Silvio Teixeira. Inaudita Altera Pars. Migalhas. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Latinorio/34,MI148096,101048-Inaudita+Alter+Pars>>. Publicado em 17/01/2012. Acesso em 11.03.2018.

OLIVEIRA, Vallisney de Souza. A liminar na nova Lei do Mandado de Segurança. Revista Dialética de Direito Processual. São Paulo, n. 80, nov. 2009.

PACHECO, José da Silva. Mandado de Segurança e outras ações constitucionais típicas. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

VILAÇA, Zuleide Barbosa; TEIXEIRA, Rodrigo Valente Giublin. Mandado de Segurança Coletivo: Aspectos Coletivos e Constitucionais Essenciais. Revista Jurídica Cesumar - Mestrado, v. 12, n. 1, p. 259-280, jan./jun. 2012. Disponível em: <<http://periodicos.unicesumar.edu.br/index.php/revjuridica/article/view/2086/1649>>. Acesso em 13. dez. 2017.



ANÁLISE ECONÔMICA DO PROCESSO

*Benjamin Miranda Tabak
José de Lima Ramos Pereira*

Resumo

O presente estudo possui o objetivo de demonstrar ser viável e relevante a incidência da Análise Econômica do Direito ao processo judicial, utilizando-se do método dedutivo ao analisar as posições doutrinárias existentes a partir de premissas gerais no alcance da conclusão, realizando-se uma abordagem da Teoria e da Evolução da Análise Econômica do Direito, delineando a Teoria da Litigância. A contribuição do presente artigo é a de definir e demonstrar a utilidade da aplicação da Economia nos problemas jurídicos, analisando os pressupostos dessa abordagem de forma a explicar a racionalidade dos agentes, a existência do mercado e os custos e os riscos pertinentes e seus aspectos mais recorrentes como a decisão de litigar, a proposição ou aceitação de acordo judicial e a interposição de recurso, além de verificar as implicações no Acesso à Justiça e os custos financeiros do Processo, apresentando soluções para a atenuação desses custos, de forma a verificar o alto custo do processo judicial, a morosidade da justiça e a existência de demandas frívolas.

Palavras-chave

Análise Econômica do Direito. Direito e Economia. Teoria da Litigância. Análise Econômica do Processo. Custos Financeiros do Processo.

ECONOMIC ANALYSIS OF THE PROCESS

Abstract

The objective of this study is to demonstrate the feasibility and relevance of the Economic Analysis of the Right to Judicial Process, using the deductive method when analyzing the existing doctrinal positions based on general assumptions in the scope of the conclusion, Theory and Evolution of Economic Analysis of Law, outlining the Theory of Litigation. The contribution of this article is to define and demonstrate the usefulness of the application of Economics to legal problems, analyzing the assumptions of this approach in order to explain the rationality of the agents, the existence of the market and the relevant costs and risks and their aspects. Such as the decision to litigate, the proposition or acceptance of a judicial agreement and the lodging of an appeal, in addition to verifying the implications of the Access to Justice and the financial costs of the Process, presenting solutions for the mitigation of these costs, in order to verify the high Cost of the judicial process, the length of justice and the existence of frivolous lawsuits.

Keywords

Economic Analysis of Law. Law and Economics. Theory of Litigation. Economic Analysis of the Process. Financial Costs of the Process.

1 Introdução

O presente estudo possui o objetivo de demonstrar ser viável e relevante a incidência da Análise Econômica do Direito ao processo judicial, utilizando-se do método dedutivo ao analisar as posições doutrinárias existentes a partir de premissas gerais no alcance da conclusão. O assunto é de enorme importância, pois afeta a própria validade da existência do processo, justificando-o, havendo a intenção de demonstrar que existem processos que sequer deveriam estar tramitando.

Na primeira seção, realiza-se uma abordagem da Teoria e da Evolução da Análise Econômica do Direito (também denominada de *Law and Economics* – LaE – pela doutrina norte-americana), mostrando a sua concepção nos EUA como uma aplicação das correntes do realismo jurídico, onde nos anos 60 eclodiam os movimentos sociais, as disputas políticas, além da preocupação da política externa, quando surgiram escolas de pensamento, dentre as quais, a AED.

Ainda, discute-se a interpretação do Direito pela Economia e as dimensões da AED, positiva e normativa, a primeira, alguns entendendo como uma função prospectiva da Economia na análise de fatos passados e outros como uma proposição vinculada a fatos, e a segunda, na visão de alguns, como objetivo de analisar os fatos sociais com ênfase na ética e na moral, e outros, entendendo-a no mundo dos valores.

Termina delineando a Teoria da Escolha Racional, na qual se presume que a pessoa realiza suas escolhas na forma que lhe seja mais adequada com o melhor meio disponível para atingir aos seus objetivos, demonstrando, assim, o seu caráter empírico.

Na segunda seção, busca-se enfatizar a integração entre Direito e Economia, definindo-os, o Direito como uma ciência autônoma, de caráter normativo, ou como conjunto de as normas jurídicas que vigem em um país, e a Economia como a ciência da escolha racional em que os recursos são escassos e as necessidades humanas, infinitas, de modo a demonstrar a utilidade da aplicação da Economia nos problemas jurídicos apresentados, analisando os pressupostos dessa abordagem de forma a explicar a racionalidade dos agentes, a existência do mercado e os custos e os riscos pertinentes.

Expõe-se, de igual forma, a aplicação da AED em Países do Civil Law que, na visão de Posner, entende ser possível existir, inclusive, indicando que a AED pode trazer muitas contribuições para a evolução do pensamento jurídico no Brasil, sendo necessária apenas que seja dado um enfoque diferente, dando uma atenção maior a valores como, os direitos de propriedade, a garantia de liberdade contratual, a prevenção da corrupção, a independência do Judiciário, e a limitação do poder regulador do Estado na Economia, demonstrando ser compatível a aplicação da AED no Brasil.

Na terceira e última seção, resta tratada a Teoria Econômica da Litigância (também denominada de Teoria Econômica do Processo Judicial), definindo-a e seus aspectos mais recorrentes, como a decisão de litigar, a proposição ou aceitação de acordo judicial e a interposição de recurso, além de verificar as implicações no Acesso à Justiça e os custos financeiros do Processo, tais como, o pagamento de custas, honorários advocatícios, despesas processuais diversas.

A contribuição do presente artigo consiste em lançar uma reflexão sobre as consequências do excesso de processo judicial, tornando a justiça mais demorada e morosa, apresentando algumas soluções para atenuar esses custos, uma vez que o Brasil vive uma busca incessante à Justiça onde tudo está sendo judicializado¹ sem se buscar avaliar o custo do processo. Em tempos de crise, deve-se verificar se o uso do processo tenha se tornado elevado inclusive na solução de conflitos sem muita importância, encontrando-se soluções que possam tornar o processo menos oneroso.

2 A Análise Econômica do Direito

2.1 Teoria e Evolução da Análise Econômica do Direito

Como área emergente do direito, surge a Análise Econômica do Direito (AED) como reação ao jus positivismo que era mais formalista em que o direito resultava de ações da vontade do homem, sendo o seu conteúdo desvinculado da moral ou de outro campo do conhecimento, e, com isso, criava-se um sistema hermético em que as decisões judiciais reproduziam a lógica do direito vigente.

As respostas aos conflitos levados ao Judiciário tinham uma conotação objetiva em que o juiz aplicava a lei ao caso concreto sem uma análise de valor, pois esta teria um caráter subjetivo, e o direito não poderia oferecer essa possibilidade. Em vista disso, surgiu a necessidade de o direito passar a dialogar com outras áreas de conhecimento, dentre elas a Análise Econômica do Direito, aumentando a busca à interdisciplinaridade, aproximando o direito à realidade social em que estava inserido, principalmente nos Estados Unidos da América (GIGO JÚNIOR, 2014).

Aliás, nos Estados Unidos da América, nos anos 60, havia muitos movimentos sociais, disputas políticas e um histórico de decepcionante política externa, onde tudo trazia a uma mudança de inserção da *Common Law* aos padrões econômicos como uma solução. A Análise Econômica de Direito aparece como uma escola liberal em que os enunciados vislumbram um direito como um sistema que aloca incentivos e responsabilidades em um modelo econômico (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010).

A partir de então, com a fragilidade da ciência do Direito como disciplina autônoma, passou o operador do direito a ter uma necessidade de ampliar o leque de opções em outras ciências, dentre as quais a Economia, é tanto assim que Posner empregou a Teoria Econômica para analisar os ramos do Direito como Família, Propriedade, Contratos, Reparação de Ilícitos Civis, Penal e Constitucional, dentre outros (GONÇALVES E STELZER, 2005).

A Análise Econômica do Direito busca a resposta de perguntas essenciais, tais como, quais são os efeitos das regras jurídicas sobre as decisões dos agentes? Esses

¹ Luiza de Carvalho Fariello relata que: “Com o objetivo de proporcionar dados confiáveis para aprimorar o planejamento da Justiça, bem como dar transparência perante a população, em 2004, o Supremo Tribunal Federal (STF) publicou o primeiro Relatório Justiça em Números, com base em números de 2003. A pesquisa, assumida pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ) no ano seguinte, tornou-se o principal instrumento de gestão do Poder Judiciário, apontando no último relatório, referente ao ano de 2013, o total de 95,1 milhões de processos em tramitação na Justiça brasileira. De acordo com projeções feitas pelo CNJ, esse número pode alcançar a marca de 114,5 milhões em 2020”. *In*: Portal do CNJ.

critérios são socialmente desejáveis? Como elaborar e criar leis e instituições que gerem os incentivos certos aos agentes econômicos?

TABAK responde esses questionamentos ao prever a possibilidade de utilização de ferramentas disponíveis na Economia. Os agentes são racionais e se preocupam com o futuro e tomam decisões considerando os custos e benefícios privados sempre com o objetivo de maximizar esses benefícios com um menor custo possível, sendo certo dizer que o objetivo do direito sob a visão da AED é o de analisar as normas legais de modo a promover a eficiência, maximizando o bem-estar-social (TABAK, 2015).

Aliás, SALAMA cita que Bentham já sustentava que os indivíduos agem maximizando seu bem-estar nas interações sociais ao expressar que todos os homens calculam, alguns mais precisos e outros menos (SALAMA, 2010).

A pergunta que se faz é se toda atividade humana pode ser analisada economicamente e a resposta é que toda atividade humana relevante será passível dessa análise. Exemplificando: ao se realizar uma análise econômica do direito, aplicar-se-á o método econômico de investigação e será visto que o objeto desse método poderá ser uma questão que envolve escolhas humanas, tais como, litigar ou fazer acordo ou celebrar ou não um contrato (GICO JÚNIOR, 2011).

2.2 Interpretação do direito pela Economia, Dimensões da AED e a Teoria da Escolha Racional

Há uma diferença entre as interpretações das normas jurídicas, uma vez que os clássicos operadores do direito utilizam a hermenêutica na busca do conteúdo e do alcance dessas normas, enquanto o que podem ser chamados de juseconomistas interpretam essas normas pautando as condutas dos agentes, considerando as regras como incentivos, calculando os custos e os benefícios nessa interpretação (GICO JÚNIOR, 2014).

Enquanto na interpretação tradicional o direito é interpretado como instrumento de realizar a justiça na solução dos conflitos, a interpretação do direito pela economia é realizada com base na conduta racional da pessoa em um sistema de preços, supondo que as escolhas sejam realizadas em um ambiente caracterizado pela falta de recursos, mas da forma mais proveitosa possível com a otimização dos recursos disponibilizados.

Então, pode ser considerado que o papel do juseconomista é o de utilizar o método analítico/interpretativo da Análise Econômica do Direito, permitindo a aproximação do ser e do dever ser e a sua verificação no comportamento das pessoas envolvidas.

Para isso, devem ser diferenciadas as dimensões da Análise Econômica do Direito em positiva (do ser), como função prospectiva da Economia, analisando os fatos passados e o comportamento das pessoas, e em normativa (do dever ser), que analisa os fatos sociais na perspectiva da moral e da ética sempre com a intenção de garantir benefícios a toda a coletividade (OLIVEIRA JÚNIOR, 2010).

Existe outra diferenciação dessas dimensões, considerando a Análise Econômica do Direito positiva como sendo aquela que se vincula ao mundo dos fatos e a Análise Econômica normativa que se vincula aos valores, não estando sujeita às investigações empíricas e nem se submete às provas ou às análises da verdade.

Entretanto, a melhor dimensão foi Posner que apresentou, ao mesclar o direito antigo com o novo direito, originando uma teoria econômica com poder explicativo e com apoio empírico, com contornos e dimensões normativas e positivas (POSNER, 2007).

Para o mesmo Posner, a Análise Econômica do Direito possui aspectos positivos ou descritivos como aspectos normativos, de forma que tanto explique e preveja a estrutura doutrinária, procedimental e institucional do sistema, como busque aperfeiçoar o direito, assinalando as consequências decorrentes (POSNER, 2011).

Nesse contexto, existem duas situações que podem ocorrer na utilização dessas dimensões da Análise Econômica de Direito, ou seja, se a interpretação for realizada com uma análise positiva, haverá um prognóstico dos fatos, identificando-se as alternativas legais e as consequências correspondentes, comparando-se a eficiência de cada alternativa a ser escolhida com a demonstração do custo-benefício decorrente.

Porém, se a interpretação for realizada com uma análise normativa, o interprete deverá optar dentre as alternativas previamente estabelecidas, escolhendo a que for mais vantajosa (GIGO JÚNIOR, 2014).

Como se vê, a racionalidade deve ser preservada na interpretação do direito e isso traz à tona a Teoria da Escolha Racional que presume que a pessoa escolha a oportunidade que lhe for mais adequada conforme a realidade que lhe apresenta. Então, uma pessoa somente age racionalmente ao optar pelo melhor meio mais disponível para atingir o objetivo pretendido (POSNER, 2011), ainda que os fins sejam importantes, o que realmente vale é a preocupação com os meios para concretizar o objetivo final na ponderação entre os custos e os benefícios.

Assim a Teoria da Escolha Racional atuará quando o interprete colher o comportamento médio da pessoa, em regra, maximizador, dentre as suas preferências que correspondem ao valor que o agente confere às suas opções, preferências essas que devem ser estáveis (sem alternância na escolha) e consistentes (completa e racional).

SALAMA alertou que o cerne do postulado da instrumentalidade racional ocorre ao se julgar os modelos econômicos aplicáveis à conduta não pela veracidade da premissa da racionalidade, mas pela precisão empírica de suas previsões (SALAMA, 2008), sendo certo que essa escolha racional não irá comportar toda a complexidade do comportamento humano, porém servirá para ser um norte da análise das condutas permitindo a simplificação dessa realidade em um modelo de escolha racional, o que demonstra o caráter empírico da referida Teoria (CARVALHO, 2013).

3 Direito e Economia

3.1 Pressupostos

Como se percebe, o Direito e a Economia podem e devem interagir. Inicialmente, devem ser apresentadas as suas definições respectivas para depois haver o enfoque nos pressupostos dessa interação. O Direito, na visão de Kelsen, é considerado como uma ciência autônoma, de caráter normativo, baseada na ideia de ser uma conduta humana normada, ou seja, uma ordem coativa da conduta humana indispensável para o alcance

da paz social (KELSEN, 1998), ou ainda pode ser definido como um complexo orgânico constituído por preceitos, por regras e por leis, com as sanções correspondentes, com a finalidade reger as relações humanas permitindo o convívio em sociedade (SILVA, 2000).

A Economia já seria a ciência que estuda o comportamento humano baseada em uma relação entre necessidades ilimitadas e recursos escassos com usos alternativos (ROBBINS, 1935). Pode ser também definida como a ciência da escolha racional em um mundo em que os recursos são limitados em relação às necessidades humanas (POSNER, 2007).

Inicialmente, tem-se que o pressuposto básico para aplicar a Economia ao Direito, sem sombra de dúvida, consiste no comportamento racional das pessoas, entendendo que as normas jurídicas devem consideradas preços com o intuito de maximizar o bem-estar dessas pessoas. Em sendo entendido o Direito como a normatização do comportamento humano por um sistema de normas cogentes, fácil verificar que para a incidência da Economia no Direito, mister se faz definir e estabelecer pressupostos que permitam essa aplicação.

Esses pressupostos podem e devem ser concebidos doutrinariamente. Para Becker citado por Arenhart, a abordagem econômica a qualquer comportamento humano (evidentemente aqui incluído o Direito) necessita de dois requisitos: 1) o comportamento maximizador dos indivíduos; e 2) na existência de mercados que coordenem as ações dos participantes (ARENHART, 2009).

Pode-se entender como pressupostos ou premissas básicas para a aplicação da Análise Econômica ao Direito (ARENHART, 2009) que as pessoas ajam como maximizadoras racionais de suas satisfações (a racionalidade dos agentes) e que as regras de direito ajam de forma a impor preços às atividades que regula, ou seja, exista mercado com recursos escassos que possa coordenar as ações dos participantes (a existência de mercado).

A racionalidade se apresenta como condição essencial para que a Economia seja utilizada na análise do Direito, uma vez que a pessoa deve agir conforme os seus interesses escolhendo o que deseja, e se for racional terá um objetivo evidenciado de forma a empregar os meios disponíveis para o alcance desses objetivos. Mas não basta apenas utilizar os meios disponíveis para alcançar os objetivos estabelecidos, pois devem também fazer o menor desperdício possível a fim de otimizar os recursos existentes.

Essa racionalidade não significa, necessariamente, que ocorra a maximização da riqueza individual, nem tampouco, exige que sempre seja consciente e nem absoluta. O importante é que, em qualquer situação, seja racional, ainda que inconscientemente (por uma questão de sobrevivência, por exemplo) ou que tenha a racionalidade como regra, e isso porque o direito tem que ser efetivo e para isso as regras têm que ser obedecidas e isso não ocorreriam se a irracionalidade fosse a regra geral, por isso, a moderna Análise Econômica utiliza a racionalidade limitada.

O comportamento maximizador das pessoas é decorrência natural da racionalidade, ou seja, se a pessoa age com racionalidade, seu objetivo será o de obter o máximo proveito possível, maximizando, assim, a utilidade ao tomar uma decisão conforme o

valor que entenda pertinente, tal como, a utilidade, os ganhos econômicos, o prazer e a liberdade.

O importante é que as condutas sejam verificadas com base em um juízo de racionalidade ainda que limitado, garantindo que as ordens coercitivas do direito garantam condutas reconhecidas como ideais, pois essa coerção irá vincular as demais pessoas exatamente pelo uso do juízo de racionalidade.

O outro pressuposto para a abordagem econômica do Direito, diz respeito à existência de mercados que coordenem as ações dos diferentes participantes de forma que os seus comportamentos se tornem mutuamente consistentes. Esse mercado termina medindo o custo de oportunidade do uso de determinado recurso por intermédio de preços.

Quando se fala em preços quer dizer que os operadores do direito com inclinação econômica possuem uma tendência em ter um alicerce dos temas jurídicos trazidos para serem analisados economicamente com uma ótica dos preços, onde até mesmo as penas do Código Penal são vistas como preços, apesar de não o serem, em função do impacto sobre a conduta das pessoas (POSNER, 2009).

Registre-se que dos estudos em análise econômica do direito, a pena é equivalente a um preço que se paga pela realização de uma atividade ilegal, devendo o sistema penal, então, prover um conjunto de mecanismo que, de modo similar a qualquer outra atividade de natureza econômica, fixe preços para inibir as atividades economicamente ineficientes, dificultando a realização dos delitos (RIBEIRO, 2011).

Observe-se que alguns preços são implícitos como o valor de uma indenização correspondente ao preço implícito de uma ação de reparação de danos, sendo que as normas jurídicas terminam impondo um preço (condição, encargo, ônus) a algumas atividades, a ponto de serem verificados os custos e os benefícios na prática de uma conduta ou na decisão a ser tomada.

E isso se faz em um mercado que definirá as condições desse equilíbrio, por exemplo, os custos existentes em processo judicial que podem ser tratados como preços, seja quanto o excesso de litigância relacionado com o mercado de serviços de advogado, seja com o valor das custas processuais relacionado com o mercado referente à litigância.

3.2 Aplicação da AED em Países do Civil Law: Visão de Posner

Ainda que a Análise Econômica do Direito tenha surgido em um sistema *common law*, típico dos EUA, não há qualquer óbice para seja aplicada no sistema *Civil Law*, encontrado no Brasil, até mesmo porque desde a década de 1970, percebe-se uma expansão da Análise Econômica do Direito tanto pela Europa como pela América Latina (POSNER, 2010).

Inicialmente, o Judiciário brasileiro possuía uma atitude positivista, mas seguindo a tendência moderna, principalmente após a segunda grande guerra, o constitucionalismo brasileiro passou a adotar uma visão mais não positivista (POSNER, 2010), em regra, das normas constitucionais, baseando as decisões judiciais em princípios e

valores, tais como, o juízo de ponderação, o princípio da proporcionalidade, a consolidação do valor social do trabalho e da dignidade da pessoa humana.

Dentre o positivismo jurídico estrito e a livre interpretação constitucional, pode-se enquadrar a Análise Econômica do Direito em que seriam utilizados os princípios econômicos e os parâmetros objetivos da análise econômica. Diferente da *common law* em que existe uma maior liberdade para a discricionariedade do juiz, que cria o direito, no sistema *civil law* existe a lei e todo um processo legislativo que pauta o Poder Judiciário brasileiro, mas isso não significa que exista um engessamento na formação do direito, tanto é assim, que o juiz pode e deve decidir nas lacunas da lei, conforme a sua experiência e conforme as provas dos autos.

Na visão de Posner, não há qualquer restrição para que a Análise Econômica do Direito seja aplicada, inclusive podendo ser em uma posição intermediária entre a limitação total e a liberdade irrestrita desde que se utilize dos princípios econômicos e dos parâmetros objetivos da Análise Econômica do Direito (POSNER, 2010). Aliás, para Posner (POSNER, 2010), a Economia e o Direito teriam afinidades profundas, embora incompletas, que se materializariam na relação entre o processo e as escolhas racionais, entendendo que a Análise Econômica do Direito tem muito a oferecer ao Brasil, contribuindo para a evolução do pensamento jurídico no País.

Mas que essa aceitação deve ter início nos campos universitários e que a importação da Análise Econômica de Direito no Brasil deve possuir um enfoque diferente do que é dado nos países desenvolvidos, dando-se atenção a valores, como os direitos de propriedade, a garantia de liberdade contratual, a prevenção da corrupção, a independência do Judiciário e a limitação do poder regulador do estado sobre a economia (MARCELINO JÚNIOR, 2014).

4 Teoria Econômica da Litigância e a Análise Econômica do Processo

4.1 Decisão de litigar: custos sociais do processo judicial

A interação entre Direito e Economia é uma realidade e necessita cada vez mais de ser aperfeiçoada tanto no sistema jurídico como no sistema econômico e dentre as matérias jurídicas que melhor assimilam a análise econômica, encontra-se o direito processual, é tanto assim que a Teoria Econômica da Litigância também é denominada de Teoria Econômica do Processo Judicial.²

O processo como mecanismo social de organização das relações socioeconômicas, possui benefícios e desvantagens, mas deve ser estruturado a ponto de que sejam minimizados os seus custos e maximizados os seus benefícios, embora que benefícios e prejuízos devem ser prognosticados e quantificados com relação a cada uma das alternativas de atuação do juiz (BODART, 2015).

² No sentir de HESSEL, TABAK e AGUIAR: “a fim de contextualizarmos o tema, pertinente tratar-se da definição da denominada *Teoria Econômica da Litigância*, ou *Teoria Econômica do Processo Judicial*, a qual, segundo Cooter; Ulen (2010, p. 403). Consiste em aplicar a Economia aos aspectos processuais das disputas civis, desde que a pretensão é apresentada em Juízo, até a resolução da contenda”. *O Litígio estratégico à luz da Teoria Econômica da Litigância..In: O Ministério Público e os desafios do Século XXI: uma abordagem juseconômica*, p. 139.

Alguns doutrinários, como Arenhart, tem que a expressão litigância possui um alcance ainda mais amplo a ponto de contemplar situações em que, apesar de existir o problema, ainda não teria havido o litígio propriamente dito, estando a pessoa ainda na esfera da ponderação se ajuíza ou não a ação (ARENHART, 2009).

Como se vê, a Teoria da Econômica da Litigância já possui reflexo antes mesmo de ser instalado o litígio judicial, e, para isso, mister se faz utilizar as ferramentas da análise econômica para verificar a viabilidade desse litígio e como diz Arenhart, o termo *litigation* está ligado a todo o caminho percorrido por um processo judicial, desde a ocorrência do fato danoso até a resolução da questão (ARENHART, 2009).

Na Teoria Econômica da Litigância serão utilizados conceitos e premissas da Análise Econômica do Direito sempre prontos para responderem as questões essenciais que irão surgir no processo, atendendo ao fato de que as pessoas são racionais e possuem um olhar para o futuro, considerando os custos e os benefícios existentes na demanda, ou seja, o objetivo de quem irá discutir judicialmente uma ameaça ou um direito violado reside na otimização do seu bem-estar, empregando os meios disponíveis para o alcance dos seus objetivos com o menor desperdício de recurso possível.

As fases da litigância, em regra, são a formação, a resposta, a conciliação, a instrução, o julgamento, o recurso, o julgamento final, a liquidação e execução da sentença, e o arquivamento. Certo, porém, que o litigante promoverá atos processuais se e quando esperar que deles resulte benefícios superiores ao custo dessa promoção (ARENHART, 2009).

Para Steven Shavell, citado por Jordão e Adami (JORDÃO e ADAMI, 2008), na sua Teoria Básica da Litigância, existem 03 momentos decisórios: a) a eventual propositura da ação; b) a eventual transação; c) a eventual incursão em gastos adicionais da litigância, como, por exemplo, a produção de novas provas (aqui incluo, a interposição de recurso).

A melhor classificação, pois, deve ser a que reconhece 3 fases do processo judicial: a decisão de litigar, aqui verificando os custos sociais dessa judicialização; a proposição ou aceitação de acordo; e a interposição de recurso.

A primeira fase consiste naquela iniciada antes mesmo da litigância instalada, ou seja, ocorre com a ameaça ou violação a direito da pessoa, em que o pretense autor irá analisar os custos e os benefícios da litigância.

BAGGENSTOSS (s.d) citando Posner denomina os custos principais envolvidos no ajuizamento de uma ação como custos sociais do processo judicial, dividindo-os em custos diretos e custos de erro. Custos diretos, também denominados de custos administrativos ou imediatos, referem-se aos valores a serem gastos com o ajuizamento da ação, envolvendo os custos com os honorários de advogado, as custas do processo e as despesas com a produção de provas, ou seja, consiste em todo o valor dispendido para utilizar-se do processo judicial. Nos custos imediatos também estão enquadradas as expectativas de ganho com a propositura da ação.

Tabak e Aguiar entendem que as custas processuais, os honorários advocatícios, os honorários periciais e eventuais valores de sucumbência, constituem os custos de apresentação que, tradicionalmente, funcionam como filtros, citando Cooter e Ulen

(2010), em que as disputas de valores altos passam pelo filtro e produzem processos judiciais, enquanto as disputas de valores mais baixos não possuem o condão de formar demandas judiciais (TABAK e AGUIAR, 2015 e CORREIA e MENDES, 2013).

Custos de erros são aqueles decorrentes de equívocos na aplicação do direito substantivo, sendo difíceis de compreensão e aferição. A mensuração do erro requer um padrão de perfeição de acertos judiciais de acordo do caso concreto e a legislação vigente. Nesses custos, analisa-se as chances de êxito com a verificação do valor econômico do conjunto de precedentes judiciais se utilizando bastante a jurisprudência para estimar a possibilidade de sucesso (BAGGENSTOSS, s.d).

O grande problema a ser enfrentado é que a dimensão dos custos e benefícios de uma decisão judicial não pode ser antecipada aprioristicamente, dependendo a sua extensão e materialização do desempenho dos tribunais, aparecendo, então, a questão do erro judicial como problema concreto, sendo considerado erro aqui entendido como aquela decisão que foge de um parâmetro de eficiência, apenas registrando que existem fatores que colaboram para minimizar o erro judicial, tais como, a maturidade institucional, o elevado capital humano e a independência dos juízes (NÓBREGA, 2012).

Nesse sentido, será na equalização das vantagens e desvantagens da ida ao Judiciário, com a análise dos custos sociais do processo e os benefícios que serão esperados, é que será possível analisar se valerá litigar ou não. A atribuição de custos torna-se fator decisivo para o ajuizamento ou não da ação, considerando-se os custos iniciais do processo. Se os custos sociais forem menores então será válida a litigância, ou seja, quando maior for o custo do processo, menor será a taxa de apresentação de demandas em um sistema judicial de atribuição. Já, o contrário também é verdadeiro, ou seja, quanto menor a despesa, maior será a taxa de apresentação (MACHADO e DIAS, 2014).

A essa operação lógica é que se denomina de racionalidade individual e que indicará se a pessoa escolherá determinada alternativa desde que se verifique se ocorrerão os benefícios esperados ou até mesmo se serão superados. Valendo salientar que não serão apenas os custos financeiros do processo que irão inibir ou não a busca ao Judiciário, isso porque pode ocorrer também com a expectativa de reconhecimento da pretensão do autor, que se for verificada que a jurisprudência possui posição contrária à sua pretensão, o futuro autor poderá desistir desistência da litigância, ainda que não se analisem os aspectos puramente financeiros da demanda.

Idêntica conduta pode ser tomada pelo réu, pois este irá responder à ação apenas se o custo esperado da decisão judicial for inferior ao pedido do autor, em contrapartida, se o pedido do autor for inferior ao custo esperado da demanda, a decisão melhor para o réu será não contestar a ação e pagar o valor da indenização pleiteada. Já se houver igualdade entre o valor da indenização pedida e o custo esperado da demanda, o réu se for racional estará indiferente entre contestar ou não (ARENHART, 2009).

Não há dúvida que o valor social da redução dos erros deve ser prestigiado de modo que a redução desses erros irá influenciar diretamente na diminuição da quantidade de demandas, pois servirá de estímulo por parte do ofensor que terá mais precaução em evitar determinada conduta por saber que poderá arcar com uma condenação que lhe será custosa.

Outra situação comum e que já funciona como filtro processual reside na ausência das condições da ação, caso em que poderá resultar em economia processual, mas, evidencia-se que apenas em sete das sessenta decisões analisadas foi possível identificar com precisão esse benéfico de economia processual, por outro lado, constatou-se que o volume maior de reformas das decisões por carência de uma das condições da ação, com o retorno dos autos à origem para o julgamento do mérito, acarretou um efeito adverso da economia processual, qual seja, o aumento da duração do processo (GOBBO, 2013).

4.2 Proposição ou aceitação de acordo

A Análise Econômica do Direito também resta utilizada no Processo no momento em que se discute a escolha pelo acordo, seja extrajudicial seja conciliação judicial, quando deverão ser equacionados os eventuais benefícios que ocorrerão com a continuidade do processo com os custos sociais decorrentes.

Além dessa compatibilização entre benefícios e custos sociais do processo, também merece avaliação o fator temporal como variável determinante, pois o tempo do processo irá ser fundamental para que um acordo possa ser aceito ou não (BAGGENSTOSS, s.d), posto que a morosidade do processo deva servir como catalisador de negociações e consenso.

Analisa-se, de igual forma, a força relativa dos argumentos que cada parte possui ou alega possuir e isso por intermédio das provas decorrentes, pois se não há provas ou se o conjunto probatório for frágil, a força dos argumentos será fraca ou até mesmo nula. Tais situações conferem uma maior valia no acordo, tanto para autor como para réu, muito embora a margem limitada de argumentação defensiva não deve impor a aceitação ou o oferecimento de qualquer negociação (BAGGENSTOSS, s.d).

Os termos do acordo tendem a ser menores do que eventual decisão judicial sob pena de inviabilizar a avença, pois inexistirá qualquer incentivo para tanto. É bem verdade que as partes, autor e réu, irão buscar maximizar os seus interesses, em que o autor buscará ter atendido o máximo possível da sua pretensão, enquanto o réu tentará atender ao mínimo dos pedidos do autor. Uma constatação clássica tenderá a avaliar apenas as linhas argumentativas de cada parte, mas isso não seria suficiente para estimular a composição ((BAGGENSTOSS, s.d).

Daí a importância da Análise Econômica do Direito no Processo que atrai uma busca mais realista na resolução dos conflitos. Inicialmente, deve-se realizar um estudo mais aprofundado na jurisprudência, na doutrina e na legislação, para que se obtenha o que se chama de expectativa de condenação, e esse estudo trará um resultado que estimulará ou não a realização do acordo (BAGGENSTOSS, s.d).

Se for constatada que a jurisprudência, por exemplo, condena casos similares em um montante de R\$50.000,00, evidenciasse que o réu estará propenso a realizar um acordo desde que inferior ao valor estimado, pois tanto foi confirmado que o direito do autor é reconhecido pelos juízes e tribunais, tornando mais provável uma condenação, como existe a real possibilidade dessa condenação ser superior à média esperada, mas isso somente será verdade se houver como ser tomado um valor de referência médio que servirá de parâmetro para o réu.

Para o autor, por sua vez, o ideal é que possua a capacidade de obter as informações do réu quanto ao posicionamento da jurisprudência como do valor médio das condenações judiciais em casos similares, tornando, assim, melhor avaliação do fechamento ou não do acordo. Se, porém, o autor não tiver essa condição de obter essas informações que são cruciais para a avaliação econômica da vantagem ou não de uma avença, então o autor fará uma estimativa, e o acordo somente deverá ser realizado se houver um encontro positivo de expectativas, ou seja, o valor pretendido pelo autor esteja dentre as expectativas definidas pelo réu (BAGGENSTOSS, s.d).

Evidentemente, que não apenas esses dados são suficientes para a celebração do acordo, pois tanto autor como réu devem analisar o custo do processo, abrangendo as custas processuais, as despesas com a prova e os honorários advocatícios, até mesmo porque, em algumas situações esses custos do processo podem representar um valor que torne inviável a realização do acordo.

Por outro lado, esses mesmos custos do processo podem servir para estimular a conciliação, pois deverão ser contabilizados para o futuro, em caso de impossibilidade de acordo, e isso abrange o custo com advogado e com a própria oneração do uso da máquina judicial. Muitas vezes, manter o conflito judicializado, torna-se muito oneroso, e um acordo termina sendo favorável a ambas as partes.

Observe-se que se o autor ajuizar uma ação com um pedido aquém da média, ou seja, o valor pretendido na inicial é bem inferior ao que se demanda em média em casos análogos, o réu ficará mais do que estimulado a resolver a pendência, ocorrendo uma subestimação por parte do autor.

Também existem fatores exógenos que podem influenciar na lide, e que de modo voluntário o autor subestima o valor esperado, como por exemplo, se o autor possui uma necessidade premente de obter recursos financeiros mais rápido para atender a uma emergência, evidencia-se que a possibilidade de acordo aumenta. Da mesma forma, o próprio desconhecimento dos valores que são pagos em situações semelhantes pode ensejar que o autor aceite um valor bem inferior proposto pelo réu, de modo involuntário também subestimar o valor esperado, o que torna importante obter a informação correta e atual (MACHADO e DIAS, 2014).

Por isso a importância do compartilhamento de informações, tão utilizado no sistema *common law* em que as partes participam de uma audiência preliminar que pode ser, inclusive, extrajudicial, para que apresentem as provas que possuem e isso existe tanto para facilitar um acordo como para que as partes possam identificar a correspondência entre as expectativas e os dados efetivos, aumentando consideravelmente a chance de conciliação (MACHADO e DIAS, 2014).

Essa troca de informações seria muito bem recebida no sistema *civil law* utilizado no ordenamento brasileiro, até mesmo porque quando mais informadas estiverem as partes dos dados constitutivos dos elementos que baseiam a construção das expectativas recíprocas de autor e réu, maior é a tendência de que as conciliações alcancem valores que reflitam de forma efetiva uma compensação dos danos sofridos (BAGGENSTOSS, s.d).

O ideal é que as informações fossem até mesmo públicas, de conhecimento de ambas as partes para favorecer um acordo mais justo e próximo da realidade.

Entretanto, o que se verifica é que, comumente, uma das partes possui uma facilidade maior em obter as informações, caracterizando a assimetria da informação, em que uma parte possui mais e melhor conhecimento do que a outra, o que torna uma vantagem na mesa de negociação.

Para evitar isso, a própria legislação em algumas vezes aplica a inversão do ônus da prova, como é o caso das relações entre consumidor e fornecedor, em que o CDC no seu art. 6^a, inciso VIII, prevê o direito básico do consumidor em ter facilitado a defesa dos seus interesses em juízo com a inversão do ônus da prova, até mesmo porque a empresa é que geralmente detém a informação necessária na relação de consumo.

A questão do tempo também se apresenta fundamental para a escolha do acordo, posto que a demora da entrega da prestação jurisdicional corresponde à não entrega dessa prestação, e isso se verifica na chamada morosidade do Judiciário, que, aliás, tornou-se um assunto tão relevante que é objeto de um princípio constitucional, da duração razoável do processo previsto expressamente no inciso LXXVIII do art. 5^o da Constituição Federal. Então, se o tempo for muito prolongado, a tendência é que o acordo possa ocorrer, pois as partes podem preferir solucionar a demanda consensualmente do que esperar uma decisão judicial.

Podem ser divididas as causas da morosidade do Judiciário, em causas internas e causas externas, sendo as primeiras, aquelas relacionadas à gestão da unidade jurisdicional, à organização administrativa, aos recursos humanos e de informática e ao espaço físico; as externas, destacando-se a cultura da litigiosidade, a legislação processual, o formalismo e as dificuldades orçamentárias (FOCHEZATTO, 2013).

4.3 Interposição de recurso

A AED, tradicionalmente, preocupa-se em tornar mais precisos os julgamentos judiciais, até mesmo porque essas decisões podem influenciar terceiros no ajuizamento de demandas similares. O que dizer, ainda, de julgamentos equivocados, que também são aptos à produção desses mesmos efeitos. Para isso, o sistema recursal também pode e deve ser visto na aplicação da Análise Econômica do Direito, exatamente por propiciar uma correção de decisões imprecisas que possa inibir efeitos multiplicadores de expectativas (MACHADO e DIAS, 2014).

É bem verdade que essa análise econômica não pode criar e garantir uma teoria de julgamentos corretos, mas pode visualizar o sistema recursal com objetivos distintos.

Primeiro, para possibilitar a correção pelos tribunais de equívocos cometidos pelas decisões de instâncias inferiores, exatamente para desestimular futuras demandas que se baseiam nessas decisões equivocadas de forma a minimizar os custos da sociedade pela repetição dessas demandas. Em segundo lugar, pela orientação que representa uma decisão revisional de um tribunal, depurando, cada vez mais, as decisões de sorte a consolidar entendimentos em casos futuros, baseados agora, em decisões que sofreram a revisão de um colegiado de instância superior, sendo um importante fator de segurança jurídica (MACHADO e DIAS, 2014).

O sistema recursal propicia também um conhecimento pelos tribunais de instância superior do que está sendo decidido pelos juízes e tribunais de instâncias

inferiores, criando uma espécie de fiscalização eficiente do desempenho do juiz, de forma que as instâncias superiores são informadas pelo próprio sistema recursal de como e quando estão julgadas as demandas nas esferas anteriores (MACHADO e DIAS, 2014).

De outra feita, a parte apenas irá recorrer se verificar que tenha chance de revisão da decisão atacada, até mesmo existem custos do processo para adentrar à fase recursal, seja com o pagamento de custas judiciais seja com o recolhimento de depósito recursal, como essenciais para superar o juízo de admissibilidade inferior.

Com a utilização dos recursos também se propicia a formação de jurisprudência consolidada seja pela repetição das decisões seja pela edição de súmulas de forma a consolidar a jurisprudência sobre determinados assuntos, criando, assim, obstáculos para que decisões em casos similares, já julgados pelos tribunais superiores, sequer consigam chegar à instância revisora, desafogando, assim, o Judiciário.

Infelizmente, o nosso sistema recursal ainda possui diversas falhas, principalmente pelo alto índice de divergência jurisprudencial em que, às vezes, um mesmo assunto resta julgado por um mesmo tribunal de forma diversa (MACHADO e DIAS, 2014), bastando para isso, haver alteração na composição do colegiado, por diversos motivos, como afastamentos legais dos seus integrantes, impedimentos e suspeição, ou convocação quase sistemática de magistrados de instâncias inferiores para comporem os tribunais de instância superior.

Como bem enfatizam Machado e Dias, a jurisprudência como consulta, não oferece respostas claras e confiáveis que caracterize uma decisão racional dos litígios, restando prejudicada a calculabilidade como um dos elementos chaves para uma decisão racional dos litígios (MACHADO e DIAS, 2014).

Isso importa, pois, que essa alta carga de divergência das decisões, impede a realização dos cálculos efetuados para verificar a conveniência e a oportunidade de serem ou não interpostos os recursos, por não se ter uma ideia de uniformidade de entendimento sobre o referido tema, estimulando o manuseio dos recursos, indo no sentido contrário de se buscar uma maior celeridade processual, pois se transforma em estímulo para recorrer.

4.4 Acesso à Justiça e os Custos Financeiros do Processo

O acesso à justiça possui natureza de princípio constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CF) e pode ser definido como um direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesses (SILVA, 2000), devendo ser prestigiado pelos operadores do direito, estando ancorado na universalidade e na gratuidade, mas isso não significa que os ideais de justiça e de eficiência sejam atingidos.

A gratuidade, aliás, gera uma maior utilização do processo muitas vezes desnecessária, devendo ser repensada e não extinta, de forma que sejam evitadas as demandas frívolas e demandas com baixa probabilidade de êxito (MARCELINO JÚNIOR, 2014).

Considera-se demanda frívola aquela em que a motivação está ligada a uma fundamentação com baixa probabilidade de êxito e se o autor entender que não perderá

nada no ajuizamento da ação, então será estimulado a continuar demandando em juízo, ainda que o seu direito seja frágil.³

É possível criar barreiras par que sejam evitadas essas demandas frívolas, sendo cabível a exigência do pagamento de despesas processuais ou a diminuição nos casos de gratuidade, uma vez que esta gera uma certa facilidade na busca do Judiciário ainda que o direito seja inexistente ou de baixa expectativa de resultado, valendo registrar que essas demandas frívolas dão ensejo a uma externalidade negativa por utilizar o Judiciário ao invés das demandas de maior relevância social.

A externalidade, em seu aspecto econômico, tem lugar quando os efeitos de uma transação atingem pessoas fora da relação inicial seja gerando um custo externo (externalidade negativa) seja acarretando um benefício externo (externalidade positiva). Essa externalidade negativa é considerada uma falha do mercado, prejudicando toda a sociedade e deve ser combatida com a criação de mecanismo para que o responsável absorva o custo externo provocado e seja desestimulado a permanecer praticando o ato (MILHOMEM, TABAK e AGUIAR, 2016).

Podem ser considerados como custos financeiros do processo, as despesas processuais, os honorários advocatícios e as despesas extraprocessuais. As despesas processuais podem ser divididas em despesas iniciais e despesas eventuais, sendo as primeiras, aquelas que são taxadas no início do processo, como as custas; as despesas eventuais são aquelas que existem apenas como contraprestação de serviços prestados como as diligências e as perícias. Os honorários advocatícios são pagos pela sucumbência ou por contratação direta. Já as despesas extraprocessuais são as despesas com viagens, reprodução de documentos, autenticações, pagamento de serviços de assistentes técnicos (ABREU, 2003).

O certo é que o litígio onera as partes, cada uma delas suportando as despesas do processo, mas que devido à premissa de onerosidade do Judiciário, as partes têm que ser racionais com a finalidade de evitar desperdício de recursos. Também é certo afirmar que o acesso à justiça no Brasil pode não apresentar características de bem público, sendo afetado por circunstâncias individuais, além de se mostrar longe das pessoas, mas algumas medidas podem servir para a redução dos custos processuais, como a redução de exigências para a contratação de advogados, dentre outras (FRANÇA, DUENHAS e GONÇALVES, 2014).

Nesse sentido, diante do inequívoco fato de que o sistema jurídico brasileiro apresenta uma grave falta de eficácia, tem-se que algumas medidas podem ser tomadas para que esse sistema seja mais eficiente e a solução dos litígios torne-se mais adequada economicamente falando, podendo citar a adoção de súmulas vinculantes, o incentivo para as ações coletivas e a instituição de filtros recursais (como é o caso da repercussão geral no Recurso Extraordinário e o Incidente de demandas repetitivas), tudo isso

³ Para Fernando Santos Arenhart: “A litigância frívola, aparentemente ilógica. Tem algumas explicações: 1) assimetria informacional; 2) o fato de o queixoso iniciar a litigância com um custo reduzido e ter ciência de que irá ganhar algo através de acordo, a não ser que o infrator faça um esforço extraordinário em sua defesa (processar para conseguir um acordo compensador); 3) a já comentada diferença de percepção das partes acerca do resultado do julgamento; 4) a possibilidade de ocorrência de erros judiciais do Tipo II (erro na condenação)”.

In: **A Análise Econômica da Litigância: teoria e evidências**. Porto Alegre: 2009. 117f. Monografia (TCC) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Ciências Econômicas

utilizado para a racionalização do processo e para a melhoria da eficiência econômica da ação (RODRIGUES NETO, 2015).

Uma solução apresentada por MACHADO e DIAS (2014) para conter as demandas frívolas seria a concessão de um aumento dos custos de interposição, mas ensejaria, com certeza, em uma afronta ao princípio da inafastabilidade da Jurisdição, uma vez que estaria sendo criado um obstáculo ao acesso à Justiça, ferindo o princípio da inafastabilidade da Jurisdição.

5 Considerações conclusivas

Como derradeira parte do estudo, apresenta-se uma síntese da pesquisa, com as conclusões extraídas e apresentada:

A Análise Econômica do Direito (AED) surgiu como uma reação ao jus positivismo que era mais formalista em que o direito resultava de ações da vontade do homem, sendo o seu conteúdo desvinculado da moral ou de outro campo do conhecimento, e, com isso, criava-se um sistema hermético em que as decisões judiciais reproduziam a lógica do direito vigente.

Toda a atividade humana relevante será passível de análise econômica, existindo uma diferença entre as interpretações das normas jurídicas, uma vez que os clássicos operadores do direito utilizam a hermenêutica na busca do conteúdo e do alcance dessas normas, enquanto os que podem ser chamados de juseconomistas interpretam essas normas pautando as condutas dos agentes, considerando as regras como incentivos, calculando os custos e os benefícios nessa interpretação.

Devem ser diferenciadas as dimensões da Análise Econômica do Direito em positiva (do ser), como função prospectiva da Economia, analisando os fatos passados e o comportamento das pessoas, e em normativa (do dever ser), que analisa os fatos sociais na perspectiva da moral e da ética sempre com a intenção de garantir benefícios a toda a coletividade.

Enquanto na interpretação tradicional o direito é interpretado como instrumento de realizar a justiça na solução dos conflitos, a interpretação do direito pela economia é realizada com base na conduta racional da pessoa em um sistema de preços, supondo que as escolhas sejam realizadas em um ambiente caracterizado pela falta de recursos, mas da forma mais proveitosa possível com a otimização dos recursos disponibilizados.

A Análise Econômica do Direito possui aspectos positivos ou descritivos como aspectos normativos, de forma que tanto explique e preveja a estrutura doutrinária, procedimental e institucional do sistema, como busque aperfeiçoar o direito, assinalando as consequências decorrentes.

A racionalidade deve ser preservada na interpretação do direito e isso traz à tona a Teoria da Escolha Racional que presume que a pessoa escolha a oportunidade que lhe for mais adequada conforme a realidade que lhe apresenta. Assim a Teoria da Escolha Racional atuará quando o interprete colher o comportamento médio da pessoa, em regra, maximizador, dentre as suas preferências que correspondem ao valor que o

agente confere às suas opções, preferências essas que devem ser estáveis (sem alteração na escolha) e consistentes (completa e racional).

O Direito e a Economia podem e devem interagir. O Direito, na visão de Kelsen, é considerado como uma ciência autônoma, de caráter normativo, baseada na ideia de ser uma conduta humana normada, ou seja, uma ordem coativa da conduta humana indispensável para o alcance da paz social. A Economia já seria a ciência que estuda o comportamento humano baseada em uma relação entre necessidades ilimitadas e recursos escassos com usos alternativos.

Pode-se entender como pressupostos ou premissas básicas para a aplicação da Análise Econômica ao Direito que as pessoas ajam como maximizadoras racionais de suas satisfações (a racionalidade dos agentes) e que as regras de direito ajam de forma a impor preços às atividades que regula, ou seja, exista mercado com recursos escassos que possa coordenar as ações dos participantes (a existência de mercado).

Ainda que a Análise Econômica do Direito tenha surgido em um sistema *common law*, típico dos EUA, não há qualquer óbice para seja aplicada no sistema *Civil Law*, encontrado no Brasil, até mesmo porque desde a década de 1970, percebe-se uma expansão da Análise Econômica do Direito tanto pela Europa como pela América Latina.

A Teoria da Econômica da Litigância já possui reflexo antes mesmo de ser instalado o litígio judicial, e, para isso, mister se faz utilizar as ferramentas da análise econômica para verificar a viabilidade desse litígio, observando que o termo *litigation* está ligado a todo o caminho percorrido por um processo judicial, desde a ocorrência do fato danoso até a resolução da questão.

A melhor classificação, pois, deve ser a que reconhece 3 fases do processo judicial: a decisão de litigar, aqui verificando os custos sociais dessa judicialização; a proposição ou aceitação de acordo; e a interposição de recurso. A atribuição de custos torna-se fator decisivo para o ajuizamento ou não da ação, considerando-se os custos iniciais do processo. Se os custos sociais forem menores então será válida a litigância, ou seja, quando maior for o custo do processo, menor será a taxa de apresentação de demandas em um sistema judicial de atribuição. Já, o contrário também é verdadeiro, ou seja, quanto menor a despesa, maior será a taxa de apresentação.

A Análise Econômica do Direito também resta utilizada no Processo no momento em que se discute a escolha pelo acordo, seja extrajudicial seja conciliação judicial, quando deverão ser equacionados os eventuais benefícios que ocorrerão com a continuidade do processo com os custos sociais decorrentes. Além dessa compatibilização entre benefícios e custos sociais do processo, também merece avaliação o fator temporal como variável determinante, pois o tempo do processo irá ser fundamental para que um acordo possa ser aceito ou não, posto que a morosidade do processo serve como catalisador de negociações e consenso.

A AED, tradicionalmente, preocupa-se em tornar mais precisos os julgamentos judiciais, até mesmo porque essas decisões podem influenciar terceiros no ajuizamento de demandas similares.

O que dizer, ainda, de julgamentos equivocados, que também são aptos à produção desses mesmos efeitos. Para isso, o sistema recursal também pode e deve ser visto na aplicação da Análise Econômica do Direito, exatamente por propiciar uma correção de decisões imprecisas que possa inibir efeitos multiplicadores de expectativas.

O acesso à justiça possui natureza de princípio constitucional (art. 5º, inciso XXXV, da CF) e pode ser definido como um direito de recorrer ao Poder Judiciário em busca da solução de um conflito de interesses (SILVA, 2000), devendo ser prestigiado pelos operadores do direito, estando ancorado na universalidade e na gratuidade, mas isso não significa que os ideais de justiça e de eficiência sejam atingidos.

São considerados como custos financeiros do processo, as despesas processuais, os honorários advocatícios e as despesas extraprocessuais. As despesas processuais podem ser divididas em despesas iniciais e despesas eventuais, sendo as primeiras, aquelas que são taxadas no início do processo, como as custas; as despesas eventuais são aquelas que existem apenas como contraprestação de serviços prestados como as diligências e as perícias.

Os honorários advocatícios são pagos pela sucumbência ou por contratação direta. Já as despesas extraprocessuais são as despesas com viagens, reprodução de documentos, autenticações, pagamento de serviços de assistentes técnicos. O certo é que o litígio onera as partes, cada uma delas suportando as despesas do processo, mas que devido à premissa de onerosidade do Judiciário, as partes têm que ser racionais com a finalidade de evitar desperdício de recursos.

Nesse sentido, diante do inequívoco fato de que o sistema jurídico brasileiro apresenta uma grave falta de eficácia, tem-se que algumas medidas podem ser tomadas para que esse sistema seja mais eficiente e a solução dos litígios torne-se mais adequada economicamente falando, podendo citar a adoção de súmulas vinculantes, o incentivo para as ações coletivas e a instituição de filtros recursais (como é o caso da repercussão geral no Recurso Extraordinário e o Incidente de demandas repetitivas), tudo isso utilizado para a racionalização do processo e para a melhoria da eficiência econômica da ação (RODRIGUES NETO, 2015).

Uma solução apresentada por MACHADO e DIAS (2014) para conter as demandas frívolas seria a concessão de um aumento dos custos de interposição, mas ensejaria, com certeza, em uma afronta ao princípio da inafastabilidade da Jurisdição, uma vez que estaria sendo criado um obstáculo ao acesso à Justiça, ferindo o princípio da inafastabilidade da Jurisdição.

Referências Bibliográficas

ABREU, Frederico do Valle. **O custo financeiro do processo**. In: **Revista dos tribunais**, v. 92, n.818, p. 65-71, dez. 2003.

ARENHART, Fernando Santos. **A Análise Econômica da Litigância: teoria e evidências**. Porto Alegre: 2009. 117f. Monografia (TCC) – Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Departamento de Ciências Econômicas, Programa de Graduação em Direito, Porto Alegre 2009.

BAGGENSTOSS, Graziely Alessandra. **Breves considerações acerca da Análise Econômica do Direito**. Sem data. Disponível em: www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=363b688b0469919e . Acesso em 01º. Maio.2017.

BODART, Bruno Vinícius da Rós. **Velocidade e justiça: uma análise econômica do direito processual**. In: **Tutela de evidência: teoria da cognição, análise econômica do direito processual e comentários sobre o novo CPC**. WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; TALAMINI, Eduardo (coord.). 2. ed., ver., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 72-83.

CARVALHO, Cristiano. **Teoria da decisão tributária**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 57..

DIAS, Jean Carlos. **A Análise Econômica dos Custos do Processo**. In: **Análise Econômica do processo civil brasileiro**. São Paulo: Editora Método, p. 63-70.

FARIELLO, Luiza de Carvalho. **Justiça em Números permite gestão estratégica da Justiça há 10 anos**. In: Portal do CNJ – Agência CNJ de Notícias. Disponível em: <http://cnj.jus.br/noticias/cnj/79579-justica-em-numeros-permite-gestao-estrategica-da-justica-ha-10-anos>. Acesso em 11.Maio.2017.

FOCHEZATTO, Adelar. **Gestão Pública no Poder Judiciário: análise da eficiência relativa dos tribunais estaduais usando o método DEA**. *Economic Analysis of Law Review*, v. 4,n.2, 2013, p. 377-392.

FRANÇA, Marco Túlio Aniceto; DUENHAS, Rogério Allon; GONÇALVES, Flávio de Oliveira. **O acesso ao judiciário é para todos? Uma análise utilizando o índice de oportunidades no acesso para os estados brasileiros**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v.5, n. 2, 2014. p.285/295.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Introdução ao Direito e Economia**. In: RIBEIRO, Marcia Carla Pereira; KLEIN, Vinicius (Coord.). **O que é Análise Econômica do Direito: uma introdução**, Belo Horizonte: Fórum, 2011, p. 19.

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Introdução ao Direito e Economia**. In: TIMM, Luciano Benetti (Org.). **Direito e Economia no Brasil**, 2. ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 5-19.

GOBBO, Leandro Oliveira. **Análise Econômica dos Efeitos das Condições da Ação sobre a Celeridade Processual**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v.4, n. 2, 2013. p.337-359.

GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. **O direito e a *Law and Economics*: possibilidade interdisciplinar na contemporânea teoria geral do direito**. In: SEMANA JURÍDICA DO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS DA FURG, 24. 2005. **Revista do Departamento de Ciências Jurídicas**. Rio Grande: FURG, 2005. Disponível em: <http://www.seer.furg.br/juris/article/view/595/138>. Acesso em 01º maio.2017.

HESSEL, Carmem Elisa; TABAK, Benjamim Miranda; AGUIAR, Júlio Cesar de. **O Litígio estratégico à luz da Teoria Econômica da Litigância**. In: **O Ministério Público e os desafios do Século XXI: uma abordagem juseconômica**. TABAK, Benjamim Miranda; AGUIAR, Júlio Cesar de. Curitiba: CRV, 2015. p.137-155.

JORDÃO, Eduardo Ferreira; ADAMI, Mateus Piva. **Steven Shavell e o preço do processo: notas para uma análise econômica do direito processual**. In: **Teoria do Processo: panorama doutrinário mundial**. Salvador: Juspodium, 2008, p. 189-218.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 6. Ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 1998. p. 1-33.

MACHADO, Rafael Bicca; DIAS, Jean Carlos. **Análise Econômica do Processo**. In: **Direito e Economia no Brasil**. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 391-403.

MARCELINO JÚNIOR, Júlio César. **O direito de acesso à justiça e a análise econômica da litigância: a maximização do acesso na busca pela efetividade**. Florianópolis: 2014.30f.Tese (doutorado) – Universidade Federal de Santa Catarina, Programa de Pós-Graduação em Direito, Florianópolis, 2014.

MENDES, Cecília Barbosa Macêdo; MENDES, Dany Rafael Fonseca. **Teoria econômica aplicada ao processo civil brasileiro**. In: Revista de Informação Legislativa, Ano 50, Número 197, jan./mar. 2013, p. 285-299. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/496984/000991340.pdf?sequence=1>. Acesso em 1º maio. 2017.

MILHOMEM, Eduardo Borges; TABAK, Benjamim Miranda; AGUIAR, Júlio César. **A Análise Econômica do Direito aplicada ao conflito de interesses difusos**. In: **Direito, Economia e Comportamento Humano**. Curitiba: Editora CRV, p.233-251.

NÓBREGA, Flavianne Fernanda Bitencourt. **Custos e Benefícios de um Sistema Jurídico baseado em Standards: uma análise econômica boa-fé objetiva**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v.3, n. 2, 2012, p.170-188..

OLIVEIRA Júnior, Raimundo Frutuoso. Aplicações da análise econômica do direito. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19, 2010. **Anais dos XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Fortaleza: UFCE. Disponível em <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/fortaleza/3155.pdf>. Acesso em: 01º maio. 2017.

POSNER, Richard A. **El análisis económico del derecho**, 2. Ed. México: FCE, 2007, p.57-58.

_____. **Economic analysis of law**. 7th. Austin: Wolters Kluwer, 2007. p. 3.

_____. **Para além do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 462/464.

_____. **Direito, pragmatismo e democracia**. Rio de Janeiro: Forense, 2010, p.223.

_____. **A economia da justiça**. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. XVII.

_____. **Fronteiras da teoria do direito**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011, p.8 e 320.

RIBEIRO, Ricardo. **Preferências, custos da Decisão e Normas Jurídicas no Processo Decisório das Cortes: o modelo de múltiplos comportamentos**. In: *Economic Analysis of Law Review*, v.2, n. 2, 2011, p. 264-296.

ROBBINS, Lionel. **An essay on the nature and significance of economic Science**. 2nded. Londres: Macmillan, 1935, p. 16.

RODRIGUES NETO, João Máximo. **A relevância dos precedentes na análise econômica da litigância: um estudo da law and finance**. In: *Revista da Procuradoria Geral do estado do Rio Grande do Sul*, v. 36, n. 76, p. 193-215, jul./dez. 2015.

SALAMA, Bruno Meyerhof. **O que é pesquisa em direito e economia?**. Caderno Direito GV, v.5, n.2, mar. 2008. Disponível em: http://emporiododireito.com.br/wp-content/uploads/2015/04/CadernosDireitoGV_PesquisaDireitoEEconomia.pdf. Acesso :01º maio. 2017. p. 20.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 17. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p.268.

SILVA, José Afonso da. **Poder constituinte e poder popular**. São Paulo: Malheiros, 2000. p.150.

TABAK, Benjamin Miranda. **A Análise Econômica do Direito – Proposições legislativas e políticas públicas**. In: *Revista de Informação Legislativa*, Ano 52, número 205, jan./mar. 2015, p. 321-323.



O JUDICIÁRIO BRASILEIRO EM BUSCA DA EFICIÊNCIA PERDIDA: DA EMENDA 19/98 À EMENDA 45/04

*Carlos Alberto Simões de Tomaz
Monica Bonetti Couto*

Resumo

Este artigo tem por objetivo investigar a consagração do princípio eficiência para a administração pública, com o advento da Emenda Constitucional 19/98. Nessa linha pretende-se averiguar se o que se estabeleceu para a administração pública em termos de conteúdo do princípio da eficiência pode e/ou deve ser aplicado ao Poder Judiciário. Para tal mister, o presente artigo parte do estudo do princípio da eficiência – e de sua compreensão para o direito administrativo – de molde a procurar inferir em que passo o que já se fixou em termos de contornos e significado de eficiência da administração pública pode contribuir para o estabelecimento e significação da eficiência do Judiciário. A pesquisa adota o método hipotético-dedutivo de abordagem.

Palavras-chave

Eficiência; Judiciário; Crise; Administração Pública.

THE BRAZILIAN JUDICIARY IN SEARCH OF LOST EFFICIENCY: FROM AMENDMENT 19/98 TO AMENDMENT 45/04

Abstract

This article aims to investigate the consecration of the efficiency principle for public administration, with the advent of Constitutional Amendment 19/98. The purpose of this line is to determine if what has been established for the public administration in terms of the content of the principle of efficiency can and should be applied to the Judiciary. For this reason, this article starts with the study of the principle of efficiency - and its understanding in the administrative law - in order to try to infer in what step what has already been established in terms of the contours and meaning of efficiency of public administration can contribute for the establishment and significance of the efficiency of the Judiciary. The research adopts the hypothetical-deductive method of approach.

Keywords

Efficiency; Judiciary; Crisis; Public Administration.

INTRODUÇÃO

Vários países, desde o final da década de 80, têm incluído nas suas agendas políticas a reforma dos sistemas de justiça. Nos países de transição democrática, o tema requer a abertura e consolidação do acesso aos cidadãos ao Poder Judiciário. Nos países, como o Brasil, que já experimentam um regime democrático sob o pálio do Estado de Direito, a exigência da reforma dá-se em outras bases: requer-se, agora, não mais

(apenas) a abertura e a sensibilidade do Poder Judiciário aos direitos e garantias fundamentais dos cidadãos, mas que o sistema de justiça seja também mais eficiente.

De fato, as cobranças dirigidas a uma maior atenção à eficiência da Administração Pública (daí, inclusive, o advento da Emenda Constitucional 19/98, que incluiu, no artigo 37, da Constituição Federal de 1988, expressamente a *eficiência como* princípio que deve inspirar toda a Administração Pública) passaram a ser direcionadas particularmente também para o Poder Judiciário, refletindo-se na percepção da necessidade de maior atenção ao tema da administração e gestão do Judiciário.¹ Isto porque o alto número de litígios que, diariamente, são levados ao Poder Judiciário, tem sido apontado como um grande empecilho à sua eficiência.

A questão que se coloca, porém, consiste em como transpor esse obstáculo de asfixia e exagerado número de demandas que chegam ao Judiciário, para o que, segundo o quanto se sustentará neste trabalho, parece ser altamente salutar a adoção – e, por isso, as soluções propostas – do quanto já se preconizou para a Administração Pública, quanto ao significado e entendimento do princípio da eficiência (art. 37, CF).

A presente pesquisa adotará o método hipotético-dedutivo de abordagem, procurando partir de premissas gerais para chegar a uma conclusão específica sobre os temas aqui enfrentados. Serve-se, ademais, do método dialético, com o objetivo de buscar possíveis sínteses para as divergências levantadas. Quanto ao procedimento, utilizará os métodos histórico, comparativo e sociológico, fazendo uso da interpretação sistemática. O tipo de pesquisa é a bibliográfica, a partir de livros e artigos científicos.

1. DO PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA NA REFORMA ADMINISTRATIVA (EC 19/98) À “ADMINISTRAÇÃO DE RESULTADO”

Cumprido, de início, destacar que a noção de princípio adotada, para os limites e contornos desse trabalho, é a que se encontra na clássica obra de Robert Alexy (*Teoria dos direitos fundamentais*), segundo a qual *regras e princípios* são espécies de uma categoria maior – a de normas – porque formulados por intermédio de expressões deônticas básicas do dever, da permissão e da proibição, ou seja, ambos funcionando como razões para juízos concretos de dever-ser. Porém, Alexy estabelece a diferença entre norma (categoria maior) e regras e princípios (espécies compreendidas na categoria anterior). Toda norma é regra ou é princípio, segundo anota referido autor.²

O ponto crucial para Alexy, para tal distinção, reside no seguinte: enquanto os princípios são normas que ordenam algo que, relativamente às possibilidades fáticas e jurídicas, haverá de ser realizado “em medida tão alta quanto possível, as regras são normas que “são sempre satisfeitas ou não satisfeitas”.³ Princípios são, portanto, mandamentos de otimização – ou, como reconheceu mais adiante⁴, mandamentos a serem

1 Ver, sobre o tema: NOHARA, Irene. Reforma administrativa e burocracia. São Paulo: Altas, 2013.

2 Há diversos critérios para se distinguir princípios, regras e normas e a distinção proposta não apenas não é uniforme (trata-se de tema particularmente polêmico na doutrina) como nem sempre há clareza nessas nomenclaturas e classificações. Essa observação já havia sido feita pelo próprio Alexy (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 86).

3 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. pp. 91-92.

4 Essa pequena ‘correção’ terminológica acaba sendo feita na nova edição da obra do autor, reedição essa que, no Brasil, data de 2000.

otimizados - assim caracterizados pelo fato de a medida ordenada de seu cumprimento depender não só das possibilidades fáticas, mas igualmente das jurídicas. As regras, a seu turno, “contêm determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível.”⁵

Isso significa que os princípios não possuem um mandamento definitivo, mas apenas, como adverte Alexy, *prima facie*; os princípios não possuem a pretensão de definitividade das regras, por isso, acabam sendo submetidos a uma situação de colisão, na qual há a necessidade de promover a sua otimização de molde a que, então, seja possível extrair um mandamento definitivo para a resolução daquele caso concreto. Outra importante distinção entre as duas categorias visualiza-se no método de aplicação: regras são aplicadas por meio da subsunção; princípios, por meio da ponderação.

É importante advertir que a distinção feita por Alexy entre **regras** e **princípios** coloca-se como *base* da teoria da fundamentação no âmbito dos direitos fundamentais, é dizer, tem seu campo de aplicação bem delimitado: é no terreno dos direitos fundamentais que se vai colocar em voga e relevo tal distinção. São suas as palavras: “Sem ela [distinção entre regras e princípios] não pode haver nem uma teoria adequada sobre as restrições dos direitos fundamentais no sistema jurídico.”⁷ Por isso afirma, categoricamente, que a preconizada distinção “é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais.”⁸

Alexy ressalta que a distinção entre regras e princípios revela-se de maneira mais intensa nos casos de colisões entre princípios e de conflitos entre regras. Enquanto o conflito de regras resolver-se-ia pelo reconhecimento de uma cláusula de exceção ou, caso não fosse isso possível, pela declaração da invalidade de uma delas, a colisão de princípios significaria apenas que um deles teria precedência sobre o outro. Estar-se-ia diante do fenômeno que Alexy denomina de ‘relação de precedência condicionada’, na qual o conflito seria resolvido pelo sopesamento dos interesses em choque, de molde a definir qual deles deveria ser aplicado no caso em concreto.⁹

Para o autor, tal escolha – ou, melhor dizendo, *precedência* - de um princípio em detrimento de outro não representa a invalidação de um deles, nem tampouco a introdução da cláusula de exceção, como se passa com as regras, mas apenas e tão somente que um dos princípios tem um peso maior, naquela situação, dadas as circunstâncias daquele caso concreto.¹⁰

No âmbito do conflito entre regras, segundo Alexy, há que se invocar, em primeiro plano, uma cláusula de exceção¹¹ mas, não sendo possível a solução do conflito,

5 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. p. 104.

6 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011. pp. 90-91.

7 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, idem, pp. 91-92.

8 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, idem, pp. 91-92.

9 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*, idem, pp. 91;93-94.

10 Ibidem, mesmas páginas.

11 “Um exemplo para um conflito entre regras que pode ser resolvido por meio da introdução de uma cláusula de exceção é aquele entre a proibição de sair da aula antes que o sinal toque e o dever de deixar a sala se soar o alarme de incêndio. Se o sinal ainda não tiver sido tocado, mas o alarme de incêndio tiver soado, essas regras conduzem a juízos concretos de dever-ser contraditórios entre si. Esse conflito deve ser solucionado por meio da inclusão, na primeira regra, de uma cláusula de

pelo menos uma das regras deverá ser declarada inválida, sendo, por conseguinte, eliminada do ordenamento.¹² Já na colisão entre princípios, diferentemente, não se fala em extirpação de um dos princípios colidentes do ordenamento jurídico. Assim, se dois princípios colidem, ambos permanecem no sistema, mas um deles, naquele determinado caso concreto, haverá de ceder. Na verdade, diz Alexy, “o que ocorre é que um dos princípios tem precedência em face do outro sob determinadas condições.”¹³

Estabelecidas essas premissas, examinemos o significado do princípio da eficiência para a Administração Pública, erigido expressamente que foi em nível constitucional pela Emenda Constitucional n.º 19/98 (Reforma Administrativa).¹⁴⁻¹⁵

Diógenes Gasparini, quanto ao tema, aduz:

Conhecido entre os italianos como “dever de boa administração”, o princípio da eficiência impõe à Administração Pública direta e indireta a obrigação de realizar suas atribuições com rapidez, perfeição e rendimento, além, por certo, de observar outras regras, a exemplo do princípio da legalidade. Pela EC n.º 19/98, que o acrescentou ao rol dos consignados no art. 37, esse princípio ganhou *status* constitucional.¹⁶

exceção para o caso do alarme de incêndio.” (ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 92).

12 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 92.

13 ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, p. 94.

14 Consoante registra Gianfrancesco Genoso, em dissertação dedicada ao tema do princípio da continuidade dos serviços públicos: “antes de seu acolhimento expresso no texto constitucional pela Reforma Administrativa o valor eficiência era reconhecido e abertamente assumido no plano da legislação infraconstitucional brasileira: assim, o Decreto 200/67, cujo art. 26, inc. II submetia a administração indireta à supervisão ministerial quanto à eficiência administrativa; a Lei de Concessões e Permissões (Lei n.º 8.987/95, arts. 6.º, § 1.º, 7.º e 31) e, igualmente, o próprio Código de Defesa do Consumidor (art. 6.º, inc. X e, em particular, o art. 22, adiante examinado.” (Princípio da Continuidade dos Serviços públicos, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da USP, 2011, pp. 63-64). E prossegue: “Em certa medida, o art. 74, inc. II, da CF, já se referia ao princípio, ao estabelecer que “os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário manterão, de forma integrada, sistema de controle interno com a finalidade de: (...) comprovar a legalidade e avaliar os resultados, quanto à eficácia e eficiência, da gestão orçamentária, financeira e patrimonial nos órgãos e entidades da Administração Federal, bem como da aplicação de recursos públicos por entidades de direito privado.” Edilson Pereira Nobre Júnior ressalta a necessidade de se desfazer o equívoco de que a imposição de eficiência administrativa adveio com a EC 19/98. Para ele, diferentemente, a eficiência “precede, em muito, a mencionada reforma constitucional.” E prossegue: “Prova inofismável disso é que Carvalho Simas, em escrito elaborado sob a égide da Constituição de 1969, punha em destaque a eficiência como um dos princípios norteadores da Administração Pública, evocando o ensinamento da doutrina itálica do dever de boa administração. Foram suas palavras: “A ação dos administradores deverá apresentar, como resultado, uma efetiva satisfação das necessidades coletivas. No conceito apresentado de ‘função administrativa’ está implícito o real atendimento dessas necessidades, o que só poderá ser alcançado através de uma atuação adequada e positiva dos órgãos e agentes do Governo. (...) Ao lado da estrita observância dos princípios da legalidade e da moralidade, a Administração Pública não poderá ser ineficiente. É inaceitável que sua atuação apresente, como resultado, a falta de atendimento àquelas solicitações gerais, que está obrigada a satisfazer. Os agentes e órgão do Poder Público têm o dever de bem servir, dentro da moralidade administrativa, mas diligenciando para apresentar, pelo emprego de processos e técnicas apropriadas, um saldo proveitoso” (Manual elementar de direito administrativo. 3.ª ed. Rio de Janeiro: Liber Juris. p. 205).” (Cf. NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 241. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2005, p. 224). De fato, Hely Lopes Meirelles em texto escrito anteriormente à Constituição 1988 já aludia ao dever de eficiência a que a Administração encontrava-se submetida. (Ibidem, mesma página).” (cit., p. 64).

15 A Lei Orgânica do Município de São Paulo, datada de 04/04/1990, em art. 123, parágrafo único, também faz expressa menção ao termo, consignando: “usuário fica garantido serviço público compatível com sua dignidade humana, prestado com eficiência, regularidade, pontualidade, uniformidade, conforto e segurança, sem distinção de qualquer espécie”.

16 GASPARINI, Diógenes. *Direito Administrativo*. 11.ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 19.

Edilson Pereira Nobre Júnior, citado por Gianfrancesco Genoso, com propriedade, registra que a “exigência de que a atividade administrativa seja influenciada pela eficiência não é estranha a outros ordenamentos”. E prossegue, dizendo: “Exemplo interessante se centra, de início, na Constituição italiana de 1947, cujo art. 97.1 proclama: ‘Os órgãos públicos são organizados segundo disposições de lei, de modo que sejam assegurados o bom andamento e a imparcialidade da administração.’”¹⁷

Reconhece-se também na Argentina disposição semelhante constante da Constituição da Nação Argentina. Segundo Roberto Dromi – que emprega como equivalentes as expressões **eficácia e eficiência** – tal preceito foi erigido como um dos novos valores do direito contemporâneo, a partir da premissa de que a sociedade repudia veementemente o retorno a um Estado ineficiente, sendo assumido, no texto constitucional daquele país, em vários dispositivos (ora sob o signo da eficácia, ora da eficiência).¹⁸

Ainda de acordo com Gianfrancesco Genoso, “a defesa do bem comum de forma eficaz é finalidade básica da Administração Pública que deita raízes na própria razão de existência do Estado.” E o mesmo autor prossegue, acentuando que ser eficiente é requisito próprio da função exercida pelo administrador público, exatamente como descreve Maria Sylvia Zanella Di Pietro:

O princípio da eficiência apresenta, na realidade, dois aspectos: pode ser considerado em relação ao modo de atuação do agente público, do qual se espera o melhor desempenho possível de suas atribuições, para lograr os melhores resultados; e em relação ao modo de organizar, estruturar, disciplinar a Administração Pública, também com o mesmo objetivo de alcançar os melhores resultados na prestação do serviço público.”¹⁹

Mais modernamente, Diogo de Figueiredo Teixeira tem mencionado o que se almeja e persegue, para a Administração Pública, é a teoria do **resultado administrativo**. Para ele:

O que até aqui se depreende das considerações apresentadas é que a Constituição de 1988, com louvável antecipação, já estabelece todo o fundamento necessário para a afirmação e aplicação em nosso País da doutrina já denominada *administração do resultado*.²⁰

Ninguém coloca em dúvida que a circunstância do princípio da eficiência ter sido erigido à categoria de tema (e garantia, em larga medida) constitucional (art. 37, da CF, com a redação dada pela EC 19/98) – ao lado, é bem verdade, dos clamores sociais – desembocou na constatação de que, por igual, o Judiciário estava e está sujeito a tal comando e preceito constitucional.

Temos para nós que os avanços obtidos na seara do Direito Administrativo – e as excelentes experiências obtidas, inclusive com a inserção e maior alargamento do

¹⁷ GENOSO, Gianfrancesco, *O princípio da continuidade dos serviços públicos*, cit., p. 65.

¹⁸ DROMI, Roberto. *Derecho administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 1996, p. 26.

¹⁹ GENOSO, Gianfrancesco, cit., p. 67.

²⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Paradigma do resultado. In: [Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi](#)/Volnei Ivo Carlin, organizador; prefácio: Clèmerson Merlin Clève. Imprenta: Florianópolis, Conceito, Millennium, 2009, p. 222.

uso das parceiras público-privadas²¹, no Judiciário – podem e devem ser transportadas, com grande proveito, para o Poder judiciário brasileiro.

Por isso é que, como dito alhures, as cobranças dirigidas a uma maior atenção à eficiência* da Administração Pública passaram a ser direcionadas particularmente também ao Judiciário, refletindo-se na percepção da necessidade de maior atenção ao tema da administração e gestão do Judiciário.

E é neste sentido e ambiente que se impõe, a partir da correta compreensão em torno do significado da eficiência no âmbito da Administração Pública, verificar-se o que se pode colher, transpor e aproveitar, em termos de eficiência, para o Judiciário.

2. EFICIÊNCIA DO (NO) JUDICIÁRIO: O QUE SE PODE APRENDER COM A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Como dito acima, o sintoma mais visível da propalada “crise da Justiça” é o imenso número de demandas que, diariamente, chegam às portas do Judiciário. De fato, sobretudo nas duas últimas décadas – culminando com a edição de um Novo Código de Processo Civil em 2015 (Lei n. 13.105) – várias alterações processuais foram implementadas com o objetivo de aprimorar e aumentar a eficiência do Poder Judiciário.

De acordo com a lição de Rodolfo de Camargo Mancuso,

renovação semelhante se vem passando com o sentido de acesso à Justiça, inicialmente informado pela concepção do monopólio estatal, mas que ora vai cedendo espaço a novas ideias e propostas, aderentes à tendencial e crescente desjudicialização dos conflitos. A instalação desse novo ambiente é perceptível a mais de título: a notória e crescente busca por meios auto e heterocompositivos fora e além da estrutura estatal.²²

Sem sombra de dúvida, porém, o aspecto mais perceptível dessa chamada crise do Poder Judiciário passa pela excessiva demora na entrega da prestação jurisdicional, embora a ele não se limite.

A credibilidade do Poder Judiciário, já tão desgastada, tem minguado cada vez mais perante a sociedade, e tal descrédito parte, principalmente entre as pessoas que não são juristas. Morosidade, tribunais sobrecarregados e inefetividade dos provimentos jurisdicionais são as principais reclamações dos juristas e da população em geral. Assim, a situação atual é diagnosticada como crise.²³

Em um levantamento sobre a opinião das pessoas quanto à eficiência do Poder Judiciário, realizado por Luís Grottera, restou verificado que:

54% consideram que esse poder não tem nenhuma eficiência. Apenas 30% se recordam de terem utilizado os serviços da Justiça e, destes, 61% não têm nada a elogiar. Perguntados se conhecem algum exemplo de quando a justiça foi feita no Brasil, 42% não conseguem citar um único exemplo. Diante da

²¹ Sobre o tema, ver, com propriedade e grande proveito: CALDAS, Roberto. C. S. G.. *Parcerias Público-privadas e Suas Garantias Inovadoras nos Contratos Administrativos e Concessões de*. Ed. Fórum, 2011.

²² MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à Justiça*. 2.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. 2015, p. 27.

²³ FÁRIA, José Eduardo. *O poder judiciário no Brasil: paradoxos, desafios e alternativas*, São Paulo: Malheiros. p. 13.

questão “para que serve a Justiça no Brasil”, 26% responderam que “para nada” e 28% divagaram ou deram respostas equivocadas. Diante de um quadro dessa gravidade, onde 86% afirmaram que “o Brasil é o país da impunidade”, podemos dizer que a nossa sociedade vive no limiar de rompimento do Estado de Direito, da total banalização dos direitos individuais e de um alarmante sentimento mínimo de cidadania.²⁴

A morosidade da atividade jurisdicional tem sido apontada como fator para o enfraquecimento do próprio Estado. De acordo com Mônica Bonetti Couto:

Há de se considerar que uma atividade jurisdicional morosa esvazia por completo o conteúdo do direito ao acesso à justiça, pois de que adianta acessá-la se ela não será eficaz; tal direito fica sem aplicação, o que definitivamente, não é o desiderato constitucional.²⁵

De igual modo, para Cruz e Tucci:

O fator tempo, que permeia a noção de processo, constitui, desde há muito, o principal motivo da crise da Justiça, uma vez que excessiva dilação temporal das controvérsias vulnera ex radice o direito à tutela jurisdicional, acabando por ocasionar uma série de gravíssimos inconvenientes para as partes e para os membros da comunhão social. Despiciendo salientar que justiça tardia corresponde à verdadeira denegação de justiça.²⁶

Para Flávia de Almeida Zanferdini, algumas das consequências danosas da morosidade processual são: o perecimento da prova, a protelação da reparação do dano, o retardamento na

proteção contra ameaças a direitos, o aumento do custo econômico do sistema e o seu descrédito como instrumento eficaz de pacificação social, de forma que não se pode deixar de considerar que a celeridade constitui-se em vertente importante do acesso à justiça.²⁷

Por isso é que, como dito alhures, as cobranças dirigidas a uma maior atenção à eficiência da Administração Pública passaram a ser direcionadas particularmente também ao Judiciário, refletindo-se na percepção da necessidade de maior atenção ao tema da administração e gestão do Judiciário.

3. A Emenda Constitucional 45/04 e a preocupação com a gestão da Justiça

Foi exatamente no ambiente acima descrito que veio a lume a Emenda Constitucional nº 45/2004, promovendo uma série de alterações ao texto constitucional, deixando nítida a preocupação e o comprometimento do legislador com a garantia – e realização – dos princípios da efetividade e celeridade processuais.

²⁴ GROTTERA, Luís. *O Judiciário Ausente na Mídia é um Risco para a Democracia. Cidadania e Justiça*. Revista da Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB. Ano 2/n.º 5, 2.º semestre, 1998. pp. 114-115.

²⁵ COUTO, Mônica Bonetti. *A duração razoável do processo como direito fundamental no Brasil: mecanismos e alternativas à sua implementação*. In Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa / Narciso Leandro Xavier Baez, Rogério Luiz Nery da Silva, Guido Smorto (orgs.) – Joaçaba: Editora Unoesc, 2012. p. 373.

²⁶ CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. Revista de Processo 66/72-78, São Paulo: RT, abr.-jun.1992. p. 73.

²⁷ ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. *O devido processo legal e a concessão de tutelas de urgência. Em busca da harmonização dos valores segurança e celeridade*. Revista de Processo. São Paulo: RT. Ano 36. nº 192. Fev/2011. p. 245.

Neste sentido, como dito, a Emenda 45 acresceu ao rol do art. 5º um novo inciso, procurando assegurar a razoável duração do processo. Referido dispositivo encontra-se assim redigido: “A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.” (inc. LXXVIII)

A mesma Emenda Constitucional 45 também incluiu novos incisos ao art. 93, que passou a contar com o inciso XIII, onde se lê que: “XIII - o número de juízes na unidade jurisdicional será proporcional à efetiva demanda judicial e à respectiva população;”

Outra importante inovação que merece ser referida foi a previsão da possibilidade de delegação, ao servidor judiciário, para praticar atos de administração e os de mero expediente, desde que sem caráter decisório, como consta atualmente no Art. 93, XIV. Eis o seu texto: “XIV - os servidores receberão delegação para a prática de atos de administração e atos de mero expediente sem caráter decisório;” Na mesma linha, refere-se também a inclusão, no mesmo dispositivo (art. 93 da Constituição Federal), o inciso XV, que trata, mais uma vez da celeridade processual, ao dispor: que “XV – a distribuição de processos será imediata, em todos os graus de jurisdição;”

A inserção dos filtros de contenção – repercussão geral e súmula vinculante – constituíram também relevantes contribuições para a promoção da celeridade e efetividade processuais.

Referida Emenda introduziu no art. 102 do texto constitucional o § 3.º, contemplando um novo requisito de admissibilidade do recurso extraordinário. A teor do parágrafo acrescido, compete ao recorrente, no âmbito do recurso extraordinário, demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais debatidas no caso, como pressuposto necessário para a admissibilidade do recurso. O dispositivo mencionado encontra-se assim redigido: “No recurso extraordinário o recorrente deverá demonstrar a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços de seus membros.”

Por outro lado, quanto à Súmula Vinculante, a EC n. 45/04 introduziu o art.103 ao Texto Constitucional criando assim a súmula vinculante com o intuito de diminuir o excessivo número de processos, garantir o acesso à justiça e uniformizar a jurisprudência pátria. O ordenamento jurídico já permitia a criação de súmulas, mas destituídas de efeito vinculante. No entanto, apenas ao Supremo Tribunal Federal foi conferida a prerrogativa de editar súmulas dotadas de efeito vinculante. A origem da súmula vinculante remonta a proposição de emenda ao Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal de autoria do Min. Victor Nunes Leal, aprovada em 13 de dezembro de 1963 e que instituiu a “Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal.”²⁸ Esse, digamos, primordial fundante, reforça uma posição positivista no direito brasileiro a guisa de blindar a interpretação e tem sido objeto de severas críticas da doutrina que escapam os limites deste artigo.

²⁸ LEAL, Vitor Nunes. Atualidade do Supremo Tribunal Federal. *Revista Forense*. Rio de Janeiro: Forense, v. 208, ano 61, out/dez, 1964, p. 16.

Mas, a nosso ver, a “novidade” mais emblemática e importante da Emenda Constitucional 45 foi a instituição do Conselho Nacional de Justiça, previsto no art. 103-B e regulamentado pelo art. 31 de seu Regimento Interno. Dentre as atribuições do Conselho Nacional de Justiça, destacam-se: 1) receber as reclamações e denúncias de qualquer interessado, relativas aos magistrados e aos serviços judiciários auxiliares, serventias, órgãos prestadores de serviços notariais e de registro que atuem por delegação do poder público ou oficializados; 2) determinar o processamento das reclamações; 3) realizar sindicâncias, inspeções e correições, quando houver fatos graves ou relevantes que as justifiquem; 4) requisitar magistrados e servidores, delegando-lhes atribuições; 5) elaborar e apresentar relatórios referentes ao conteúdo próprio de suas atividades de correição, inspeção e sindicância; 6) designar, dentre os magistrados requisitados, juízes auxiliares da Corregedoria do Conselho, com competência delegada; 7) expedir instruções, provimentos e outros atos normativos para o funcionamento dos serviços da Corregedoria; sugerir ao Plenário do Conselho a expedição de recomendações e atos regulamentares que assegurem a autonomia do Poder Judiciário e o cumprimento do Estatuto da Magistratura; 8) executar e fazer executar as ordens e deliberações do Conselho relativas a matéria de sua competência; 9) dirigir-se, relativamente às matérias de sua competência, às autoridades judiciárias e administrativas e a órgãos ou entidades, assinando a respectiva correspondência; 10) promover reuniões e sugerir, ao Presidente, a criação de mecanismos e meios para a coleta de dados necessários ao bom desempenho das atividades da Corregedoria; 11) manter contato direto com as demais Corregedorias do Poder Judiciário; 12) promover reuniões periódicas para estudo, acompanhamento e sugestões com os magistrados envolvidos na atividade correcional; 13) delegar atribuições sobre questões específicas aos demais Conselheiros.²⁹

De todo o exposto, verifica-se uma maior atenção e preocupação dos tribunais com a gestão e o gerenciamento não apenas dos processos, mas do Judiciário como um todo (cartórios, rotinas, recursos humanos). O Conselho Nacional de Justiça tem estabelecido uma série de metas a serem atingidas pelos juízes, desembargadores e ministros, prestigiando, ainda um vez, a eficiência que deve ter o Poder Judiciário.

Contudo, um rápido exame nas práticas judiciais cotidianas permite, de plano, vislumbrar que os juízes se movem em direção a uma eficiência na prestação da tutela tolhida em nome de dados estatísticos. Deveras, escondidos dentro da “caixa preta”, o despertar do papel – até mesmo para que a comunidade dele conheça e o prestigie – está exigindo que a magistratura mostre o que faz para ser conhecida.

Isso implica em cotidiana divulgação de números, números e números. Do juiz do mais longínquo rincão deste País até a Suprema Corte, a divulgação de dados estatísticos tornou-se rotina cotidiana. Ao lado disso, o apelo de ordem econômica vem erigido sob o viés do princípio da eficiência e é verbalizado em jargões do tipo: “A justiça tal paga-se a si própria em face da arrecadação que propicia aos cofres do Estado...”, ou na roupagem: “O que se arrecada com tributos é superior à despesa, inclusive com pessoal...”, tudo no afã de imprimir eficiência (econômica!) ao Judiciário. A ideia de que se está fazendo muito imprime uma certa racionalidade pública que passa a ser

²⁹ www.cnj.jus.br. Acesso em 01.04.2017.

chancelada com os dados estatísticos e a qualidade da produção não é ou pouco é [?] perquirida quando, realmente, que vai imprimir o grau de eficiência institucional.

As práticas judiciais, com efeito, entregues aos arbítrios e amarras incontrolláveis das estatísticas não se apresentam em grande proporção alimentadas pelas fontes de conhecimento externo que as humanidades, incluindo a filosofia e a crítica literária lhes proporcionam. O resultado disso são decisões que conquanto engrossem as colunas estatísticas, apresentam-se assépticas, muitas vezes fundamentadas por referência a um certo precedente sem a devida contextualização hermenêutica, cruas, insensíveis, como se não tivessem sido proferidas por um homem (o *homo humanus* que é projeto do direito) e igualmente a ele destinada.³⁰

Conclusão

Há mais de duas décadas, a reforma dos sistemas de justiça é tema incluído na agenda política de vários países. No Brasil, as pretendidas reformas no sistema de justiça priorizaram a abertura e a consolidação do acesso aos cidadãos ao Poder Judiciário bem como a busca por um sistema de justiça seguro e previsível, capaz de não interferir ou impedir novos investimentos que, em última análise, impactam no crescimento econômico, no PIB (produto interno bruto), na geração de empregos e na arrecadação. Sem crescimento e desenvolvimento econômico, sem distribuição de riqueza, não será possível concretizar o crescimento social e intelectual brasileiro almejado e, em consequência, o acesso à justiça estará prejudicado. Ou seja, pretende-se um ambiente favorável aos novos investimentos e ao crescimento econômico e, como consequência, o crescimento social.

Certamente, o alto número de litígios e a morosidade na tramitação dos processos resultam como um grande empecilho à eficiência do sistema de justiça. O tempo passa a ser uma variável a ser considerada, além de outros fatores que interferem na ampliação do crescimento econômico.

As críticas dirigidas ao sistema judicial brasileiro – nomeadamente ao Poder Judiciário, em todos os níveis – resultam da explosão numérica do aumento da procura pelos serviços judiciais e concentram-se fundamentalmente na morosidade; burocracia dos serviços judiciais; algumas das unidades judiciais ainda não inteiramente informatizadas; falta de planejamento estratégico; complexidade da legislação, falta de visibilidade das decisões judiciais, dentre outros.

Notadamente após a Constituição de 1988, tem sido vertiginoso o crescimento das demandas por serviços judiciais. Apesar das inovações legais e tecnológicas adotadas nas últimas décadas, o Poder Judiciário não tem conseguido responder adequadamente ao imenso volume de demandas.

Inúmeras causas poderiam ser apontadas como responsáveis pela excessiva lentidão do sistema de justiça. Dentre elas, o alto grau de questões passíveis de judicialização ocupa um lugar de destaque. Com efeito, não apenas a Constituição, mas

³⁰ Criticando a chamada “febre do eficientismo”, consulte-se: COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. *Revista de Doutrina da 4. Região*. Porto Alegre, n. 63, dez.2014. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/MonicaCouto_SamanthaMeyerPflug.html>. Acesso em 05.06.2017.

também a legislação infraconstitucional atua no sentido de criar uma situação propícia tanto à judicialização como à diversidade de interpretações que alimentam a atual cultura da sentença.

Diante disso, considera-se relevante refletir a respeito do que se pode adotar – e se é que se pode adotar –, para o Judiciário, em termos de compreensão, avanços e aplicação (prática) do princípio da eficiência, já largamente adotado para a Administração Pública, em particular após a EC 19/98, sobretudo a compreensão, mais recente, de uma “administração de resultados”.

Nessa linha, a Emenda Constitucional 45 desempenhou relevante papel, trazendo importantes e notáveis melhorias, estabelecendo de maneira expressa a cláusula assecuratória da duração razoável do processo, o tem servido de mote e inspiração para várias outras reformas, dentre as mais recentes, a edição de um Novo Código de Processo Civil que, claramente, trabalha com a racionalização e dinamização dos julgamentos, prestigiando os valores e postulados constitucionais da celeridade, economia e efetividade.

Todavia, a eficiência que se defende, não é apenas uma eficiência formal lastreada em dados estatísticos. É muito mais e notadamente uma eficiência material que não se limita a um acesso ao processo, mas realmente propugna por alcançar um acesso à justiça material em defesa da efetividade dos direitos fundamentais.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Tradução de Ellen Gracie Northleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. *Justiça em números 2014; ano-base 2013/Conselho Nacional de Justiça – Brasília: CNJ, 2014.*

COUTO, Mônica Bonetti. A duração razoável do processo como direito fundamental no Brasil: mecanismos e alternativas à sua implementação. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; NERY DA SILVA, Rogério Luiz; SMORTO, Guido. *Os desafios dos Direitos Humanos Fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Editora Unoesc, 2012.

_____; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. *A educação jurídica e os meios não contenciosos de solução de conflitos*. In: SILVEIRA, Vladmir Oliveira da; SANCHES, Samyra Haydêe Dal Farra Napolini; COUTO, Mônica Bonetti (org.). *Educação jurídica*. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____; _____. Criticando a chamada “febre do eficientismo”, consulte-se: COUTO, Mônica Bonetti; MEYER-PFLUG, Samantha Ribeiro. Poder Judiciário, justiça e eficiência: caminhos e descaminhos rumo à justiça efetiva. *Revista de Doutrina da 4. Região*. Porto Alegre, n. 63, dez.2014. Disponível em: <http://revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao063/MonicaCouto_SamanthaMeyerPflug.html>. Acesso em 05.06.2017.

CRUZ E TUCCI, José Rogério. *Garantia da prestação jurisdicional sem dilações indevidas como corolário do devido processo legal*. *Revista de Processo* 66/72-78, São Paulo: RT, abr.-jun.1992.

GASPARINI, Diogo. *Direito Administrativo*. São Paulo, Saraiva, 2011.

GENOSO, Gianfrancesco. *Princípio da Continuidade dos Serviços públicos*, Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo - USP, 2011.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Acesso à justiça: condicionantes legítimas e ilegítimas*. 2. ed. São Paulo: RT, 2015.

_____. *A resolução dos conflitos e a função judicial no contemporâneo Estado de direito*. São Paulo: RT, 2009.

MOREIRA, Helena Delgado Ramos. *Poder judiciário no Brasil: crise de eficiência*. Curitiba: Juruá, 2009.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Paradigma do resultado. In: [Grandes temas de direito administrativo: homenagem ao professor Paulo Henrique Blasi](#) / Volnei Ivo Carlin, organizador; Prefácio: Clèmerson Merlin Clève. Imprensa: Florianópolis, Conceito, Millennium, 2009.

NALINI, José Renato. *Há esperança de justiça eficiente?* In SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; MEZZAROBBA, Orides (coord). *Justiça e o paradigma da eficiência*. São Paulo: RT, 2011. pp. 126-147.

NOBRE JUNIOR, Edilson Pereira. Administração pública e o princípio constitucional da eficiência. *Revista de Direito Administrativo*, v. 241. Rio de Janeiro: Renovar, jan./mar. 2005.

NUNES, Dierle José Coelho. *Processualismo Constitucional Democrático e o dimensionamento de técnicas para a litigiosidade repetitiva – A litigância de interesse público e as tendências “não compreendidas” de padronização decisória*. Revista de Processo, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, set. 2011.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. *Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política*. Rev. direito GV [online]. 2012, vol.8, n. 1.

TEIXEIRA, Laís Santana da Rocha Salvetti. *A duração razoável do processo na perspectiva inovadora dos direitos humanos*. In Anais do II Simpósio de Direito e Inovação da Faculdade de Direito da UFJF. Disponível em www.ufjf.br/direito/files/2012/10/Anais-II-Simp%C3%B3sio-Direito-e-Inova%C3%A7%C3%A3o.pdf. Acesso em 25 de março de 2017.

ZANFERDINI, Flávia de Almeida Montingelli. *O devido processo legal e a concessão de tutelas de urgência. Em busca da harmonização dos valores segurança e celeridade*. Revista de Processo. São Paulo: RT. Ano 36. n° 192. Fev/2011.



O PAPEL DOS AGENTES PÚBLICOS NA AGENDA ANTICORRUPÇÃO DEMOCRÁTICA NO BRASIL

*Carlos Higino Ribeiro de Alencar
Marcelo Dias Varella*

RESUMO

Uma agenda anticorrupção democrática no Brasil emerge com vigor a partir dos anos 1990, sob influência tanto de um movimento internacional como de uma conjuntura interna, pós-redemocratização. Essa agenda se baseia em dois pilares: o aumento do dever de prestar contas e a efetividade das sanções. Para que tal agenda se consolidasse, foi indispensável a alteração do arcabouço legal. Entretanto, um papel fundamental foi desempenhado pelos agentes públicos, que tiveram uma influência não somente na implementação como também na formulação. A burocracia “chão de fábrica” foi um elemento central para o sucesso dessa política pública. O artigo é dividido em cinco partes. A primeira trata do modelo de agenda e do papel dos agentes públicos na formulação e implementação da política pública. A segunda parte debate a origem da agenda anticorrupção democrática no cenário internacional. A terceira parte discute a implementação da agenda anticorrupção democrática no Brasil e o papel dos agentes públicos. A quarta parte, o papel dos burocratas formuladores. Na última, conclui-se que a burocracia “chão de fábrica” teve um papel fundamental nessa agenda de políticas públicas anticorrupção democrática, determinando, em última análise, sua efetiva execução.

Palavras-chave

Corrupção. Política pública. Burocracia chão de fábrica. Agenda anticorrupção. Operação Lava Jato.

THE ROLE OF PUBLIC AGENTS IN THE BRAZILIAN DEMOCRATIC ANTI-CORRUPTION AGENDA

Abstract

A democratic anti-corruption agenda in Brazil emerges vigorously from the 1990s, under the influence of both an international movement and an internal conjuncture post-redemocratization. This agenda is based on two pillars: increased accountability and the effectiveness of sanctions. Changing the legal framework was indispensable to consolidate this agenda. However, a key role was played by public agents who had an influence not only on implementation but also on formulation. The “street level bureaucracy” was a central element for the success of this public policy. The article is divided into five parts. The first deals with the agenda model and the role of public agents in the formulation and implementation of public policy. The second part discusses the origin of the democratic anti-corruption agenda in the international arena. The third part debates the implementation of the democratic anti-corruption agenda in Brazil and the role of public agents. The fourth part, the role of formulating bureaucrats. In the last one, it is concluded that the “street level bureaucracy” played a fundamental role in this public anti-corruption policy agenda, ultimately determining its effectiveness.

Key words

Corruption. Public policy. Street level bureaucracy. Anti-corruption agenda. Operation Car Wash.

Introdução

No âmbito da política pública de combate à corrupção no Brasil, uma agenda democrática se instalou a partir do início dos anos 1990, conseguindo discutir e implementar profundas transformações na legislação e nas estruturas organizacionais, as quais aumentaram a efetividade da prevenção e do combate à corrupção. Um dos principais elementos para o sucesso dessa política pública foi um quadro de agentes públicos profissionais, uma burocracia no conceito weberiano, formada por juízes, procuradores, policiais e auditores, que, a partir da base da administração, conseguiu dar maior efetividade à política pública anticorrupção. Este estamento burocrático “chão de fábrica”¹, como descreveu Michael Lipsky, teve um papel fundamental nessa agenda de políticas públicas anticorrupção democrática.

De forma a entender a dinâmica do combate a corrupção a partir da ótica de uma política pública em amadurecimento e poder precisar os obstáculos que precisam ser superados para ampliar a efetividade do tema no Brasil, esse artigo será dividido em quatro partes. A primeira parte do artigo discute como as políticas públicas são formuladas, sendo defendido o modelo de agenda, no qual determinados temas predominam no debate público em um período. Debate-se, ainda, o papel dos agentes públicos na formulação e implementação da política pública, verificando-se que há enormes críticas quanto a uma separação rígida entre representantes políticos formuladores e burocracia executora.

A segunda parte debate a origem da agenda anticorrupção democrática no cenário internacional, destacando uma verdadeira “onda” anticorrupção, que teve grande influência no Brasil. O país é beneficiário direto de um movimento internacional de ampliação dos mecanismos anticorrupção, o que expande a efetividade dos mecanismos de controle, sobretudo em casos de lavagem de dinheiro e existência de depósitos no exterior.

A terceira parte debate a implementação da agenda anticorrupção democrática no Brasil e o papel dos agentes públicos. Verifica-se que foi implementada uma grande alteração no arcabouço legal, com sanções jurídicas mais rígidas e a criação de instrumentos negociais nas normas anticorrupção, o acordo de leniência e a colaboração premiada, condição necessária para a transformação que adviria. Todavia, o fortalecimento institucional permitiu o desempenho mais eficiente do estamento burocrático anticorrupção. Nesse contexto, vários órgãos como a Receita Federal (RFB), o Ministério Público Federal (MPF), o Departamento de Polícia Federal (DPF), a Controladoria-Geral da União (CGU) e o Tribunal de Contas da União (TCU) passam por mudanças normativas e organizacionais que os fortalecem e os tornam mais especializados e efetivos no combate a esse tipo de ilícito.

¹ *Street level bureaucracy*, no termo original em inglês. Tradução livre do autor. Ver LIPSKY, Michael. **Street-level bureaucracy**. New York: Russell Sage Foundation, 1980.

Na quarta parte, destaca-se o papel dos burocratas formuladores que, com ações no âmbito de suas competências, conseguem influenciar a formulação da política pública

Por fim, conclui-se que a burocracia “chão de fábrica” teve um papel fundamental nessa agenda de políticas públicas anticorrupção democrática, determinando, em última análise, sua efetiva execução.

1. Políticas públicas: agenda e o papel dos agentes públicos

1.1. Modelos de formulação de política pública

Existe um amplo debate sobre como são formuladas e implementadas as políticas públicas. Pode-se indicar três teorias principais sobre como a política pública é formulada: o modelo racional de tomada de decisão, o incrementalista e o de agenda.

O modelo racional de tomada de decisão defende que a política pública deve se focar em um problema social, e não privado. Mas não somente isso. Para ser um problema de política pública, ele precisa ingressar na esfera do debate público e da agenda política, envolvendo atores públicos². A partir daí o problema é analisado de forma racional e os formuladores de políticas propõem soluções.

O modelo incrementalista defende que a capacidade humana para resolver problemas é limitada, a informação imperfeita e que existem falhas na construção do método avaliativo. Dessa forma, a formulação de políticas públicas se daria de forma incremental. Não haveria grandes salto, mas um desenvolvimento de políticas públicas de forma gradual.

O modelo de agenda defende que as políticas públicas evoluem gradualmente, mas que as grandes mudanças ocorrem quando surge uma “janela de oportunidade”. Essa janela abre espaço para uma nova agenda, momento em que a sociedade se mobiliza, discutindo e implementando determinada política pública. Quando a agenda surge, seus temas e soluções predominam durante um determinado período³. Analisaremos o tema a partir do modelo de agenda que, sobretudo em momentos de crise, como viveu o Brasil, melhor parece explicar o fenômeno do combate a corrupção. Uma agenda tenta indicar para qual caminho devem seguir as políticas públicas em determinado período. Obviamente que nenhum tema é totalmente inédito em políticas públicas. O combate à corrupção certamente já surgiu em outros momentos históricos no Brasil. Como todo processo de política pública, ele passa por uma fase de formulação, uma de implementação e uma de avaliação.

Quanto à formulação, esta deve ser entendida como a elaboração de “como se chegar ao resultado pretendido”. Entre o estabelecimento de uma agenda bem-

² Embora possua visões críticas sobre alguns aspectos do modelo de escolha racional, o autor clássico nesse campo é Herbert Simon, prêmio Nobel de Economia de 1978. Ver SIMON, Herbert A., **Administrative Behavior, 4th Edition**, New York: The Free Press, 2013.

³ Para ver um debate mais detalhado sobre o modelo de agenda, ver WILSON, William Julius, **Sociology and the Public Agenda**, Newbury Park: SAGE Publications, 1993. e KINGDON, John W., **Agendas, alternatives and public policies**, Harlow: Pearson education, 2014.

sucedida e sua implementação deve ocorrer a fase de formulação, na qual são debatidos e escolhidos os instrumentos que permitirão que se atinja o objetivo da política pública.

Quanto à formulação da agenda anticorrupção democrática, havia uma forte tendência pós-Constituição de 1988 no sentido de se aumentarem os espaços para a transparência e o controle dos agentes públicos. Para tornar possível a política pública era preciso, então, abordar as questões-chave na formulação, dentre as quais os elementos operacionais, ou seja, os instrumentos a serem utilizados para tornar a política pública efetiva, os arranjos político-administrativos, que envolvem as autoridades encarregadas da política e os recursos a elas destinados, e a definição dos procedimentos de implementação das regras.

Conforme será demonstrado, a definição dos instrumentos passou por uma ampla reforma no arcabouço legal relativo ao tema. Novas leis foram promulgadas, preenchendo várias lacunas normativas.

Quanto aos arranjos político-administrativos, será evidenciado, também, que houve uma ampla reestruturação institucional que fortaleceu os responsáveis pela implementação da agenda e definiu seus procedimentos. O papel dos servidores públicos foi crucial na formulação e implementação dessa política pública anticorrupção no Brasil.

1.2. A burocracia e a formulação da agenda pública

A burocracia desempenha diversos papéis na formulação e implementação de uma agenda. Um dos primeiros pontos a ser discutido é como a burocracia influencia essas duas etapas.

Muitas vezes são os servidores quem de fato as formulam, tendo uma enorme capacidade de influenciar a agenda. Os servidores públicos “subverteriam”, dessa forma, a lógica decisória na democracia, pois eles não teriam a ideologia e os valores dos políticos, eleitos democraticamente⁴. Embora valha a pena ressaltar que essa separação clara entre formulação e implementação se torna menos evidente a cada dia, há vários elementos que indicam que a burocracia, a partir de determinado momento, toma a frente da política pública anticorrupção no Brasil. Ela o faz, sobretudo, quando, fundada no arcabouço jurídico dado, por meio de reformulações em sua maneira de agir e de interpretações jurídicas, passa a ditar a condução da política. No caso da agenda anticorrupção democrática, isso se deu, em grande parte, pela reestruturação das ações de auditoria e apuração de responsabilidade, na instância administrativa, e pelas novas interpretações jurídicas, na instância judicial.

1.3. A burocracia e a implementação da agenda pública

Uma vez definida uma política pública, a literatura discute como envolver a burocracia na implementação dessa política. A questão da persuasão da burocracia no

⁴ Há cientistas sociais que estudam a tese dos servidores públicos como legisladores. Page analisa o caso inglês e tenta demonstrar que os servidores públicos participam ativamente desde a identificação das leis que são necessárias até a implementação da política pública. Dessa forma, possuem uma influência muito grande na política pública derivada desse processo legislativo. Ver MCCUBBINS, Mathew; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R., *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*, *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 1987.

tocante à implementação de uma política pública anticorrupção não pareceu ser um grande problema. Pelo contexto da redemocratização e de um histórico de opacidade, advindo dos anos do regime militar, os agentes públicos ansiavam poder agir de maneira mais efetiva.

A implementação, que se relaciona essencialmente com o atingimento do objetivo da política pública, é um tema em grande parte ligado ao processo organizacional. Nesse ponto, impossível não se mencionar o modelo weberiano burocrático. Ele é transmissor de uma característica essencial: uma administração hierarquizada. Muitos defendem ser ele um modelo ideal, no qual os servidores públicos administrariam imparcialmente as políticas públicas, previamente definidas pelos políticos. A ênfase se daria na questão da legalidade e da redução do espaço de discricionariedade.

Esse processo de implementação da política pública poderia se dar de duas maneiras. De maneira *top-down*, para o qual o modelo weberiano se adaptaria perfeitamente, e *bottom-up*, no qual as experiências e os pontos de vista dos responsáveis pela implementação da agenda possuiriam uma influência maior na política pública. Em qualquer deles, a implementação tem que lidar com diversidade e complexidade organizacional.

Nesse sentido, o modelo weberiano defende que seleção imparcial de servidores tende a escolher pessoas mais tendentes a obedecer às leis e mais focadas nos processos do que nos fins das políticas públicas. Todavia, há uma nuance no caso da política anticorrupção implementada a partir dos anos 1990. Os servidores só puderam atuar a partir do momento em que lhes foram conferidos os parâmetros legais. Porém, por meio da alteração de interpretações e de condutas, eles alteraram profundamente a implementação da política pública.

Essa tipologia já foi abordada por Michael Lipsky, quando trata do que ele chama de “street-level bureaucracy”⁵. Lipsky defende que muitos servidores “no chão de fábrica”, na verdade criam políticas públicas. A decisão desses servidores, as rotinas que eles estabelecem e os dispositivos que eles inventam para lidar com incertezas e pressões de trabalho acabam determinando como as políticas públicas são efetivamente executadas. O autor usa um exemplo clássico dos professores, que possuem elevada discricionariedade em sua atuação. Os professores exercem uma atividade cuja natureza não pode ser enquadrada em uma rotina meramente operacional. Assim, como a política educacional será implementada de fato, dependerá muito mais de como esses profissionais atuarão em sala de aula do que como ela é concebida pela alta burocracia do Ministério da Educação. Há outros trabalhos que buscam identificar a discricionariedade dos agentes na implementação de políticas públicas em outras áreas, como a da saúde⁶.

Esse termo “chão de fábrica” não se refere a burocratas menos qualificados, mas busca indicar como agentes públicos que estão na base do sistema podem assumir um protagonismo na implementação da política pública. Um exemplo bem interessante no sistema jurídico dos EUA é o que debate o papel dos promotores de primeira instância na política migratória, no tocante às deportações. A legislação norte-americana permite

⁵ LIPSKY, Michael. *Op. Cit.*

⁶ TUMMERS, Lars; BÉKKERS, V. J. J. M., **Policy Implementation, Street-Level Bureaucracy and the Importance of Discretion**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2013.

uma discricionariedade de conduta pelos promotores que cuidam desse tipo de situação. É uma análise “chão de fábrica” que lida com parcela da burocracia extremamente qualificada⁷.

O artigo busca mostrar que essa política pública anticorrupção se apoia inicialmente na classe política que, impulsionada por um contexto internacional e nacional de maior transparência, cria uma série de leis que forneceram a base para essa política anticorrupção. Todavia, a partir de determinado momento, a burocracia, que cuidava de sua execução, assume um caráter decisivo na formulação, por meio de alterações interpretativas e mudanças em processos de trabalho. Os agentes públicos envolvidos usam sua *expertise* para lidar com os desafios do trabalho de uma forma adaptativa.

2. A origem da agenda anticorrupção democrática no cenário internacional

As mudanças no início dos anos 1990 trazem ao cenário uma agenda de combate à corrupção de viés democrático⁸. Isso significa que essa agenda, no contexto de um movimento liberal mais abrangente, pregava a redução da participação do Estado, o aumento da transparência pública e o incremento da eficiência na punição da corrupção. Esse movimento influenciou os países da Europa do Leste e da América Latina, que saíam de regimes autoritários naquele momento, e desaguou no debate que acabaria gerando as convenções internacionais sobre o tema. Pode-se afirmar que o período construiu um consenso sobre a agenda mundial anticorrupção⁹.

2.1 Conjuntura internacional

O início dos anos 1990 é de profunda transformação no cenário econômico e político internacional. A polarização que havia se estabelecido entre os sistemas capitalista e o socialista, vigente desde o final da Segunda Guerra Mundial, se esvai, em função da desintegração política da União Soviética e de seu bloco de apoio. Os países capitalistas desenvolvidos se comprometem a apoiar a migração da Europa Oriental para um sistema economicamente capitalista e politicamente democrático¹⁰. Nesse caminho, ficou clara a necessidade de reformas políticas, que introduzissem a democracia, com seus instrumentos de participação popular. Abertura e transparência deveriam ser construídas¹¹.

⁷ Ver CADE, Jason A., **The Challenge of Seeing Justice Done in Removal Proceedings**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2014.

⁸ Para uma análise sobre o conceito de corrupção ao longo do tempo e sua relação com a democracia, ver: FILGUEIRAS, Fernando, **Corrupção, democracia e legitimidade**, Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

⁹ Arrieta defende que as legislações contra suborno transnacional fizeram parte da fundação do movimento global anticorrupção. A autora destaca a luta pela corrupção pela lado da oferta, ou seja, dos corruptores ativos, que oferecem os subornos, mencionando experiência do período em países como Brasil e China. Ver ARRIETA, Lindsay B., **Attacking Bribery at Its Core: Shifting Focus to the Demand Side of the Bribery Equation**, *Public Contract Law Journal*, v. 45, p. 587–612, 2015.

¹⁰ Passadas algumas décadas da transição na Europa do Leste, há várias análises sobre os efeitos das reformas na Europa do Leste. Para tal, ver YOUNG, Patricia T., **The Determinants of State Capture in Eastern Europe**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2011.

¹¹ Interessante notar que essa transição para um Estado mais transparente aumentou a visibilidade da corrupção em diversos desses países, fazendo com que a população desenvolvesse uma visão mais pessimista em relação ao tema. Nesse sentido ver DJANKOV, Simeon; NIKOLOVA, Elena; ZILINSKY, Jan, **The Happiness Gap in Eastern Europe**, Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015.

Os países da América Latina, embora não tivessem passado pela experiência socialista, não tendo, portanto, economias totalmente estatizadas, padeciam, em menor grau, de problemas parecidos. O Brasil, como a maior parte da América Latina, havia saído de um regime autoritário na década anterior e, apesar de uma economia claramente capitalista, tinha trilhado seu desenvolvimento econômico baseado em forte participação estatal. A crise econômica do final da década de 1970 acelerou o processo de perda de legitimidade dos regimes autoritários e o retorno da democracia.

Assim, havia uma agenda que rumava no sentido de menos participação estatal e maior *accountability* por parte dos governantes. A necessidade de aumento da eficiência econômica e da participação democrática exigia medidas que incrementassem a transparência e reduzissem o espaço para a corrupção.

2.2. Normas impulsionadas pelos países desenvolvidos

A questão da corrupção não foi vista somente como um problema de economias em desenvolvimento. Os países desenvolvidos atuavam com uma lógica dual. Eles possuíam leis que vedavam a prática de corrupção por empresas dentro de suas fronteiras, mas até mesmo incentivavam o suborno transnacional. A justificativa era a de que esse era um procedimento incorporado às culturas dos países menos desenvolvidos e que, portanto, renegar essa possibilidade somente serviria para a perda de oportunidades de negócios por suas empresas.

A necessidade de internacionalização de práticas anticorrupção tem estreita relação com a Lei Americana contra Suborno Transnacional (FCPA¹²), que entrou em vigor em 1977 e foi revisada em 1988. A partir de uma construção progressiva, primeiro os Estados Unidos passaram a punir atos de empresas norte-americanas em outros países.¹³ Depois, punir empresas estrangeiras que praticavam corrupção no exterior, mas tivessem ações na bolsa americana. Um caso emblemático envolveu a punição à empresa alemã Siemens, por corrupção praticada na Argentina. A empresa foi processada nos EUA, onde realizou acordo, mesmo não sendo americana e não tendo praticado o ato ilícito nos EUA.¹⁴

Esse assunto foi globalizado pela discussão no âmbito da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE), resultando desse debate a Convenção da OCDE Sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais¹⁵. A Convenção foi assinada em 17 de

¹² *Foreign Corrupt Practice Act.*

¹³ Von ROSEVING, A. Global anti-corruption regimes: why Law Schools may want to take multi-jurisdiction approach in Comparative Research. *Law and Political Economy*, 28/2009, 2009, v. 5, n. 4. Ver também DANTAS, F. **Corrupção e as novas concepções de um direito de intervenção anticorrupção**. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2009.

¹⁴ VARELLA, Marcelo Dias. **Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade**. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 143.

¹⁵ Convenções anteriores, como a da OEA, de 1996, ao tratarem de corrupção, abordaram o suborno transnacional. Ela assim prevê: "Artigo VIII. Suborno transnacional. Sem prejuízo de sua Constituição e dos princípios fundamentais de seu ordenamento jurídico, cada Estado Parte proibirá e punirá o oferecimento ou outorga, por parte de seus cidadãos, pessoas que tenham residência habitual em seu território e empresas domiciliadas no mesmo, a um funcionário público de outro Estado, direta ou indiretamente, de qualquer objeto de valor pecuniário ou outros benefícios, como dádivas, favores, promessas ou vantagens em troca da realização ou omissão, por esse funcionário, de qualquer ato no exercício de suas funções públicas relacionado com uma transação de natureza econômica ou comercial". Todavia, por envolver a grande parte dos países desenvolvidos, ser mais específica e estabelecer

dezembro de 1997, entrando em vigor no plano internacional em 15 de fevereiro de 1999. Assinaram a Convenção 44 países, o que inclui todos os membros da OCDE, além de outros 8 países que não faziam parte da organização, incluindo o Brasil¹⁶. A Convenção prevê que os países poderiam aplicar sanções em empresas em seus países de origem, que viessem a se envolver em ilícitos no exterior.

Estudos indicam que a Convenção da OCDE produziu efeitos dissuasórios nos países investidores que a assinaram, tendo havido redução dos investimentos estrangeiros diretos nos países que não tinham legislação anticorrupção¹⁷.

2.3. Globalização do direito por meio tratados multilaterais

Paralelamente ao debate na OCDE, outros organismos multilaterais também discutiram o problema da corrupção a partir dos anos 1990. Daí resultaram tanto a Convenção Interamericana contra a Corrupção¹⁸, firmada pelos países membros da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 29 de março de 1996, em Caracas, Venezuela, como a Convenção da Organização da Nações Unidas (ONU) contra Corrupção¹⁹, assinada em 9 de dezembro de 2003, na cidade de Mérida (México), em razão do que é conhecida também por Convenção de Mérida.

A Convenção de Mérida baseou-se em alguns diagnósticos. O primeiro deles o de que a corrupção não se trata somente de um problema local, mas de um fenômeno transnacional, que atinge todos os países. Assim, é necessária uma cooperação internacional para preveni-la e combatê-la. Outro ponto importante da convenção é a indicação da necessidade de um enfoque multidisciplinar para prevenir e combater eficazmente a corrupção. Previu-se, também, que países melhor estruturados prestassem apoio técnico para outros Estados membros na área de combate à corrupção, havendo destaque para o fortalecimento das instituições.

Dessa forma, verifica-se que houve a implementação de uma agenda internacional de prevenção e combate à corrupção entre as décadas de 1990 e 2000, resultando em diversos tratados internacionais sobre o tema, o que viria a ter grande influência no Brasil.

3. A implementação da agenda anticorrupção democrática no Brasil e o papel dos agentes públicos

A agenda anticorrupção que se buscou implementar a partir dos anos 1990 tinha nitidamente uma aspiração democrática. Após os anos de regime militar, pairava uma ideia de que a participação popular deveria abranger não somente o voto, mas o

melhores mecanismos de acompanhamento, podemos afirmar que a Convenção da OCDE teve um maior impacto quanto ao suborno transnacional.

¹⁶ O Congresso Nacional brasileiro aprovou a convenção por meio do Decreto Legislativo nº 125, de 14 de junho de 2000, e o Presidente da República a promulgou por meio do Decreto nº 3.678, de 30 de novembro de 2000.

¹⁷ CUERVO-CAZURRA, Alvaro, **Who Cares about Corruption?** Rochester, NY: Social Science Research Network, 2007.

¹⁸ Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 152, de 25 de junho de 2002, com vigência dada pelo Decreto nº 4.410, de 7 de outubro de 2002.

¹⁹ Aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 348, de 18 de maio de 2005, com vigência dada pelo Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

conhecimento pela população do funcionamento cotidiano do governo. A população ansiava por aumentar o acesso aos atos da administração pública. Além disso, foram criados mecanismos que tentavam combater a apropriação privada dos bens públicos. Buscava-se aumentar o grau de *accountability* da classe política²⁰.

Accountability pressupõe dever de prestar contas e possibilidade de ser sancionado no caso de ocorrer um desvio de conduta. Do lado da prestação de contas, essa evolução foi verificada por meio de três linhas principais: o controle sobre a evolução patrimonial dos agentes públicos, o aumento da transparência e a criação de regras que impedissem o conflito entre interesses públicos e privados. Do ponto de vista da possibilidade de sanção, foram criadas leis materiais e processuais que permitiram um aumento do potencial de investigação e sanção.

Todavia, para entender o papel da burocracia nesse processo, é importante destacar o fortalecimento institucional, tendo sido criadas ou completamente remodeladas, nesse período, as instituições de controle e de combate à corrupção²¹. Isso teve um reflexo direto sobre as carreiras responsáveis pela política pública anticorrupção.

3.1. Sanções jurídicas mais rígidas e abrangentes: alteração do quadro normativo

As leis contra corrupção, aprovadas entre os anos 1990 e 2015, tiveram uma trajetória constante e crescente de incorporar novas sanções, condutas e pessoas sujeitas à responsabilização, ao mesmo tempo que tornaram as sanções existentes mais duras.

Do ponto de vista penal, os crimes ligados à corrupção tiveram os prazos de encarceramento aumentados tanto para funcionários públicos como para particulares que praticam tais atos. Podem ser citados, a título de exemplo:

a) Excesso de exação (CP art. 316, §§ 1º e 2º) - teve a pena aumentada de detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, ou multa, para reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa (ou reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa, caso o funcionário desvie, em proveito próprio ou de outrem, o que recebeu indevidamente), pela Lei nº 8.137, de 1990;

b) Facilitação de contrabando ou descaminho (CP art. 318) - teve a pena aumentada de reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa, para reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, pela Lei nº 8.137, de 1990;

c) Corrupção passiva (CP art. 317) - teve a pena aumentada de reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa, para reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa, pela Lei nº 10.763, de 2003;

d) Violação de sigilo funcional (CP art. 325, § 2º) - aumento da pena para reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa (pena para o *caput* é de detenção, de 6 (seis)

²⁰ Pinho e Sacramento possuem um interessante artigo de 2009 que revisa um outro, da década de 1980, de Anna Maria Campos, sobre a ausência desse conceito no Brasil. Ver: PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva, *Accountability: já podemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública – RAP*. Rio de Janeiro: GV 43(6):1343-1368, nov./dez. 2009.

²¹ Para uma análise histórica dos casos de corrupção no Brasil a partir de 1990 e uma abordagem econômica da evolução institucional ver: PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey, *Corruption Scandals, the Evolution of Anti-Corruption Institutions, and Their Impact on Brazil's Economy, The Oxford Handbook of the Brazilian Economy*, 2018.

meses a 2 (dois) anos, ou multa), se da ação ou omissão resulta dano à Administração Pública ou a outrem, incluído pela Lei nº 9.983, de 2000;

e) Tráfico de Influência (CP art. 332) - com pena de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa, com aumento da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário. Este tipo penal substituiu o antigo Exploração de Prestígio, cuja pena era de reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa. Alteração promovida pela Lei nº 9.127, de 1995, e

f) Corrupção ativa (CP art. 333) - teve a pena aumentada de reclusão, de 1 (um) ano a 8 (oito) anos, e multa, para reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa pela Lei nº 10.763, de 2003.

No campo cível, a punição por atos de improbidade administrativa já tinha sido prevista no art. 37, § 4º, da Constituição Federal. Porém, faltava a legislação infraconstitucional que viesse a delimitar tais condutas, o que ocorreu com a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que além de tipificá-las, criou as respectivas sanções.

Importante destacar que a Lei nº 8.429, de 1992, criou um procedimento fundamental para o combate à corrupção: o controle da evolução patrimonial dos agentes públicos. Ela trouxe, em seu art. 13, a previsão de que todos os agentes públicos têm o dever de informar, ao entrar e sair do cargo, bem como anualmente, a relação detalhada de todos os seus bens. Esse tipo de controle foi reforçado pelas Leis nº 8.730, de 10 de novembro de 1993, e nº 12.813, de 16 de maio de 2013. Essa última lei, também conhecida como Lei do Conflito de Interesses, indicou não somente o acompanhamento da evolução patrimonial, como também buscou prevenir os conflitos entre os interesses públicos e privados no desempenho das funções públicas. Um ponto central dessa norma é que os agentes públicos passaram a ter que declarar as situações de potencial conflito e oferecer sugestões para evitar sua ocorrência.

Outra norma fundamental nesse período foi a Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação. Ela estabeleceu um novo patamar de transparência pública, onde o sigilo passou a ser a exceção e a transparência a regra. Os agentes públicos passaram a ter uma obrigação muito maior de justificar seus atos, tendo em vista que os mesmos estão sujeitos ao escrutínio público de maneira muito mais ampla. Um dos aspectos que demonstram a abrangência dessa lei e sua regulamentação é a divulgação dos salários de todos os servidores públicos federais, padrão que não é encontrado nem mesmo em vários outros países que possuem legislação de acesso à informação mais antiga, como EUA por exemplo.

Uma outra produção legislativa marcante nesse período foi a chamada Lei da Ficha Limpa, a Lei Complementar nº 135, de 2010, que modificou a Lei Complementar nº 64, de 1990, alterando as condições de elegibilidade e impossibilitando a candidatura daqueles que tivessem sofrido condenação por órgãos colegiados, abrangendo também os políticos cassados e que renunciaram aos seus mandatos para evitar a cassação. Essa lei resultou de um projeto de iniciativa popular, que contou com mais de 1 milhão e 300 mil assinaturas, cuja apresentação foi articulada pela Comissão Brasileira Justiça e Paz da Conferência Nacional dos Bispos do Brasil (CNBB) e pelo Movimento de Combate à Corrupção Eleitoral (MCCE).

Outras duas legislações absolutamente relevantes dessa fase foram a Lei nº 12.846, de 1º agosto de 2013, e a Lei nº 12.850, de 2 agosto de 2013. A primeira definiu sanções administrativas e cíveis contra as pessoas jurídicas por atos contra a Administração Pública. A segunda, redefiniu a questão das organizações criminosas. Ambas, embora tenham aspectos materiais, destacaram-se por questões processuais, o que será abordado no tópico seguinte.

A questão central é demonstrar que o período em questão foi fértil na produção legislativa anticorrupção, não somente quanto ao aumento da duração das penas já existentes, sobretudo o encarceramento, como também inovando nos campos administrativo, eleitoral e cível. Novas sanções foram criadas nessas instâncias, novos sujeitos abrangidos e se aumentou o dever de prestar contas pelos agentes públicos. Do ponto de vista instrumental, houve uma mudança ainda maior, pois foram introduzidos instrumentos de negociação no processo sancionador, o que representou grande inovação na seara jurídica brasileira.

3.2. Em busca da eficácia e da eficiência: os acordos de leniência e a colaboração premiada

As Leis nº 12.846 e nº 12.850, de 2013, além de trazerem inovações no campo do direito material, provocaram uma enorme transformação no âmbito do processo sancionador. Elas introduziram no direito sancionador brasileiro a negociação, a partir da qual passa a ser aceita a ideia de transação de sanções, com o objetivo de tornar o processo punitivo mais eficaz. Embora já houvesse uma experiência de transação processual relativa à sanção no âmbito do direito concorrencial, na seara do combate aos atos lesivos ao patrimônio público esse instrumento era completamente inovador.

Na instância penal, a partir da colaboração premiada, vários criminosos envolvidos em desvios de recursos públicos passaram a delatar políticos e empresários em troca de terem suas penas, ou a execução das mesmas, abrandadas. A Operação Lava Jato se destacou nesse contexto, como uma investigação de elevado impacto no meio político e empresarial brasileiro, levando à prisão e à condenação de diversos políticos e altos dirigentes de empresas que mantinham negócios com o Poder Público, onde houve mais de 170 acordos de colaboração.

A aplicação da Lei nº 12.846, de 2013, se mostrou um pouco mais complexa. Não se conseguiu uma condução dos acordos de leniência que seguisse desatrelada dos processos penais. Logo em seguida à sua promulgação, vários casos de enorme envergadura surgiram envolvendo empresas que também eram investigadas no âmbito da Operação Lava Jato, o que dificultou o avanço dos acordos de leniência. Isso porque, segundo a lei, a competência para assinar acordos de leniência é do próprio ente lesado²². Ou seja, os acordos de leniência foram previstos pela Lei nº 12.846, de 2013, como negócios jurídicos administrativos. Todavia, embora sem competência expressa na mencionada lei, foram firmados “acordos de leniência” pelo Ministério Público Federal, os quais foram validados pelo Poder Judiciário. Essa situação é mais interessante ainda, pois os projetos de alteração legal que visavam a dar competência ao Ministério Público para assinar acordos de leniência foram rejeitados pelo Congresso Nacional,

²² No caso da União, esta é representada pela Controladoria-Geral da União, conforme art. 16, § 10, da Lei nº 12.846, de 2013.

ponto que será explorado em seguida. Essa situação demonstra que, se por um lado a lei fortaleceu a atuação dos agentes públicos, por outro demonstrou lacunas na estrutura de governança do processo, não conseguindo evitar conflitos no processo²³.

A questão política também teve peso importante. A presidente reeleita Dilma Rousseff enfrentou grave crise econômica no início de seu segundo mandato, em 2015, além de uma crise política, o que acabou culminando em seu *impeachment*, em maio de 2016. Nesse contexto, e havendo várias denúncias contra o governo federal, a questão de combate à corrupção empresarial se misturou com o processo de luta política.

O relevante no âmbito desse debate é que os acordos de leniência e a colaboração premiada provocaram verdadeira revolução no âmbito das sanções anticorrupção. Do ponto de vista processual, eles permitiram a condenação de vários políticos, empresários e intermediários de desvios de recursos. Quanto aos acordos de leniência, vários foram firmados pela CGU, que implicaram em assunção de compromisso de reparação de bilhões de reais pelas empresas. A CGU informa que até agosto de 2018, haviam sido firmados seis acordos de leniência que implicam em retorno de 6,06 bilhões de reais aos cofres públicos, havendo outros 19 em negociação²⁴. Esses são números que jamais tinham sido vistos em termos de ressarcimento aos cofres públicos.

3.3. Fortalecimento institucional dos órgãos e das carreiras de controle e combate à corrupção

No campo do combate à corrupção, é impossível não destacar a criação da Controladoria-Geral da União (CGU), órgão de combate à corrupção com *status* ministerial. O órgão surgiu primeiramente como Corregedoria-Geral da União, em 2001, criado pela Medida Provisória nº 2.143-31, em um momento político em que o então governo enfrentava várias denúncias. A CGU incorporou a área de auditoria do Poder Executivo federal, a Secretaria Federal de Controle Interno (SFC), e passou a contar, a partir de 2003, com as áreas de prevenção da corrupção e de ouvidoria²⁵. A ideia era reforçar a autonomia e efetividade das ações dos agentes dedicados ao combate à corrupção, o

²³ Embora vários setores da burocracia estatal tenham se fortalecido, é inegável o destaque que o Ministério Público Federal teve. Nesse sentido, foi acusado de avançar em áreas que seriam tradicionalmente de outros órgãos, como o de gerir recursos desviados, devolvidos por empresas. Na Operação Lava Jato houve um acordo que previu que o Ministério Público fizesse a gestão desses recursos, o que sofreu críticas do meio político e de outros membros do próprio Ministério Público. A Procuradora-Geral da República ingressou com ação no Supremo Tribunal Federal contra o acordo firmado por Procuradores da República e homologado pela Justiça Federal no estado do Paraná. Em medida cautelar na ADPF nº 568-PR, o ministro Alexandre de Moraes determinou "(a) suspender todos os efeitos da decisão judicial proferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba, que homologou o Acordo de Assunção de Obrigações firmado entre a Petrobras e os Procuradores da República do Ministério Público do Paraná (Força-Tarefa Lava-Jato), bem como a eficácia do próprio acordo; (b) determinar o imediato bloqueio de todos os valores depositados pela Petrobras, bem como subsequentes rendimentos, na conta corrente designada pelo juízo da 13ª Vara Criminal Federal de Curitiba que, a partir desta decisão, deverão permanecer em depósito judicial vinculado ao mesmo Juízo, proibida qualquer movimentação de valores sem expressa decisão do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL;

²⁴ BRASIL, Controladoria-Geral da União, **Acordo de Leniência**, disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorrupcao/acordo-leniencia/acordo-de-leniencia>>, acesso em: 9 fev. 2019.

²⁵ O órgão, desde então, nunca mais perdeu o status ministerial. Durante o governo Temer passou a se chamar inicialmente Ministério da Transparência, Fiscalização e Controle e, depois, Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União – CGU. No início de 2019 voltou a se chamar novamente Controladoria-Geral da União (CGU).

que foi complementado com a valorização dos profissionais que atuavam no setor, seja em termos de sua imagem perante a sociedade, seja em relação aos subsídios recebidos.

A grande novidade da CGU foi a de agregar várias facetas do combate e prevenção da corrupção em um único órgão. As áreas de ouvidoria e transparência se estabeleceram como portas de entrada para demandas dos cidadãos.

Uma primeira atuação destacada da burocracia “chão de fábrica”, nesse caso, foi a mudança no enfoque da auditoria. Além das tradicionais auditorias anuais de contas, que seguem para julgamento pelo Tribunal de Contas da União (TCU), a SFC inovou em duas áreas. A primeira envolveu a criação do Programa de Fiscalização dos Municípios, que verificava a aplicação de verbas federais nesses entes. Esse programa foi objeto de diversos estudos sobre seu impacto no combate aos desvios nos municípios²⁶. Essa atividade é concebida e implementada pela burocracia, sobretudo os auditores da CGU. Além disso, passou-se a atuar, também, nas chamadas operações especiais, nas quais geralmente agia em conjunto com o Ministério Público, emprestando sua experiência na fiscalização de recursos públicos, para auxiliar na elucidação de crimes contra a Administração Pública.

Foi criado, também, o Sistema de Correição do Poder Executivo Federal, por meio do Decreto nº 5.480, de 30 de junho de 2005. No topo do sistema estava a Corregedoria-Geral da União, subordinada à CGU, que passou a acompanhar os processos disciplinares em todos os órgãos e entidades do Executivo Federal. É importante destacar que a competência para a apuração da responsabilidade administrativa dos servidores, que pode gerar demissão, é, no direito brasileiro, do dirigente de cada órgão ou entidade²⁷. Anteriormente, havia pouco controle sobre essa instância de apuração, de característica muita descentralizada. O Sistema de Correição criou, no âmbito da CGU, uma corregedoria setorial para supervisionar cada ministério e implementou sistemas informatizados de uso obrigatório, passando a acompanhar todos os processos disciplinares do Poder Executivo Federal. Além disso, estimulou a criação de corregedorias seccionais, aquelas dos próprios órgãos e entidades, que conduzem diretamente os processos. Por fim, determinou que os corregedores seccionais tivessem que ser servidores efetivos, preferencialmente com formação jurídica, ter sua nomeação aprovada pela CGU e que passassem a ter mandato de, no mínimo, dois anos²⁸. Isso tudo

²⁶ Para um estudo abrangente e aprofundado sobre o tema ver SEABRA, Sérgio, **How auditing can be directed against corruption: the case of Brazil's municipality-facing auditing programme**, disponível em: <<https://www.bsg.ox.ac.uk/research/publications/how-auditing-can-be-directed-against-corruption-case-brazils-municipality>>, acesso em: 7 fev. 2019. Existem trabalhos que avaliam o impacto do programa no desempenho eleitoral dos gestores públicos. Ver: FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico, **Exposing Corrupt Politicians: The Effects of Brazil's Publicly Released Audits on Electoral Outcomes**, *The Quarterly Journal of Economics*, v. 123, n. 2, p. 703–745, 2008.

²⁷ Lei 8.112, de 1990: “Art. 143. A autoridade que tiver ciência de irregularidade no serviço público é obrigada a promover a sua apuração imediata, mediante sindicância ou processo administrativo disciplinar, assegurada ao acusado ampla defesa”

²⁸ Decreto 5.480, de 2005, previa:

“Art. 8º Os cargos dos titulares das unidades de correição são privativos de servidores públicos ocupantes de cargo efetivo de nível superior, que tenham, preferencialmente, formação em Direito.

§ 1º Os titulares das unidades seccionais terão sua indicação para o cargo submetida à prévia apreciação do Órgão Central do Sistema e serão nomeados para mandato de dois anos, se de modo diverso não estabelecer a legislação específica.

§ 2º Ao servidor da administração pública federal em exercício em cargo ou função de corregedoria ou correição são assegurados todos os direitos e vantagens a que faça jus na respectiva carreira, considerando-se o período de desempenho das atividades de que trata este Decreto, para todos os efeitos da vida funcional, como efetivo exercício no cargo ou emprego que ocupe no órgão ou entidade de origem.”

proporcionou escolhas mais técnicas e uma garantia de que a autoridade responsável pela apuração, o corregedor seccional, não pudesse ser exonerado a qualquer momento, caso sua ação desagradasse às altas autoridades do respectivo ministério.

Essa reestruturação proporcionou a criação de várias corregedorias seccionais e um aumento significativo no número de penalidades expulsórias (demissão, cassação de aposentadoria e destituição de cargo em comissão). O manual criado pela CGU para incentivar a criação de corregedorias seccionais²⁹, de 2011, mencionava a existência de 32 corregedorias seccionais, muitas das quais já criadas após o Decreto do Sistema de Correição. Esse número aumentou para 73 em dezembro de 2018³⁰. Ademais, o número de demissões do Poder Executivo Federal apresentou trajetória crescente desde então:

Penalidades expulsivas de servidores públicos federais 2005-2017

Fundamento	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2013	2014	2015	2016	2017	Total
Ato Relacionado à Corrupção	204	255	297	243	291	356	361	315	379	363	332	343	335	4453
Abandono de Cargo, Inassiduidade ou Acumulação Ilícita de Cargos	58	69	99	86	95	111	107	154	98	126	138	158	125	1571
Proceder de Forma Desidiosa	16	18	15	14	6	15	14	6	12	11	9	10	19	186
Participação em Gerência ou Administração de Sociedade Privada	3	7	10	5	2	1	4	4	5	3	15	2	6	77
Outros	6	24	17	24	39	29	47	26	37	44	47	36	21	427
Total	287	373	438	372	433	512	533	505	531	547	541	549	506	6714

Houve uma alteração no decreto, em 2010, que basicamente permitiu que a exigência da formação em Direito para os corregedores do sistema pudesse ser suprida alternativamente pela condição de ser o servidor membro da carreira de Finanças e Controle, visto que o concurso para tal cargo já exige conhecimentos especializados sobre a matéria correcional.

²⁹ BRASIL. Controladoria-Geral da União. **Orientações para Implantação de Unidades de Corregedoria nos Órgãos e Entidades do Poder Executivo Federal**. Brasília, 2011. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_implantacao_corregedoria.pdf>. Acesso em: 14.fev.2019.

³⁰ Documento da CGU com a lista e endereço de todos os corregedores seccionais, de dezembro de 2018, indica esse número. Disponível em <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/arquivos/seccionais.pdf>>. Acesso em: 14.fev.2019.

Fonte: BRASIL. Controladoria-Geral da União. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/atividade-disciplinar/relatorios-de-punicoes-expulsivas>>. Acesso em: 14.fev.2019.

A estabilidade e o aumento do nível de qualificação exigida da burocracia responsável pela gestão das corregedorias proporcionaram um aumento do número de demissões, sem que tivesse havido nenhum tipo de alteração da legislação que trata do processo administrativo disciplinar no serviço público federal³¹.

A CGU conseguiu estabelecer, ainda, parcerias com outros órgãos de combate à corrupção, tendo havido troca de experiências nessa área. O destaque nesse campo é a Polícia Federal, do Ministério da Justiça. Esse órgão que havia desempenhado um papel essencialmente de polícia de fronteira e de controle político, sobretudo no período do regime militar, ganhou experiência e autonomia para investigar crimes relacionados à corrupção.

Houve ainda a valorização dos profissionais que atuam no setor. Esse tema se tornou central na atuação do órgão e a imagem de carros da Polícia Federal realizando operações contra políticos passou a povoar o noticiário brasileiro. Dessa forma, a pauta do combate à corrupção passou a ter um apoio muito maior no campo da investigação criminal. Essa situação se confirma pelo número de operações realizadas pelo órgão, que aumenta significativamente a partir de 2003. A imagem da polícia federal, muito relacionada ao controle do contrabando, do tráfico internacional de drogas e do controle de imigrantes, passou a ser mais relacionada e valorizada pelas ações de combate à corrupção.



Fonte: BRASIL. Ministério da Justiça. Departamento de Política Federal. Disponível em: <<http://www.pf.gov.br/imprensa/estatistica/operacoes>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

Percentual significativo dessas operações passa a ser ligada ao combate à corrupção, conforme se pode verificar:

³¹ Tais normas estão previstas na Lei nº 8.112, de 1990, em especial nos arts. 116 a 182.

Operações da Polícia Federal de combate à corrupção

	2013	2014	2015	2016	2017
Número de operações	56	54	73	152	286
Número de presos	325	279	284	524	534

Fonte: Correio Braziliense. Disponível em <<https://www.correiobraziliense.com.br/app/noticia/brasil/2018/07/02/interna-brasil,692246/acoes-da-pf-contracorrupcao-crescem-411-em-cinco-anos.shtml>>. Acesso em: 7.fev.2019.

Além da autonomia para a realização de auditorias, no caso da CGU, e de investigações policiais, no caso da Polícia Federal, outro fator importante que indica a valorização dessa burocracia é a remuneração dos seus membros. Isso pode ser demonstrado pelos reajustes salariais que esses servidores obtiveram nos últimos 20 anos.

A tabela a seguir mostra que todas as carreiras citadas receberam aumentos superiores à inflação do período. Dependendo do índice e do cargo analisado, esses aumentos chegaram ao triplo da inflação entre 1998 e 2018.

		1998 (jun)	2002 (dez)	2006 (dez)	2010 (nov)	2014 (jun)	2018 (set)	Variação 1998- 2018 (%)
Delegado de Polícia Federal	Rem. Final	4.666,27	9.281,73	15.391,48	19.699,82	21.719,05	29.604,70	534,44
	Rem. Inicial	3.371,41	7.827,81	10.862,14	13.368,68	15.370,64	22.672,48	572,49
Agente de Polícia Federal	Rem. Final	2.696,39	6.010,97	9.539,27	11.879,08	13.304,57	17.848,60	561,94
	Rem. Inicial	1.835,18	4.099,11	6.200,00	7.514,33	8.416,05	11.983,26	552,97
Auditor da Receita Federal	Rem. Final	4.718,70	7.376,91	13.382,26	19.451,00	21.403,88	29.127,87	517,29
	Rem. Inicial	4.439,01	4.544,53	10.155,32	13.600,00	14.965,44	20.123,53	353,33
Técnico/Analista da Receita Federal	Rem. Final	2.197,41	3.480,90	6.974,87	11.595,00	12.759,14	17.375,17	690,71
	Rem. Inicial	2.026,09	2.144,39	5.299,91	7.996,07	8.798,88	11.181,24	451,86
Auditor da CGU	Rem. Final	3.855,45	6.971,06	11.325,09	18.478,45	20.353,09	25.745,61	567,77

Rem. Inicial	2.505,19	2.970,03	8.160,50	12.960,77	14.275,64	18.057,95	620,82
						IGP-M (FGV)	377,92
Inflação do período jun/1998 a dez/2018						INPC (IBGE)	253,97
						IPC-SP (FIPE)	197,16

Fonte: BRASIL. Ministério da Economia. Tabela de Remuneração dos servidores públicos federais. Disponível em <http://planejamento.gov.br/secretarias/upload/Arquivos/servidor/publicacoes/tabela_remuneracao>. Acesso em 13.fev.2019.

Outro ponto que merece destaque no quesito de fortalecimento institucional foi a diretriz adotada pelo Presidente da República, a partir de 2003, de indicar o Procurador-Geral da República com base em uma lista tríplice escolhida pelo voto dos membros da própria categoria, embora não tenha dever legal nesse sentido³². Assim, conferiu ainda mais autonomia para o órgão acusador penal federal³³, no que tange à investigação e à ação penal contra altas autoridades que, em função da prerrogativa de foro, somente podem ter a investigação criminal e o processo penal iniciados pelo Procurador-Geral. Pelas características dos membros do Ministério Público no Brasil, ingresso por concurso público e autonomia administrativa, já existia uma grade autonomia de ação. Com a escolha do Procurador-Geral da República a partir da indicação dos membros da instituição, reforça-se tal característica para a cúpula da instituição, responsável pela investigação e processamento de altas autoridades. Embora o STF tenha condenado ou confirmado a pena de diversas autoridades com prerrogativa de foro, esta não era uma tradição na Corte, que somente em 2010 condenou o primeiro parlamentar com foro no Supremo, o qual foi preso três anos depois, em 2013³⁴.

4. Burocratas formuladores

No primeiro semestre de 2013, eclodiram várias manifestações pelo país. Um dos elementos inovadores é que elas foram organizadas pelas redes sociais, na *internet*. Inicialmente lutaram contra o aumento no preço dos transportes coletivos, mas expandiram suas pautas para cobrar uma melhor prestação dos serviços públicos e criticar a chamada “política tradicional”³⁵. No esteio desse ambiente, o Congresso Nacional

³² A Constituição da República de 1988 impôs que os governadores dos estados deveriam escolher o Procurador-Geral de Justiça baseados em uma lista tríplice, conforme art. 128, § 3º. Porém, não trouxe a mesma obrigação para o chefe do Ministério Público Federal, nos termos do §1º do mesmo artigo, bastando que o escolhido seja integrante da carreira, maior de trinta e cinco anos e tenha seu nome aprovado pela maioria absoluta dos membros do Senado Federal. Todos os Procuradores-Gerais da República durante os governos Lula, Dilma e Temer, ou seja, de 2003 a 2018, foram escolhidos a partir dessa lista.

³³ A Constituição da República de 1988 já tinha dado passos largos para o fortalecimento do Ministério Público Federal. Uma questão importante foi a previsão constitucional de criação da Advocacia-Geral da União, retirando da Procuradoria da República a função de defesa jurídica da União.

³⁴ Uol. **Pela primeira vez, STF manda prender deputado condenado**. Disponível em <<https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/06/26/pela-primeira-vez-stf-manda-prender-deputado-condenado.htm>>. Acesso em: 14.fev.2019

³⁵ Para uma análise sobre as manifestações de 2013, ver SINGER, André, Brasil, junho de 2013, classes e ideologias cruzadas, **Novos estudos CEBRAP**, n. 97, p. 23–40, 2013 e CARDOSO, G.; FÁTIMA, B.,

aprovou as Leis nº 12.846 e nº 12.850, de 2013. Mais uma vez, face a uma situação de crise, houve o avanço da agenda das políticas públicas, com inovações normativas significativas.

Uma questão interessante é a que parte da burocracia que havia se destacado na política pública anticorrupção, os procuradores da República, ganhou tamanha visibilidade que passou a ocupar papéis normalmente desempenhados pela classe política, o de ser não somente o proponente de leis, mas o mobilizador para que estas sejam aprovadas. Em última análise, isso implica se colocar no topo da formulação da política pública.

O Ministério Público Federal desenvolveu uma campanha chamada “Dez medidas contra a corrupção”³⁶, pacote de alterações legislativas lançado em março de 2015. O objetivo traçado era o de recolher assinaturas para encaminhá-lo como um projeto de lei de iniciativa popular. Um ano após o início da campanha o objetivo foi atingido, tendo sido recolhidas mais de 2 milhões de assinaturas. O modelo parece ter se espelhado no projeto de iniciativa popular que resultou na Lei da Ficha Limpa. Há de se ressaltar que as medidas ali contidas geraram muito mais polêmica do que a do projeto Ficha Limpa, em relação ao qual se resumiam sobretudo à questão de impedimento de candidatura anteriormente ao trânsito em julgado da sanção. Apesar da crítica de juristas sobre algumas medidas contidas no projeto, a aceitação da sociedade foi elevada. A tramitação no Congresso, por outro lado, não.

O meio político parece ter iniciado um processo de reação, a partir de 2015. Essa reação fez com que o Congresso não aprovasse, por exemplo, o projeto de lei das “Dez Medidas contra a Corrupção”. O destaque do processo legislativo das “Dez Medidas contra a Corrupção”, em relação a projetos anteriores, foi o de que o legislativo não se apresentou atuando apenas no sentido de aprimorar o projeto, mesmo que mitigando algumas de suas proposições. De fato, o Congresso aparentou poder se utilizar da tramitação do projeto para impor controles mais rigorosos aos membros do Poder Judiciário e Ministério Público. Ao mesmo tempo, avançam teses que podem anular provas e procedimentos judiciais adotados em instâncias inferiores, ou mesmo a mudança de foro para a Justiça Eleitoral em casos de “caixa dois”.³⁷

Novamente, o tema volta nas eleições de 2018. Com um discurso anticorrupção e renovador, dezenas de parlamentares foram eleitos em todo o país. Essa tensão entre avanços e retrocessos marca o atual estágio de desenvolvimento da política. Os desafios parecem estar de um lado, na consolidação dos procedimentos já adotados. De outro,

Movimento em rede e protestos no Brasil: qual gigante acordou?, *Revista ECO-PÓS*, n. 2, p. 143–176, 2013.

³⁶ Os pontos principais desse pacote eram os seguintes:
Prevenção à corrupção, transparência e proteção à fonte de informação;
Criminalização do enriquecimento ilícito de agentes públicos;
Aumento das penas e crime hediondo para a corrupção de altos valores;
Eficiência dos recursos no processo penal;
Celeridade nas ações de improbidade administrativa;
Reforma no sistema de prescrição penal;
Ajustes nas nulidades penais;
Responsabilização dos partidos políticos e criminalização do caixa 2;
Prisão preventiva para assegurar a devolução do dinheiro desviado; e
Recuperação do lucro derivado do crime.

³⁷ STF. Inquérito nº 4435. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ 14/03/2019. [Portal.stf.jus.br](http://portal.stf.jus.br), 2019. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149810> > Acesso em: 15.mai.2019.

em evitar abusos dos atores que defendem o combate à corrupção, mas que podem deslegitimar todo o processo em relação aos tribunais superiores e à sociedade.

Conclusão

A conjuntura nos âmbitos internacional e nacional proporcionou um ambiente favorável para o surgimento de uma agenda anticorrupção democrática a partir do início dos anos 1990. As características dessa agenda são essencialmente duas, ligadas ao conceito de *accountability*: o dever de prestar contas e a possibilidade de sanção. Em função dessas características, a agenda focou no aumento da transparência, no controle dos atos e do patrimônio dos agentes públicos e na busca por uma maior efetividade nas sanções referentes ao combate à corrupção. Nesse contexto, é fundamental a participação de uma burocracia profissionalizada, formada principalmente por procuradores, delegados e auditores.

Conforme demonstrou-se, essa agenda foi absolutamente exitosa do ponto de vista da produção legislativa, tendo sido promulgadas, nesse período, várias leis extremamente importantes no campo do aumento da transparência e do combate à corrupção, dentre as quais destaca-se a Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429, de 1992), a Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar nº 135, de 2010), a Lei de Acesso à Informação (Lei nº 12.527, de 2011), a Lei de Conflito de Interesses (Lei nº 12.813, de 2013), a Lei de Responsabilização das Pessoas Jurídicas (Lei nº 12.846, de 2013) e a Lei de Organizações Criminosas (Lei nº 12.850, de 2013). Ademais, no campo penal, as alterações legislativas seguiram no sentido de aumentar as penas referentes aos crimes ligados à corrupção.

Toda essa produção legislativa não somente ampliou a abrangência das pessoas passíveis de punição, os tipos de sanções e as obrigações de prestação de contas dos agentes públicos, como também introduziu instrumentos processuais inovadores, que buscam, por meio de negociação, produzir mais facilmente elementos probatórios.

Além do marco legal, as instituições de controle e combate à corrupção foram fortalecidas, adquirindo maior autonomia de ação. Houve uma valorização de seus servidores em termos de remuneração. Alguns critérios de escolha para cargos relevantes, como o de Procurador-Geral da República e o de corregedor seccional dos órgãos do Poder Executivo Federal, permitiram uma maior independência dessas autoridades. As ações de auditoria foram aperfeiçoadas e houve forte ampliação da transparência pública.

Embora tenha havido a aprovação de uma enorme base legal, conforme já mencionado, a participação dessa burocracia foi fundamental. Essas carreiras foram valorizadas e suas instituições fortalecidas. Os policiais federais, procuradores e juízes desenvolveram maior *expertise* de investigação de crimes contra a Administração Pública. Os auditores da CGU reestruturaram as auditorias, tornando-as menos protocolares e mais focadas na efetiva apuração de desvios, por meio do Sorteio de Municípios e das operações especiais.

O protagonismo foi tal que permitiu a alguns membros dessa burocracia avançarem na formulação da política anticorrupção. Embora seja ainda cedo para se afirmar,

com base em estudos balizados em ciências sociais, há elementos que indicam que a classe política parece ter reagido ao protagonismo na formulação dessa política pública.

Esse estamento burocrático “chão de fábrica”, como descreveu Michael Lipsky, teve um papel fundamental nessa agenda de políticas públicas anticorrupção democrática. As decisões desses agentes públicos acabaram determinando como a política pública foi efetivamente executada.

Referências

ARRIETA, Lindsay B., *Attacking Bribery at Its Core: Shifting Focus to the Demand Side of the Bribery Equation*, *Public Contract Law Journal*, v. 45, p. 587–612, 2015.

BRASIL, Controladoria-Geral da União. *Acordo de Leniência*. Disponível em: <<http://www.cgu.gov.br/assuntos/responsabilizacao-de-empresas/lei-anticorruptao/acordo-leniencia/acordo-de-leniencia>>. Acesso em: 9 fev. 2019.

BRASIL. Controladoria-Geral da União. *Orientações para Implantação de Unidades de Corregedoria nos Órgãos e Entidades do Poder Executivo Federal*. Brasília, 2011. Disponível em <http://www.cgu.gov.br/Publicacoes/atividade-disciplinar/arquivos/manual_implantacaocorregedoria.pdf>. Acesso em: 14.fev.2019.

CADE, Jason A. *The Challenge of Seeing Justice Done in Removal Proceedings*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2014. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2514474>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

CARDOSO, G.; FÁTIMA, B. *Movimento em rede e protestos no Brasil: qual gigante acordou?* *Revista ECO-PÓS*, n. 2, p. 143–176, 2013.

CUERVO-CAZURRA, Alvaro. *Who Cares about Corruption?* Rochester, NY: Social Science Research Network, 2007. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1060221>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

DANTAS, F. *Corrupção e as novas concepções de um direito de intervenção anticorrupção*. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário de Brasília. Brasília, 2009.

DJANKOV, Simeon; NIKOLOVA, Elena; ZILINSKY, Jan. *The Happiness Gap in Eastern Europe*. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2015. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2658136>>. Acesso em: 3 fev. 2019.

FERRAZ, Claudio; FINAN, Frederico. *Exposing Corrupt Politicians: The Effects of Brazil’s Publicly Released Audits on Electoral Outcomes*. *The Quarterly Journal of Economics*, v. 123, n. 2, p. 703–745, 2008.

FILGUEIRAS, Fernando. *Corrupção, democracia e legitimidade*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2008.

KINGDON, John W. *Agendas, alternatives and public policies*. Harlow: Pearson education, 2014.

LIPSKY, Michael. *Street-level bureaucracy*. New York: Russell Sage Foundation, 1980.

MCCUBBINS, Mathew; NOLL, Roger G.; WEINGAST, Barry R. *Administrative Procedures as Instruments of Political Control*. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, 1987. Disponível em: <<https://academic.oup.com/jleo/article/3/2/243/859002/Administrative-Procedures-as-Instruments-of>>. Acesso em: 23 fev. 2019.

PINHO, José Antônio Gomes de; SACRAMENTO, Ana Rita Silva, Accountability: já podemos traduzi-la para o português? Revista de Administração Pública – RAP. Rio de Janeiro: GV 43(6):1343-1368, nov./dez. 2009.

PRADO, Mariana Mota; CARSON, Lindsey. Corruption Scandals, the Evolution of Anti-Corruption Institutions, and Their Impact on Brazil's Economy. The Oxford Handbook of the Brazilian Economy, 2018. Disponível em: <<http://www.oxfordhandbooks.com/view/10.1093/oxfordhb/9780190499983.001.0001/oxfordhb-9780190499983-e-37>>. Acesso em: 13 fev. 2019.

SEABRA, Sérgio. How auditing can be directed against corruption: the case of Brazil's municipality-facing auditing programme. Disponível em: <<https://www.bsg.ox.ac.uk/research/publications/how-auditing-can-be-directed-against-corruption-case-brazils-municipality>>. Acesso em: 7 fev. 2019.

SIMON, Herbert A. Administrative Behavior, 4th Edition. New York: The Free Press, 2013.

SINGER, André. Brasil, junho de 2013, classes e ideologias cruzadas. Novos estudos CEBRAP, n. 97, p. 23–40, 2013.

STF. Inquérito nº 4435. Relator: Ministro Roberto Barroso. DJ 14/03/2019. Portal.stf.jus.br, 2019. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5149810> > Acesso em: 15.maio.2019.

STF. Medida cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 568-PR. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. DJ 15/03/2019. Portal.stf.jus.br, 2019. Disponível em < <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5650140> > Acesso em: 22.maio.2019.

TUMMERS, Lars; BEKKERS, V. J. J. M. Policy Implementation, Street-Level Bureaucracy and the Importance of Discretion. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2013. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=2289338>>. Acesso em: 21 fev. 2019.

Uol. Pela primeira vez, STF manda prender deputado condenado. Disponível em < <https://noticias.uol.com.br/politica/ultimas-noticias/2013/06/26/pela-primeira-vez-stf-manda-prender-deputado-condenado.htm>>. Acesso em: 14.fev.2019

VARELLA, Marcelo Dias. Internacionalização do Direito: direito internacional, globalização e complexidade. Brasília: UniCEUB, 2013, p. 143.

VON ROSEVING, A. Global anti-corruption regimes: why Law Schools may want to take multi-jurisdiction approach in Comparative Research. Law and Political Economy, 28/2009, 2009, v. 5, n. 4.

WILSON, William Julius. Sociology and the Public Agenda. Newbury Park: SAGE Publications, 1993.

YOUNG, Patricia T. The Determinants of State Capture in Eastern Europe. Rochester, NY: Social Science Research Network, 2011. Disponível em: <<https://papers.ssrn.com/abstract=1899902>>. Acesso em: 13 fev. 2019.



POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS INCLUSIVAS PARA SURDOS E O DESENVOLVIMENTO DEMOCRÁTICO DO ESTADO BRASILEIRO

Maria Vital da Rocha

Rebeca Costa Gadelha da Silveira Lopes Ferreira

RESUMO

O presente artigo busca analisar a viabilidade financeira para o acesso à educação de pessoas surdas, investigando-se se o custo de um plano de educação que leve em consideração a identidade e a cultura surda deve ser custeado. Caso a resposta seja positiva, indaga-se se tais planos influenciariam no desenvolvimento econômico brasileiro. Primeiro, explora-se a evolução das políticas públicas educacionais para pessoas surdas para, então, verificar a relação entre a efetivação deste direito e o custo que lhe seria inerente e se este contribuiria para o desenvolvimento social e econômico da sociedade brasileira. Para tanto, utilizando-se de pesquisa teórica e bibliográfica, busca-se demonstrar que a educação inclusiva constitui o melhor instrumento para a efetivação do direito ao acesso à educação inclusiva para pessoas surdas desde que respeitadas a sua cultura e identidade por meio, notadamente, do ensino de LIBRAS, devendo haver, assim, a disponibilização e distribuição organizada e planejada dos recursos econômicos para o desenvolvimento e prática de novos planos educacionais. Conclui-se que a implementação de um projeto de educação inclusiva voltado para as particularidades do alunado surdo importaria no ganho mútuo tanto para a sociedade e o próprio coletivo de pessoas surdas e de pessoas sem deficiência.

Palavras-chave

Educação inclusiva. Recursos financeiros. Alunos surdos. Desenvolvimento econômico.

INCLUSIVE EDUCATIONAL PUBLIC POLICIES FOR DEAF AND DEMOCRATIC DEVELOPMENT OF THE BRAZILIAN STATE

ABSTRACT

This article objective is to analyze the financial feasibility to promote deaf people education access, investigating whether the cost of formulating an educational plan that takes into account deaf identity and culture is worth bearing. If the question turns out to have a positive answer, it is asked if such plans would influence on brazilian economic development. First, it will be explored the evolution of educational public policies for deaf people in order to verify the relationship between the implementation of this right and the financial expenditure inherent to it and whether it would contribute to social and economic brazilian development. To do so, using theoretical and bibliographical research, it is sought to demonstrate that inclusive education constitutes a instrument to achieve the right to access inclusive education for deaf people insofar deaf identity and culture are respected through, especially, the teaching of LIBRAS, and it should, therefore, have organized and planned distribution of economic resources for the development and practice of new educational plans. Finally, the implementation of an inclusive

education project focused on the particularities of the deaf students would result in mutual benefits for the society and the collective community of deaf people and people without disabilities.

Keywords

Inclusive education. Economics resources. Deaf students. Economic development.

1. INTRODUÇÃO

As pessoas com deficiência são a maior minoria brasileira: compõem, paradoxalmente, aproximadamente 23,9% da população brasileira – equivalente a 45,6 milhões de pessoas – dos quais 18,6% se compõe de deficientes visuais, 7% de deficientes motores, 5,10% de deficientes auditivos e 1,40% de deficientes mentais ou intelectuais, apresentando no Nordeste o maior número de pessoas com deficiência do tipo severo.¹

Não obstante sofrerem uma limitação física, mental, sensorial ou intelectual, as pessoas com deficiência possuem os mesmos direitos das pessoas sem deficiência, uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu diversos mecanismos e instrumentos aptos a salvaguardarem a igualdade de todos perante a lei, sem que se faça qualquer tipo de distinção entre pessoas sem deficiência e pessoas com deficiência.

É de extrema importância e urgência, portanto, a adoção de uma nova pré-compreensão no tocante a realidade enfrentada pela pessoa com deficiência, em especial, as pessoas surdas, de modo a possibilitar a sua efetiva inclusão no que tange ao acesso à educação em igualdade de oportunidades em relação às pessoas ouvintes, de modo a superar planos educacionais que preconizam práticas ouvintistas em detrimentos da aprendizagem da língua de sinais e da própria cultura surda.

Objetivando-se, assim, concretizar o direito fundamental à educação de qualidade tal como preconizado pela Constituição Federal de 1988, busca-se, no presente trabalho, investigar a viabilidade de investimentos de recursos financeiros para fomentar o acesso à educação de pessoas surdas no ensino regular.

Nesse contexto, o trabalho será estruturado explicando-se o desenvolvimento das políticas públicas educacionais para pessoas surdas num contexto histórico para se entender a evolução dos planos educacionais para surdos a fim de que novas políticas possam ser formuladas levando em consideração um plano educacional que atente para a cultura e a identidade deste coletivo.

Por fim, discorre-se sobre o custo da implementação das mudanças dos planos educacionais para pessoas surdas, no sentido de que, se todos os direitos demandam um dispêndio orçamentário, qual o benefício a ser auferido, portanto, com a fomentação da educação inclusiva? Constituiria um custo que vale a pena ser arcado em prol da formulação de um plano arquitetônico de educação que atente para as peculiaridades da identidade e da cultura surda? Custear tais planos influenciaria no desenvolvimento econômico do Estado Brasileiro?

¹BRASIL. SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. **Cartilha do Censo de 2010: Pessoas com deficiência**. Disponível em: < <http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficienciaeducado.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

2. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PARA PESSOAS SURDAS

Nesse ponto, busca-se analisar no presente trabalho a necessidade de mudança dos paradigmas das políticas públicas educacionais para pessoas surdas sob o ponto de vista da educação inclusiva na rede de ensino regular, problematizando-se se este custo deve ser sustentado e influenciaria no desenvolvimento do Estado brasileiro.

Para tanto, torna-se imperioso fazer uma breve narrativa sobre a evolução da educação para surdos no Brasil, a fim de possibilitar a compreensão das especificidades que permeiam a construção, adoção e aplicação das políticas educacionais para pessoas surdas.

Para se entender como devem ser formuladas as políticas públicas educacionais nos tempos atuais, precisa-se compreender como foi feito no passado e quais as condições específicas para a implementação do direito à educação para este grupo, o qual, destaca-se, possui uma cultura e identidade próprias, a cultura surda, além de a Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) constituir um artefato cultural² próprio da cultura surda.

Deve-se, assim, ser implementada uma política pública educacional a fim de se concretizar o reconhecimento da condição surda como um ganho surdo³ no sentido de que não se trata de uma deficiência incapacitante, mas o ganho de uma comunidade, de uma identidade, de um propósito, de modo que, para atingi-lo, seria necessária a mudança dos preconceitos enraizados na sociedade, o que poderia ser alcançando através, ainda que pareça utópico, do acesso às liberdades substantivas e iguais oportunidades para se desenvolver a capacidade e as potencialidades deste alunado.

Antes de adentrar propriamente na temática acerca da mudança dos paradigmas relacionados às políticas públicas educacionais para pessoas surdas e o custo advindo desta inflexão procedimental, disserta-se acerca do histórico da educação para surdos no Brasil. Nessa linha de intelecção, será possível a compreensão global do tema, além de justificar a necessidade de formulação de políticas educacionais em conformidade com a cultura e identidade surda através do ensino da Linguagem Brasileira de Sinais (LIBRAS), tornada oficial por meio da Lei nº 10.436/2002⁴ em clara ruptura com o chamado ouvintismo, ou seja, “o conjunto de representações dos ouvintes, a partir do qual o surdo está obrigado a olhar-se e a narrar-se como se fosse ouvinte”⁵.

A história dos surdos, em síntese, é dividida em três grandes fases: revelação cultural, isolamento cultural e o despertar cultural. Na fase de revelação cultural, os surdos, na sua maioria, dominavam a arte da escrita, havendo notícia de muitos escritores surdos. Verifica-se, assim, que se destinavam certos parâmetros educativos a estes grupos.

A segunda fase referente ao isolamento cultural se situa após o Congresso de Milão de 1880, no qual a língua de sinais foi proibida, forçando-se aos surdos a cultura de oralização, isto é, a imposição da língua oral e a normalização consistida na cura da

² STROBEL, Karin. **As imagens do outro sobre a cultura surda**. 4. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2016.

³NOT hearing loss, deaf gain. **Youtube**, postado em 11 fev. 2013. Disponível em: < <https://www.youtube.com/watch?v=F5W604uSkrk>>. Acesso em 05 jul. 2017.

⁴Art. 1º É reconhecida como meio legal de comunicação e expressão a Língua Brasileira de Sinais - Libras e outros recursos de expressão a ela associados.

⁵SKLIAR, Carlos. Os estudos surdos em educação: problematizando a normalidade. In: SKLIAR, Carlos (Org.). **A surdez: um olhar sobre as diferenças**. 7. ed. Porto Alegre: Mediação, 2015, p. 15.

surdez ou da audição danificada. O despertar cultural iniciado a partir de 1960 foi o marco para aceitação da língua de sinais e o reconhecimento da comunidade e cultura surdas.⁶

Na Idade Antiga, os surdos não tinham acesso à educação. Sofriam, segundo Strobel, as mais diversas formas de tortura, morte ou abandono por serem considerados como castigados por Deus, inválidos, incapacitados, desprovidos de linguagem e tampouco de conhecimento, resultando, nesta fase, o grande abandono de surdos ou a sua redução à condição de escravos ou de trabalhos forçados.

Na Roma não perdoavam os surdos porque achavam que eram pessoas castigadas ou enfeitiçadas, a questão era resolvida por abandono ou eliminação física – jogavam os surdos no rio Tíber. Só se salvavam aqueles que do rio conseguiam sobreviver ou aqueles cujos pais os escondiam, mas era muito raro – e também faziam os surdos de escravos obrigando-os a passar toda a vida dentro do moinho de trigo empurrando a manivela.⁷

Na Idade Média, também não havia tratamento digno em relação aos surdos, muitos menos uma educação formal. Já na Idade Moderna, o tratamento para surdos começou a ser modificado com o desenvolvimento, ainda que tímido, da educação para surdos baseado na linguagem de sinais, leitura labial e utilização do alfabeto manual. Todavia, o modelo educativo desta fase não galgou sua autonomia na medida em que era formulada com a predominância do ouvintismo, ou seja, por aqueles que ouvem em detrimento daqueles que não escutam.

Na Idade Contemporânea, a qual se estende até os dias atuais, tem-se a criação de escolas para surdos com a disponibilização de educação formal, tendo como grandes expositores dessa época Thomas Hopkins Gallaudet, responsável pela criação da primeira escola de surdos em Hartford nos Estados Unidos da América e Eduardo Huet, professor surdo de Paris, que veio ao Brasil ainda no Império de Dom Pedro II, auxiliando na fundação da primeira escola de surdos brasileira no Rio de Janeiro, denominado na época de “Imperial Instituto para Surdos-Mudos”, hoje conhecido por “Instituto Nacional de Educação de Surdos (INES)”.⁸

Não obstante os avanços da idade contemporânea, a educação surda ainda não considerava a fomentação da cultura deste grupo e a utilização da linguagem de sinais, impondo aos surdos a oralização como regra, a fim de que pudesse ser integrado a sociedade e não viver a margem dela. Houve ainda quem desaprovasse o casamento entre pessoas surdas para evitar o isolamento dos surdos da sociedade.⁹

Em 1880, chegou-se à conclusão, no Congresso Internacional de Surdo-Mudez ocorrida em Milão, na Itália, de que o método oral era o mais adequado no que diz respeito à educação para surdos, ocasionando, assim, a proibição oficial de utilização

⁶STROBEL, Karin. História da Educação de Surdos. In: BRASIL. **Libras UFSC**. Portal Libras. Disponível em: <http://www.libras.ufsc.br/colecaoLetrasLibras/eixoFormacaoEspecific/historiaDaEducaoDeSurdos/assets/258/TextoBase_HistoriaEducaoSurdos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

⁷STROBEL, Karin. História da Educação de Surdos. In: BRASIL. **Libras UFSC**. Portal Libras. Disponível em: <http://www.libras.ufsc.br/colecaoLetrasLibras/eixoFormacaoEspecific/historiaDaEducaoDeSurdos/assets/258/TextoBase_HistoriaEducaoSurdos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

⁸STROBEL, Karin. História da Educação de Surdos. In: BRASIL. **Libras UFSC**. Portal Libras. Disponível em: <http://www.libras.ufsc.br/colecaoLetrasLibras/eixoFormacaoEspecific/historiaDaEducaoDeSurdos/assets/258/TextoBase_HistoriaEducaoSurdos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

⁹STROBEL, Karin. História da Educação de Surdos. In: BRASIL. **Libras UFSC**. Portal Libras. Disponível em: <http://www.libras.ufsc.br/colecaoLetrasLibras/eixoFormacaoEspecific/historiaDaEducaoDeSurdos/assets/258/TextoBase_HistoriaEducaoSurdos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

da linguagem de sinais em salas de aula, alegando, conforme explica Strobel, “que a mesma destruía a capacidade de fala dos surdos, argumentando que os surdos são “preguiçosos” para falar, preferindo usar a língua de sinais”¹⁰.

Carlos Skliar destaca que, não obstante o ouvintismo já fosse praticado antes do Congresso de Milão, o fim do gestualismo e a imposição da língua falada foram legitimados oficialmente através do mesmo.

[...] Ainda que seja uma tradição mencionar seu caráter decisivo, o Congresso de Milão, de 1880 – no qual os diretores das escolas de surdos mais renomadas da Europa propuseram acabar com o gestualismo e dar espaço à palavra pura e vida, à palavra falada – não foi a primeira oportunidade em que se decidiram políticas e práticas similares. Essa decisão já era aceita em grande parte do mundo inteiro. Apesar de algumas oposições, individuais e isoladas, o referido congresso construiu não o começo do ouvintismo e do oralismo, mas sua legitimação oficial.¹¹

Dessa forma, o Congresso de Milão de 1880 produziu oito recomendações com o intuito de declarar a superioridade ouvintista com a imposição do aprendizado da língua oral em detrimento da linguagem de sinais.¹²

¹⁰STROBEL, Karin. História da Educação de Surdos. In: BRASIL. **Libras UFSC**. Portal Libras. Disponível em: <http://www.libras.ufsc.br/colecaoLetrasLibras/eixoFormacaoEspecificada/historiaDaEducacaoDeSurdos/assets/258/TextoBase_HistoriaEducacaoSurdos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

¹¹SKLIAR, Carlos. Os estudos surdos em educação: problematizando a normalidade. In: SKLIAR, Carlos (Org.). **A surdez: um olhar sobre as diferenças**. 7. ed. Porto Alegre: Mediação, 2015, p. 16.

¹²**Definição 1** Considerando-se em exceção de preferência de sinais do que de fala ao integrar o surdo-mudo à sociedade, e em dar-lhe um conhecimento melhor da língua, Declara: Que o método oral deve ser preferido do que a de língua de sinais para o ensino e na educação dos surdos-mudos.[...] **Definição 2** Considerando que o uso simultâneo da fala e da língua de sinais tem a desvantagem de prejudicar a fala e a precisão das ideias, Declara: Que o método oral deve ser preferido. [...] **Definição 3** Considerando que um grande número de surdos-mudos não estão recebendo os benefícios da educação, e que esta circunstância é devida à ineficácia das famílias e das instituições. Recomenda: Que os governos tomem as medidas necessárias para que todos os surdos-mudos possam receber educação. [...] **Definição 4** Considerando-se que o ensino ao surdo oralizado pelo Método Oral Puro deve se assemelhar tanto quanto possível ao ensino daqueles que ouvem e falam. Declara: a) Que o meio mais natural e mais eficaz através do qual o surdo oralizado pode adquirir o conhecimento da língua é o método “intuitivo”, o qual consiste em expressar-se primeiramente pela fala, e em seguida através da escrita, os objetos e os fatos que são colocado diante dos olhos dos alunos. b) Que no período inicial, ou maternal, o surdo-mudo deve ser conduzido à observação de formas gramaticais por meio de exemplos e de exercícios práticos, e no segundo período ele deve receber auxílio para deduzir as regras gramaticais a partir dos exemplos, expressadas com o máximo de simplicidade e clareza. c) Que os livros, escritos com palavras e formas linguísticas familiares aos alunos, estejam sempre acessíveis. [...] **Definição 5** Considerando-se a carência de livros elementares o suficiente para auxiliar no desenvolvimento gradual e progressivo da língua, Recomenda: Que os professores do sistema oral devem se dedicar à publicação de obras especiais sobre o assunto. [...] **Definição 6** Considerando-se os resultados obtidos por meio de várias pesquisas realizadas a respeito dos surdos-mudos de todas as idades e condições que haviam se evadido da escola há muito tempo, e que quando tinham de responder a perguntas sobre diversos assuntos, responderam corretamente, com clareza de articulação suficiente e conseguiram ler os lábios de seus interlocutores com grande facilidade, Declara: a) Que os surdos-mudos ensinados pelo método oral puro não se esquecem, após ter deixado a escola, os conhecimentos que lá adquiriram, mas os desenvolvem continuamente através das conversações e da leitura, quando estas são facilitadas. b) Que em sua conversação com pessoas ouvintes, os surdos-mudos fazem uso exclusivo da fala. c) Que a fala e a leitura labial, muito longe de terem sido abandonadas, são desenvolvidas através da prática. [...]

Definição 7 Considerando-se que o ensino de surdos-mudos através da fala tem exigências peculiares; considerando-se também que a experiência dos professores surdos-mudos é quase unânime, Declara: a) Que a idade mais favorável para admitir uma criança surda na escola é entre oito e dez anos b) Que o período letivo deve ter ao menos sete anos; mas preferencialmente oito anos. c) Que nenhum professor pode ensinar um grupo de mais de dez crianças no método oral puro. [...] **Definição 8** Considerando-se que a aplicação do método oral puro nas instituições onde ele ainda não está em pleno funcionamento, deve ser – para evitar um fracasso do contrário inevitável – prudente, gradual, progressiva. Recomenda: a) Que os alunos com ingresso recente nas escolas devem formar um grupo em si, onde o ensino poderia ser ministrado através da fala. b) Que estes alunos devem absolutamente ser separados de outros alunos que tiveram defasagem no ensino através da fala, e cuja educação será finalizada através de sinais. c) que um novo grupo seja estabelecido todos os anos, e que todos os alunos antigos que foram ensinados por sinais terminem a sua educação. In: STROBEL, Karin. História da Educação de Surdos. In: BRASIL. **Libras UFSC**. Portal Libras. Disponível em:

Imperou, assim, a utilização do método oral puro como objetivo primordial da educação de surdos a fim de inseri-los no mundo essencialmente ouvinte. Oficializou-se, nesta linha, “[...] a incontestável superioridade da língua oral como meio privilegiado de acesso ao conhecimento”¹³. A dominante prática ouvintista contribuiu, nos termos delineados por Skliar, para formular “[...] mecanismos de colonização do ouvintismo sobre o planejamento do currículo na educação de surdos”¹⁴.

O ouvintismo desenvolveu não apenas uma, mas várias formas de colonização do currículo, por meio de uma trama de representações variadas:

- o currículo para deficientes mentais, reproduzindo o estereótipo que define os surdos como deficientes mentais ou, em todo o caso, os surdos e os deficientes mentais como semelhantes;
- o currículo para os ouvintes, multiplicando por dois ou por três o tempo planejado na escola regular, que reflete a fórmula pela qual os surdos são, proporcionalmente, a metade ou a terça parte dos ouvintes;
- o currículo para deficientes da linguagem, por sua vez, sugere que o problema da surdez não é tanto o do acesso à oralidade, mas, pior ainda, que afeta a faculdade mental dos surdos para a linguagem;
- o currículo da beneficência laboral centrado na reprodução de atividades e de ofícios já saturados pelo desemprego – carpintaria, datilografia, corte e costura, etc. – ou no sentido de formar surdos somente como atendentes ou ajudantes de ouvintes;
- o currículo salva-vidas, como último recurso, para aqueles surdos que não se encaixam nos outros currículos citados anteriormente.¹⁵

No Brasil, em 1957, a língua de sinais foi proibida oficialmente nas salas de aulas, somente sendo permitidas nos corredores e pátios das escolas. Com esta proibição, a educação para surdos decaiu, diminuindo, inclusive, a taxa de matrícula dos alunos nas escolas.

Nesse sentido, os surdos buscaram dar uma “voz” as suas reivindicações, principalmente, de aprender através da língua de sinais. Strobel afirma que “A história cultural de surdos quase nunca lhes é contada, visto que este seria um passo importante para a legitimação do modelo cultural do ‘Ser Surdo’”¹⁶, havendo apenas uma representação realizada por sujeitos ouvintes em relação a iniciativa de trabalhos com surdos.

Tem havido uma constante quebra de paradigmas no que diz respeito a condição de ser surdo, implicando no reconhecimento da cultura e identidades surdas, bem

<http://www.libras.ufsc.br/colecaoLetrasLibras/eixoFormacaoEspecificativa/historiaDaEducacaoDeSurdos/assets/258/TextoBase_HistoriaEducacaoSurdos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

¹³EIJI, Hugo. Congresso de Milão. In: **Cultura Surda**. Disponível em <<https://culturasurda.net/congresso-de-milao/>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

¹⁴SKLIAR, Carlos. Os estudos surdos em educação: problematizando a normalidade. In: SKLIAR, Carlos (Org.). **A surdez: um olhar sobre as diferenças**. 7. ed. Porto Alegre: Mediação, 2015, p. 17.

¹⁵SKLIAR, Carlos. Os estudos surdos em educação: problematizando a normalidade. In: SKLIAR, Carlos (Org.). **A surdez: um olhar sobre as diferenças**. 7. ed. Porto Alegre: Mediação, 2015, p. 17-18.

¹⁶STROBEL, Karin. História da Educação de Surdos. In: BRASIL. **Libras UFSC**. Portal Libras. Disponível em: <http://www.libras.ufsc.br/colecaoLetrasLibras/eixoFormacaoEspecificativa/historiaDaEducacaoDeSurdos/assets/258/TextoBase_HistoriaEducacaoSurdos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.

como da língua de sinais como “um artefato cultural”¹⁷ do povo surdo. Carlos Skliar¹⁸, nessas linhas, destaca que a mudança advém da modificação da pré-compreensão da sociedade sobre o sujeito surdo.

Nesse sentido, em 2002, a Língua Brasileira de Sinais, ou simplesmente, LIBRAS, foi reconhecida oficialmente por meio da Lei nº 10.436/2002, a qual foi regulamentada pelo Decreto nº 5.626/2005, por meio do qual se regularizou a questão da obrigatoriedade do ensino de Letras/Libras como disciplina obrigatória.¹⁹

Tendo em vista a ampla possibilidade de utilização da LIBRAS como instrumento de acesso à educação para pessoas surdas, surge o embate sobre qual a melhor política educacional a ser adotada: educação inclusiva em escolas de ensino regular em conjunto com alunos sem deficiência ou em escolas bilíngues especializadas, quer dizer, escolas que ensinam LIBRAS e português exclusivamente para alunos não ouvintes, excluindo-se alunos sem deficiência da possibilidade de convivência com o alunado surdo.

Não se desconsidera a discriminação vivenciada por surdos em escolas regulares nem a rejeição da linguagem de sinais, a qual constitui parte essencial da cultura dos surdos. Também não se quer desmerecer o trabalho realizado pelas escolas bilíngues especializadas, porquanto exercem papel essencial no reconhecimento do que é ser surdo no contexto da cultura surda.

Todavia, entende-se que a educação em escolas bilíngues não é suficiente para que a pessoa surda adquira toda a sua potencialidade educacional nem alargaria a discussão sobre o que é ser surdo dentro de uma comunidade composta, em sua maioria, por pessoas ouvintes.²⁰

A educação inclusiva seria uma alternativa que possibilitaria a construção dos sentimentos de tolerância e solidariedade para com o outro, de modo a permitir que se reconheça a existência da pessoa surda na sociedade, possibilitando a sua inclusão como parte integrante desta.

¹⁷STROBEL, Karin. **As imagens do outro sobre a cultura surda**. 4. ed. Florianópolis: Editora da UFSC, 2016, p. 52-58.

¹⁸SKLIAR, Carlos. Os estudos surdos em educação: problematizando a normalidade. In: SKLIAR, Carlos (Org.). **A surdez: um olhar sobre as diferenças**. 7. ed. Porto Alegre: Mediação, 2015, p. 07.

¹⁹Art. 4º da Lei nº 10.436/2002 - O sistema educacional federal e os sistemas educacionais estaduais, municipais e do Distrito Federal devem garantir a inclusão nos cursos de formação de Educação Especial, de Fonoaudiologia e de Magistério, em seus níveis médio e superior, do ensino da Língua Brasileira de Sinais - Libras, como parte integrante dos Parâmetros Curriculares Nacionais - PCNs, conforme legislação vigente.

Art. 3º do Decreto 5.626/2005 - A Libras deve ser inserida como disciplina curricular obrigatória nos cursos de formação de professores para o exercício do magistério, em nível médio e superior, e nos cursos de Fonoaudiologia, de instituições de ensino, públicas e privadas, do sistema federal de ensino e dos sistemas de ensino dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

§1º Todos os cursos de licenciatura, nas diferentes áreas do conhecimento, o curso normal de nível médio, o curso normal superior, o curso de Pedagogia e o curso de Educação Especial são considerados cursos de formação de professores e profissionais da educação para o exercício do magistério.

§2º A Libras constituir-se-á em disciplina curricular optativa nos demais cursos de educação superior e na educação profissional, a partir de um ano da publicação deste Decreto.

²⁰SKLIAR, Carlos. Os estudos surdos em educação: problematizando a normalidade. In: SKLIAR, Carlos (Org.). **A surdez: um olhar sobre as diferenças**. 7. ed. Porto Alegre: Mediação, 2015, p. 25.

Saber que o outro existe é condição essencial para mudança que proporcionará a quebra de diversos preconceitos e ‘mistérios’ que permeiam a cultura surda²¹, ocasionando, via de consequência, a modificação comportamental da maioria ouvinte em relação aos surdos.

Desse modo, a formulação de políticas públicas envolve a coordenação de vários interesses e de diferentes espécies de conhecimento, de modo que o desafio a ser enfrentado por meio desse instrumento de efetivação de direitos diz respeito à conciliação da complexidade dos diversos pontos de vista dos agentes idealizadores destas políticas, ou seja, a “implementação de políticas públicas envolve diferentes perspectivas”²².

Desenvolver uma política pública educacional voltada para a inclusão de surdos no ensino regular demanda a adoção de diferentes perspectivas a fim de não se escamotear a cultura e a identidade surda, além de proporcionar o reconhecimento da condição de pessoa surda como integrante de um povo e de uma comunidade, permitindo também a sua inclusão de modo a diminuir as desigualdades de acesso à educação existente entre ouvintes e surdos.²³

Acredita-se, assim, que a educação inclusiva na rede de ensino regular poderia ser o melhor caminho a ser trilhado, uma vez que proporciona o convívio direto entre ouvintes e surdos, estabelecendo-se a tolerância e o respeito desde a mais tenra idade, fomentando-se, assim, o acesso à educação voltada para desenvolvimento de todas as potencialidades do alunado em sentido geral.

Isto é, objetivaria, assim, trilhar o caminho do pluralismo educacional por meio do compartilhamento de ideias e saberes entre alunos e gestores educacionais em busca da formulação de planos educacionais inclusivos e inovadores.

Nesse sentido, a Lei Brasileira de Inclusão, inspirada na Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência ratificada pelo Brasil com status de emenda constitucional nos moldes previstos no artigo 5º, §3º, da Constituição Federal de 1988, preconiza no seu artigo 27²⁴ a importância da educação inclusiva como meio para se alcançar o maior desenvolvimento das capacidades e talentos da pessoa com deficiência em conformidade com a sua necessidade educacional.

Todavia, no atual modelo brasileiro, os paradigmas educacionais deixam a desejar, considerando-se que as escolas não dispõem do arcabouço necessário para inclusão de surdos no sistema de ensino regular²⁵, necessitando-se, assim, da mudança dos planos educacionais para o fomento de uma educação inclusiva de qualidade.

Nesse contexto, a qualidade deve ser compreendida como boas condições de ensino, respeito a cultura surda, liberdade na educação através da LIBRAS, além da inclusão de ouvintes e surdos sem se incentivar a prática de condutas discriminatórias. Tolerância e respeito devem ser palavras chaves ensinadas desde a educação básica.

²¹ GESSER, Audrei. **Libras - que língua é essa?:** crenças e preconceitos em torno da língua de sinais e da realidade surda. São Paulo: Parábola Editorial, 2009.

²² DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: Smanio, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013, p. 22.

²³ SKLIAR, Carlos. Os estudos surdos em educação: problematizando a normalidade. In: SKLIAR, Carlos (Org.). **A surdez: um olhar sobre as diferenças**. 7. ed. Porto Alegre: Mediação, 2015, p. 10-11.

²⁴ Art. 27. A educação constitui direito da pessoa com deficiência, assegurado sistema educacional inclusivo em todos os níveis e aprendizado ao longo de toda a vida, de forma a alcançar o máximo desenvolvimento possível de seus talentos e habilidades físicas, sensoriais, intelectuais e sociais, segundo suas características, interesses e necessidades de aprendizagem.

²⁵ MARIZ, Renata. Brasil tem alto gasto público em educação, mas investimento por aluno está entre os piores. In: **O globo**. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-tem-alto-gasto-publico-em-educacao-mas-investimento-por-aluno-esta-entre-os-piores-20119242>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

Ocorre que, a mudança dos planos educacionais para o fomento da educação inclusiva de surdos no ensino regular demanda incontestavelmente recursos orçamentários extras. Com efeito, indaga-se: fomentar práticas de educação inclusiva é um dispêndio orçamentário que vale a pena ser custeado em prol da formulação de um plano arquitetônico educacional atento às peculiaridades que envolvem o alunado surdo? Custear tais planos influenciaria, de alguma forma, no desenvolvimento econômico do Estado brasileiro?

3. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PARA SURDOS E O DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E DEMOCRÁTICO DO ESTADO BRASILEIRO.

A Constituição Federal de 1988 categoriza o acesso à educação como direito social (artigo 6º), prevendo a competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios para a disponibilização dos meios para o seu acesso (artigo 23, inciso V), destacando, ainda, ser dever tanto do Estado, como da família e da sociedade a sua promoção visando o pleno desenvolvimento da pessoa para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho (artigo 227).

Em relação à disponibilização orçamentária para o desenvolvimento dos planos educacionais, a Carta Maior brasileira é clara, no seu artigo 212, ao prever a divisão e redistribuição dos recursos auferidos por meio dos impostos para a manutenção do ensino, determinando, ainda, a prioridade de atendimento das necessidades do ensino obrigatório, especialmente, para fins de efetivação da universalidade, qualidade e equidade do ensino, nos termos definidos pelo Plano Nacional de Educação.

No que diz respeito às pessoas surdas, com o reconhecimento da Língua Brasileira de Sinais (LIBRAS) pela Lei nº 10.436/2002 e sua regulamentação por meio do Decreto nº 5.626/2005, restou prevista a obrigatoriedade de sua inclusão como disciplina curricular obrigatória, além de implementar um aparato de profissionais qualificados para o ensino de crianças surdas²⁶, destacando-se, ainda, verba destinada a efetivação desse plano educacional.²⁷

A Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, a qual foi promulgada pelo Brasil por meio do Decreto nº 6.949/2009, estabeleceu no seu artigo 24, que os Estados Partes deveriam, primeiramente, reconhecer o direito à educação das

²⁶Art.14. As instituições federais de ensino devem garantir, obrigatoriamente, às pessoas surdas acesso à comunicação, à informação e à educação nos processos seletivos, nas atividades e nos conteúdos curriculares desenvolvidos em todos os níveis, etapas e modalidades de educação, desde a educação infantil até à superior. § 1º Para garantir o atendimento educacional especializado e o acesso previsto no **caput**, as instituições federais de ensino devem: [...] III- prover as escolas com: a) professor de Libras ou instrutor de Libras; b) tradutor e intérprete de Libras - Língua Portuguesa; c) professor para o ensino de Língua Portuguesa como segunda língua para pessoas surdas; e d) professor regente de classe com conhecimento acerca da singularidade lingüística manifestada pelos alunos surdos; [...]

²⁷Art. 28. Os órgãos da administração pública federal, direta e indireta, devem incluir em seus orçamentos anuais e plurianuais dotações destinadas a viabilizar ações previstas neste Decreto, prioritariamente as relativas à formação, capacitação e qualificação de professores, servidores e empregados para o uso e difusão da Libras e à realização da tradução e interpretação de Libras - Língua Portuguesa, a partir de um ano da publicação deste Decreto.

Art. 29. O Distrito Federal, os Estados e os Municípios, no âmbito de suas competências, definirão os instrumentos para a efetiva implantação e o controle do uso e difusão de Libras e de sua tradução e interpretação, referidos nos dispositivos deste Decreto.

Art. 30. Os órgãos da administração pública estadual, municipal e do Distrito Federal, direta e indireta, viabilizarão as ações previstas neste Decreto com dotações específicas em seus orçamentos anuais e plurianuais, prioritariamente as relativas à formação, capacitação e qualificação de professores, servidores e empregados para o uso e difusão da Libras e à realização da tradução e interpretação de Libras - Língua Portuguesa, a partir de um ano da publicação deste Decreto.

peças com deficiência para efetivá-lo em igualdade de oportunidades, assegurando-se acesso educacional inclusivo para todos.

Demais disso, este diploma internacional determinou, dentro do contexto de adoção de planos educacionais inclusivos, a necessidade de facilitação do aprendizado da língua de sinais e a promoção da identidade linguística da cultura surda de modo a destinar-lhes os meios necessários e adequados para o máximo desenvolvimento acadêmico e social.

Reconheceu, ainda, a necessidade de se capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino habilitados para ensinar língua de sinais, além da utilização dos meios apropriados e a conscientização da deficiência.²⁸

Por fim, a Lei Brasileira de Inclusão (Lei nº 13.146/2015) ou Estatuto da Pessoa com Deficiência preconizou, por meio do artigo 27, a adoção de um sistema educacional inclusivo com o estabelecimento de práticas pedagógicas inclusivas e o aprimoramento do sistema de educação, além de ressaltar a necessidade de formação e disponibilização de professores especializados, determinado, ainda, a articulação intersetorial na implementação de políticas públicas.

Tendo em vista essas disposições, não se desconsidera que a consecução de um plano educacional inclusivo com a contratação de professores qualificados, conscientes da existência da deficiência e, no caso das pessoas surdas, o reconhecimento de uma identidade e cultura no ensino da linguagem de sinais, além da administração e desenvolvimento de escolas com aparato tecnológico e estrutural apto a incluir pessoas com deficiência, demanda um custo extra por parte não só do Estado, mas também das escolas privadas que devem se adaptar ao plano, literalmente arquitetônico, da educação inclusiva na rede de ensino regular.

Indaga-se: é um custo que vale ser implementado?

O Maryland Coalition for Inclusive Education (MCIE) apresentou o Inclusive Education Research and Practice em 2010, no qual os pesquisadores responsáveis pelo relatório concluíram que a educação inclusiva funciona. Isto é, os alunos com deficiência, incluídos no ensino regular, possuem resultados favoráveis, dentre os quais se destacam o desenvolvimento de habilidades e competências sociais, ganhos acadêmicos, alfabetização e aperfeiçoamento dos relacionamentos estudantis.

Over 20 years of research has consistently demonstrated that the inclusion of students with disabilities in general education classrooms results in favorable

²⁸Artigo 24.

[...] 3. Os Estados Partes assegurarão às pessoas com deficiência a possibilidade de adquirir as competências práticas e sociais necessárias de modo a facilitar às pessoas com deficiência sua plena e igual participação no sistema de ensino e na vida em comunidade. Para tanto, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas, incluindo:

[...] b) Facilitação do aprendizado da língua de sinais e promoção da identidade linguística da comunidade surda;

[...] c) Garantia de que a educação de pessoas, em particular crianças cegas, surdocegas e surdas, seja ministrada nas línguas e nos modos e meios de comunicação mais adequados ao indivíduo e em ambientes que favoreçam ao máximo seu desenvolvimento acadêmico e social.

4. A fim de contribuir para o exercício desse direito, os Estados Partes tomarão medidas apropriadas para empregar professores, inclusive professores com deficiência, habilitados para o ensino da língua de sinais e/ou do braille, e para capacitar profissionais e equipes atuantes em todos os níveis de ensino. Essa capacitação incorporará a conscientização da deficiência e a utilização de modos, meios e formatos apropriados de comunicação aumentativa e alternativa, e técnicas e materiais pedagógicos, como apoios para pessoas com deficiência.

outcomes. Positive outcomes have been shown for both students with high incidence disabilities (learning disabilities and other “mild” disabilities) and those with low incidence disabilities (intellectual, multiple, and “severe” disabilities). This body of research includes quantitative studies where the standard is replication as well as qualitative studies that aim for complete, detailed descriptions in order to answer ‘how’ questions.

[...]

McGregor and Vogelsberg (1998) report that students demonstrate higher levels of social interaction with typical peers, social competence and communication skills improve (e.g., Hunt, Alwell, Farron-Davis & Goetz, 1996), and academic gains are made (McDonnell, Thorson, McQuivey, & Kiefer-O’Donnell, 1997). In addition, Kliwer and Biklen (2001) found that inclusive learning environments facilitated the acquisition of literacy and adaptive skills as well as enhancing students’ social relationships.²⁹

O desenvolvimento econômico não deve ser visto somente em termos de Produto Nacional Bruto, aumento de rendas pessoais, níveis de industrialização ou avanço tecnológico. Esses são meios para o desenvolvimento, mas não a causa propriamente dita deste.

A noção de desenvolvimento deve ser complementada por meio da compreensão de outros fatores determinantes, como a implementação, concretização e plena fruição das liberdades substantivas³⁰. Observa-se que desenvolvimento não é mais visto como sinônimo direto de crescimento quantitativo econômico, mas tem sido interpretado numa perspectiva de correlação e equilíbrio com outros fatores além dos largos investimentos no contexto de aumentar a renda *per capita* de um país.³¹

Associa-se, assim, o desenvolvimento a outros valores, além do próprio crescimento econômico, como a segurança, a liberdade, a justiça social, a proteção ambiental, ao acesso à educação e iguais oportunidades, dentre outros, compondo-se, nesse contexto, nos objetivos perseguidos pelas sociedades modernas.³²

Com efeito, devem-se retirar as principais fontes de privação destas liberdades para que haja o desenvolvimento numa concepção ampla e, de fato, plural e democrática. O crescimento econômico por si só, conforme assinala Sen, não é o caminho principal para o desenvolvimento em sentido amplo, o qual deve ser correlacionado com a melhoria das condições de vida através do pleno exercício das liberdades substantivas.

[...] a privação de liberdade econômica na forma de pobreza extrema, pode tornar a pessoa uma presa indefesa na violação de outros tipos de liberdades. [...] A privação de liberdade econômica pode gerar uma privação de liberdade social, assim como a privação de liberdade social ou política pode, da mesma forma, gerar a privação da liberdade econômica.

²⁹BUI, Xuan; QUIRK, Carol; Almazan, Selene; VALENTI, Michele. Inclusive Education Research and Practice. In: **Maryland Coalition for Inclusive Education**. Disponível em: < http://www.mcie.org/usermedia/application/6/inclusion_works_final.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

³⁰SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Texeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16-17.

³¹DESENVOLVIMENTO, para além da economia. **Revista Sociologia**, São Paulo, ano 8, edição 68, p. 3.

³²FUSER, Laura Rezende. Os paradigmas que incidem sobre o conceito de desenvolvimento e o papel do Estado em sua promoção. **Revista Sociologia**, São Paulo, ano 8, edição 68, p. 16-23.

[...]

As políticas públicas visando ao aumento das capacidades humanas e das liberdades substantivas em geral podem funcionar por meio da promoção dessas liberdades distintas mas inter-relacionadas.

[...]

Com oportunidades sociais adequadas, os indivíduos podem efetivamente moldar seu próprio destino e ajudar uns aos outros.³³

Fomentar planos educacionais inclusivos permite que se possa falar em desenvolvimento democrático do Estado brasileiro, na medida em que, conforme destaca Medina citando Laís Abramo, Diretora de Desenvolvimento Social da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), “A desigualdade não é apenas uma questão de justiça social e de direitos humanos, mas também um obstáculo para o desenvolvimento sustentável das sociedades”.³⁴

Com efeito, investir em educação de qualidade, englobando-se também a educação inclusiva, mesmo que mais custosa para os agentes criadores das políticas públicas educacionais, porquanto necessitaria de maiores aparatos e de planos educacionais diferenciados para atender esta demanda, é apostar certamente no desenvolvimento das liberdades substantivas mencionadas por Sen e no desenvolvimento sustentável das sociedades, proporcionando-se, via de consequência, o crescimento e o desenvolvimento democrático.

[...] O que as pessoas conseguem positivamente realizar é influenciado por oportunidades econômicas, liberdades políticas, poderes sociais e por condições habilitadoras como boa saúde, educação básica e incentivo e aperfeiçoamento de iniciativas. As disposições institucionais que proporcionam essas oportunidades são ainda influenciadas pelo exercício das liberdades das pessoas, mediante a liberdade para participar da escolha social e da tomada de decisões públicas que impelem o progresso dessas oportunidades.³⁵

Portanto, investir em educação inclusiva, principalmente a inclusão de pessoas surdas em escolas de ensino regular, observando-se, neste ponto, o respeito a cultura e identidade surdas, bem como a aprendizagem desta por meio da LIBRAS, resulta num planejamento benéfico de crescimento não só econômico, mas social, fomentando, assim, a tolerância e a solidariedade em prol de uma sociedade mais justa, plural e democrática, valendo, por fim, ser custeado na estrutura de um plano arquitetônico de ensino para a diferença com a modificação dos planos curriculares contemporâneos a fim de proporcionar, de fato e em concreto, a oportunidade de igualdades para todos.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conclui-se, primeiramente, que a educação inclusiva se mostra o melhor instrumento a efetivação do direito ao acesso à educação para pessoas com deficiência, em

³³SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Texeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 23-25-26.

³⁴MEDINA, David. A desigualdade social é um obstáculo ao desenvolvimento sustentável. **Pacto Global**. Rede Brasil. Disponível em: < [³⁵SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Texeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 18.](http://pactoglobal.org.br/Artigo/306/%E2%80%98A-desigualdade-social-eh-um-obstaculo-para-o-desenvolvimento-sustentavel%E2%80%99>”. Acesso em: 05 jul. 2017.</p></div><div data-bbox=)

especial, para a inclusão de pessoas surdas, na medida em que proporciona o respeito a cultura surda, a liberdade na educação através da LIBRAS, a inclusão de ouvintes e surdos sem se incentivar a prática de condutas discriminatórias, maior desenvolvimento das habilidades sociais tanto de ouvintes como de surdos, o aprimoramento dos conhecimentos acadêmicos e o melhor desenvolvimento dos relacionamentos estudantis.

Não obstante no atual modelo educacional brasileiro as escolas ainda não estejam preparadas para receber alunos surdos, uma vez que não dispõem do arcabouço necessário para inclusão deste alunado no sistema de ensino regular, enseja-se, via de consequência, a mudança dos modelos padrões de ensino para o fomento da educação inclusiva, incentivando-se, assim, a disponibilização e distribuição organizada e planejada dos recursos para o desenvolvimento e prática de novos planos educacionais.

Além disso, ainda que se trate de um custo elevado para os agentes políticos, diante da necessidade de aperfeiçoamento da gestão educacional inclusiva, a capacitação de profissionais especializados, a estruturação tanto física como técnica das escolas para o fim de se efetivar o direito ao acesso à educação, tem-se uma resposta positiva à indagação inicial: o custo deveria ser suportado, haja vista que importaria no ganho mútuo tanto para a sociedade, para o Estado e para o próprio coletivo surdo e do grupo de pessoas sem deficiências em virtude do compartilhamento dos saberes³⁶ e do exercício do pluralismo educacional nas escolas, voltando-se, assim, para a prática de uma gestão educacional democrática entre alunos e gestores escolares.

A educação inclusiva, portanto, seria um instrumento que proporcionaria o ensino da tolerância, da solidariedade e do respeito pelo outro, o outro diferente, mas igual em oportunidades, possibilitando, ainda, a aprendizagem de valores inalienáveis e indispensáveis a formação de uma sociedade justa, igualitária, plural e democrática, influenciando, ainda, no desenvolvimento econômico, democrático e social do país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS DAS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA. *Cartilha do Censo de 2010: Pessoas com deficiência*. Disponível em: <<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/cartilha-censo-2010-pessoas-com-deficiencia-reduzido.pdf>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

_____. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). 2015.

_____. **Lei nº 10.436**, de 24 de abril de 2002. Dispõe sobre a língua brasileira de sinais – LIBRAS e dá outras providências.

_____. **Decreto nº 5.626**, de 22 de dezembro de 2005. Regulamenta a Lei nº 10.436, de 24 de abril de 2002, que dispõe sobre a Língua Brasileira de Sinais - Libras, e o art. 18 da Lei nº 10.098, de 19 de dezembro de 2000.

BUI, Xuan; QUIRK, Carol; Almazan, Selene; VALENTI, Michele. Inclusive Education Research and Practice. In: **Maryland Coalition for Inclusive Education**. Disponível em: <

³⁶ MORIN, Edgar. **Los siete saberes necesarios para la educación del futuro**. 4. ed. España: Paidós, 2016.

http://www.mcie.org/usermedia/application/6/inclusion_works_final.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

DESENVOLVIMENTO, para além da economia. **Revista Sociologia**, São Paulo, ano 8, edição 68.

DUARTE, Clarice Seixas. O Ciclo das Políticas Públicas. In: Smanio, Gianpaolo Poggio; BERTOLIN, Patrícia Tuma Martins (Org.). **O Direito e as Políticas Públicas no Brasil**. São Paulo: Atlas, 2013.

EIJI, Hugo. Congresso de Milão. In: **Cultura Surda**. Disponível em <<https://culturasurda.net/congresso-de-milao/>>. Acesso em: 24 jun. 2017.

FUSER, Laura Rezende. Os paradigmas que incidem sobre o conceito de desenvolvimento e o papel do Estado em sua promoção. **Revista Sociologia**, São Paulo, ano 8, edição 68.

GESSER, Audrei. **Libras - que língua é essa?:** crenças e preconceitos em torno da língua de sinais e da realidade surda. São Paulo: Parábola Editorial, 2009.

MARIZ, Renata. Brasil tem alto gasto público em educação, mas investimento por aluno está entre os piores. In: **O globo**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/educacao/brasil-tem-alto-gasto-publico-em-educacao-mas-investimento-por-aluno-esta-entre-os-piores-20119242>>. Acesso em: 29 nov. 2017.

MEDINA, David. A desigualdade social é um obstáculo ao desenvolvimento sustentável. **Pacto Global**. Rede Brasil. Disponível em: <<http://pactoglobal.org.br/Artigo/306/%E2%80%98A-desigualdade-social-eh-um-obstaculo-para-o-desenvolvimento-sustentavel%E2%80%99>>. Acesso em: 05 jul. 2017.

MORIN, Edgar. **Los siete saberes necesarios para la educación del futuro**. 4. ed. España: Paidós, 2016.

NOT hearing loss, deaf gain. **Youtube**, postado em 11 fev. 2013. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=F5W604uSkrk>>. Acesso em 05 jul. 2017.

SACKS, Oliver. **Vendo vozes:** uma viagem ao mundo dos surdos. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Texeira Motta. Revisão técnica de Ricardo Doninelli Mendes. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p. 16-17.

SKLIAR, Carlos. Os estudos surdos em educação: problematizando a normalidade. In: SKLIAR, Carlos (Org.). **A surdez:** um olhar sobre as diferenças. 7. ed. Porto Alegre: Mediação, 2015, p. 15.

STROBEL, Karin. História da Educação de Surdos. In: BRASIL. **Libras UFSC**. Portal Libras. Disponível em: <http://www.libras.ufsc.br/colecaoLetrasLibras/eixoFormacaoEspecific/historiaDaEducacaoDeSurdos/assets/258/TextoBase_HistoriaEducacaoSurdos.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2017.



O COMPROMISSO DAS RELIGIÕES COM A PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

Vladmir Passos de Freitas

Resumo

O objetivo deste artigo é a análise do grau de influência das religiões sobre a proteção do meio ambiente. O artigo 225 da Constituição brasileira afirma ser dever de todos zelar por um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Quase todas as Constituições do mundo têm dispositivos semelhantes. Neste dever geral, as religiões têm um papel de grande importância, visto que podem induzir seus fiéis a adotar práticas sadias de respeito aos recursos naturais e culturais. Nesta pesquisa analisa-se a situação específica das principais religiões e como elas têm se colocado frente à questão ambiental. A metodologia empregada consiste em pesquisa doutrinária e referências às normas religiosas, de forma a permitir que se conclua o estado da análise teórica do tema. Ao final, propõe o artigo caminhos para tornar mais efetiva a ação das religiões na proteção ambiental e sustentabilidade.

Palavras-chave

Religiões. Meio Ambiente. Conflitos religiosos e ambientais. Encíclica *Laudato Si*.

THE COMMITMENT OF RELIGIONS TO ENVIRONMENTAL PROTECTION

Abstract

The objective of this article is the analysis of the degree of influence of religions on the protection of the environment. Article 225 of the Brazilian Constitution states that it is everyone's duty to ensure an ecologically balanced environment. Almost all the Constitutions of the world have similar provisions. In this general duty, religions play a very important role, since they can induce the faithful to adopt sound practices of respect to natural and cultural resources. This research analyzes the specific situation of the main religions and their position regarding the environmental issue. The methodology used consists of doctrinal research and references to religious norms, to allow the conclusion of the state of the theoretical analysis of the topic. At the end, the article proposes ways to make more effective the action of religions towards environmental protection and sustainability.

Key words

Religions. Environment. Religious and environmental conflicts. Encyclical *Laudato Si*.

1. INTRODUÇÃO

As religiões têm um papel relevante na orientação dos povos e, muito embora seja impossível mensurar esta influência, é certo que ela existe, ainda que de forma não uniforme. A importância pode variar em razão da época e do espaço, sendo, evidentemente, diferente, conforme o momento e o continente em que a crença seja praticada.

Magnólia Gibson Cabral da Silva bem resume esta participação, observando que “de fato, na sua origem, todas as religiões foram importantes para o estudo sobre a

harmonia e as tênues nuances do equilíbrio do universo”.¹ Muito embora tenham elas diversidade na origem, a preocupação é comum. Jean Pierre Ribaut relata que, em 1983:

A Comissão das Conferências Episcopais da Europa e a Conferência das Igrejas Europeias, que agrupa 120 Igrejas, entre protestantes, anglicanas e ortodoxas, na sequência do referido apelo, decidiram organizar, conjuntamente, uma grande reunião ecumênica, consagrada ao seguinte lema: “Paz, Justiça e Salvação da Criação”.²

Eva Aparecida Rezende de Moraes, lembrando iniciativa do mesmo ano, registra que:

Deve-se destacar a iniciativa, por exemplo, do Conselho Ecumênico de Igrejas, tomada em sua assembleia geral de Vancouver, em 1983, quando as Igrejas-membros e a Igreja Católica atenderam ao “processo conciliar do comprometimento mútuo em favor da justiça, da paz e da preservação da criação”. Mas a consciência do problema e a disposição para efetivar reais mudanças não estão presentes em toda parte e de igual modo, como se revelou claramente por ocasião da conferência mundial sobre a temática em Seul, em 1990. Ou seja: apesar de toda a evidência dos limites da ética antropocêntrica, ela está ainda muito enraizada em nossos valores, juízos éticos e atitudes morais. Urge uma *re-educação* ética, onde o *bio-centrismo* seja valorizado; entendemos que as religiões mundiais possam oferecer uma ajuda nessa construção.³

Outros tantos momentos históricos se seguiram, como o Fórum Global de Líderes Espirituais e Governamentais, que se reuniu em Oxford (1988), Moscou (1990), Rio de Janeiro (1992) e Kyoto (1993); a Convocação Mundial sobre Justiça, Paz e Integridade da Criação, na Coreia do Sul (1990).

Em 2015, a World Wide Fund for Nature - WWF, organização não governamental internacional, que tem por finalidade a conservação do meio ambiente, promoveu o debate “Fé e mudanças climáticas”, reunindo um rabino, um bispo da Igreja Católica, um líder muçulmano e um professor da Escola de Administração de Empresas de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, para discutir sobre o meio ambiente, especificamente preparando posicionamentos para a 21ª Conferência das Partes (COP21) da Convenção das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, que se realizou em dezembro daquele ano em Paris.⁴

Em 2017, na Noruega, representantes cristãos, muçulmanos, judeus, hinduístas, budistas, daoístas e indígenas reuniram-se para discutir a respeito da proteção das florestas tropicais e da mudança climática que atinge desde a bacia do Congo até a Amazônia, na Iniciativa Ecumênica de Oslo para as Florestas Tropicais, organizada pelo

¹ SILVA, Magnólia Gibson Cabral da. Religião e Sustentabilidade: meio ambiente e qualidade de vida. In: *Paralellus*, v. 4, n. 8, p. 175-186, jan./jun. 2013. p. 176.

² RIBAUT, Pierre. As Igrejas Cristãs e o respeito pela criação. In: BEAUD, Michel; BEAUD, Calliope; LARBIBOUGUERRA, Mohamed (oord.). **Estado do Ambiente no Mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993, p. 205.

³ MORAES, Eva Aparecida Rezende de. As Religiões Mundiais e a Ética Biocêntrica. In: **Atualidade Teológica**, n. 39, ano XV, p. 555-568, set./dez. 2011. p. 558.

⁴ **Fé e mudanças climáticas**. Disponível em: <https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/fe_e_mudancas_climaticas/>. Acesso em: 25 jun. 2018.

governo norueguês em conjunto com a *Rainforest Foundation* e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD)⁵.

Aponta Magnólia Gibson Cabral da Silva que “no Brasil, inúmeros religiosos e profissionais de diversas áreas se dedicam à questão ambiental considerando-a também em seus aspectos ‘espirituais’”.⁶ Inequívoco, portanto, o relevante papel que possuem as religiões na busca da paz mundial e da proteção do meio ambiente, conciliando interesses diversos.

Não será demais lembrar aqui que a proteção do meio ambiente interessa a todos, independentemente de posições político-ideológicas. Por isso, na Conferência Internacional de Estocolmo, em 1972, quando pela primeira vez os Estados se reuniram para discutir a questão ambiental, ficou assentado no princípio 5 que: “Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização”.⁷

2. RELIGIÕES, ASPECTOS GERAIS

A origem e a definição das religiões não são pacíficas. Ana Carolina Alves ensina que: “desde a Pré-História, há registros de atitudes e crenças religiosas bem como lugares reservados para a sua expressão, seja através de mitos, ritos e hierofanias”.⁸

Jostein Gaarder, Victor Hellern e Henry Notaker lembram que “alguns pesquisadores veem a religião como um produto de fatores sociais e psicológicos”.⁹ Contudo, continuam os autores, “essa explicação é conhecida como um modelo reducionista, pois reduz a religião a apenas um elemento das condições sociais ou da vida espiritual do homem”.¹⁰

Eliane Moura da Silva apoia-se na definição mais aceita pelos estudiosos, segundo a qual “religião é um sistema comum de crenças e práticas relativas a seres sobre-humanos dentro de universos históricos e culturais específicos”.¹¹ Nesta linha, Itamar Pereira de Aguiar, Bruna Hayena Aragão Lima e Guilherme Ribeiro Miranda dos Santos afirmam que:

A religião, como um sistema de crenças em seres sobrenaturais, que orienta o comportamento humano e articula práticas que visem a tentar a “comunicação” dos indivíduos com a divindade, surge juntamente com o desenvolvimento da ação dos seres humanos sobre a natureza. Ao descobrir que muitos dos fenômenos que ocorrem na natureza não são causa ou efeito de suas ações, os homens e mulheres atribuem a

⁵ DOYLE, Alister. Líderes religiosos e indígenas se unem na proteção de florestas. *O Globo*, 19 jun. 2017. Disponível em: < <https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/lideres-religiosos-indigenas-se-unem-na-protecao-de-florestas-21493941> >. Acesso em: 26 fev. 2018.

⁶ SILVA, Magnólia Gibson Cabral da. Religião e Sustentabilidade: meio ambiente e qualidade de vida. In: *Paralellus*, v. 4, n. 8, p. 175-186, jan./jun. 2013. p. 183.

⁷ **Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano**. Disponível em: < <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/arquivos/estocolmo.doc> >. Acesso em: 11 jul. 2018.

⁸ ALVES, Ana Carolina. **Crenças ocidentais e orientais, sentido de vida e visões de morte: um estudo correlacional**. 2013. 84 f. Dissertação (Mestrado em Ciências das Religiões). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013. p. 14.

⁹ GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005. p. 18.

¹⁰ *Ibidem*, p. 18.

¹¹ SILVA, Eliane Moura da. Religião, diversidade e valores culturais: conceitos teóricos e a educação para a cidadania. In: *Revista de Estudos da Religião*, n. 4, pp. 1-14, 2004. p. 4.

entidades exteriores e superiores a eles, isto é, às divindades, tudo aquilo que não é possível explicar à luz da consciência.¹²

Quanto a sua origem, Jostein Gaarder *et al.* classificam como ocidentais e orientais, afirmando que “consideram-se ocidentais o judaísmo, o islã e o cristianismo, todas monoteístas, enquanto as principais religiões orientais são o hinduísmo, o budismo e o taoísmo”.¹³

Para as religiões orientais, o divino está presente em tudo. Ele se manifesta em muitas divindades (politeísmo), ou no panteísmo, onde “a principal convicção é que Deus, ou a força divina, está presente no mundo e permeia tudo o que nele existe. O divino também pode ser experimentado como algo impessoal, como a alma do mundo, ou um sistema do mundo”.¹⁴

Além disso, as religiões podem ser classificadas em três tipos distintos: primais, nacionais e mundiais.

Nas religiões primais, a marca mais característica “é a crença na miríade de forças, deuses e espíritos que controlam a vida cotidiana”, além do que “a comunidade religiosa não se separa da vida social, e o sacerdócio normalmente é sinônimo de liderança política da tribo”.¹⁵ São as culturas ágrafas, entre os povos tribais da África, Ásia, América do Norte e do Sul e Polinésia.

As religiões nacionais têm “sempre uma mitologia bem desenvolvida, o culto sacrificial é básico, e os deuses é que escolhem o líder da nação (monarquia sacra)”.¹⁶ Fazem parte dessa categoria as religiões históricas, como a grega e a egípcia. Atualmente, o exemplo mais evidente é o xintoísmo japonês.

Finalmente, as religiões mundiais ou universais têm por foco alcançar todas as pessoas, valer para todos, independentemente do local em que se situem. O judaísmo, ao contrário do cristianismo e do islamismo, não pode ser tido como uma religião com pretensão universal.

3. AS PRINCIPAIS RELIGIÕES EXISTENTES

Seria impossível traçar um quadro completo de todas as religiões existentes no planeta. Nada impede, entretanto, que sejam feitas referências às que ostentam maior número de fiéis, inclusive para que se possa, a partir de tais dados, avaliar como elas se posicionam diante da questão ambiental.

3.1 O judaísmo

O judaísmo “tem, por assim dizer, dois filhos que seguem seus princípios fundamentais: o cristianismo e o islamismo”,¹⁷ estando inclusive na origem dessas religiões. Em aspectos gerais:

¹² AGUIAR, Itamar Pereira de; LIMA, Bruna Havena Aragão; SANTOS, Guilherme Ribeiro Miranda dos. Religião e sociedade: as relações entre o estado e as concepções religiosas na formação do ordenamento social e jurídico. In: **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, UFSC, n. 12, p. 9-31, 2011. p. 11.

¹³ GAARDER, Jostein *et al.*, op. cit., p. 41.

¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

¹⁵ *Ibidem*, p. 40.

¹⁶ *Ibidem*, p. 40.

¹⁷ ALVES, Ana Carolina, op. cit., p. 25.

Na religião judaica toda a vida depende de um único Deus e tudo o que é bom vem dele. No coração do Judaísmo reina a crença em Deus (“Jeová” ou “Javé”) único, onipotente e ilimitado. Deus transcende o universo que criou e todos os componentes que nele habitam. Jeová criou o mundo, e ensinou o homem a viver em função dos seus deveres, seguindo somente a Deus, amando, ajudando e respeitando o seu próximo.¹⁸

A “Torah” ou “a Lei” é a primeira constituição escrita e distribuída ao povo para lhe servir de estatuto e guia”.¹⁹ Ela se divide em cinco livros, Gênesis, Êxodo, Levíticos, Deuteronômio e Números, contendo 613 mandamentos que se dividem em positivos (Farás) e negativos (Não farás). O judaísmo é a religião dos judeus, atualmente chamados Filhos de Israel, e de outros que venham a ser convertidos. Dividem-se entre ortodoxos, conservadores e reformistas, sendo que os primeiros aplicam a Torah literalmente, de forma imutável, enquanto os outros dois grupos entendem-na como um conjunto de princípios gerais que deve ser exigido de todos os judeus.

O judaísmo crê na vinda do Messias e aponta os livros do Tanach, que são a junção dos escritos da Torah, do Neviim e do Kethuvim, como base desta afirmativa. Estes livros formam, com outros, o que os cristãos chamam de Velho Testamento da Bíblia Sagrada. Passagens como a de Isaías 11:12 evidenciam esta crença (Ele erguerá uma bandeira para as nações a fim de reunir os exilados de Israel; ajuntará o povo disperso de Judá desde os quatro cantos da terra). Portanto, o judaísmo não aceita Jesus Cristo como sendo o Messias da previsão bíblica.

No judaísmo o símbolo é a estrela de David, que representa a união da energia do céu e da terra, sábado é o dia de descanso e a Páscoa corresponde à libertação do povo judeu do jugo dos egípcios, em 1300 a.C. Entre os judeus mais ilustres, em tempos mais recentes, encontram-se Karl Marx, Albert Einstein e Sigmund Freud.

3.2 O cristianismo

Visto como um todo, o cristianismo é considerado a maior religião do mundo. Em 2010, estima-se que havia 2,2 bilhões de cristãos no mundo, equivalendo a 31% da população mundial. De acordo com a *Global Religious Futures Project*, elaborado pelo *Pew Research Center*, o número de adeptos do cristianismo poderá aumentar para 2,9 bilhões em 2050; ou seja, uma a cada três pessoas em todo mundo deverá ser cristã.²⁰ Oliver Clément, Jean Baubérot e Jean Rogues consideram o cristianismo uma só corrente religiosa, afirmando: “Fala-se correntemente da religião ortodoxa, da religião católica, da religião protestante. Na verdade, o que fundamentalmente existe é o cristianismo”.²¹

Divergem, contudo, Jostein Gaarder *et al.*, para quem o cristianismo se subdivide em duas alas: a católica e a protestante, registrando que “a Igreja católica romana fica no extremo de uma ala, enquanto os batistas ficam na extremidade da outra. Entre as duas estão o anglicanismo, o luteranismo e o metodismo”.²²

¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

¹⁹ MAIMON, Moshé ben Maimônides. **Os 613 Mandamentos** (Tariag Há-Mitzvoth). Tradução Giuseppe Nahaissi. São Paulo: Nova Stella, 1990, p. 11.

²⁰ PEW-TEMPLETON. *Global Religious Futures Project. The future of world religions*. Disponível em: < <http://www.globalreligiousfutures.org> >. Acesso em: 02 mar. 2018.

²¹ CLÉMENT, Oliver; BAUBÉROT, Jean; ROGUES, Jean. O Cristianismo. In: DELUMEAU, Jean. **As Grandes Religiões do Mundo**. Lisboa: Presença, 1999. p. 19.

²² GAARDER, Jostein *et al.*, op. cit., p. 194.

3.2.1 *O catolicismo apostólico romano*

A Igreja Apostólica Católica Romana foi fundada há cerca de dois mil anos, com base nos ensinamentos de Jesus Cristo, tido como o Messias enviado para salvar o mundo, sendo seu objetivo maior a conversão das pessoas com vista a alcançarem o Reino de Deus. Neste mister ela é comandada pelo Papa, que é o Bispo de Roma, sendo Pedro o primeiro a exercer esta função. A sede do papado é no Vaticano, uma cidade-estado soberana, encravada na cidade de Roma, Itália.

A doutrina da Igreja Católica foi formada ao longo dos séculos através dos “Dez mandamentos da Lei de Deus”, dos Concílios e dos ensinamentos dos Doutores da Igreja, que “são homens e mulheres ilustres que, pela sua santidade, pela ortodoxia de sua fé, e principalmente pelo eminente saber teológico, atestado por escritos vários, foram honrados com tal título por desígnio da Igreja”.²³

A hierarquia é a base da Igreja Católica e ela vem do Papa, que desde 13 de março de 2013 é o argentino Jorge Mario Bergoglio, que adotou o nome de Francisco, até os diáconos, que são auxiliares dos padres e dos bispos, tendo poder para praticar determinados atos, como servir a comunhão.

Junto com a Igreja Apostólica Católica Romana, convivem, a ela subordinadas, mais vinte e quatro Igrejas que, por razões histórico-culturais, dela são autônomas. A maior delas é a Igreja Latina. Elas possuem diferenças na estrutura administrativa e na celebração dos rituais religiosos, tendo relativa autonomia para gerir seus destinos. Boa parte delas utiliza o rito bizantino nas suas celebrações, entre elas a Igreja Greco-Católica Ucraniana, que na cidade de Curitiba, PR, tem três igrejas.

A Igreja Apostólica Católica Romana tem na pessoa de seus santos o momento de enaltecer vidas que se destacaram no amor a Deus e ao próximo. Evaristo Debiasi explica tal iniciativa, ao registrar que:

A Igreja costuma apresentar o santo como modelo de vida e exemplo a ser seguido em nosso caminho de santificação. As imagens são apenas uma forma de visualizar a pessoa de um santo ou santa, assim como guardamos com carinho as fotos de nossos entes queridos e a história humana recorda seus heróis através de monumentos.²⁴

3.2.2 *O catolicismo ortodoxo*

A Igreja Ortodoxa começou junto com o catolicismo romano, também chamado de latino. Ambas aceitam a origem comum da Igreja criada por Jesus Cristo. No entanto, a quebra da unidade política do Império Romano, no ano de 395, a queda do Império Romano do Ocidente em 476 e o insucesso da tentativa de Justiniano em restaurá-lo, em 535, levaram ambas a um natural distanciamento.

Além disto, divergências na forma de reconhecer situações foram tornando os dois grandes grupos diferentes. Por exemplo, a Igreja Católica Romana aceitava o Espírito Santo como filho de Deus e de Jesus Cristo (*cláusula Filioque*), mas a Igreja Ortodoxa sempre entendeu que a origem fosse somente de Deus. Os ritos de celebração

²³ AQUINO, Felipe. *Os doutores da Igreja - EB*. Ed. Cleofas, 16/01/2015. Disponível em <<http://cleofas.com.br/os-doutores-da-igreja-eb/>>. Acesso em 30 jun. 2018.

²⁴ DEBIASI, Evaristo (coord.). *A verdadeira fisionomia dos Santos*. São Paulo: AIS Brasil, 2008, p. 4.

dos cultos, a divergência sobre a autoridade única do Bispo de Roma e até a língua em que se redigiam os ofícios, foram tornando-as mais distantes.

As inúmeras tensões existentes culminaram com a ruptura das Igrejas Cristãs com o Grande Cisma em 1054, quando autoridades da Igreja Católica Ocidental e Oriental se excomungaram reciprocamente.

Atualmente a Igreja Ortodoxa possui catorze centros de comando, cada um tendo na chefia um Patriarca, sendo todos subordinados ao Patriarcado Ecumênico de Constantinopla, que se situa em Istambul, Turquia. Esta vinculação, todavia, não é a mesma da Igreja Católica Apostólica Romana, mas sim o fruto de longa tradição, sem subordinação ou hierarquia. A autoridade máxima da Igreja Ortodoxa é o Santo Sínodo, constituído pelos Patriarcas e os Arcebispos Auxiliares das igrejas autônomas.

Em 12 de fevereiro de 2016 o Papa Francisco e o Patriarca da Igreja Ortodoxa Russa, Kirill (Cirilo), se encontraram em Havana, Cuba, visando aproximar as duas grandes vertentes da Igreja Cristã.²⁵

3.2.3 *As religiões protestantes*

Os hábitos da Idade Média foram pouco a pouco terminando por volta de 1500. As grandes navegações, com a expansão do comércio, a imprensa a divulgar a Bíblia e a originar a divulgação de panfletos em língua local, a diminuição dos direitos dos senhores feudais e uma maior difusão da educação, inclusive das mulheres, levaram a uma nova forma de ver o mundo. Christopher Dawson descreve com clareza a situação:

O sistema hierárquico da Igreja medieval sucumbira, e ninguém era forte ou corajoso o bastante para implementar as drásticas reformas necessárias. Todos estavam de acordo, na teoria, a respeito dos principais males: primeiro, o pluralismo ou acúmulo de benefícios eclesiásticos nas mãos de um único homem e, como resultado direto, a ausência de domicílio; segundo, a simonia ou a dependência de nomeações eclesiásticas e privilégios espirituais sobre a moeda; terceiro, a negligência da regra canônica para visitas episcopais e sínodos diocesanos; e, em quarto lugar, o baixo nível de instrução do clero e a ignorância religiosa do laicato.²⁶

A Igreja, habituada a uma obediência que não se discutia, temia o caos social. É neste quadro que surgem as religiões protestantes, a partir de Martinho Lutero.

3.2.3.1 A Igreja Luterana

Martinho Lutero nasceu em Eisleben, Alemanha, no dia 10 de novembro de 1483. Católico praticante, como seus pais, foi monge agostiniano. Todavia, rebelou-se contra algumas práticas do catolicismo, como a possibilidade de obter-se o perdão divino pelo comércio de indulgências, que davam ao pecador a possibilidade de ser perdoado em vida, desde que reparasse o mal cometido pelo pecado. Insurgia-se, também, contra a divisão da Igreja entre clérigos e leigos, considerando iguais todos os cristãos e não aceitando a intermediação dos padres entre o crente e Deus.

²⁵ BBC New/Brasil. **Em encontro histórico, papa Francisco e patriarca Kirill pedem união de Igrejas.** Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2016/02/160212_papa_uniao_1k>. Acesso em 28 jun. 2018.

²⁶ DAWSON, Christopher. **A divisão da cristandade.** São Paulo: É Realizações, 2014, p. 107.

Lutero manifestou sua discordância com a publicação das “95 Teses” e isto causou-lhe a excomunhão. No entanto, este e outros escritos de sua autoria tornaram-se populares, inclusive por sua facilidade em comunicar-se com as pessoas.

Da sua pregação surgiu a Igreja Luterana que, baseada em seus ensinamentos, acredita que a Bíblia deve ser acessível a todos e a boa conduta em vida não salva ninguém, pois apenas a graça de Deus, revelada por Jesus Cristo, pode levar à salvação. Em nosso país:

Em fins do século XIX soube-se que entre os imigrantes alemães e seus descendentes havia muitos luteranos. Precisavam de atendimento religioso. De 1860 até fins do século foram enviados da Alemanha cerca de 70 pastores, especialmente para o Rio Grande do Sul, em sua maioria procedentes da Igreja Evangélica Unida da Alemanha (uma união de luteranos e reformados). Em 1886 foi organizado o Sínodo Riograndense, hoje a Igreja Evangélica de Confissão Luterana no Brasil, contando aproximadamente 700.000 membros batizados.²⁷

Atualmente a “Igreja Evangélica Luterana do Brasil” é, entre as luteranas, a que tem maior número de fiéis, a maioria deles residentes nos Estados do Rio Grande do Sul, Santa Catarina e Paraná, onde se concentram as colônias oriundas da Alemanha.

3.2.3.2 O calvinismo

João Calvino nasceu em Noyon, França, em 1509, e faleceu em Genebra, na Suíça, em 1564. Pregava nas igrejas católicas, mas não chegou a ser padre. Influenciado pela reforma luterana, rebelou-se e escreveu o livro “A instituição da religião cristã”, obra que se tornou um dos mais influentes livros da Europa. Enquanto os luteranos desenvolveram-se mais ao norte da Alemanha e nos países escandinavos, o calvinismo tornou-se poderoso na Suíça, norte da França e da Itália, África do Sul e Estados Unidos. Segundo Calvino:

O princípio da predestinação absoluta seria o responsável por explicar o destino dos homens na Terra. Tal princípio defendia a ideia de que, segundo a vontade de Deus, alguns escolhidos teriam direito à salvação eterna. Os sinais do favor de Deus estariam ligados a condução de uma vida materialmente próspera, ocupada pelo trabalho e afastada das ostentações materiais.²⁸

Segundo o livro “Cristianismo: guia ilustrado dos 2000 anos da fé cristã”, “o calvinismo conseguiu despertar o entusiasmo dos cidadãos comuns na governação da Igreja”²⁹ e, com isto, atraiu parcela da elite da população, como advogados, professores, juizes e membros da nobreza.

Calvino levou o catecismo aos cidadãos comuns e proporcionou estudos bíblicos refinados aos seus pastores. O calvinismo acabou tendo diferentes nomes em outros países. Puritanos na Inglaterra, huguenotes na França e presbiterianos na Escócia. No Brasil, várias Igrejas seguem o calvinismo, entre elas a Igreja Presbiteriana do Brasil e a Igreja Evangélica Cristo Vive.

3.2.3.3 O adventismo

²⁷ Igreja Evangélica Luterana do Brasil. Disponível em: <[http://www.comunidadeLuteranaCristo.com.br/so-bre.html](http://www.comunidade LutheranaCristo.com.br/so-bre.html)>. Acesso em: 2 jun. 2018.

²⁸ Brasil Escola. Calvinismo. Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiag/ataques-igreja-calvinismo.htm>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

²⁹ KUGLER, Frederik (coord.). Cristianismo: guia ilustrado dos 2000 anos da fé cristã. Austrália: Millennium House, 2011, p. 238.

A Igreja Adventista do Sétimo Dia foi criada nos Estados Unidos, no século XIX, e sua grande líder foi Ellen Gould White (1827-1915), cujos escritos eram considerados como tendo sido inspirados por Deus. Segundo o sítio da instituição:

No mundo, a Igreja Adventista do Sétimo Dia é administrada por meio de 13 divisões. Todas estão ligadas à sede mundial localizada em Silver Spring, Maryland, nos Estados Unidos. A coordenação mundial está sob a responsabilidade da Conferência Geral da Igreja Adventista do Sétimo Dia que, a cada cinco anos, realiza uma assembleia para nomeação de líderes e votação de documentos oficiais.³⁰

Os adventistas consideram o sábado como o Dia do Senhor. Na sua crença mesclam princípios da religião católica, como a Santíssima Trindade e a infalibilidade da Bíblia, com outros protestantes, como a salvação apenas através da Graça e não pela boa conduta. Seus adeptos dão especial atenção à boa saúde, alimentação e hábitos conservadores, crendo ser indissociável a união entre a mente e a alma.

No Brasil, a Igreja Adventista foi criada em 1896, na cidade de Gaspar, SC. Atualmente ela conta com 16.967 igrejas ou grupos, sendo considerada o maior contingente de fieis no mundo.

3.3 O islamismo

O islamismo é uma religião monoteísta, fundada pelo profeta Maomé, nascido na cidade de Meca, aproximadamente no ano 570 a.C. Segundo a doutrina islâmica, "Não há Deus senão Alá e Maomé é seu Profeta". O livro sagrado do islamismo é o Alcorão, também chamado de Corão, e os que professam esta fé são chamados de muçulmanos.

O islamismo dedica atenção ao tema no Alcorão, que destinou diversas passagens ao meio ambiente com assuntos específicos, como a água, a terra e os animais. Exemplo disso: "E não criamos os céus e a terra e tudo quanto existe entre ambos para Nos distrairmos. Não os criamos senão com prudência; porém, a maioria o ignora".³¹

O islamismo é a segunda maior religião do mundo, representando cerca de 23% da população mundial, ou aproximadamente 1,6 bilhão de pessoas. De acordo com o *Global Religious Futures Project*, elaborado pelo *Pew Research Center*, há uma expectativa de que o número de muçulmanos aumente para 2,8 bilhões até 2050, atingindo 30% da população mundial.³² A migração de pessoas do Oriente Médio para a Europa Ocidental e, em menor escala, para outros países, faz com que esta presunção se torne mais factível.

A confirmar esta tese, registra-se que o número de mesquitas tem crescido bastante, estimando-se, no Estado de São Paulo, um aumento de 20%, fruto da vinda de

³⁰ Igreja Adventista do Sétimo Dia. **Adventistas no mundo**. Disponível em: <<https://www.adventistas.org/pt/institucional/os-adventistas/adventistas-no-mundo/>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

³¹ BAGADER, A. *et al.*. **Proteção ambiental no Islã**. ALCORÃO, 44:38-39. Disponível em: <https://www.islamreligion.com/pt/articles/307/protacao-ambiental-no-islã-parte-1-de-7>. Acesso em: 17 jul. 2018.

³² PEW-TEMPLETON. **Global Religious Futures Project. The future of world religions**. Disponível em: <<http://www.globalreligiousfutures.org>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

imigrantes de “Gana, Nigéria, Tanzânia, Bangladesh, Marrocos e Síria, este último, palco, desde 2011, de uma sangrenta guerra civil”.³³

3.4 O hinduísmo

O hinduísmo é considerado a mais antiga entre as grandes religiões do mundo. Guia-se pelo Livro de Vedas, que reúne os textos sagrados. Existem aproximadamente 1 bilhão de hindus no mundo (15% da população mundial).³⁴

Nas palavras de Fritjof Capra, o hinduísmo é “um amplo e complexo organismo socioreligioso, composto de um grande número de seitas, cultos e sistemas filosóficos envolvendo inúmeros rituais, cerimônias e disciplinas espirituais, bem como a adoração de incontáveis deuses e deusas”.³⁵ Mario Antonio Betiato complementa, afirmando que:

Dentro da visão hindu mais tradicional, os animais e até os vegetais participam do mesmo processo de evolução a que o ser humano está sujeito. Os animais pertencem à mesma ordem da evolução humana. Por isso, todos os animais devem completar seu ciclo existencial para evoluir, nascendo e morrendo naturalmente. Matar um animal é condená-lo a não evoluir. Daí decorre o fato dos hindus serem vegetarianos. Não matam os animais e por isso não comem carne.³⁶

O Rio Ganges,³⁷ um dos principais rios da Índia, representa no hinduísmo a forma terrena da deusa Ganga. Devido a isso, inúmeras congregações religiosas e festivais hindus ocorrem ao redor do rio. Em intervalos de 12 anos, milhões de pessoas participam em Allahabad, na Índia, do Maha Kumbh Mela, o Festival da Grande Ânfora, o principal do hinduísmo. No local de encontro/confluência dos rios Ganges, Yamuna e Saraswati, denominado de Sangam, os fiéis mergulham na água para se purificar e se libertar dos pecados. Segundo a sua história:

O Kumbh Mela tem sua origem na mitologia hindu. Segundo a crença, quando os deuses e demônios lutaram por um jarro de néctar, algumas gotas caíram nas cidades de Allahabad, Nasik, Ujjain e Haridwar, os quatro lugares onde o festival ocorre há séculos, sendo que a primeira referência escrita ao Kumbh Mela que se tem notícia data do século 7º.³⁸

³³ COSTA, Camila. **Número de centros islâmicos sobe 20% em 2015 em São Paulo**. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150911_mesquitas_saopaulo_cc>. Acesso em 5 jul. 2018.

³⁴ PEW-TEMPLETON. Global Religious Futures Project. **The future of world religions**. Disponível em: <<http://www.globalreligiousfutures.org>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

³⁵ CAPRA, Fritjof. **O Tao da física: uma análise dos paralelos entre a física moderna e o misticismo oriental**. São Paulo: Cultrix, 2013, p. 99.

³⁶ BETIATO, Mario Antonio. As Tradições Religiosas Orientais. In: ROSSI, Luiz Alexandre Solano; KUZMA, Cesar. **Cultura, religião e sociedade: um diálogo entre diferentes saberes**. Curitiba: Champagnat, 2010, p. 127-128.

³⁷ FREITAS, Vladimir Passos de. Ação proposta pelo rio Doce busca duvidosa proteção ambiental. 12/11/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-12/segunda-leitura-acao-proposta-rio-doce-busca-duvidosa-protacao-ambiental#_edn6>. Acesso em: 02 mar. 2018.

³⁸ BBC News/Brasil. **Maior festival religioso do mundo ‘reuniu 100 milhões’ na Índia**. 12/03/ 2013. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/03/130311_galeria_india_fim_festival_fn>. Acesso em: 02 mar. 2018.

3.5 O budismo

O budismo foi fundado no Nordeste da Índia por Sidarta Gautama, filho de um rajá, que viveu na segunda metade do século VI a.C. e que, após se transformar em um *buda* (iluminado), “sentiu compaixão pelos outros seres humanos e por todos os seres vivos”.³⁹

Fritjof Capra ensina que Sidarta Gautama passou sete anos meditando e, repentinamente, encontrou resposta para as suas dúvidas:

De acordo com a tradição budista, Buda dirigiu-se ao Parque dos Cervos, em Benares, imediatamente após seu despertar, a fim de pregar sua doutrina aos seus antigos colegas eremitas. Expressou-se através das famosas Quatro Verdades Nobres, uma apresentação compacta da doutrina essencial. À semelhança do que afirma um médico, que, de início, identifica a causa da doença da humanidade, a doutrina, a seguir, passa à afirmação de que a doença pode ser curada; por fim, prescreve o remédio”.⁴⁰

Valentina Moya Retamales observa que “geralmente os seguidores do biocentrismo consideram que o budismo é o estilo de vida mais próximo a uma sociedade ecológica, fundamentalmente pela sua orientação pacifista e por sua ênfase no princípio da compaixão como guia para agir”.⁴¹

Esse entendimento está baseado nas cinco regras de conduta do budismo, que:

([...] são formuladas da seguinte maneira: 1) Não fazer mal a nenhuma criatura viva; 2) Não tomar aquilo que não lhe foi dado (não roubar); 3) Não se comportar de modo irresponsável nos prazeres sensuais; 4) Não falar falsidades; 5) Não se entorpecer com álcool ou drogas.⁴²

O budismo representava, em 2010, cerca de 7,1% da população mundial (cerca de 487.760.000 de pessoas),⁴³ tendo nos países do Oriente, Japão, China, Tibete e Tailândia o maior número de adeptos. No Brasil ele foi trazido pelos imigrantes japoneses no início do século XX, porém encontra dificuldades em desenvolver-se, face à tendência das novas gerações em adaptar-se à cultura local e pelos hábitos rigorosos que impõe.⁴⁴

3.6 O xintoísmo

O xintoísmo é adotado em alguns países asiáticos. No Japão, onde tem o maior número de adeptos, “é tipicamente uma religião nacional, que ao longo dos séculos adotou tradições de várias outras religiosidades”.⁴⁵ Tal fato leva a crer que “O respeito profundo que os japoneses mostram ter pela natureza origina-se da crença mais antiga

³⁹ GAARDER, Jostein *et al.*, op. cit., p. 58.

⁴⁰ CAPRA, Fritjof, op. cit., p. 107.

⁴¹ RETAMALES, Valentina Moya. **O Divino e o Sagrado da Natureza: a filosofia védica e o biocentrismo na relação sociedade-ambiente: o movimento Hare Krishna no Mundo Contemporâneo**. 2000. 150 f. Dissertação (Mestrado). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000, p. 54.

⁴² GAARDER, Jostein *et al.*, op. cit., p. 67.

⁴³ PEW-TEMPLETON. Global Religious Futures Project. **The future of world religions**. Disponível em: <<http://www.globalreligiousfutures.org>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

⁴⁴ CARDOSO, Rodrigo. A crise do budismo no Brasil. In: **Isto É**, edição 2182, de 07/09/2011. Disponível em: https://istoe.com.br/156867_A+CRISE+DO+BUDISMO+NO+BRASIL/. Acesso em: 03 jul. 2018.

⁴⁵ GAARDER, Jostein *et al.*, op.cit., p. 91.

e fundamental do xintoísmo segundo a qual o mundo natural é governado por seres espirituais”.⁴⁶ Segundo C. Scott Littleton:

Tudo aquilo que contribui para o *wa* [harmonia benigna] é, por definição, bom; as coisas – o comportamento, as emoções, o desejo, e assim por diante – que o perturbam são vistas como basicamente más. Essa crença também se aplica ao relacionamento da humanidade com a natureza e sublinha a preocupação generalizada do xintoísmo com a manutenção do equilíbrio entre o ser humano e os reinos naturais. Realmente, indivíduos associados com os santuários xintoístas locais muitas vezes lideraram campanhas para a limpeza de rios e lagos.⁴⁷

Ele parte da mitologia japonesa, segundo a qual “a natureza não é, por conseguinte, «coisa fabricada» (*tsukurareta mono*), pois é concebida em termos de «nascimento» e de «vinda ao mundo»”:⁴⁸

Segundo o pensamento xintoísta, todo o fenómeno [*sic*] existe, não de acordo com as leis naturais, mas através de uma existência misteriosa e espiritual, e é dotado de uma sensibilidade e de uma vontade que lhe são próprias. O homem, por seu lado, depende da água, do oxigénio [*sic*] e do calor, de que precisa para preservar o corpo e a vida. Na sua existência de todos os dias, tem, além disso, necessidade de tudo o que a natureza lhe fornece. Orar pelos seus favores e exprimir o seu reconhecimento constituem, pois, um comportamento e uma disposição de espírito naturais. Acontece, porém, a natureza desenfrear-se e provocar grandes catástrofes que põem em perigo a vida dos humanos. Mas como a parte das mercês que a natureza lhes concede é sempre superior aos prejuízos que lhes inflige, eles têm sempre que se esforçar por combater os seus excessos.⁴⁹

3.7 As religiões de matriz africana

Na matriz africana a umbanda é a que alcança maior destaque. Segundo Marcelo Alonso Morais, nela, a “evolução é a integração no todo através da busca do conhecimento, da harmonização das individualidades e da comunhão, buscando energias superiores (Orum) que possam colaborar com a Terra (Ayê). Como lembra Françoise Chamapion:

O umbanda pretende ser a síntese coerente das diversas religiões que se enfrentam no Brasil e, por isso mesmo, expressão da «brasilidade». O transe colectivo [*sic*] na base do umbanda socorre-se tanto do candomblé, através da experiência da despossessão, como dos cultos indianos, através da experiência da incorporação de espíritos da natureza. O umbanda aproveita muitos signos sacramentais católicos. Mas muito mais que ao catolicismo, recorre ao espiritismo. Ao espiritismo a síntese umbandista deve também certas concepções características das religiões éticas da salvação: a idéia de progresso espiritual (que opera através das reencarnações sucessivas), o imperativo da

⁴⁶ LITTLETON, C. Scotte. **Conhecendo o Xintoísmo**: origens, crenças, práticas, festivais, espíritos, lugares sagrados. Petrópolis: Vozes, 2010, p. 7.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 55.

⁴⁸ TOKI, Masanori. O Xintoísmo, Religião Étnica do Japão. In: DELUMEAU, Jean. **As Grandes Religiões do Mundo**. Lisboa: Presença, 1999, p. 598.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 599.

«caridade», uma certa ideia de uma «razão histórica», de um «projecto» [sic] que preside à evolução dos espíritos.⁵⁰

Cabe aos rituais de Umbanda a preocupação em atender às necessidades materiais através de redes de solidariedade, assim como as imateriais, no eterno devir espiritual dos médiuns e consulentes. No que diz respeito aos ecossistemas, os umbandistas dependem da natureza para manter suas necessidades religiosas, identificando a religião com os movimentos ecológicos, pois a poluição, em suas várias facetas, tornou-se uma ameaça à sobrevivência da própria religião⁵¹.

3.8 O sincretismo religioso brasileiro

Segundo Françoise Champion “o Brasil importou o catolicismo mas também todas as religiões europeias, nomeadamente o espiritismo do francês Allan Kardec, e foi terra de acolhimento das religiões africanas tendo sido como foi terra de deportação de escravos africanos”.⁵²

No âmbito do cristianismo, acrescenta-se a participação de religiões oriundas da Reforma, entre elas a luterana, a batista e a calvinista, que se desenvolveram, principalmente, a partir da vinda de correntes migratórias europeias, notadamente da Alemanha. Recentemente, uma nova vertente de religiões pentecostais tem alargado sua influência.

Além disto, a matriz africana tem presença forte no sincretismo religioso adotado, muitas vezes, de forma pouco perceptível. Não são poucas as crenças que mesclam santos e práticas da Igreja Católica com outras trazidas pelos escravos. Marilene Rosa Nogueira da Silva, comentando a realidade da cidade do Rio de Janeiro no início do século XX, observa que “a religiosidade afro-brasileira é notícia, faz parte do cotidiano dos mais diferentes grupos sociais”.⁵³

Alex Kiefer da Silva esclarece que:

A identificação dos santos católicos com os orixás africanos foi a primeira instância do sincretismo religioso brasileiro. Esta identificação se processou tanto no nível do imaginário quanto do arquétipo. No caso do Brasil, o sincretismo surgiu da histórica imposição dos cultos católicos aos escravos africanos nas senzalas e alcançou uma dimensão mais plural e até política. Um exemplo disso é a associação da deusa africana Oxum com a Virgem Maria, na devoção a Nossa Senhora da Conceição Aparecida.⁵⁴

Da mesma forma nas festas populares, como é o caso da Congada, ou Congado, dança na qual se fazem evoluções do corpo e simulação de lutas com espadas, chamadas de *embaixadas*. Na Congada, cujo nome se acredita que vem do Congo, África, homenageiam-se São Benedito e Nossa Senhora do Rosário, através de diferentes grupos que se distinguem pela diversidade de cores que variam conforme a região, podendo ser azul, vermelha, branca e rosa e outras. Lilian Vogel, comentando a

⁵⁰ CHAMPION, Françoise. Religiosidade Flutuante, Eclético e Sincretismos. In: DELUMEAU, Jean. **As Grandes Religiões do Mundo**. Lisboa: Presença, 1999, p. 729.

⁵¹ MORAIS, Marcelo Alonso. Sustentabilidades Religiosa e Ambiental: as possibilidades da Umbanda. In: **Revista Angelus Novus**, n. 3, maio 2012, p. 163.

⁵² CHAMPION, Françoise, op. cit., p. 729.

⁵³ SILVA, Marilene Rosa Nogueira da. O feitiço e o poder do feitiço. In: LIMA, Lana Lage da Gama *et al.* (org.). **História & Religião**. Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2002, p. 112.

⁵⁴ SILVA, Alex Kiefer da. O sincretismo religioso e a construção da identidade cultural. Disponível em: <<http://domtotal.com/noticia/1193682/2017/09/o-sincretismo-religioso-e-a-construcao-da-identidade-cultural/>>. Acesso em: 13 jun. 2018.

tradição da dança em Atibaia, SP, observa que “embora alguns autores atribuam a gênese do Congado a uma influência europeia, ligando-as às lutas religiosas da Idade Média, a hipótese mais forte é que defende a origem afro-brasileira do culto.”⁵⁵

4. AS RELAÇÕES ENTRE AS RELIGIÕES E O MEIO AMBIENTE

De modo geral, é possível afirmar que de uma forma ou de outra, explícita ou implicitamente, as religiões relacionam-se com o meio ambiente. Maria do Socorro Pereira de Almeida chama a atenção para o fato de que “muitas partem do mesmo princípio, no qual a natureza é essencialmente divina e o homem está incluído nela.”⁵⁶

Lynn White, professor de história medieval em renomadas universidades norte americanas, ao publicar “As Raízes Históricas da Nossa Crise Ecológica” sustentou “a posição de que os ambientalistas, para serem coerentes, precisariam romper radicalmente com o legado judaico-cristão, que seria o grande culpado da devastação da natureza”.⁵⁷

Hugo Assmann explica que, para Lynn White, “o argumento principal em que se firma a acusação é que o judeu-cristianismo teria levado a sério, até as raízes de um antropocentrismo exacerbado, totalmente insensível diante da natureza, o ‘dominai a terra’ (Gn 1,28; cf. Sl 8,6 e paralelos)”.⁵⁸ José Roque Junges, com base na interpretação clássica de Lynn White, afirma que por isso o homem “se sente sujeito diante de uma natureza objeto. Esse antropocentrismo abriu as portas para a exploração da natureza em proveito dos interesses humanos”.⁵⁹

Discordam Émilien Vilas Boas Reis e Kiwonghi Bizawu,⁶⁰ ao afirmar que:

Colocar no cristianismo a justificativa para a destruição ambiental humana, principalmente a que está relacionada ao modo de vida ocidental, parece mais ser uma postura ideológica do que intelectual, ou uma má leitura do cristianismo e de sua longa tradição. Pois, da mesma forma que se encontram argumentos forçados para detectar no cristianismo a origem da crise ambiental, essa mesma tradição possibilita leitura contrária, o que permite descobrir, *avant la lettre*, uma defesa e um cuidado da natureza.

Alexandre Kiss adota posição conciliadora, ao registrar que:

“O lugar privilegiado dos humanos no seio da Criação conjuga-se com a sua unidade. Mas segue-se que os humanos têm uma função particular. Eles são responsáveis pela continuidade da vida nesta Terra; são portanto, administradores, e não os proprietários que podem de tudo dispor à sua maneira.”⁶¹

⁵⁵ VOGEL, Lilian. **Viva São Benedito! Viva a Mãe do Rosário! A dança da Congada e as Tradições Seculares em Atibaia no Ciclo Natalino**. Atibaia: Cocar Editora, 2013, p. 39.

⁵⁶ ALMEIDA, Maria do Socorro Pereira de. A Natureza entre Oriente e Ocidente: uma leitura de Grande sertão: veredas e as perspectivas filosófico-culturais. In: **Rios Eletrônica – Revista Científica da FASETE**, ano 7, n. 7, p. 7-27, dez. 2013, p. 8.

⁵⁷ ASSMANN, Hugo. Ecoteologia: um ponto cego do pensamento cristão?. In: ANJOS, Márcio Fabri dos *et. al.* (orgs.). **Teologia Aberta ao Futuro**. São Paulo: Loyola, 1997, p. 195.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 195.

⁵⁹ JUNGES, José Roque. Repensar a Visão Criacionista: cristianismo e ecologia. In: **Revista Pistis Prax.**, v. 1, n. 2, p. 355-369, jul./dez. 2009, p. 358.

⁶⁰ REIS, Émilien Vilas Boas; BIZAWU, Kiwonghi. A Encíclica *Laudato Si* à Luz do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: **Veredas do Direito**, vol. 12, n. 23, p. 23-65, jan./out. 2015, p. 33.

⁶¹ KISS, Alexandre. Justiça Ambiental e Religiões Cristãs. In: Sandra A. S. Kishi, Solange T. da Silva e Inês V. P. Soares (orgs.). **Desafios do Direito Ambiental no século XXI**. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 57.

Érico Tadeu Xavier, na mesma linha de raciocínio, assevera:

O relacionamento íntimo entre o Criador, o homem e a natureza exige do cristão o envolvimento com o cuidado do planeta. As leis naturais, estabelecidas pelo Supremo Criador, requerem uma atenção específica, para que a ordem com que todos os ecossistemas operam continue tendo sustentabilidade. Essa interdependência existente nos diferentes sistemas ecológicos afeta diretamente a vida na Terra e é imprescindível à preservação do ambiente. Na criação, Yahweh determinou essa interrelação, dando ao homem o encargo do cuidado com o meio ambiente.⁶²

No catolicismo apostólico romano, Francisco de Assis (1181-1226) foi o primeiro a revelar preocupação com os animais e demais elementos da natureza, fato exteriorizado nas narrativas sobre a sua vida e simbolizado no poema “Cântico ao Irmão Sol” (ou “Cântico das Criaturas”), onde declama o amor de Deus por toda a criação.⁶³

Recentemente, a Encíclica *Laudato Si*, escrita pelo Papa Francisco, publicada em junho de 2015, externou uma posição de franca opção pela preservação do ambiente, fazendo um apelo ao combate das degradações ambientais e das alterações climáticas. Nesse texto, o Papa Francisco mostra a união da crise social à ambiental, observando que:

Quando falamos de ‘meio ambiente’, fazemos referência também a uma particular relação: a relação entre a natureza e a sociedade que a habita. Isto impede-nos de considerar a natureza como algo separado de nós ou como uma mera moldura da nossa vida. Estamos incluídos nela, somos parte dela e compenetramo-nos.⁶⁴

No âmbito do budismo, é notória a aproximação entre os princípios religiosos e a natureza. Ensina Tenzin Gyatso, o 14º Dalai Lama, líder da Escola Gelug do budismo tibetano e que no mundo ocidental é chamado por “Sua Santidade”, que:

[...] até agora, a Mãe Natureza conseguiu tolerar nosso desmazelo doméstico, mas chegou a um ponto em que não pode mais aceitar nosso comportamento em silêncio. Os problemas causados pela degradação ambiental podem ser vistos como a reação da natureza à nossa irresponsabilidade. Está avisando que até a sua tolerância tem limites.⁶⁵

Observam Rafaela R. Charbaje *et al.* que:

Segundo os ensinamentos budistas é proibido ferir ou matar qualquer ser que povoa o mundo e que possui capacidade de sentir. As plantas, por sua vez, proporcionam um ambiente de produto das possibilidades espirituais dos seres. Sendo assim, a preservação da natureza é considerada como um serviço prestado para com os seres sensíveis⁶⁶.

⁶² XAVIER, Érico Tadeu. Meio Ambiente e Ecologia: uma reflexão bíblica sobre a responsabilidade cristã. In: *Hermenêutica*, vol. 11, n. 1, p. 11-28, 2011, p. 17.

⁶³ Instituto Humanitas UNISINOS. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/572386-o-cantico-do-irmao-sol-francisco-de-assis-ja-nao-era-mais-um-homem-que-orava-havia-se-tornado-uma-oracao-viva>>. Acesso em: 04 jul. 2018.

⁶⁴ PAPA FRANCISCO. *Carta Encíclica ‘Laudato si’ do santo padre Francisco*: Sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulus, 2015, p. 86.

⁶⁵ LAMA, Dalai. *Uma ética para o novo milênio*. Rio de Janeiro: Sextante, 2000, p. 204.

⁶⁶ CHARBAJE, Rafaela R. et al. Budismo: movimento religioso de respeito à natureza. *Sinapse Múltipla*, ano 2, n. 1, p. 22-26, jun. 2013. p. 24.

No islamismo, segundo Maria Patrícia Lopes Goldfarb e Vanessa Karla Mota de Souza, não se aceita “que a natureza é produto para consumo inesgotável humano, sem formas de regulação, nem aceita que a natureza é simplesmente valor agregado ao ambiente humano”.⁶⁷ Segundo Vanessa Karla Mota de Souza:

Na ecologia islâmica, o homem é o gerente da criação, responsável por cuidar e preservar todo o meio-ambiente (fauna e flora). Ele é autorizado pelo sagrado para utilizar os recursos naturais com responsabilidade e de modo sustentável, porquanto é administrador e não proprietário desses recursos.⁶⁸

Em 2015, no encontro organizado pelo WWF, que reuniu diversos líderes religiosos, estudiosos e líderes islâmicos publicaram a “Declaração Islâmica sobre Mudanças Climáticas”, em que pedem aos muçulmanos para:

[...] combater os hábitos, as mentalidades e as causas profundas da mudança climática, degradação ambiental e perda de biodiversidade em suas esferas particulares de influência, seguindo o exemplo do Profeta Muhammad (que a paz e as bênçãos estejam sobre ele), e trazer uma resolução para os desafios que agora nos enfrentam.⁶⁹

Os povos indígenas professam crenças mais interligadas com a natureza, tal como no panteísmo oriental, e isto se exterioriza na Carta do Cacique Seattle da tribo Suquamish ao presidente dos Estados Unidos da América, Francis Pierce, quando este, no ano de 1855, propôs a compra das terras dos indígenas. Cita-se um parágrafo da resposta do chefe indígena, que bem revela a visão dos povos originais:

De uma coisa sabemos, que o homem branco talvez venha a um dia descobrir: o nosso Deus é o mesmo Deus. Julga, talvez, que pode ser dono Dele da mesma maneira como deseja possuir a nossa terra. Mas não pode. Ele é Deus de todos. E quer bem da mesma maneira ao homem vermelho como ao branco. A terra é amada por Ele. Causar dano à terra é demonstrar desprezo pelo Criador. O homem branco também vai desaparecer, talvez mais depressa do que as outras raças.⁷⁰

Este olhar transformou-se em direito posto na Constituição do Equador, de 2009, que assim dispôs:

Art. 71. A natureza ou Pacha Mama, onde se reproduz e se realiza a vida, tem direito a que se respeite integralmente a sua existência e a manutenção e regeneração de seus ciclos vitais, estrutura, funções e processos evolutivos.

⁶⁷ GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes; SOUZA, Vanessa Karla Mota de. O jardim de Allah: reflexões antropológicas do discurso ambiental islâmico. **Fragmentos de Cultura**, Goiânia, v. 26, n. 2, p. 221-230, abr/jun 2006. p. 227.

⁶⁸ SOUZA, Vanessa Karla Mota de. O jardim de Allah: o discurso ambiental islâmico a partir de aportes antropológicos da ecologia política. **Caos – Revista eletrônica de Ciências Sociais**, n. 21, Nov 2012. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/caos/n21/10.%20Discurso%20ambiental%20islamico%20e%20a%20ecologia%20politica.pdf>>. Acesso em: 28 fev. 2018. p. 111.

⁶⁹ ISLAMIC Declaration on Global Climate Change. Disponível em: <http://www.ifees.org.uk/wp-content/uploads/2016/10/climate_declarationmMWB.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018. Tradução livre do original: “[...] to tackle habits, mindsets, and the root causes of climate change, environmental degradation, and the loss of biodiversity in their particular spheres of influence, following the example of the Prophet Muhammad (peace and blessings be upon him), and bring about a resolution to the challenges that now face us”.

⁷⁰ A Carta do Cacique Seattle, em 1855. Disponível em: <<http://www.culturabrasil.org/seattle1.htm>>. Acesso em: 09 jul. 2018.

Toda pessoa, comunidade, povoado, ou nacionalidade poderá exigir da autoridade pública o cumprimento dos direitos da natureza. Para aplicar e interpretar estes direitos, observar-se-ão os princípios estabelecidos na Constituição no que for pertinente.

O Estado incentivará as pessoas naturais e jurídicas e os entes coletivos para que protejam a natureza e promovam o respeito a todos os elementos que formam um ecossistema.

A encerrar, vale aqui lembrar as palavras de Leonardo Boff, quando afirma que “Na verdade, todas as religiões e, no nosso espaço hegemônico pelo cristianismo, as Igrejas, devem dar a sua contribuição para a construção e educação de uma nova aliança do ser humano com a natureza”.⁷¹

5. CONFLITOS RELIGIOSOS E AMBIENTAIS LEVADOS AO JUDICIÁRIO

Em Porto Alegre, capital do Estado do Rio Grande do Sul, originou-se um conflito judicial entre religiões de matriz africana, entre elas a umbanda, e a proteção do meio ambiente, no caso envolvendo direito dos animais. O Código de Limpeza Municipal dispôs no seu artigo 43, inciso X, ser infração administrativa, punida com multa, depositar em logradouros públicos ou em rios, riachos e outros cursos d'água, animais mortos ou parte deles.

Entidades representativas de religiões e cultura africana interpuseram Ação Declaratória de Inconstitucionalidade da lei municipal perante o Tribunal de Justiça, afirmando que a iniciativa parlamentar, oriunda de vereador pertencente a uma igreja pentecostal, fere o princípio de liberdade de culto, garantido pela Constituição Federal no artigo 5º, inciso VI.

O caso, em meio a grande controvérsia acompanhada pela população, acabou sendo julgado prejudicado, porque a Lei Municipal Complementar 602, de 2008, excluiu da vedação os animais mortos sacrificados em cultos de origem africana. Eis a ementa:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. CÓDIGO DE LIMPEZA URBANA. LIBERDADE DE CULTO. PERDA DE OBJETO. Ação direta de inconstitucionalidade movida por diversas entidades afro-brasileiras contra regra acrescentada ao art. 43 da Lei Complementar nº 234 (Código Municipal de Limpeza Urbana), sancionando o depósito em lugares públicos de animais mortos ou parte deles. Alegação de ofensa ao princípio da liberdade de culto pelas entidades representativas das religiões de matriz africana e da umbanda. Aprovação superveniente da Lei Complementar nº 602/2008, excetuando expressamente a deposição de animais mortos utilizados em cultos de religiões de matriz africana e da umbanda. Perda superveniente do objeto da presente demanda. Incidência do art. 267, VI, do CPC. PROCESSO EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO. UNÂNIME.⁷²

Uma atividade que afeta o meio ambiente e é, apenas indiretamente, religiosa, é a dos cemitérios. A decomposição dos cadáveres polui as águas subterrâneas. Se isto tinha pouca relevância no passado, tanto que no Brasil os corpos eram enterrados, inclusive, embaixo ou ao lado das igrejas católicas, com o crescimento demográfico

⁷¹ BOFF, Leonardo. **Ecologia, Mundialização, Espiritualidade**: a emergência de um novo paradigma. São Paulo: Ática, 1993, p. 77.

⁷² BRASIL. TJRS. Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70024938946, Tribunal Pleno, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 13/04/2009.

tornou-se um problema real. A matéria foi regulamentada pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente- CONAMA, através das Resoluções 335/2003 e 368/2006. No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul decidiu-se conflito entre o rito de enterro do judaísmo e as regras de proteção ambiental, prestigiando-se, no caso, os preceitos religiosos. Confira-se:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. SEPULTAMENTO DIRETO NO SOLO. JUDAÍSMO. RESOLUÇÃO DO CONAMA E LICENÇA DE OPERAÇÃO DO CEMITÉRIO QUE AUTORIZAM O RITUAL. SENTENÇA PROCEDENTE MANTIDA. A Resolução nº 335/2003 do CONAMA, em seu art.5º, inciso I, equivocadamente invocada pela demandada para vedar o sepultamento diretamente no solo, constitui-se no regramento apto a autorizar o sepultamento do falecido esposo da demandante nos moldes preceituados pelo Judaísmo, ao determinar que a área de fundo das sepulturas deve manter uma distância mínima de um metro e meio do nível máximo do aquífero freático. Por sua vez, o rito judaico preceitua que o sepultamento deve ocorrer em cova no solo com profundidade de 1,1m (metro). Logo, perfeitamente possível a compatibilização da observância do rito judaico com o cumprimento do disposto na citada Resolução. Outrossim, não há prova alguma de que sob a área do cemitério existiria algum aquífero freático de fácil contaminação, sobretudo porque na licença de operação concedida pela FEPAM restou consignado a necessidade de monitoramento da área de enterro judaico. Sentença procedente mantida. APELO DESPROVIDO.⁷³

Da Índia vem-nos outro exemplo de intervenção do Poder Judiciário. Naquele país o hinduísmo é a religião mais importante e o banho no rio Ganges é considerado pelos hindus como um importante rito de purificação. Todavia, os dados apontam que “em alguns pontos do Ganges na cidade o nível de bactérias fecais por cada 100 mililitros chega a 31 milhões, como na confluência com a foz do rio Varuna, ou a 51 mil na popular Tulsí Ghat, quando o máximo recomendável para o banho são 500 e, para o consumo, zero”.⁷⁴ Na verdade, o “rio, venerado por quase 828 milhões de pessoas, recebe resíduos industriais ao longo de seu curso, formando camadas de espuma na superfície”.⁷⁵

Diante da gravidade dos níveis de poluição e das dificuldades em combatê-la, a Corte Superior do Estado de Uttarakhand, no norte da Índia, reconheceu, em março de 2017, que o rio Ganges e também o Yamuna são considerados pessoas jurídicas, crendo assim que “o reconhecimento do estatuto jurídico permitirá aos cidadãos entrar na justiça em nome dos rios sagrados”.⁷⁶

⁷³ BRASIL. TJRS, Apelação Cível nº 70069415701, Vigésima Segunda Câmara Cível, Relatora Marilene Bonzanini, j. 30/06/2016. Disponível em: http://www.tjrs.jus.br/busca/search?q=cemit%C3%A9rio+e+licen%C3%A7a+ambiental&proxystylesheet=tjrs_index&client=tjrs_index&filter=0&getfields=* &aba=juris&entsp=a_politica-site&wc=200&wc_mc=1&oe=UTF-8&ie=UTF-8&ud=1&sort=date%3AD%3AS%3Ad1&as_qj=estudo+de+impacto+ambiental+e+ce-mit%C3%A9rio&site=ementario&as_epq=&as_oq=&as_eq=&requiredfields=ct%3A3.coj%3A61&as_q=#main_res_juris. Acesso em: 10 jul. 2018.

⁷⁴ AGENCIA EFE. **Poluição está matando o sagrado rio Ganges e intoxica os devotos hindus**. G1, 23 de março de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/poluicao-esta-matando-o-sagrado-rio-ganges-e-intoxica-os-devotos-hindus.ghtml>>. Acesso em: 25 fev. 2018.

⁷⁵ SUJO e poluído, o sagrado rio Ganges agonize. In: **Veja**, 10 de julho de 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/a-lenta-morte-do-rio-ganges-2017/>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

⁷⁶ AFP. Por preservação ambiental, Rio Ganges vira pessoa jurídica na Índia. In: **O Globo**, 21 de março de 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/meio-ambiente/por-preservacao-ambiental-rio-ganges-vira-pessoa-juridica-na-india-21091646>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

6. CONCLUSÃO

As religiões influenciam, direta ou indiretamente, a vida de milhares de pessoas. Podem, por isso mesmo, alterar o saber ecológico, contribuir para uma maior integração entre o homem e a natureza. As disputas entre os vários segmentos religiosos não devem ser estendidas ao tema meio ambiente, que transcende de qualquer discussão sagrada ou filosófica, pois faz parte da própria sobrevivência da humanidade.

Portanto, neste particular, é necessário que os esforços sejam redobrados, que os líderes espirituais abram mão de posições radicais e, de forma mais transigente, fixem pontos comuns de combate à destruição dos recursos naturais. Como alerta Marcial Maçaneiro, “a Terra pede que religiosos e cientistas, contemplativos e técnicos se deem as mãos na tarefa de salvar o planeta”.⁷⁷ Inegável, pois, o compromisso das religiões com a proteção do meio ambiente.

REFERÊNCIAS

- AFP. Por preservação ambiental, Rio Ganges vira pessoa jurídica na Índia. In: **O Globo**, 21 de março de 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/ciencia/meio-ambiente/por-preservacao-ambiental-rio-ganges-vira-pessoa-juridica-na-india-21091646>>. Acesso em: 02 mar. 2017.
- AGÊNCIA EFE. Poluição está matando o sagrado rio Ganges e intoxica os devotos hindus. G1, 23 de março de 2017. Disponível em: <<https://g1.globo.com/natureza/noticia/poluicao-esta-matando-o-sagrado-rio-ganges-e-intoxica-os-devotos-hindus.ghtml>>. Acesso em: 25 fev. 2018.
- AGUIAR, Itamar Pereira de; LIMA, Bruna Havena Aragão; SANTOS, Guilherme Ribeiro Miranda dos. Religião e sociedade: as relações entre o estado e as concepções religiosas na formação do ordenamento social e jurídico. In: **Cadernos de Ciências Sociais Aplicadas**, UFSC, n. 12, p. 9-31, 2011.
- ALMEIDA, Maria do Socorro Pereira de. A Natureza entre Oriente e Ocidente: uma leitura de Grande Sertão: Veredas e as perspectivas filosófico-culturais. In: **Rios Eletrônica – Revista Científica da FASETE**, ano 7, n. 7, p. 7-27, dez. 2013.
- ALVES, Ana Carolina. **Crenças ocidentais e orientais, sentido de vida e visões de morte: um estudo correlacional**. 2013. 84 f. Dissertação (Mestrado em Ciências das Religiões). Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2013.
- AQUINO, Aquino. **Os doutores da Igreja**. Ed. Cleofas, 16/1/2015. Disponível em: <http://cleofas.com.br/os-doutores-da-igreja-eb/>. Acesso em: 30 jun. 2018.
- ASSMANN, Hugo. Ecoteologia: um ponto cego do pensamento cristão? In: ANJOS, Márcio Fabri dos; et. al. (Orgs.). **Teologia Aberta ao Futuro**. São Paulo: Loyola, 1997.
- BETIATO, Mario Antonio. As tradições religiosas orientais. In: ROSSI, Luiz Alexandre Solano; KUZMA, Cesar. **Cultura, religião e sociedade: um diálogo entre diferentes saberes**. Curitiba: Champagnat, 2010.
- BOFF, Leonardo. **Ecologia, Mundialização, Espiritualidade: a emergência de um novo paradigma**. São Paulo: Ática, 1993.

⁷⁷ MAÇANEIRO, Marcial, op. cit., p. 12.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 70024938946, Tribunal Pleno, Relator: Paulo de Tarso Vieira Sanseverino, julgado em 13/04/2009.

Brasil Escola. **Calvinismo**. Disponível em: <https://brasilecola.uol.com.br/historiag/ataques-igreja-calvinismo.htm>. Acesso em: 2 jun. 2018.

CAPRA, Fritjof. **O Tao da física**. Uma análise dos paralelos entre a física moderna e o misticismo oriental. São Paulo: Cultrix, 2013.

CARDOSO, Rodrigo. A crise do budismo no Brasil. In: **Isto É**, edição 2182, de 07/09/2011. Disponível em:

<https://istoe.com.br/156867_A+CRISE+DO+BUDISMO+NO+BRASIL/>. Acesso em: 03 jul. 2018.

CHARBAJE, Rafaela R. *et al.* Budismo: movimento religioso de respeito à natureza. In: **Sinapse Múltipla**, ano 2, n. 1, p. 22-26, jun. 2013.

CHAMPION, Françoise. Religiosidade Flutuante, Ecletismo e Sincretismos. In: DELUMEAU, Jean. **As grandes religiões do mundo**. Lisboa: Presença, 1999.

CLÉMENT, Oliver; BAUBÉROT, Jean; ROGUES, Jean. O Cristianismo. In: DELUMEAU, Jean. **As grandes religiões do mundo**. Lisboa: Presença, 1999.

COSTA, Camila. **Número de centros islâmicos sobe 20% em 2015 em São Paulo**. Disponível em:

<https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/09/150911_mesquitas_saopaulo_cc>.

Acesso em: 5 jul. 2018.

DAWSON, Christopher. **A divisão da cristandade**. São Paulo: É Realizações, 2014.

DEBIASI, Evaristo (coord.). **A verdadeira fisionomia dos Santos**. São Paulo: AIS Brasil, 2008.

Declaração da Conferência de ONU no Ambiente Humano. Disponível em: <http://www.mma.gov.br/estruturas/agenda21/_arquivos/estocolmo.doc>. Acesso em: 11 jul. 2018.

DOYLE, Alister. Líderes religiosos e indígenas se unem na proteção de florestas. **O Globo**, 19 jun. 2017. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/sociedade/sustentabilidade/lideres-religiosos-indigenas-se-unem-na-protacao-de-florestas-21493941>>. Acesso em: 26 fev. 2018.

FARIA, Adriano Antônio. **Filosofia da Religião**. Curitiba: InterSaberes, 2017.

Fé e mudanças climáticas. Disponível em:

https://www.wwf.org.br/natureza_brasileira/especiais/fe_e_mudancas_climaticas/. Acesso em: 25 jun. 2018.

FREITAS, Vladimir Passos de. Ação proposta pelo rio Doce busca duvidosa proteção ambiental. 12/11/2017. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2017-nov-12/segunda-leitura-acao-proposta-rio-doce-busca-duvidosa-protacao-ambiental#_edn6>. Acesso em: 02 mar. 2018.

Igreja Adventista do Sétimo Dia. **Adventistas no mundo**. Disponível em: <<https://www.adventistas.org/pt/institucional/os-adventistas/adventistas-no-mundo/>>. Acesso em: 2 jun. 2018.

JUNGES, José Roque. Repensar a visão criacionista: cristianismo e ecologia. In: **Revista Pistis Prax.**, v. 1, n. 2, p. 355-369, jul./dez. 2009.

KEENAN, Marjorie. **O cuidado com a criação**: atividade humana e meio ambiente. São Paulo: Loyola, 2004.

LAMA, Dalai. **Uma ética para o novo milênio**. Rio de Janeiro: Sextante, 2000.

LITTLETON, C. Scotte. **Conhecendo o Xintoísmo**: origens, crenças, práticas, festivais, espíritos, lugares sagrados. Petrópolis: Vozes, 2010.

GAARDER, Jostein; HELLERN, Victor; NOTAKER, Henry. **O Livro das Religiões**. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

GOLDFARB, Maria Patrícia Lopes; SOUZA, Vanessa Karla Mota de. O jardim de Allah: reflexões antropológicas do discurso ambiental islâmico. In: **Fragments de Cultura**, Goiânia, v. 26, n. 2, p. 221-230, abr/jun 2006.

Igreja Evangélica Luterana do Brasil. Disponível em: <http://www.comunidadeLuteranaCristo.com.br/sobre.html>. Acesso em: 2 jun. 2018.

ISLAMIC Declaration on Global Climate Change. Disponível em: <http://www.ifees.org.uk/wp-content/uploads/2016/10/climate_declarationmMWB.pdf>. Acesso em: 12 mar. 2018.

KUGLER, Frederik (coord.). **Cristianismo: guia ilustrado dos 2000 anos da fé cristã**. Austrália: Millennium House, 2011.

MAÇANEIRO, Marcial. **Religiões e Ecologia**. São Paulo: Paulinas, 2011.

MAIMON, Moshé ben **Maimônides**. **Os 613 Mandamentos** (Tariag Há-Mitzvoth). Tradução Giuseppe Nahaiissi. São Paulo: Nova Stella, 1990.

MAIOR festival religioso do mundo 'reuniu 100 milhões' na Índia. **BBC**, 12 de março de 2013. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2013/03/130311_galeria_india_fim_festival_fn>. Acesso em: 02 mar. 2018.

MORAES, Eva Aparecida Rezende de. As religiões mundiais e a ética biocêntrica. In: **Atualidade Teológica**, n. 39, ano XV, p. 555-568, set./dez. 2011.

MORAIS, Marcelo Alonso. Sustentabilidades Religiosa e Ambiental: as possibilidades da umbanda. In: **Revista Angelus Novus**, n. 3, maio 2012.

PAPA FRANCISCO. **Carta Encíclica 'Laudato si' do santo padre Francisco**: Sobre o cuidado da casa comum. São Paulo: Paulus, 2015.

PEW-TEMPLETON. Global Religious Futures Project. **The future of world religions**. Disponível em: <<http://www.globalreligiousfutures.org>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

REIS, Émilien Vilas Boas; BIZAWU, Kiwonghi. A Encíclica Laudato Si à luz do Direito Internacional do Meio Ambiente. In: **Veredas do Direito**, vol. 12, n. 23, p. 23-65, jan./out. 2015.

RETAMALES, Valentina Moya. **O Divino e o Sagrado da Natureza**: a filosofia védica e o biocentrismo na relação sociedade-ambiente: o movimento Hare Krishna no Mundo Contemporâneo. 2000. 150 f. Dissertação (Mestrado). Instituto de Filosofia e Ciências Humanas, Universidade Estadual de Campinas, Campinas, 2000.

ROGUES, Jean. O Catolicismo. In: DELUMEAU, Jean. **As grandes religiões do mundo**. Lisboa: Presença, 1999.

RIBAUT, Pierre. As Igrejas Cristãs e o respeito pela criação. In: BEAUD, Michel; BEAUD, Calliope; LARBIBOUGUERRA, Mohamed (coords.). In: **Estado do Ambiente no Mundo**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

SILVA, Eliane Moura da. Religião, diversidade e valores culturais: conceitos teóricos e a educação para a cidadania. In: **Revista de Estudos da Religião**, n. 4, pp. 1-14, 2004.

SILVA, Marilene Rosa Nogueira da. O feitiço e o poder do feitiço. In: LIMA, Lana Lage da Gama *et al.* (orgs.). **História & Religião**. Rio de Janeiro: FAPERJ: Mauad, 2002.

SILVA, Magnólia Gibson Cabral da. Religião e sustentabilidade: meio ambiente e qualidade de vida. In: **Paralellus**, v. 4, n. 8, p. 175-186, jan./jun. 2013.

SOUZA, Vanessa Karla Mota de. O jardim de Allah: o discurso ambiental islâmico a partir de aportes antropológicos da ecologia política. In: **Caos – Revista eletrônica de Ciências Sociais**, n. 21, nov 2012. Disponível em: <<http://www.cchla.ufpb.br/caos/n21/10.%20Discurso%20ambiental%20islamico%20e%20a%20ecologia%20politica.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

Sujo e poluído, o sagrado rio Ganges agoniza. In: **Veja**, 10 de julho de 2017. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/mundo/a-lenta-morte-do-rio-ganges-2017/>>. Acesso em: 02 mar. 2018.

VOGEL, Lilian. **Viva São Benedito! Viva a Mãe do Rosário!** A dança da Congada e as tradições seculares em Atibaia no ciclo natalino. Atibaia: Cocar Editora, 2013.

XAVIER, Érico Tadeu. Meio Ambiente e Ecologia: uma reflexão bíblica sobre a responsabilidade cristã. In: **Hermenêutica**, vol. 11, n. 1, p. 11-28, 2011.



BRICS: FROM NORM TAKERS TO NORM MAKERS

Fábio Albergaria de Queiroz
Guilherme Lopes da Cunha
Liziane Paixão Silva Oliveira

Abstract

Since the end of World War II, the United States and Western Europe have been influencing the definition of rules and norms in the international system, which remain today. After the Cold War, especially in the context of the financial crisis (2008), a challenging debate emerged, analyzing the structure of norms, ideas and institutions and incorporating new interlocutors, such as BRICS countries. Besides, it reinforced investigations about the construction of norms and the articulation of developing countries in this environment. We hypothesize that BRICS seeks to broaden the decision-making process. Methodologically, the postcolonial literature of International Relations (IR), together with theoretical approaches on power studies, offer a welcome opportunity to evaluate the process that motivates BRICS as a driver for altering themselves from rule taker to rule maker. Therefore, it spurs analysis on sectors such as development, finance and international organizations leading us to reflect on to what extent do the new debates corroborate a changing scenario? In so doing, the research intends to evaluate the construction of an international order in which a greater number of States can participate effectively in the formation of norms and values in the interstate system.

Keywords

BRICS. Development. Values. Interstate System

Resumo

Desde o final da Segunda Guerra Mundial, os Estados Unidos e a Europa Ocidental influenciam o estabelecimento de regras e normas no sistema internacional que permanece até hoje. Após a Guerra Fria, especialmente no contexto da crise financeira de 2008, surgiu um debate acerca da estrutura de normas, ideias e instituições e incorporando novos interlocutores, como os países do BRICS. Além disso, o novo cenário internacional reforçou as investigações sobre a construção de normas e a articulação dos países em desenvolvimento nesse ambiente. Metodologicamente, a literatura pós-colonial de Relações Internacionais (RI), juntamente com abordagens teóricas sobre estudos de poder, oferece uma oportunidade bem-vinda para avaliar o processo que motiva o BRICS como um driver para se mudar de tomador de regra para formulador de regra. Portanto, estimula a análise de setores como desenvolvimento, finanças e organizações internacionais, levando-nos a refletir em que medida os novos debates corroboram um cenário em mudança? Ao fazer isso, a pesquisa pretende avaliar a construção de uma ordem

internacional na qual um número maior de Estados participa efetivamente da formação de normas e valores no sistema internacional.

Palavras-Chave

BRICS. Desenvolvimento. Valores. Sistema Interestatal

1. INTRODUCTION

In 2009, a group of countries decided to consolidate the partnership called BRICS. At that time, the group formed by Brazil, Russia, India, China (and later South Africa) recognized that it was feasible to foster cooperation based on expectations that are common to developing countries. Since the 1990s, the systemic changes pointed to a challenging environment, in which there would be an *aggiornamento* in International Relations. Grasping the low capacity for altering the system dynamics, which remained disdainful about the importance of both developing countries and relatively less developed countries, some initiatives have been conceived to deal with systemic constraints and disparities and, among those projects, there was the BRICS.

Nevertheless, although the acronym "BRICS" stems from a financial market analysis, the potential of this coalition was already on the radar of analysts and diplomats. Enjoying the historical context and avoiding potential conflict, when recognizing the pseudo-insight of financial analysts, the formation of BRICS means an advance in terms of non-Western mobilization. In this scenario, the evolution of the BRICS has provided remarkable articulation capacity among its members aiming for a reformed economic and financial architecture.

In this way, BRICS brings in its essence the political effort to cease a second-class condition through a soft balancing strategy¹. The working dynamics of the group demonstrate diplomatic planning in which members take into account effective participation in the definitions of the present and the future. Aware of the fact that the pillars of the contemporary interstate system were built by a small group of countries that invoked itself as rulers, keeping most countries apart from the system, the BRICS acts in order to improve the system, so that the interests of the underdeveloped and developing countries can be exerted. In turn, this contributes for providing mechanisms through which values and norms can be promoted according to plural convictions, and not just follow what determines the most powerful.

This research is organized in four sections. Firstly, it is verified the context in which BRICS gave rise, examining it as a diplomatic coherent alternative more than a suggestion made by financial analysts. Subsequently, it is investigated the weight of development in BRICS' essence, regarding the most recent measures in its institutional structure. Thereafter, it is identified the context of a broader decision-making process, taking into account both debates and sociopolitical environment. Lastly, it is argued that BRICS is instrumental in the emergence of norms and values that are more plural and representative of the mankind.

¹ Soft balancing occurs when states generally develop ententes or limited security understandings with one another to balance a potentially threatening state or a rising power by fostering, for instance, ad hoc cooperative exercises and collaboration in regional or international institutions.

2. The BRICS in the Contemporary Interstate System

The BRICS is a group formed by Brazil, Russia, India, China and South Africa. As developing countries, its members demonstrate potential influence on world politics, and has had increasing recognition through intergovernmental cooperation and effective implementation of collective international policies. Although in an official version it is recognized as a creation of analysts from the financial market, especially the report written by Jim O'Neil (2001), the perception of a political strategy that ties these countries had already been observed previously.

Contradicting O'Neil (2001) as the first to realize the BRICS potential, it has roots before his supposed enlightenment. Not only there is a strong similarity between George Kennan's Monster Countries theory and BRICS inspiration; but also, unless in Brazil, studies conducted in the 1990s revealed an intelligentsia that would foreshadow the vaunted analysis in the following decade. Prates' (1996) research shows that, in the political environment of that time, the cooperation horizon between Brazil, Russia, India and China was already part of Brazil's diplomatic planning, underpinning i) articulation in international forums, ii) greater participation in the coordination of global economic activities, (iii) development strategies, and (iv) reconciliation of globalization with a socio-political orientation.

Nonetheless, defending these premises amid a complex political environment, shortly after the end of the Cold War, it would have been a risky move. In this sense, as a shrewd diplomat, Prates (1996, p. 43-44) advised discretion, since "any unintended consequence of this initiative could therefore be counterproductive and would have consequences that are highly undesirable for each of the four countries". Planning an effective policy would require caution and parsimony. In the same chronological context, Lessa (1998) identified the construction of great axes of geographical action: the axis of the regional powers in Brazilian foreign policy. His studies about the concept of Selective Universalism intended to interpret Brazil's priorities, which led to the perception of an effort to discard exclusive and excluding relations. Consequently, Lessa (1998, p.34) realized an axis formed by regional powers, "multi-centered at the angles a quadrilateral formed by Beijing-Moscow-New Delhi-Pretoria".

This reveals that, at least on the Brazilian IR thinking, a strategic perception about what the BRICS would be in the future. It was already part of a diplomatic understanding. This context contributes to demonstrate that not only a project like BRICS should be desirable for developing countries overriding needs but also that it would be necessary to find a neutral actor, preferable a non-State, that could perceive them first, as a scapegoat: this was the main role of O'Neil (2001). However, notwithstanding predictable, it is not reasonable to conceive that BRICS is a diplomatic maneuver previously planned.

Besides a financial realm, the BRICS has importance in terms of population, territory and strategic location. These characteristics insert the group in an agenda that makes the difference in the traditional political map and that allows them to influence the directions of global politics. Arkhangelskaya (2015, p. 2) clarifies their attributes:

Today BRICS combines three billion people (43% of the population) in the territory of 39.7 million sq.m. (more than a quarter of global land surface),

producing almost 13 trillion. U.S. gross domestic product per year (21% of world production). Each of these five countries on three continents has influence in their respective regions in particular and in the world. (...) BRICS members are characterized as the most rapidly developing major economies of the world. Large number of important resources for the global economy provides an advantageous position for the states. The main common feature was that they are all developing countries with growing economies and influence, and they all strive for a free and more equitable agreement on global leadership, in which they and others will play an important role.

These characteristics paved the way for helping analysts to propel the creation of the coalition. Meeting in Ekaterinburg, Russia, these emerging states hold the first BRIC summit (2009) to engender multi-dimensional diplomatic efforts. In 2011, South Africa joined the group, and the name was changed to BRICS. The group is justified as a way of complementing existing multilateral efforts, which are reflected in international development institutions (CHIN, 2014).

The BRICS proposed both discuss and plan collaborative partnerships around the global economy and other burning issues for global development. In its first year of operation, the BRICS concentrated efforts on world economic issues and, specifically, on their economies (JYRKI, 2014, p.86). In 2012, a development bank was created, "mobilizing resources for infrastructure and sustainable development projects in the BRICS countries and other emerging economies, as well as other developing countries" (CHIN, 2014, p. 366). Following the previous thought, the author refers to the events during the year of 2013 when the group announced the intention to create a BRICS bank:

We have the ambition to establish the new development bank ... in August 2013, governments agreed that the BRICS Development Bank (BDB) would start with a initial capital subscribed of US \$ 50 billion (...) A month later, it was reported that the BRICS leaders made progress in negotiating the bank's capital structure, partnership, participation and governance (CHIN, 2014, p.366).

Hence, development is a cornerstone in BRICS's architecture. When the BRICS was created, traditional global finance centers faced stagnation or low growth, while emerging countries experienced significant economic growth. The speech boosted by the BRICS countries emphasized economic measures, and its organization was based on four folders: Agriculture, Finance, Health and Trade². Jyrki (2014, p.91) pointed out that BRICS has three features to consider: 1) they are economically diversified and complementary, which can be considered as commercial advantages for member countries; 2) all these countries have turned their backs on traditional western modernization; 3) they differ from the liberal view of the West, which makes them more daring in pursuing social expectations. In cases 2 and 3, this maintains intertextuality with Said's epistemological perspective (1996 and 2011), where he recognizes the need for a less ethnocentric approach.

² Data reported on the official BRICS website, available at <http://brics5.co.za/academicpapers/ibsa-past-brics-future/>, November 27, 2016.

The BRICS raised expectations for economic and political changes. On the one hand, in economic terms, these countries registered a significant growth³, when world GDP grew by 3.6% in 2010 and 2.5% in 2014, as estimated by the World Bank; on the other hand, the BRICS is marked by the diversity of their industries and growth forecast:

China and India are the major global technology and services factories. On the other hand, Brazil will occupy the leading position in biodiversity, iron ore, ethanol and food while Russia will in arms industry and as a supplier of oil and natural gas. (DELAGE, 2011, p.8)

These arguments reinforce that, besides economic attributes, development is in the BRICS's essence. The official statements demonstrate efforts to build multilateral cooperation, supporting financing, development and green economy (BRICS, 2015). It should be noted that this vision of development is in line with the basis set by the United Nations Conference on Environment and Development (1992), when 172 countries agreed that "that environment can be protected via responsible economic development patterns and that approach would ensure a healthier society in human beings which could fulfill their potential while living in harmony with nature and in relative prosperity" (UN, 2012).

3. Development as BRICS' permanent quest

The BRICS-led New Development Bank is an initiative for reaching financial complementation, mainly when there is a stifled global economy⁴. It does not propose to replace multilateral institutions, as Breton Woods institutions (World Bank and IMF) or any other. It emerges in 2014, through an agreement signed during the Sixth Summit in Fortaleza. According to Graça Lima (2016, p.11), the creation of the New Development Bank and the Contingent Reserve Arrangement (CRA) demonstrate maturity: it becomes the first institution in the BRICS's structure with international legal personality.

Finance is a proactive face of the BRICS. Establishing its headquarters in Shanghai, the NDB provides funding to projects that promote development for emerging economies. An example of this type of proposal is referred to CRA, which aims providing resources to member countries at risk of instability in the balance of payments. Furthermore, the CRA may also act as a global fund for other emerging economies⁵: it was ratified at the Summit of Ufa, in Russia (2015), which established a new roadmap for the intensification of trade and investment between the BRICS, in addition to agreements for cultural exchange⁶.

Nonetheless, according to BRICSs rationale, development is effective when it goes together with security. This makes it a sensitive topic for BRICS. Abdenur (2017,

³ In 2000, Brazil had GDP growth of 4.4% in 2010 and 7.6% in 2014. In the case of Russia, GDP growth in 2000 was 10% in 2010, 4.5% in 2014 of 0.6%. India's economy had an even greater GDP growth: in 2000 it was 7.6%, in 2010 it was 10.3 and in 2014 it was 11.5%. China's economy grew by 8.4% in 2000, 10.6% in 2010, and by 7.4% in 2014. Finally, the South African economy grew 4.2% in 2000, 3% in 2010 and 1.5% in 2014. (BRICS, 2015)

⁴ Information available at <https://www.ndbbrics.org/br.html>, on 15 June, 2018.

⁵ Information available on <http://brics.itamaraty.gov.br/>, on 22 April 2018.

⁶ Information available on <http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/mecanismos-inter-regionais/3672-brics>, on 22 April, 2018.

p. 89) asserts that, in spite of internal and external constraints, security is a rising subject: both terrorisms galvanizes support and a new agenda can be match with development, as food, energy and maritime security. Besides, an agreement on the BRICS Intelligence Forum⁷ trumpets a progressive agenda: although security is complex political area, and geopolitics is a mercurial variable⁸, there is a challenging scenario where BRICS could improve their coordination process, as mentioned Abdenur (2017). In this sense, Shanghai Cooperation Organization (SCO), when incorporate India and Pakistan, contributes for BRICS project⁹, since reinforces HERZ et al (2011) arguments, that all five are great supporters of sovereignty, as well as of multilateralism within the framework of international security.

Despite differences in interests, identities, and domestic issues, which cannot be hidden, the five countries attain a certain convergence in international security. In the same way that the BRICS arises as a group, in certain situations, as a counterweight to the western powers, as is the case of the creation of the New Development Bank, among other joint projects, it is believed that in terms of international security the case is similar. Moreover, multilateralism is among the stronger evidences that serve to set basis for their conciliation. The five members support that any situation involving international security should be solved by the international community, emphasizing that they defend sovereignty, and it may be perceived as a pillar for BRICS' structure.

The group has no interests in overthrown the international order. Notwithstanding disagreement with disparities, BRICS are reaping the benefits from this order. Reform has more sense than revolution. Despite their mutual distrust in some topics, the group maintains an "idealistic" perspective about international security: it adheres non-proliferation, fight against terrorism, building a system of international security. Among their main beliefs, the BRICS tackles with developing countries needs and signalizes the desire for a more inclusive political environment.

Additionally, the intra-BRICS cooperation is aiming to foster mutual understanding among the countries. They recognize the importance of understanding themselves, encouraging the formulation of a perspective of "the BRICS on the BRICS". Since the Brasilia Summit (2010), there is the BRICS Academic Forum, which brings together academics from the five countries. In 2013, it was established a BRICS Think Tanks Council, composed of a think tank of each member country, which produces the annual report of recommendations to be submitted to the leaders (Lima, 2016, p.24).

In this way, the BRICS comprises a multi-subject agenda, coordinating different topics. As it can be seen, the main sources of cooperation in the BRICS countries comprises agriculture and agrarian development, communications, education, finance, health, industry, projects of inclusion of the population, trade and labor. These are subjects constructed through a legal and flexible architecture, through soft law, which is

⁷ Proposed formally through the Xiamen Declaration (2017) and adopted in the 8th BRICS National Security Advisors Meeting, in eThewwini, South Africa, 29 June 2018.

⁸ Some initiatives unveil geopolitical movements that could strengthen or undermine BRICS's efforts, such as Quad Initiative (SHARMA, 2010) and Asia-Africa Growth Corridor (PANDA, 2017) and Free and Open Indo-Pacific Strategy (THANKACHAN, 2018).

⁹ The admission of India and Pakistan in SCO improves a strategic dialogue among Asian peoples (NIZAMANI, 2018).

materialized through statements, reported sets, ministerial meetings on various topics, agreements, statements and understandings.

This multi-faceted BRICS' structure indicates a context near the Dahl's Polyarchy (2005), when it is considered in an expanded version of this concept, conceived in systemic scale. In this perspective, legitimate structures, adapted to political competition and following a peaceful evolution, by means of the evolutionary process - not conflictive -, would result in a gradual change for an essence designed to transform international politics. The BRICS countries, therefore, concentrate efforts for legitimizing multilateral mechanisms, and therefore contributes for counterbalancing the interstate system created by the great powers, where actors outside of the core cannot have a voice (TROITSKIY, 2015). In this context, in a pentarchy format, the group has development as its permanent quest.

4. Broadening the decision-making process: debates and scenarios

The current international system cannot deal with the challenges of contemporary society. Rolland (2013, p.169) states that "what is certain is that the United States and Europe can no longer assume that they have the political and economic power to set the rules of the game". This argument reinforces the perception that important adjustments need to be made, chiefly when the lack of legitimacy and effectiveness is noted. The main decision-making countries have no legitimacy for representing all the States and, over time, disparities widen. Among other examples, the most striking are the functioning of the United Nations Security Council and the Bretton Woods institutions.

In the 1990s, developing countries began to consider alternative scenarios. Thus, when the world underwent significant structural change at the end of the Cold War, diplomatic planning in some countries sought to analyze potential associations to take charge of constraints in representativeness. It is in this context that the secondary role of O'Neil (2001) is reinforced, since the potential for cooperation between countries had already been incorporated into the diplomatic and academic calculations, which conceived the possibility of associations such as BRICS, based on coordinated action.

BRICS concurs with the idea that structural reform is needed. For Said (1979) the negation of the Other and the belief of his inferiority in relation to the Self consolidates the perception of culture as a geopolitical element, which has been used as a means of oppression. This argument can be illustrated by Article 38 of the ICJ Statute¹⁰. It is in this context that BRICS functions as a project to break what Boaventura de Souza Santos (2007, p. 3) defines as "excluding political and cultural relations maintained in the contemporary world system." For the author, there is an abyssal line that divides the North and the South - not geographically strictly but conceptually - defining the contours of an asymmetrical and unequal structure. In this sense, BRICS leads to a post-abyssal world.

¹⁰ Article 38 of the Statute provides that: "The Court, whose function is to decide, in accordance with international law, the controversies submitted to it, shall apply: ... the general principles of law recognized by civilized nations."

The system's inadequacy with reality is visible through the crisis of representativeness, effectiveness and legitimacy that motivates the weakening of international institutions, especially financial ones. In the 70's, several compromises were broken, the most significant being the breaking of the dollar-gold standard. For Eichengreen (2011), the United States has exercised an exorbitant privilege, attracting the world's savings and subjecting the world economy to American interests. This also gave rise to a disconnection between the financial world and the real economy: Strange (2016, p. 1) advises about a gambling capitalism arises when "Western financial system is rapidly coming to resemble nothing as much as a vast casino". However, the financial crises of the 1990s¹¹ hit mainly peripheral countries, yet the crisis of 2008 affected central countries, that changes the geo-economic picture. This is one of the contexts in which the BRICS can be seen as a group that may promote reforms, improving rules and values for refining the international system.

This perception is not exclusively verified through BRICS. Other political contexts indicate mobilization for changing, such as the financial G2012, which, although created as a result of financial crises, it played a part in dealing with structural fissures arising from the shortcomings of the contemporary system. In April 2010, in Brazil, the G20 consolidated itself as the main body for coordinating actions against the subprime crisis (2008), in which the lack of legitimacy and efficiency of the G8 stood out. In the same context, at the G20 summit in Seoul (2010), it was decided to increase the vote with the IMF.

In this context, BRICS had a similar substance. Although newly created officially at that time, the process of building the platform defining the characteristics of the group had already begun. This occurs during the second and third BRICS summits: among other initiatives, it is identified that, at the second summit, the academic forum was created. At the Sanya Summit (2011), the third one, in addition to the South Africa accession process, BRICS elaborated measures for maturing and expanding: they discussed reforms at the United Nations Security Council, defined global interest topics, a dialogue with non-BRICs was opened and the demands on the IMF quota change was deepened. These were crucial measures in the consolidation of BRICS.

Thus, BRICS consolidated itself through two pillars: coordination in forums and construction of its own agenda. The NDB and the ACR show a political articulation in which a new type of participation in the inter-state system is proposed. Through focal points, where each country takes care of a thematic area, it improves the sharing of results with the others and demonstrates an authentic way of acting. Therefore, the Belt and Road Initiative - BRI (yidaiyilu)¹³, the Asian Infrastructure Investment Bank -

11 Among the main financial crises of this period, it can be mentioned those that occurred in Mexico (1995), Asia (1997) and Russia (1998).

12 Launched in 1999, as a result of the financial crises of the 1990s (Mexico, 1995, Asia, 1997, Russia, 1998) the group incorporates members of the former G8 and countries with geographic and economic representation. Hajnal (2014, p.2) points out that it is an informal group that accounts for approximately 90% of the Gross Domestic Product, 80% of international trade, 84% of greenhouse gas emissions and 65% of the global population.

13 Announced by Xi Jinping at the University of Nazarbayev during a visit to Kazakhstan in September 2013, this initiative aimed to establish a New Silk Road linking China and Europe. Infrastructure is one of the main emphasis of this project, which has a sea and land route. The imprecise translation of Mandarin (一帶一路) into English (One belt, one road) ignores a broader poetic and philosophical sense, which frustrates an adequate perception of the project.

AIIB14 and the NDB are answers to the reluctance and disregard for the participation of emerging countries in decision-making institutions. This reinforces the cardinal importance of the BRICS as a reformer more than a revolutionary.

5 From rule taker to rule maker: could BRICS contribute for spurring norms and values?

BRICS can be conceived as part of a process that encourages a normative changing. It presents alternatives for reshaping systemic relations. Yet BRICS is not alone in this vocation: there are other coalitions processes that manifests the same aspiration, such as BASIC15, G20 (finance), G20 (WTO)16, among others. This reveals signal of a developmentalist political culture, without an immediate relation with cultural power of a country, nor soft power: it is more associated to a synergic link among developing countries, in which they identify themselves in the way of dealing with systemic constraints, taking into consideration beliefs, expectations and behaviors.

This has been based on legitimate, peaceful and collaborative (non-confrontational) political action. In this context, BRICS intend to articulate a pragmatic and collective approach, and, therefore, induce a mobilization that can alter the international system. According to Rolland (2013, p.170), referring to the economic aspect, there is a process of reinventing the system, because "together with the United States, Europe and other emerging powers, they must reimagine our global international economic governance". For the author, BRICS is a tool in this stage of reimagining the world.

Thus, the BRICS is seen as a proof of these systemic changes. At the same time, it is both a result of restrictions and a tool for reorient world order, concentrated in overcome hindrances that affect developing countries. However, there are other strong signs of these changes. In addition to the BRICS, some partnerships also serve as empirical element for proving this dynamic, such as BRI and AIIB17. Other coalitions that operate with similar effects are BASIC, the G20 (finance), and the G20 (WTO), which prove a harmonious rationality between countries that traditionally have been neglected in the systemic logic. In other words, this environment has encouraged developing countries to participate as protagonists in the inter-state political context, no

14 The Asian Infrastructure Investment Bank (AIIB) was announced in 2013 and inaugurated in 2016. For Chow (2016), without requiring conditions and willing to operate with less interference in internal affairs of other countries, the bank shifts the economic power from the United States to China.

15 Focusing on climate issues, the group comprising Brazil, South Africa, India and China was launched in 2009 during the 15th Conference of the Parties (COP-15). According to Roman et al (2011) BASIC has positioned itself as a mediating group between PED and PMDR, which facilitated the emergence of BASIC Plus or BASIC + at the group's 10th Ministerial Conference in 2012. For Maguire and Jiang (2015, p.329), this has shown that the interests of the founding members go beyond individual objectives.

16 Since the creation of the Cairns Group in 1986, the subject of agriculture brought together countries around liberalization in the agricultural sector, in the Uruguay Round of the GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), which gave rise to the World Trade Organization) in 1995. The G20 was created in 2003 during the preparatory meetings for the WTO Ministerial Conference in Cancún. The main aim of the group was to prevent the United States and the European Union from continuing to deliberate alone on agriculture, without the participation of the countries most interested in the subject. According to Huguene (2004, p. 2), the G20 represents approximately 60% of the world's population, 70% of the world's farmers and 26% of commerce in agriculture.

17 According to Qin Yaqing, at a conference held at the FCCJ (The Foreign Correspondents' Club of Japan), since the meetings of ASEAN + 3 (Association of Southeast Asian Nations + China, Japan and South Korea) there is a consensus on the expansion of infrastructure in the region. BRI and AIIB operate with the goal of generating shared benefits.

longer as figurant, beggars or co-opted, adopting norms for which they have not contributed.

BRICS and the other coalitions have been articulated to reorganize the international order, which does not mean subverting the international system¹⁸. This is based on the belief that disparities between countries need to be reduced: the path to this outcome runs through the normative framework governing inter-state coexistence, which needs to stop generating concentrated benefits into a small group of countries for, instead, distribute it collectively. Consequently, the convergence between the BRICS' members has unveiled the existence of a fairly coherent collective rationale.

A basic characteristic of these coalitions, among them the BRICS, is their effort to make the largest number of States participate effectively in the composition of international normative structure. More people need to be part of the process of creating the international standards to which they will be subjected. The will of the most powerful countries militarily and economically should not be the metric to define who sets standards: States must be regulated by norms that they actually contributed to the creation. Indeed, military and economic force can not be the foundation of the normative structure, subjugating most states to a fictitious collaboration.

A more efficient governance model¹⁹, which underlies structural reforms, requires norms and values that represent plurality and diversity. The normative framework must represent as many States and people as possible. The importance of this guideline is demonstrated in the BRICS, when the former Chancellor Celso Amorim affirmed in the first Summit that "[it is] time to start reorganize the world in the direction that the overwhelming majority of mankind expects and needs". Therefore, the BRICS seeks to remodel power relations on the normative structure, so that norms and values cannot be shaped by the will of few voices.

For most states, the only option is accept the standards created, acting as mere norm takers. The BRICS symbolizes the desire for an increasingly participation, encouraging systemic adjusts that reduce the condition of rule takers so that more and more states can become rule makers and be part of the decision making process. It is in this context that not only BRICS, but also BASIC, AIIB and BRI offer political platforms that push for modifying international politics, in order to include as many countries as active participants in the production of norms and values, helping to legitimize the international order.

6. Final remarks

The cornerstone of BRICS's institutional architecture is consolidated around development. In a multifaceted approach, BRICS designs development on an agenda that encompasses security, finance, coordinated action in forums, joint positioning, in order to strengthen means to deal with constraints faced by developing countries. In the midst of this perspective, BRICS has consolidated an authentic institutional structure

¹⁸ Yan Xuetong at a conference under the title "China and the changing world order" held at the King Faisal Center for Research and Islamic Studies on January 22, 2018, stated that the world order has undergone changes, while the international system remains stable.

¹⁹ See NASSER, Salem Hikmat. O que se diz e o que se cala a governança entre a fuga do direito e a busca pelo controle. *Revista Nomos*. v. 38 n. 2 (2018): jul./dez. 2018.

through Think Thanks, thematic forums in several areas, high level meetings with authorities that occupy specific sectors in the member countries, in order to refine to the maximum the collective positioning.

The interstate system is not adequate to deal with contemporary challenges. Exclusionary political and cultural relations widen iniquities and asymmetries between states. This results in a crisis of representativeness that has encouraging analyzes of alternative scenarios, which results in combinations of partnerships contemplated since the 1990s. The global finance sector, which has become the main thermometer of sociopolitical mismatch since the 1970s, provides a golden opportunity for the systemic inclusion of BRICS and other projects such as NDB, BRI and AIIB. Moreover, alternative coalition projects emerge such as SCO, Quad Initiative, Africa-Pacific Growth Corridor, among others.

It is in this context that BRICS participates in the transformation of the international normative structure. In addition to other initiatives, such as the G20 (finance), G20 (WTO) and BASIC, the BRICS is a shepherd in the formation of a political culture, in which developing countries seek to deal with systemic constraints and participate more effectively in the international system in a legitimate, peaceful and collaborative (non-conflicting) means, disagreeing with the international order, yet without seeking to break the international system. This is part of a process in which a greater number of States must participate in the composition of international norms and values, which are concentrated in a Western thinking. Therefore, as Celso Amorim reinforced, the world needs to be reorganized for involving the interests of humankind, and not exclusively part of it.

References

- ABDENUR, Adriana Erthal (2017) Can BRICS Cooperate in International Security?, In *International Organizations Journal*, vol 12, No. 3, pp. 73-93.
- ARKHANGELSKAYA, Alexandra A. (2015) Fifth Brics Summit, IBSA – Past? BRICS – Future?. Working paper, Fifth Brics Summit.
- BRICS (2015). The BRICS Handover Report: 2015-2016 from Russia as current chair of BRICS and host of the Seventh BRICS summit in 2015 to India as the incoming chair of BRICS and host of the Eighth BRICS. Summit in 2016. Able 1 July 2018, em en.brics2015.ru/load/885248
- TANKACHAN, Shahana (2018) Japan's "Free and Open Indo-Pacific Strategy": Reality before the rhetoric?, IN *Journal of national Maritime Foundation of India*, Volume 68, 2014 - Issue 4, pp 84-91.
- CHIN, Gregory T. (2014) The BRICS-Led Development Bank: Purpose And Politics Beyond The G20. In: *Global Policy*, V. 5 n° 3, p.366.
- CHOW, Daniel C.K. (2016) Why China establishment the Asia Infrastructure Investment Bank, in *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 49, pp.1255-1298
- DAHL, Robert A (2005). *Poliarquia e Oposição*. São Paulo: Editora da USP.
- DELAGE, Fernando (2011). *China y los países BRIC*, IN *Brasil, Rusia, India y China (BRIC): Una realidad geopolítica singular*. Madrid: Ministerio de Defensa.

EICHENGREEN, Barry (2011) *Exorbitant Privilege: the rise and fall of the dollar*, New York: Oxford University Press.

GRAÇA LIMA, José Alfredo. *Perspectivas das relações sino-brasileiras após a visita do presidente Xi Jinping*. In LIMA, Sérgio Eduardo Moreira (org.). *Brasil e China : 40 anos de relações diplomáticas : análises e documentos*. Brasília: Editora FUNAG. 2016. pp 21-34

HAJNAL, Peter I. *The G20: evolution, interrelationships, documentation*. Ashgate. 2014.

HERZ, Monica et al. *Os BRICS e a Segurança Internacional*, In: *Policy Brief*, Núcleo de Política Internacional e Agenda Multilateral BRICS Policy Center / Centro de Estudos e Pesquisa BRICS, 2011. Disponível em

<http://bricspolicycenter.org/homolog/uploads/trabalhos/967/doc/5183057.pdf> , em 15 de agosto de 2016.

HUGUENEY, Clodoaldo. *The G-20: passing phenomenon or here to stay?*. *Dialogue on Globalization, Briefing Papers Fes Berlin*, Friedrich Ebert Stiftung. 2004

JYRKI, Käkönen. *BRICS as a new power in international relations?*, In: *Geopolitics, History, and International Relations*, V. 6, n° 2, 2014

LESSA, Antonio Carlos. *A diplomacia universalista do Brasil: a construção do sistema contemporâneo de relações bilaterais*, In: *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol.41, n. esp. 40 anos, pp. 29-41. 1998.

LIMA, Sérgio Eduardo Moreira (org.). *Brasil e China: 40 anos de Relações Diplomáticas*. Brasília: Editora Funag. 2016.

MAGUIRE, Rowena e JIANG, Xiaoyi. *Emerging powerful Southern voices: role of BASIC Nations in shaping climate change mitigation commitments*. In ALAM, Shawkat; ATAPATTU, Sumudu; GONZALEZ, Carmen G.; RAZAQUE, Jona (eds). *International Environmental Law and the Global South*. Cambridge: Cambridge University Press, pp. 214-236. 2015.

NIZAMANI, Usama (2018) *The China Pakistan Economic Corridor and Shanghai Cooperation Organization: Implications for South Asia's Strategic Ability*, In: *Journal of Current Affairs*, v. 2, n. 2, pp. 74-90

O'NEILL, Jim (2001). *Building Better Global Economic BRICs*. *Global Economics Paper*, n° 66, London: Goldman Sachs.

PANDA, Jagannath (2017) *The Asia-Africa Growth Corridor: an India-Japan Arch in the Making?*, In *Focus Asia Perspective and Analysis*, n. 21, Institute for Security & Development Policy.

PRATES, Alcides G.R. (1996) *O Brasil e coordenação entre os países de porte continental numa perspectiva atual*, In: *Revista Brasileira de Política Internacional*, vol.39, n°2, pp. 33-50.

ROLLAND, Sonia Elise (2013). *The BRICS' Contribution to the architecture and norms of international Economic Law*, In: *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 107, *International Law in a Multipolar World (2013)*, pp. 164-170.

SOUZA SANTOS, Boaventura (2007) *Para além do pensamento Abissal: Das linhas globais a uma ecologia de saberes*, In: *Revista Crítica de Ciências Sociais*, vol 78, pp 3-46.

ROMAN et al. *Together Alone: Brazil, South Africa, India, China (BASIC) and the climate change conundrum*. Stockholm Environment Institute, Report Preview, 2011. Disponível em: <https://www.sei-international.org/mediamanager/documents/Publications/Climate/sei-basic-preview-jun2011.pdf>.

QIN, Yaqing (2017) China's diplomacy and the Thoughts of President Xi, Conference held in July 10 2017, at the FCCJ - The Foreign Correspondents' Club of Japan, able in 20 July 2018 at <https://www.youtube.com/watch?v=fSA5dxQ4D3k>.

SAID, Edward W. (1996) *Orientalismo: o Oriente como invenção do Ocidente*. São Paulo: Companhia das Letras.

SAID, Edward W (1993). *Cultura e imperialismo*. São Paulo: Companhia das Letras.

SHARMA, Ashok (2010) The Quadrilateral Initiative: an evaluation, In *South Asian Survey*, vol 17, Issue 2, pp 237-253.

STRANGE, Susan (2016) *Casino Capitalism*, Manchester University Press.

STUENKEL, Oliver (2015) *The BRICS and the future of global order*, London: Lexington Books.

TROITSKIY, Mikhail. BRICS Approaches to Security Multilateralism, IN *ASPJ Africa & Francophonie*, 2nd Quarter, 2015. Disponível em: http://mgimo.ru/upload/iblock/528/BRICS_Approaches_to_Security_Multilatera.pdf

UNITED NATIONS. UN system task team on the post-2015 UN development agenda, IN *United Nations Millennium Development Goals*. 2012. Disponível em <http://www.un.org/millenniumgoals/>, 6 may 2018.

YAN Xuetong (2018) China and the changing world order, Conference held in January 22 2018, at the King Faisal Center of Research and Islamic Studies, able in 20 July 2018 at <https://www.youtube.com/watch?v=AOvdCj8SbMY>

Documents consulted

8th BRICS National Security Advisors Meeting (2018)

Sanya Declaration (2011)

United Nations Conference on Environment and Development (1992)

The Statute of the International Court of Justice (1945)

Xiamen Declaration (2017)

Websites consulted

BRICS (MRE Brazil) : <http://brics.itamaraty.gov.br>

Brazilian Ministry of Foreign Affairs' blog: <http://blog.itamaraty.gov.br>

5th BRICS Summit: <http://brics5.co.za>

King Faisal Center of Research and Islamic Studies: <https://kferis.com>

New Development Bank: <https://www.ndbbriics.org/br.html>

South Africa Government : <https://www.gov.za>

The Foreign Correspondents' Club of Japan: <http://www.fccj.or.jp>

World Bank: <https://www.worldbank.org>

Xiamen Summit <https://www.brics2017.org/English/>



DENATIONALIZATION PRODUCTION AND SOCIAL EXCLUSION IN LABOR ECONOMICS GLOBALIZED

Ilton Garcia da Costa

Suelyn Tosawa

Rogério Cangussu Dantas Cachichi

ABSTRACT

This study aims to address the effects of globalization in the absence of limiting competition and competitiveness of the neoliberal market. The denationalization of production is one of the factors resulting from the ease of movement in search of places with better installation for businesses. Therefore, competitiveness leads to incessant quest for higher productivity at lower cost. The migration of capital goes against countries which demonstrates a broad consumer market, while the raw material is readily available and labor is cheap. In addition to reviewing the tax and other advantages or disadvantages presented in each place. Occurs that ends up in increased social exclusion of the worker who is treated as disposable. Therefore, the intention of this work is to demonstrate that globalization tends to facilitate capital market, however should stick to the respect of decent work and competition. The nation-state must be careful to balance these unequal relations.

KEYWORDS

Globalization. Denationalization. Production. Social Exclusion.

DESNACIONALIZAÇÃO DA PRODUÇÃO E EXCLUSÃO SOCIAL DO TRABALHADOR NA ECONOMIA GLOBALIZADA

RESUMO

Este estudo visa abordar os efeitos da globalização na ausência de limitadores da concorrência e competitividade do mercado neoliberal. A desnacionalização da produção é um dos fatores resultantes da facilidade de locomoção em busca de locais com melhores condições de instalação para as empresas. Assim, a competitividade leva a busca incessante por maior produtividade com menor custo. A migração do capital vai de encontro com os países que demonstrem haver vasto mercado de consumo, ao mesmo tempo em que a matéria-prima seja de fácil acesso e a mão de obra seja barata. Além de analisar a tributação e outras vantagens ou desvantagens apresentadas em cada lugar. Ocorre que isso acaba em um aumento da exclusão social do trabalhador, que é tratado como algo descartável. Por isso, a intenção deste trabalho é demonstrar que a globalização tende a facilitar o mercado do capital, no entanto deve se ater ao respeito de condições dignas de concorrência e trabalho. O Estado-nação deve ficar atento para equilibrar essas relações desiguais.

PALAVRAS-CHAVE

Globalização. Desnacionalização. Produção. Exclusão Social.

INTRODUCTION

Globalization has brought several changes to socio-economic relations among the countries. The economy has been affected by the ease and speed of production. The neoliberal concern in producing in an insane rhythm is just one of the points that lead to the problems discussed in this work.

At first, the globalized economy introduced a production rhythm that was far beyond the rhythm traditional companies were used to. This led them to seek alternative solutions to ensure their competitiveness in a neoliberal market.

On a second moment, the denationalization of production is discussed, this being one of the facilitating possibilities regarding competition in a global scope. Companies search for locations that provide better production conditions, raising their profits and lowering their costs.

Finally, the third point is that this process does not care about protecting workers, who suffer from the turnover in the companies. They increasingly require workers to renounce labor conditions that influence the cost on the excuse that there are others who would accept the required conditions.

The workers are led to informality, once the new production model excludes them. It is important to take action regarding this excluding process and this disrespect to their rights. The State needs to position itself in order to face such problems without losing capital.

The aim of this research is to demonstrate how the nation-state requires not only attention to economic aspects, but also to social aspects, since one depends on the other in order to generate good results. The concern should be in all possible areas to prevent catastrophic side effects.

The method used to carry out this research was the deductive-inductive, having main doctrines, legislation, case laws and articles on electronic media as bibliographical sources. This work originates from discussions in the GPCERTOS study group, from Universidade Estadual do Norte do Paraná.

1. GLOBALIZED ECONOMY AND NEOLIBERALISM

The current socio economic situation makes globalization highlight the reduction in geographical distances and facilitate the moving among continents in a more efficient way than before.

Such ease conveys a sense of falling borders and disappearance of limitations. The side effect that can be observed from this situation is the lack of control that drives this phenomenon. The lack of determination, discipline and self-propulsion of the world discussions shows the new global order as being the total disorder.

For this reason, Zygmunt Bauman defends the idea that:

The integration and the division, the globalization and the territorialization, are *mutually complementary processes*. More precisely, they are two sides of the same process: the global redistribution of sovereignty, power, and freedom of acting triggered (but somehow determined) by the radical leap in the

speed technology. The coincidence and the interlacing of the synthesis and the dispersion, of the integration and the decomposition are anything but accidental; and even less subject to rectification. (emphasis added) (BAUMAN, 1999, p. 77)

On the other hand, Litz Vieira (2005, p. 71) focuses in presenting globalization as a tool that resizes the notions of time and space, since local phenomena influence global phenomena and vice versa, making them inseparable. It would be as if the locations became combinations instead of complements. The globalization process brings, as an example, the speed with which information is disseminated throughout the world, at an almost instant manner; or how capital can migrate from one location to another by means of simple electronic transfers; and, moreover, how products are manufactured in various countries at the same time, but are not made in a complete and isolated way in any of them.

In the words of Amartya Sen and Bernardo Kliksberg:

Globalization agents are not exclusively European or Western, neither are they necessarily linked to Western domination. In fact, Europe would have been much poorer – economically, culturally and scientifically - had it resisted the globalization of mathematics, science and technology at that time. And, nowadays, the same principle applies, although in the opposite direction (from West to East). Rejecting the globalization of science and technology because it represents the Western influence and imperialism not only means neglecting global contributions – originated in various parts of the world – that are solidly behind all science and technology called Western, but it's also a very foolish decision from a practical point of view, given the extent of how much the whole world can benefit from the process. (SEN; KLIKSBURG, 2010, p. 19)

It is important to highlight how social action or organization can reach various locations. The impacts of local events can reach the whole world and vice versa. There is no geographic or social time limitation that can impose fixed barriers, once distances shrink and social interaction occurs at an almost instantaneous speed (HELD; MCGREW; 2001, p. 12-13).

This way, transnational companies use the territory according to their particular interests. For this reason, they don't pay attention to economic, social, political, cultural, moral or geographic issues, which creates a certain disorder. It enters a particular place, changing it to suit its needs, breaking the social solidarity, which had prevailed until then (SANTOS, 2008, p. 85).

In regard to companies, especially the transnational ones, it is believed that they are free to produce in a given country, paying taxes to another and demanding public investment in infrastructure from a third one. Individuals became more competent and now move with greater ease because they aim to apply their work ability where it is most advantageous. This all occurs so that the countries are able to keep up with the global competition (BECK, 1999, p. 18-19).

Richard Sennett (2008a, p. 163) exemplifies:

The most convincing practical proposals I have heard to tackle the problems of the new capitalism are concentrated in the places where it operates.

Modern companies like to present themselves as having gotten rid of place requirements; a factory in Mexico, an office in Mumbai, a communication center in lower Manhattan – they appear as mere nodules in the global network. Nowadays, towns, cities or countries are concerned that, if they exercise their sovereignty, for example, imposing taxes or restricting summary dismissals, a company can, just as easily, find another island on the network, a factory in Canada rather than in Mexico, an office in Boston instead of Manhattan. For fear of making IBM leave for good, many locations in the Hudson Valley retreated from challenging the company's decision of devastating the work lives of citizens such as programmers.

The fact that private entities have a key role regarding the economy setting is emphasized, once they can deprive society from its production and reflexes. Hegemonic companies act on a certain area of the territory, the totality of it being the object of several companies. The problem is that each of them is acting according to their own interests, their own goals being their only concern. And this affects the behavior of other companies and institutions (SANTOS, 2008, p. 86).

For Octávio Ianni (2006, p. 102), globalization globalizes the most traditional and typical institutions from dominant capitalist societies. The differences between cultures and civilizations are ignored, generalizing the principles involved in the market and in the contract, so that they become standards for all peoples and the various forms of life and social work organization are applied. This context conveys the idea of deterritorialization, i.e. people, ideas and things are crossed by it: "*Principles that progressively become patrimony of each other, in islands, archipelagos and continents: market, free enterprise, productivity, performance, consumerism, profitability, technicalization, automation, robotization, flexibilization, computers, telecommunication, networks, production techniques of virtual realities*".

The progressive disparity between the communication that existed before among the elites and the rest of the population is one of the current concerns. That's because that one is increasingly becoming global while this one is increasingly becoming local. Productivity is out of reach of the disadvantaged portion of the population, once they lack local limitations (BAUMAN, 1999, p. 9).

Place is geography, a location for the policy; community evokes social dimensions and local people. A place becomes a community when people use the pronoun 'we'. Talking like that requires a particular connection, though not local; a country may constitute a community when the people in it translate shared values and beliefs into daily practices. [...] (SENNETT, 2008a, p. 165)

The relationship that existed among the countries has been modified by the globalization process, particularly affecting the issue of competitiveness between international companies and labor relations (COSTA; TOSAWA, 2012, p. 191).

The deterritorialization has generated new paradigms of production and requires transnational companies to be subject to it because they come across a neoliberal economy. No one is prevented from increasing his or her productivity because of geographical limitations. Companies go to the places where they will have their needs met in the best possible way.

2. OFFSHORING - DENATIONALIZATION OF PRODUCTION

The denationalization of production, also known as offshoring, addresses the migration of companies to locations that offer better productivity conditions at the expense of others. In order to do so, some points are analyzed, such as the low cost of labor, the availability of raw materials, the tax applied, the regional consumer market, among others.

The transnationalization of markets and denationalization of production have conditioned the autonomy of the nation-state to decisions that do not belong to their functional jurisdiction. Its organizational unit suffers from varying public interests, resulting in alliances between national governments and corporations, which are the core of the discussion between economic globalization and political fragmentation, and on how to organize norms to be applied in a worldwide reality (FARIA, 2004, p. 213-214).

Transnational companies seek places in the world where it's easy to obtain merchandise, comparing prices and costs, saving with low cost and high volume. This practice is called global sourcing (BRIGADÃO; RODRIGUES, 2004, p. 21).

According to José Eduardo Faria (2004, p. 79-80), the price of the final product makes the fragmentation of the production process at different stages possible, since it radically reflects on the cost structure. Expenses with unskilled labor, raw materials and energy are observed. For this reason, companies distribute services to several territories or continents where they have units installed by dissociating the processes of design, manufacturing and marketing:

From there, thanks to a growing *upgrade* of production factors, companies start adopting structures that are more and more decentralized, where a triple partnership predominates: (a) capital with qualified work, in the form of 'rental networks, subcontracting and contracting' (better known as 'outsourcing'); (b) 'assembly' sectors with suppliers, research contracts, franchises, patent and brand license as an instrument of technological support to small and medium-sized companies; (c) and integrated chains and competition systems (network based competition), forming competitive schemes in which companies of industrialized countries join large systems of production and/or distribution of developed countries [...] (emphasis added) (FARIA, 2004, p. 79-80)

The mobility of capital allows the displacement of businesses to countries where labor is cheaper, lowering the cost of labor and favoring a certain competition among workers from all places. The national company disengaged itself from its national territory to conquer the international market, which gave it a status of a multinational, leaving the competition for the workers. It happens not only among fellow workers, but also among those on the other side of the world who are obliged to accept miserable wages, which, consequently, makes the work precarious (BOURDIEU, 1998, p. 124).

The employees and the location are already installed in a particular place, and cannot change according to the company's requirement. The only ones who are not attached to the space and have freedom to act according to their interests are the shareholders, since their businesses do not depend on the company's geographic location (BAUMAN, 1999, p. 15).

Temporary work¹ was altered in the modern institutional structure. The search for more flexible organizations transformed the companies' structure, which went from a pyramid type to a network type. In order to do so, they removed their layers of bureaucracy and suffered frequent structural changes, such as unclear job tasks, which were clear and fixed only to deal with promotions and dismissals (SENNET REMINDS, 2008a, p. 23).

Gabriela Neves Delgado (2006, p. 166) calls network-company the economic activities decentralized by multinationals, which creates several small and medium-sized enterprises that are interdependent and interconnected, these being controlled by a management company, helping in the accumulation of capital. However, this transfer of production and employment was not accompanied by the displacement of capital. With the optimization of operating costs, there is a benefit in the retention of revenue by big companies. Faced with this situation,

[...] The entire universe of material or cultural, public and private production, is, thus, swept away in a vast process of precariousness, *including the deterritorialization of the company*, which had hitherto been linked to a nation-state or to a place (Detroit or Turin, for the automotive industry). It increasingly tends to disassociate itself from it, with what is called a 'network-company', which is articulated on a continent or even an entire planet scale, connecting segments of production, technological know-how, communication networks, training paths dispersed in more distant places. (BOURDIEU, 1998, p. 123, emphasis added)

The instability generated by the permanent threat of capital flight has hit the emerging economy countries and has made the risk rating agencies (*rating*) along with private intelligence and information service companies dictate the rules of the global economy in order to define who they are, when and where the economy of a given country is ready to receive investments. The problem with all this is that the evaluation is done in a crude way, destabilizing the whole region, besides the indicated country (BRIGADÃO; RODRIGUES, 2004, p. 76).

According to Thomas L. Friedman (2005, p. 145),

It is not only to get cheaper labor for the products they intend to sell in the US or Europe that most companies decide to move abroad. Another reason is to attend to that foreign market without having to worry about trade barriers and to stand there - especially in a gigantic market such as China [...] Many studies indicate that every dollar invested by companies in foreign facilities generates new exports from their native country, since about a third of the global trade is now in the hands of multinational companies. And the opposite is true. Even when the sole objective of the production when leaving the country of origin is to save on wages, it is rarely fully transferred abroad.

As an example, there's China,

¹ Law n°. 6019, from 1/3/1974, which regulates temporary work in Brazil. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Access in 05-30-2014.

With the twentieth century drawing to a close, the most feared expansion in American industrial circles was the 'Chinese price'². The fact that Chinese workers were willing to work for wages thirty times smaller than the American average raised the specter of the accelerated fall in wages in the United States and the mass transfer of industrial jobs to the world's factory, China [...] (CHANDA, 2011, p. 416-417)

China has all the requirements for *offshoring*, since it brings together large quantities of low skilled or disqualified cheap labor, at the same time it needs a large volume of manual, technical and intellectual workers and has a huge consumer market. It is made up of 160 cities with more than 1 million inhabitants,

Here we touch the truly leveling aspect of China's openness to the world market. The more attractive it becomes as the base of *offshoring*, the more attractive its competitive developing countries, such as Malaysia, Thailand, Ireland, Mexico, Brazil, Vietnam also have to become. Everyone looks at what is happening to China and the transfer of jobs to that country and they think: 'Gee, I'd better start offering those same incentives' - starting a process of competitive flattening, where different countries fight to see who can offer the multinationals, in addition to cheap labor, the best tax incentives, the best skilled professionals and the biggest allowances in order to bring offshoring to their side. (FRIEDMAN, 2005, p. 138-139)

This mobility demonstrates an absence of commitment both to individuals as employees and to future generations and their general living conditions. They have no commitment to the life of the community, since power is in the hands of those who understand the extraterritorial reality of companies. Therefore, they explore places without taking the consequences, without any responsibility, which although is not accounted for as investment, end up finding other ways to charge its price (BAUMAN, 1999, p. 17).

The demand for some sort of global control of volatile flows brings out a discussion regarding the creation of the Tobin tax (proposed by the economist James Tobin), which is nothing more than a kind of toll to move capital around, in order to inhibit merely speculative flows. "*The respected British magazine The Economist, known for their position in favor of economic liberalism, for the first time since its foundation in 1843, has admitted, in an article in May 2003, the possibility of some sort of control of capital for the emerging countries*". (BRIGADÃO; RODRIGUES, 2004, p. 77)

The dominant technical system is invasive, because it spreads through production and territory. It is the vocation and foundation of global companies that fragment production everywhere. The articulation of the process that binds it all together through the capacity of the company to finalize the product happens according to internal command and technical organization of the transnational company. However, there is no policy of global market command, leading Milton Santos (2008, p. 26-27) to say that if the reasoning is taken to its extreme, "the global market does not exist as such".

² Critics of Chinese business practices object that their size and economic power will not take long to level down not only wages but also the rigor of labor laws and professional standards around the world - a phenomenon known in business as 'the Chinese price'. " (FRIEDMAN, 2005, p. 139)

This way, the offshoring occurs when the company chooses one of its factories and transfers it entirely abroad, where it will produce the same product through the same process, but with advantages regarding cheaper labor, lower taxes, subsidized energy and the reduction of the expenses with employees' health care. The companies transfer their production abroad in order to integrate them into global supply chains.

The production loses its location when it starts to worry about settling in a place according to the advantages that it will conquer. The advantages of cost, consumption, transportation, among others, help the economy of the companies face global competition.

3. SOCIAL EXCLUSION OF THE INFORMAL WORKER

Exclusion is considered an act of automatic suspension under the law because it limits its concern to just keeping the individual outside the area governed by the standard jurisdiction. It acts only to claim that the excluded person is not its responsibility. There is no law applicable to its case. Thus, the nation state can no longer govern ignoring the world economy, but there is still an impetus of basic sovereignty, which gives them the right to exclude (BAUMAN, 2005, p. 43). In the same sense, Professor Paulo Mazzante de Paula argues in recent work (2012, p. 97–100).

The news affects the shortcomings and vicissitudes of the excluded part of the society. The shortage here becomes more sensitive, facilitating awareness and, thus, the poor can clearly understand their situation. Besides, there is some repudiation regarding the political ideas and practices that underlie the current socio-economic process and the demand for new solutions, which are not anymore focused on money, seeking in the individual the basis for the construction of a new globalized world (SANTOS, 2008, p. 118).

Ulrich Beck (1999, p. 86) touches a neuralgic point when he says that the social existence of man finishes when people become what they buy. The result of a cultural globalization where essence and appearance must be similar can only result in exclusion.

Zygmunt Bauman (2005, p. 55) categorically declares that:

Superfluous people are in a situation where it is impossible to win. If they try to align themselves with the lifestyles that are praised nowadays, they are soon accused of sinful arrogance, false appearances and impudence for claiming unearned awards, if not of criminal intentions. In case they openly complain and refuse to honor those styles that the rich enjoy, but that look more like poison to the dispossessed ones, this is seen as evidence of what 'public opinion' (more correctly, its elected or self-proclaimed spokespeople) 'had already warned about' – that the superfluous are not only a foreign body, but a cancerous tumor that erodes social healthy tissues and sworn enemies of 'our lifestyle' and of 'what we respect'.

Anthony Giddens (2005, p. 113) divides the types of exclusion into two. Nowadays there is the exclusion of those who are below, excluded from the flow of the main opportunities offered by society. In counterpoint, there is a voluntary exclusion of those who are at the top, which he calls "revolt of elites". The most affluent public

institutions choose to live separately from the rest of the society. Privileged groups are formed as if they were fortified communities, retreating from public education and public health systems.

Amartya Sen e Bernardo Kliksberg (2010, p. 36) point out that the downside of the attention given to the unjust inclusion rather than to the exclusion, since it is not enough for demonstrators to shut down production units because of the abuse of workers without helping the workers afterwards. The consequences become worse than the act itself. Worse than being included unfairly is to be excluded:

This is particularly important because some 'exclusions' have received much less attention in public discussions than they deserve. In fact, in some cases, the reverse thrust of the language of 'unfair inclusion' has turned the punishment of exclusion much less noticeable than the one of the unjust inclusion. For example, it's easy to organize a campaign in any country in the West, especially in a University campus against the exhaustive work products in developing countries, but it is much more difficult to get adhesion to campaigns in favor of more jobs and more economic inclusion. The fact that people who are far away are interested in tackling the problem of exhausting jobs even when it happens far from their countries is, of course, a good thing in itself. It is constructive because these protests can, in many cases, improve the working conditions of the workers involved, and also because this type of involvement, of people from a different part of the world being really interested in the situation of people who live in distant places, is a push in the direction of global justice. (SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 36)

Equality is defined as inclusion and inequality as exclusion according to the new policy. The first refers to "citizenship, civil and political rights and obligations that all members of a society should have, not only formally, but as a reality in their lives". In addition, it also refers to the opportunity of involvement in the public space. The current society sees work as something essential for the maintenance of self-esteem and the living standard of the individual, being a main context of opportunity, accompanied by education, which would be important for employment possibilities (GIDDENS, 2005, p. 112-113). Then:

The former Big Brother was worried about including - integrating, guiding people and keeping them that way. The concern of the new Big Brother is the exclusion - identifying 'unadjusted' people wherever they are, banishing them from this place and deporting them to 'their' place, or better, never allow them to get closer. The new Big Brother provides immigration agents with lists of people whose entry should not be allowed, and the bankers, with the lists of those who should not be included in the group of those who deserve credit. It instructs people to join the surrounded community. It inspires the neighborhood watch to observe and kick out the thieves and suspicious drifters - strangers out of place. It offers the owners closed circuit TV to keep the unwanted away from their homes' doors. It is the patron saint of all bouncers, either in the service of a nightclub or a Minister of Interior. (BAUMAN, 2005, p. 162)

Inclusion and exclusion are important concepts in the analysis of inequality, because their modifications affect the structure of industrialized countries. In the mid-1970s, most workers had manual jobs based on manufacturing. Technological

innovations have affected this model of production, reducing the demand for unskilled labor. There has been a replacement of manual by mechanized labor, and nowadays less than 10% of the workforce from developed countries still works with manufacturing. This index tends to decrease even more. The traditional working class had its character changed in an irreversible way by the advent of information technology (GIDDENS, 2005, p. 113).

The promise of education for the youth becomes a little illusory because the young people fail to achieve the minimum formal schooling required in order to reach the requirements of the labor market due to weak qualitative learning. All these things reinforce the various segmentations in an unequal region such as Latin America (SEN; KLIKSBERG, 2010, p. 232-233).

The search for talent works in order to include, since it has an ambivalent character and can be demonstrated when companies merge or opt for downsizing. Reviews and tests are performed to level the workers, the best ones being rewarded with the guarantee of their jobs. On the other hand, those who cannot follow are excluded as if they were dead liabilities through discharge without justification due to impersonal, rushed and arbitrary organizational changes. The role of bureaucracy is to try to legitimize the dismissal of employees claiming their incapacity to work (SENNETT, 2008b, p. 106-107).

Therefore,

In the globalization era, the 'damage' and 'collateral casualties' produced by the continuously fed enmities, that occasionally erupt among liquid-modern versions of the cattle barons and the bandits on horseback, gradually become the basic and the bulkiest products of the garbage industry. While one can (if not in practice, at least in theory) fight fiercely against the adverse verdict of an authority at a trial, fight to reverse it, argue to prove a claim, appeal to a higher court in case the argument is rejected, try to provoke public indignation and outcry, and – if everything else fails – seek refuge escaping the domain of the court's sovereignty, none of these things are available to the victims of 'collateral damage'. There is no authority to which they can resist, process, accuse, or ask for compensation. They are the scrap of the permanent creative destruction of the legal, political and ethics global order. (BAUMAN, 2005, p. 110-111)

The new economic demands outline the strategies used for the creation of jobs and the future of the work need, paying attention to the global standards required for goods and services by companies and consumers. These have the ability to buy whatever they want wherever they want, not respecting geographical limits, since the global distribution removes the connection of the goods with their production site. This causes pressure, which also reflects in work forces, deepening the social exclusion processes. The differences among individuals are related to their function, such as a manual worker or a more educated one, as well as their qualification and their perspective regarding space, which may be local or cosmopolitan (GIDDENS, 2005, p. 134).

Secondly, there are more and more affected groups, at least temporarily, by unemployment and poverty. In Western industrialized countries there is a new 'lumpenproletariat' (Marx), a growing group of excluded. The exclusion corresponds to the sociological concept regarding this poverty case, which is

in the interior of the modern society: without residence, there is no work; without work, there is no residence; without residence and work, there is no democracy. (BECK, 1999, p. 263)

Mauricio Godinho Delgado (2006, p. 140) explains the core of the question saying that it is essential to highlight the shock between the minimum acceptable standards of evolution of the capitalist system in the Western world and the real situation that the serious social exclusion of the great majorities in Brazil expresses. The millions of workers without the minimum conditions of labor law protection.

Exclusion requires an involvement in the work force, which has benefits such as income generation for the individual, the sense of stability and direction in life. However, for an inclusive society, it is necessary to provide the basic needs for those who cannot work, recognizing the wide diversity of goals that life offers.

Anthony Giddens (2005, p. 119-120) clarifies that inclusion should go beyond work, since a portion of the society cannot be in the work force regardless of time, and also because life provided with just an exaggerated work ethic would be considered as completely devoid of attractions.

Ipsa facto:

In fact, a large part of the problems created by deprivation arises from unfavorable terms of inclusion and from adverse conditions of participation, and not from what one might call, without forcing the term, a case of exclusion. For example, with forced labor or child labor in semi-slavery conditions, or more commonly in deeply 'unequal' terms of participatory relationship, the immediate focus is not on exclusion, but on the unfavorable nature of the inclusion involved. (SEN; KLIKBERG, 2010, p. 35)

Global integration tends to seek a safer future for those outside globalization. The interconnection between everyone and everything generates a real and necessary fight for inclusion. Improvements are sought for those who live in a constant state of alert. Their desires, aspirations and fears unite everybody's destinies regardless of social classes or positions (CHANDA, 2011, p. 445).

The large majorities and their social inclusion process through the classical pathway of the Western democracies was connected to the generalization of labor law, not succeeding in its implementation in Brazil as a result of political, institutional and practical reasons, even after the creation of the Rural Worker Statute (1963) (DELGADO, M. G., 2006, p. 133). Likewise, we note that:

[...] the fundamental right to social inclusion aims to be the legal position of advantage, which gives the human being access to a political and social space of opportunities and protection. But it's not simply about social assistance because it must go beyond to provide conditions for the conscious and full development of human potential in order to establish them as subjects of their own history, free from dependencies that they did not know they suffered from, and that may democratically interfere in decisions that affect their life and the collective, through specific rights such as education, health, culture, among other rights that have this emancipation ability. (LIMA, 2012, p. 64)

Gabriela Neves Delgado (2006, p. 216) points out that: "This way, simultaneously, the Labor Law promotes, within its legal system, inclusion (of employment relationship) and exclusion (of other working relationships) guidelines". She also affirms that the exclusion criterion tolerated by the Labor Law should have as reference the work relations that do not infringe the dignity of man, for example, the slave labor.

There's a discussion on how to reshape the Labor Law so that it can deal with the excluded that the market presents. The suggestion would be:

The *redefinition* of work, Labor Law's object, can be reached through reform projects seeking to formalize a minimum core of guardianship for any productive activity - *work without adjectives* – associated with a series of contractual typology. Among these, the employment contract for an indefinite period of time would work as the place in which the maximum of guardianship is applied in its entirety and unconditionally, as it was historically generated. This is how this theme has been currently dealt with in the Italian Labor Law debate. (DELGADO, 2006, p. 217-218, emphasis added)

The new society does not welcome the excluded because they believe they have no useful function and are considered a problem. They take them away in order to protect society, imprisoning them in order to get away with the obstacles that they represent.

Moreover, social exclusion results in informal labor, which is based on labor relations not governed by the Labor Law. It is necessary to recognize their legal guardianship so the employees may exercise their rights by means of legal protection.

4. FINAL CONSIDERATIONS

The global economy presents a new reality for companies facing global competitiveness. The need to seek alternative means of making their production different is one of the competitive alternatives experienced by them.

Therefore, there is an incessant search for countries where the company's operating conditions are profitable. There are several requirements for the choice of those places, such as low cost with raw material and labor, the consumer market, the easiness to export the goods produced, the tax incidence, among others.

The denationalization of production (offshoring) reflects one of those alternatives sought by companies when looking for a level of competitiveness according to the global requirement. Thus, the migration of companies targeting places they deem ideal for their production is something extremely common.

The ones who produce with less costs have more profit and can survive longer. Transnational companies have no choice. The problem happens when, in order to do so, there is a suppression of social concerns regarding the worker, who, for example, is subject to decisions aimed only at the profit at any cost.

The workers end up losing their jobs in the formal market because there is an exclusion of the less qualified ones who are forced to turn to informality. This is because the lower costs sought by the companies take advantage of the high demand of

workers at the expense of the ease to move to places where people accept to work in worse conditions.

It is, therefore, important to discuss alternative means of reducing this practice, because reality shows that companies exploit the territory of a certain place, removing everything that suits them, and then leave the place without any kind of support. This process then happens in another place and so on.

BIBLIOGRAPHY

Bauman, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1999.

_____. *Modernidade líquida*. Tradução Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001.

_____. *Vidas desperdiçadas*. Tradução Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2005.

BECK, Ulrich. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: resposta à globalização*. Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

BOURDIEU, Pierre. *Contrafogos: táticas para enfrentar a invasão neoliberal*. Tradução Lucy Magalhães. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 1998.

BRASIL. Lei n. 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que regula o trabalho temporário. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6019.htm>. Acesso em 30-05-2014.

BRIGADÃO, Clóvis; RODRIGUES, Gilberto M. A. *Globalização a olho nu: o mundo conectado*. 2. ed. reform. São Paulo: Moderna, 2004.

CHANDA, Nayan. *Sem fronteira*. Tradução de Alexandre Martins. Rio de Janeiro: Record, 2011.

[COSTA, Ilton Garcia](#); GONÇALVES, Aline M. . Da Sociedade Antiga à Sociedade Política e a Funcionalidade do Direito. *NOMOS (FORTALEZA)*, v. 36, p. 205-224, 2016. Disponível em: <http://periodicos.ufc.br/nomos/article/view/1766/4561> Acesso em 20 mai 2018

_____; TOSAWA, Suelyn . O Trabalhador Estrangeiro e os Direitos Humanos. In: Natacha Ferreira Nagao Pires; Alexandre Gazetta Simões. (Org.). *Ensaio sobre a História e a Teoria do Social Construção do Saber Jurídico Função Política do Direito*. 1ed. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, v. 1, p. 191-202.

_____; CENCI, Elve Miguel; CACHICHI, Rogério Cangussu Dantas. Comentários sobre o Programa Nacional de Direitos Humanos – PNDH3. In: *Diálogos (Im)pertinentes - Responsabilidade Civil*. KNOERR, Fernando Gustavo; KFOURI NETO, Miguel (coord.). SILVA, Marcos Alves da; GIBRAN, Sandro Mansur (orgs.) Curitiba: Instituto Memória – Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2014.

_____; REIS, Junio Barreto dos. Direito ao Trabalho como Fator de Inclusão Social: proibição da despedida arbitrária e discriminatória. *Revista Jurídica do Unicuritiba*, Curitiba – PR, v.4, n.41, p. 321-339, 2015. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/91> Acesso em 15 mai 2018.

DELGADO, Gabriela Neves. *Direito fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: Editora LTr, 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. *Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma de destruição e os caminhos de reconstrução*. São Paulo: LTr, 2006.

FARIA, José Eduardo. *O direito na economia globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

- FRIEDMAN, Thomas L. O mundo é plano. Rio de Janeiro: Editora Objetiva Ltda., 2005.
- GIDDENS, Anthony. A terceira via: reflexões sobre o impasse político atual e o futuro da social-democracia. Tradução Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Editora Record, 2005.
- HELD, David; MCGREW, Anthony. Prós e contras da globalização. Tradução Vera Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- KNOERR, Fernando Gustavo; NOWACKI, Paulo Sérgio. Mudanças no posicionamento do STF: novo parâmetro para o critério de miserabilidade na concessão do Benefício Assistencial ao Idoso e a redução da idade pela nova Lei dos Portos. Revista Jurídica do Unicuritiba, Curitiba – PR, v.4, n.33, p. 407-439, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/issue/view/71>. Acesso em : 03 dez 2015
- LIMA, Jairo Néia. Direito fundamental à inclusão social: eficácia prestacional nas relações privadas. Curitiba: Juruá, 2012.
- PAULA, Paulo Mazzante de. Trabalho informal e exclusão social: perspectivas para a efetivação do estado democrático de direito. Bauru, SP: Canal 6, 2012.
- SALIBA, Maurício Gonçalves. Neoliberalismo, justiça e direitos humanos. In
- CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea; ALVES, Fernando de Brito. Direitos fundamentais revisitados. Curitiba: Juruá, 2008, p. 165-190.
- SANTOS, Milton. Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal. 17. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.
- SANTIN, Valter Foletto. Migração e discriminação de trabalhador. Revista Argumenta, Jacarezinho - PR, n. 7, p. 131-140, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/76>>. Acesso em: 15 Jun. 2014.
- SEN, Amartya; KLIKSBURG, Bernardo. As pessoas em primeiro lugar: a ética do desenvolvimento e os problemas do mundo globalizado. Tradução Bernardo Ajzenberg, Carlos Eduardo Lins da Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.
- SENNETT, Richard. A corrosão do caráter: as conseqüências pessoais do trabalho no novo capitalismo. Tradução Marcos Santarrita. 13. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008a.
- _____. A cultura do novo capitalismo. Tradução Clóvis Marques. 2. ed. Rio de Janeiro: Record, 2008.



O DIREITO AO TRABALHO COMO ELEMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL E A PROTEÇÃO EM FACE DO RETROCESSO SOCIAL

Marco Antônio César Villatore

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Regeane Bransin Quetes

RESUMO

O tema do presente artigo é a análise do direito do trabalho como elemento do mínimo existencial, e como essa abordagem pode trazer uma limitação ao retrocesso social. O objetivo é realizar essa construção teórica para que, com a estipulação do mínimo existencial, seja possível restringir alterações e entendimentos que possam ensejar em retrocesso social. Em que pese seja dever do Estado de promoção dos direitos fundamentais sociais em tempos de crises econômicas esses são os primeiros direitos ao serem sacrificados, com justificativa embasada na reserva do possível e nos custos que estes direitos demandariam, tendo em vista sua natureza prestacional. Quanto aos direitos sociais ao trabalho ocorre flexibilização e desregulamentação, impulsionadas pela classe empresarial que adere o discurso de “menos custos e mais emprego”. Nesse sentido, a análise realizada terá como enfoque as alterações legislativas realizadas nos anos de 2015 a 2017 sobre o seguro desemprego, auxílio doença, pensão por morte, alteração da terceirização e a reforma trabalhista. A metodologia utilizada é a lógico dedutiva, com a análise das legislações, decisões dos Tribunais Trabalhistas e o confronto com as teorias. Conclui-se que: o direito fundamental social ao trabalho compõe o mínimo existencial; as alterações realizadas ferem o princípio da vedação do retrocesso social, que protege o retrocesso arbitrário de direitos e principalmente que atendam o mínimo existencial; a regra do mínimo existencial não pode ser afastada em detrimento de qualquer outro argumento; a não satisfação do mínimo refere-se à má locação de recurso e não a escassez dos mesmos; os tribunais do trabalho não desenvolvem de forma técnica a compreensão sobre o princípio da vedação do retrocesso social e da teoria do mínimo existencial.

Palavra-chave

Direitos fundamentais; mínimo existencial, direito social ao trabalho, crise econômica, proibição do retrocesso social.

THE RIGHT TO LABOR AS AN ELEMENT OF MINIMUM EXISTENTIAL AND THE PROTECTION BEFORE SOCIAL RETROCESS

ABSTRACT

The subject of this paper is the analysis of labor law as an element of the existential minimum, and of how this approach can bring a limitation to social backlash. The objective is to seek this theoretical construction so that it is possible, with the stipulation of the existential minimum, to restrict changes and understandings that may lead to social backlash. Although it is a duty of the State to promote fundamental social rights in times of economic crisis, these are the first rights to be sacrificed, and that's justified by the “reservation of what is possible” theory and

by the fact that are high costs to these rights, given their nature. As for social rights to work, there is flexibilization and deregulation driven by the business class, a class that adheres to the argument in the defense of "less costs and more employment". In this sense, the analysis focuses on the legislative changes on unemployment insurance, sickness insurance, death pension, alteration of outsourcing and the labor reform made between the years 2015 and 2017. The methodology used is logical deduction, with the analysis of the legislations, decisions of the Labor Courts and the confrontation of these information with the minimum existential and reservation of what is possible theories. We conclude that: the fundamental social right to work composes the existential minimum; the changes mentioned violate the principle of the prohibition of social backlash, which protects the arbitrary retrogression of rights and, especially, complies with the existential minimum theory; the rule of the existential minimum cannot be ruled out to the detriment of any other argument; the non-satisfaction of the minimum refers to the misallocation of resources and not to the scarcity of resources; the Labor Courts do not develop, in a technical way, the understanding of the principle that prohibits social backlash, and of the existential minimum theory.

Key words

Fundamental rights; minimum existential, social right to work, economic crisis, prohibition of social backlash.

1. INTRODUÇÃO

O trabalho é elemento e fundamento da ordem econômica e social. Conforme a Constituição de 1988 é por meio dele que o indivíduo satisfaz suas necessidades, bem como é incluído dentro de um sistema capitalista. O direito ao trabalho se trata de direito fundamental social elencado no artigo 6º, e tendo em vista sua relevância para o desenvolvimento do indivíduo, o presente artigo pretende defender o trabalho digno como primeiro direito fundamental e um dos elementos do mínimo existencial.

Em que pese à relevância dos direitos sociais e o dever constitucional do Estado em promovê-los, observa-se que em momentos de crise estes são os primeiros a serem sacrificados, com a alegação de que são custosos, e, portanto, devem ser observados dentro da lógica da reserva do possível. Neste contexto, os direitos sociais são objeto de flexibilização e desregulamentação, como tem ocorrido em diversos países. No Brasil, de 2015 a 2017 foram adotados pelo Governo Federal diversos ajustes e reformulações nas legislações tanto trabalhista como previdenciária com base nesses fundamentos.

Por isso, o artigo visa discutir o princípio da proibição do retrocesso social, sua aplicação e importância no ordenamento jurídico no que concerne a violação de direito constitucionalmente estabelecidos, e o combate a retrocessos arbitrários, e, sobretudo no que se refere ao mínimo existencial.

Para tanto, o artigo divide-se em 4 tópicos: o primeiro tem a finalidade de demonstrar a importância do trabalho para o desenvolvimento humano, assim como o feixe de posições do direito fundamental ao trabalho e as formas de atuação do Estado para sua promoção, e ainda afirmar o direito ao trabalho digno como um dos elementos do mínimo existencial, e por fim realizar discussões doutrinárias quanto a esta regra; o segundo tópico trata especificamente do princípio da vedação do retrocesso social, das restrições a direitos sociais em tempos de crises econômicas, da proporcionalidade, e do mínimo existencial como limite e impedimento ao retrocesso social; o terceiro tópico

destina-se a concretizar o tema apresentando algumas alterações ocorridas no Brasil, e a violação do princípio da proibição do retrocesso social; por fim o último tópico aborda pesquisa jurisprudencial realizada, a fim de comprovar que os Tribunais Trabalhistas pouco tratam do tema e quando discutem, o fazem de maneira rasa, sendo que o quadro é ainda mais grave quando se refere ao mínimo existencial.

2. DIREITO AO TRABALHO: ELEMENTO DO MÍNIMO EXISTENCIAL

A promoção dos direitos fundamentais é um dos objetivos do Estado Democrático de Direito brasileiro¹ fundamentado pelo artigo 1º da CFRB, bem como título II, da CFRB, que estabelece tais direito, sendo os de liberdades e os sociais, ao presente cabe tratar especificamente dos direitos sociais. Os direitos estabelecidos no título II da CFRB apresentam-se como rol exemplificativo, de forma que direitos esparsos na Constituição ou estabelecidos em “tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”, podem ampliar o rol de direitos fundamentais, conforme artigo 5º, § 2º, da CFRB.

Os direitos fundamentais são instrumentos contra as maiorias, eis que são “posições jurídicas em face do Estado, (...) um direito fundamental significará, então, ter um trunfo contra o Estado, contra o governo democraticamente legitimado”.²

São dotados de eficácia imediata, mas em alguns casos há necessidade de leis infraconstitucionais que regulamentem o direito. Sendo assim, existe uma relação direta entre o direito fundamental e a legislação infraconstitucional, pois o legislador³ encontra-se vinculado a jusfundamentalidade do direito, enquanto para que usufrua “bens objeto da proteção jusfundamental depende, muitas vezes, e decisivamente, da atividade criadora ou conformadora do Estado e, particularmente, do legislador”. Para tanto, a norma constitucional é “*prima facie* do que está contido ou excluído do correspondente direito fundamental”, havendo assim, uma composição entre o enunciado constitucional e o enunciado legal.⁴

O enunciado normativo “é o próprio texto”, já a norma se trata “de construção hermenêutica” e o direito fundamental refere-se “ao bem jurídico protegido pela norma”.⁵ Ainda, cada direito fundamental observa posições jurídicas de direitos fundamentais, dotados de multifuncionalidade, eis que são direitos de defesa, que

¹ “El constitucionalismo social del siglo XX, dio como fruto el reconocimiento y protección de los derechos sociales y económicos y tuvo en nuestro país su cristalización en el art. 14 bis de la Constitución Nacional, acusando una tendencia a marcar la función social de los derechos y estructurar un orden social y económico que permitiera a todos los hombres una igualdad de oportunidades y un ejercicio real y efectivo de las libertades y los derechos” (AVALOS, Eduardo. Los Empleados Publicos Interinos y el Alcance de la Tutela Sindical. Revista EurolatinoAmericana de Derecho Administrativo, Santa Fé, vol. 1, n. 2, p. 39-57, jul/dec. 2014, p. 40)

² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Fundamentais: Trunfo Contra a Maioria**. Coimbra: Coimbra Editora. 2006, p. 17.

³ Cabe ressaltar, que legislador limita sua atuação na Constituição Federal, “uma vez caber a esta estabelecer os limites formais e materiais a serem respeitados pela legislação”. (JUNIOR NOBRE, Edilson Pereira. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014 Uma ideia de Constituição. p. 139).

⁴ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...Op.Cit.** 155-179. Neste sentido também se manifesta Daniel Wunder HACHEM, **Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais**: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 142-144.

⁵ HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade dos direitos fundamenta. **Revista de Direitos Fundamentais e Democracias**, Curitiba na, v. 14, p. 618-688, julho/dezembro de 2013, p.625..

demandam função negativa do Estado; e positiva, onde existe necessidade de prestação por parte do mesmo podendo ser normativa ou fática, e também conter posições subjetivas e objetivas.⁶ Isto é, os direitos fundamentais envolvem direitos de liberdade em sentido estrito, assim como geram obrigações de não fazer, de abstenção, de respeito. De maneira que, não existam “direitos gratuitos e direitos caros”, eis que todos têm custo e necessitam que o Estado os proteja de violações praticadas por terceiros. Para tanto, Carbonell trata da indivisibilidade e da interdependência dos direitos, onde *um mesmo direito contém “pretensões híbridas”*, esta é a ideia anteriormente trazida de natureza multifuncional dos direitos fundamentais. O autor ainda faz menção à existência de direitos de sociais com conteúdo dos direitos de liberdade para a proteção de bens jurídicos, tendo como exemplo, a liberdade de trabalho que antecede o direito social ao trabalho.⁷

Para Robert Alexy, um “direito fundamental completo é um feixe de posições de direitos fundamentais”, onde contempla funções de respeito, proteção e promoção, conferindo diferentes pretensões aos seus titulares e impondo funções ao Poder Público⁸, que podem ser classificadas em função de defesa e função de prestação, essa se divide em prestação fática e função de prestação normativa, e a última é subdividida em função de proteção e função de organização e procedimento.⁹

Além do Estado, os direitos fundamentais também vinculam os particulares que têm o dever de não violação, concebendo-se assim tanto a eficácia horizontal, quanto vertical, pois existe um processo complexo e não unilateral, da mesma forma que na multifuncionalidade (objetiva, subjetiva, negativa e prestacional), que gera deveres aos particulares.¹⁰

Os direitos sociais, por sua vez, surgem a partir de reivindicações dos trabalhadores por melhores condições de trabalho e proteção contra infortúnios derivados da atividade laboral, visando assegurar a dignidade humana. Porém, os movimentos trabalhadores “insistem em que não se trata de substituir a caridade privada por uma caridade pública, mas sim de gerar um conjunto de direitos que projetam os trabalhadores e suas famílias”. A efetiva realização de políticas públicas é de responsabilidade prioritária do Estado, já que este possui como objetivo a realização do bem comum, ou seja, o bem de todos.¹¹ Entretanto, esta premissa não impossibilita que outros agentes e instituições possam agir em um “amplo sistema de cooperação”¹². Para tanto, com relação ao direito ao trabalho, a responsabilidade do estado deve ser entendida como uma responsabilidade jurídica, garantida inclusive no nível constitucional,

⁶ HACHEM, Tutela..., p. 131.

⁷ CARBONELL, Miguel. **Los Derechos Sociales: elementos para una lectura em clave normativa**. Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial/2010/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial,%20v%202,%20n%2003,%20p%2034-57,%202010.pdf>. Acesso em: 17 de agosto de 2017. p. 47

⁸ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 249.

⁹ ALEXY, Robert... *Op. cit.*, p. 196-203; e HACHEM, Daniel Wunder. **Tutela...** p. 130.

¹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais Sociais, mínimo existencial e Direito Privado. **Revista de Direito do Consumidor**. n. 61 (jan.-mar./2007), p. 90-125. p. 107-109-111 e 115.

¹¹ ZAMBAM, Neuro José Zambam; KUJAWA, Henrique Aniceto. As políticas públicas em Amartya Sen: condição de agente e liberdade social. **Revista Brasileira de Direito**, Passo Fundo, vol. 13, n. 1, p. 60-85, Jan.-Abr. 2017, p. 67.

¹² ZAMBAM, Neuro José Zambam; KUJAWA, Henrique Aniceto. As políticas públicas ... *Op. Cit.* p. 67.

de forma que a pessoa necessitada deixe de ser objeto da relação assistencial e se converta em um sujeito de direitos.¹³

Na Constituição de 1988 os direitos sociais são elevados a níveis de jusfundamentais e assim se intitulam os direitos: à educação, à saúde, à alimentação, **ao trabalho**¹⁴, à moradia, ao lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados. Ainda, ainda, o artigo 7º que trata dos direitos individuais dos trabalhadores, e artigos 8º, 9º, 10º e 11º que versam sobre os direitos sociais coletivos dos mesmos.¹⁵ Cabe ao presente tratar do direito ao trabalho.

Em análise bastante interessante, Wilson Ramos Filho explica que a criação dos direitos sociais do trabalhador foi uma forma de desenvolvimento do capitalismo, vez que as lutas dos trabalhadores obrigaram o Estado a acatar suas reivindicações, de maneira que acaba “cedendo os anéis para não perder os dedos”, e deu origem ao direito capitalista do trabalho.¹⁶

Afora os artigos acima mencionados o direito ao trabalho tem destaque no ordenamento constitucional brasileiro sendo um dos direitos estruturantes da ordem econômica, fundamento da República, garantia fundamental. Ainda, possui jurisdição específica, a Constituição trata do pleno emprego e vincula a função da propriedade ao bem estar da classe trabalhadora, versa sobre a ordem social e assistência social em face dos trabalhadores, trata da educação e qualificação para a inserção dos mesmos no mercado de trabalho, e por fim, os protege contra a dispensa arbitrária.¹⁷

Em sendo fundamental o direito social ao trabalho é composto por um feixe de posições jurídicas subjetivas de cunho prestacional e negativo, assim como obrigações objetivas. Ao passo que na dimensão objetiva o “direito do trabalho projeta sua eficácia em direção ao (...) Estado e os tomadores de trabalho e empregadores”, cabendo a estes últimos que protejam e respeitem a eficácia dos direitos fundamentais do trabalhador estabelecida pela CFRB e regulada pelo legislador ordinário.¹⁸

Alguns direitos dos trabalhadores são exemplos claros de vinculação do particular, onde o empregador deve resguardar os direitos constitucionais estabelecidos de maneira a não violá-los quando da relação de trabalho, mas também podem, segundo Ingo Sarlet, transformar-se em liberdades sociais, como no caso da greve, ou

¹³ CARBONELL, Miguel...*Op. cit.*, p. 40.

¹⁴ Segundo Maira Marques da Fonseca “O trabalho se constitui como categoria fundante do mundo das pessoas, de acordo com Sérgio Lessa, por “tender à necessidade primeira de toda sociabilidade”, de cultura dos meios de produção e subsistência fundamentais à manutenção da vida; e por fazê-lo como “determinação ontológica decisiva do ser social”, transformando o mundo natural e os próprios seres humanos. (FONSECA, Maira Marques da Fonseca. **Redução da Jornada de Trabalho a partir do Sistema Capitalista de Produção: Fundamentos Interdisciplinares**. Curitiba, 2011. 211 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 9.)

¹⁵ Segundo Carolina Zancaner Zockung tais artigos aliados aos artigos 1º, 3º, 5º, 23 e 170 fundamentam o Estado Social. (ZOCKUN, Carolina Zancaner. A Intervenção do Estado na Ordem Social e o Direito ao Trabalho. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coord.). *Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 205.

¹⁶ RAMOS FILHO, Wilson. **Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil**. São Paulo: LTr, 2012, p. 48.

¹⁷ ZOCKUN, Carolina Zancaner... *Op. cit.* p. 206-207.

¹⁸ WANDELLI, Leonardo. **Direito do Trabalho como direito humano e fundamental: Elementos para sua fundamentação e concretização**. Curitiba, 2009. 431 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 338-339.

prestacionais, como na garantia de salário mínimo.¹⁹ Ainda, em relação ao Estado, no aspecto da dimensão objetiva cabe igualmente proteger contra terceiros a eficácia do direito, mas também que intervenha direta ou indiretamente para a promoção dos direitos, adotando medidas legislativas, administrativas e demais medidas que sejam adequadas para a realização do direito.²⁰

Assim como ocorre nos demais direitos sociais o Estado tem o dever de satisfazer o direito social ao trabalho, mas neste direito em específico há uma peculiaridade, o “Estado não é provedor do direito ao trabalho, mas sim os particulares”, que criam vagas de trabalho, por meio de emprego de investimentos para a obtenção de lucro, legitimados pela livre concorrência, desde que observem os mandamentos do artigo 170 e 173 da CFRB.²¹

Portanto, o direito ao trabalho possui vinculação com a ordem social, mas também é dependente da ordem econômica²². Desta forma, segundo Carolina Zancaner Zockun, diferentemente dos demais direitos sociais em que é obrigação do próprio Estado a concretização do direito, neste caso, o Estado não é obrigado a garantir vaga de emprego a todos os trabalhadores, para tanto, sua atuação ocorre via de regra de forma indireta com o objetivo de criar meios para que o trabalhador consiga um trabalho decente, por meio inclusive de políticas públicas de inclusão de minorias, de redução das desigualdades e de fiscalização de irregularidades.

A ideia de que o Estado deveria ser um empregador universal é incompatível até mesmo com o artigo 37, II, da CFRB, que dispõe sobre a necessidade de concurso público²³. Mas isso não significa afirmar que lhe exime algum tipo de papel na concretização deste direito, até porque, como já mencionado, por se tratar de direito fundamental é dotado de multifuncionalidade, e outras obrigações lhes cabem como será descrito posteriormente.

Leonado Wandelli faz oportuna distinção entre a) dever de trabalhar; b) liberdade de profissão e; c) direito do trabalho. Ressalta que nenhuma delas reduz-se ao direito ao trabalho. Sendo que este se encontra em três níveis que se subdivide em a) direito ao conteúdo próprio do trabalho nas relações assalariadas; b) o direito ao trabalho nas formas não assalariadas; e c) o direito ao trabalho como primeiro direito fundamental.²⁴

Os primeiros níveis referem-se a questões mais intrínsecas ao Direito do Trabalho enquanto o terceiro eleva a importância do trabalho como “primeira mediação para a satisfação de todas as necessidades dos sujeitos humanos no desenvolvimento de sua corporalidade”.²⁵ Os primeiros níveis se preocupavam com a “possibilidade de trabalho, enquanto o terceiro se preocupa com a oportunidade de trabalho digno”²⁶, que

¹⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais Sociais, mínimo existencial e Direito Privado. **Revista de Direito do Consumidor**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 16, n. 61(jan. -mar.), 2007 p. 117.

²⁰ WANDELLI, Leonardo... *Op. cit.*, p. 340-341.

²¹ ZOCKUN, Carolina Zacaner... *Op. cit.*, p. 207.

²² O “desenvolvimento do pleno potencial humano condição inafastável à dignidade de homens e mulheres, está na dependência direta do trabalho que mantém vínculo umbilical com o progresso social, o que ressalta seu valor também nesse mister.” (GONÇALVES, Heloisa Alva Cortez; LÓPES, Maria Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. **Revista de Direito Econômico e Ambiental**, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 129-145, jul/dez. 2013, p. 138).

²³ ZOCKUN, Carolina...*Op. cit.*, p. 208-209.

²⁴ WANDELLI, Leonardo. ...*Op. cit.*, p. 341 e 362.

²⁵ *Ibidem*, p. 398.

²⁶ *Ibidem*, p. 402.

é constitucionalmente assegurado pela Constituição de 1988 e objetiva a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades regionais.²⁷

O direito ao trabalho está ligado à liberdade, à cidadania dos indivíduos e é por meio dele que os trabalhadores garantem os demais direitos sociais, bem como seus direitos previdenciários que só existem em decorrência do trabalho. Portanto, é correto dizer que o trabalho garante uma vida digna, por isso que o artigo 193 da CF/88 elenca o trabalho como uma das bases da ordem social, ao passo que o artigo 170 menciona a valorização do trabalho com fundamento da ordem econômica.²⁸

Como elenca o economista Amartya Sen, embora a prosperidade econômica possa influenciar na ampliação das opções e possibilite que as pessoas possam levar uma vida mais gratificante (segundo as suas próprias perspectivas), há outros fatores que também são de grande importância nesse processo como a “educação, melhores cuidados com a saúde, melhores serviços médicos”²⁹ e etc., são fatores que influenciam nas liberdades que as pessoas possam desfrutar, o que se observa é que em diversas realidades é o direito ao trabalho que possibilita a fruição desses direitos, e assim, é um fator direto e essencial para a materialização dos direitos de forma global.

Assim, tem-se o trabalho como primeiro direito fundamental, que proporciona condições para um mínimo existencial, uma vez que, segundo Ingo Sarlet: “a garantia efetiva de uma existência digna abrange mais do que a garantia da mera sobrevivência física, situando-se, portanto, além do limite da pobreza absoluta”.³⁰

Para que se atenda o mínimo existencial, são necessários “um conjunto de condições prestacionais indispensáveis à vida digna que poderia ser exigido diretamente do Estado” de maneira prestacional e garantista.³¹ Afirmando o caráter do mínimo existencial Daniel Wunder Hachem explica que este se encontra intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana, tendo como um de seus feixes a garantia à vida, mas não se limitando ao físico do indivíduo, que delega o combate à miséria, mas também ao mínimo existencial sociocultural. Sendo assim há diferenciação entre o mínimo existencial e o mínimo vital.³²

Conforme ensinamento de Romeu Felipe Bacellar, a dignidade da pessoa humana é um princípio que contém um conjunto de valores, onde seu “núcleo elementar é composto do mínimo existencial” que está além do objetivo de sobrevivência e sim que oportunize ao indivíduo o “desfrute de liberdade”. Para o autor, os elementos deste núcleo consistem “em razoável consenso de que inclui: renda mínima, saúde básica e

²⁷ ZOCKUN, Carolina Zacaner...*Op. cit.* p. 211.

²⁸ GONÇALVES, Heloisa Alva Cortez; LOPES...*Op. cit.* p.135-139.

²⁹ SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p.334.

³⁰ SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. Disponível em: [http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html). Acesso: 12 de agosto de 2015.

³¹ WANDELLI, Leonardo...*Op. cit.* p. 143.

³² HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo Existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileira**. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). **Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade**. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 205-240, p. 211.

educação fundamental. Há, ainda, um elemento instrumental, que é o acesso à justiça, indispensável para a exigibilidade e efetivação dos direitos”.³³

Partimos de outra discussão doutrinária quanto ao conteúdo que compõe o mínimo existencial, que pode ser modificado no tempo e no espaço, porém existem duas correntes doutrinárias acerca do tema: uma defende que o conteúdo é definido no caso concreto e a outra que entende que deve ser apreciado um “rol constitucional preferencial”. A primeira corrente é a posição dominante, porém se entende que não é a mais acertada, pois “variações indiscriminadas da sua especificação ao sabor do intérprete, a depender do caso concreto, prejudica a funcionalidade operacional do instituto”.³⁴

Por opção metodológica não será aprofundada esta discussão, porém, salienta-se que a adoção de critérios vagos causa problemas até mesmo quanto a judicialização³⁵ do mínimo existencial, o que vai contra a criação deste instituto, que objetiva a aplicabilidade imediata dos direitos sociais que compõe o mínimo existencial.³⁶

Adepta da corrente do rol constitucional preferencial³⁷, Ana Paula de Barcellos defende que o mínimo existencial é composto por quatro elementos: educação básica, saúde básica, assistência social e acesso à justiça, sendo que os primeiros têm caráter material e o último instrumental.³⁸ Outros autores incluem o direito à moradia, renda mínima, e Ingo Sarlet inclui “**aspectos essenciais do direito do trabalho e da proteção do trabalhador**”.³⁹

Adota-se o posicionamento de Carolina Zancaner Zockun para quem o direito ao trabalho compõe o mínimo existencial, vez que por meio do trabalho é que o indivíduo garante sua existência mínima, o trabalho está diretamente ligado à vida, e o desemprego retira a possibilidade de sobrevivência do indivíduo, que é excluído da sociedade.⁴⁰ Este quadro se agrava dentro da sociedade capitalista, pois, repita-se, o direito social ao trabalho é fator de integração ou exclusão do indivíduo na sociedade, e, mais, tem o condão de minimizar os efeitos da exploração das relações de trabalho, a fim de humanizá-las.⁴¹

³³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo. *Revista EurolatinoAmericana de Derecho Administrativo*, Santa Fé, v. 1, n. 2, p. 247-254, jul./dic. 2014, p. 248.

³⁴ WANDELLI, Leonardo...*Op. cit.*, p. 143.

³⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo Existencial**...*Op. cit.* p. 215.

³⁶ A judicialização consiste no resultado de um processo histórico, típico do constitucionalismo democrático, que tem por base, notadamente, múltiplos fatores, tais como a centralidade da Constituição e sua força normativa, associada a aspectos como o caráter principiológico, a supremacia e a dimensão objetiva dos direitos fundamentais (que, ao tomá-los como vinculantes, resulta em conceitos como a *Austrahlungswirkung*¹⁷ e a *Drittwirkung*¹⁸), que, somados, conduzem a uma ampliação e a uma transformação da natureza da atuação da jurisdição constitucional, conforme já referido no item anterior. Sua principal característica reside, portanto, em um protagonismo do Judiciário, que resulta de uma confluência de fatores que conduzem a uma transferência de decisões estratégicas sobre temas fundamentais (tradicionalmente reservadas à esfera política e deliberativa) a este Poder, fazendo com que o direito seja, cada vez mais, um direito judicial, construído, no caso concreto, pelos magistrados. (LEAL, Monica Clarissa Henning. Corte Interamericana de Derechos Humanos e jurisdição constitucional: Judicialização e ativismos judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 1, n. 3, 2014, set/dez. p. 123-140, p. 128.

³⁷ HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo Existencial**...*Op. cit.* p. 216.

³⁸ *Ibidem*, p. 217.

³⁹ BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 302.

⁴⁰ HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo Existencial**...*Op. cit.* p. 214.

⁴¹ ZOCKUN, Carolina Zacaner...*Op.cit.*, p. 209-210.

⁴¹ MENDES, Maria da Conceição Meirelles. **Os Direitos Sociais Trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social**. (Dissertação) UNIFOR. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111243.pdf>. Acesso em: 01 jun 2015, p. 182.

Como já descrito, cabe ao Estado atuação indireta quanto à promoção do direito ao trabalho, lhe cabendo à responsabilidade de criar políticas públicas.⁴² Tais políticas devem ter o papel de contribuir para o desenvolvimento social como um todo e combater às causas das privações de liberdade que impedem que os indivíduos desenvolvam suas capacidades e a sua condição de agente ativo na sociedade.⁴³

Dessa forma, as políticas públicas nos ambientes laborais devem fomentar o desenvolvimento, o pleno emprego, à valoração do trabalho e proteção e qualificação do trabalhador, à criação de normas protetivas por parte do legislador, assim como por parte do judiciário cabe a atuação contra normas e políticas que violem o texto constitucional e o direito social ao trabalho.⁴⁴

Ainda, cabe ao Estado criar instrumentos de alocação de empregos como o Sistema Nacional de Emprego, de amparo ao trabalhador em momentos de desemprego como é o caso do seguro desemprego que é constitucionalmente garantido aos trabalhadores em caso de dispensa involuntária.⁴⁵

Mas também, segundo Carolina Zockun “em casos de relevante interesse coletivo”, e se houver preenchimento de pressupostos constitucionais em momento de grave desemprego, o Estado pode vir a atuar diretamente criando vagas de emprego pelas chamadas “frentes de trabalho”^{46/47}. Este modelo de programa teve origem em 1970 na região Nordeste, com o objetivo de mitigar os pesados efeitos da seca, em conjunto com demais programas criados pela Superintendência do Desenvolvimento do Nordeste⁴⁸, onde trabalhadores são contratados para prestarem determinados serviços à entidade federativa que lhe contrata, mediante pagamento de bolsa-auxílio, auxílio deslocamento, cartão alimentação, sendo em tese obrigados a participarem de curso de qualificação.

Com fundamento nos ensinamentos de Carolina Zancaner Zockun, com base em Ingo Sarlet, e das premissas aqui já estipuladas de **direito ao trabalho como primeiro direito fundamental, capaz de satisfazer as necessidades do indivíduo, defende-se que este compõe o conteúdo do mínimo existencial**. Afinal, é o trabalho o elemento essencial para o empoderamento do indivíduo e a possibilidade de que cada indivíduo seja um agente ativo⁴⁹ e transformador de sua própria realidade.

Eurico Bittencourt entende que os indicativos para o mínimo existencial podem ser extraídos do texto constitucional como o art. 7º, IV, da Constituição de 1988, que

⁴² As políticas públicas devem fundamentar-se na inclusão social com atenção ao desenvolvimento, e, sobretudo direcionar a pessoa humana como centro, numa perspectiva constitucional e em conformidade com o modelo de Estado, de acordo com José Justo Reyna. REYNA, Justo José. La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 35-89, abr./jun. 2014, p. 38.

⁴³ ZAMBAM, Neuro José Zambam; KUJAWA, Henrique Aniceto. As políticas públicas ... *Op. Cit.* 65.

⁴⁴ ZOCKUN, Carolina Zacaner....*Op. cit.*, p. 212.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 212-213.

⁴⁶ Existem vários programas de frente do trabalho, uma deles é Programa Emergencial de Auxílio Desemprego, que foi objeto de análise e severas críticas no artigo Frentes De Trabalho E A Violação De Direitos Sociais Do Trabalhador: Controle Externo E Social Como Alternativa. (Aceito para Publicação na Revista de Derecho Eurolatinamericana de Derecho Administrativo).

⁴⁷ ZOCKUN, Carolina Zacaner...*Op. cit.*, p. 214.

⁴⁸ GAMBÁ, Juliane. Caravieri Martins. Frentes de Trabalho *versus* Direito Fundamental ao Trabalho Digno: Redimensionamento (Urgente) das Políticas Públicas. In: Jorge Luiz Souto Maior; Bassfeld Gnata. (Org.). *Trabalhos Marginais*. 1ed. São Paulo: LTr, 2013, v. 1, p. 300.

⁴⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das letras, 2000, p. 334.

dispõe sobre o “salário mínimo (...) capaz de atender às suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social”.⁵⁰

O posicionamento do autor corrobora com o entendimento defendido neste artigo de que o direito ao trabalho compõe o conteúdo do mínimo existencial, que pode oferecer ao indivíduo condições mínimas de atender suas necessidades. Dentro de um contexto de escassez de recurso, torna-se ainda mais importante a defesa do direito ao trabalho e à proteção dos trabalhadores como componente do mínimo existencial. Para isso é preciso observar a natureza jurídica do direito ao mínimo existencial.

Existem, igualmente, duas correntes; uma que defende o mínimo existencial como regra, denominada de mínimo existencial definitivo, e outra que defende como princípio, denominada mínimo existencial *prima facie*. Adota-se a primeira corrente que observa que o mínimo existencial deve prevalecer em se tratando de qualquer outro argumento, notadamente, os mais evocados: reserva do possível, separação de poderes.⁵¹

Quanto à reserva do possível se trata da ideia dentro de um contexto de escassez de recursos que justifica a impossibilidade de que todos os direitos sejam satisfeitos, sendo assim, a atuação estatal está sujeita às suas possibilidades financeiras, sendo obrigado a realizar os direitos fundamentais na medida em que disponha de recursos necessários para tanto.⁵²

De forma extremamente equivocada a reserva do possível é invocada pelo judiciário em casos, onde vigoram questões de direitos atinentes ao mínimo existencial.⁵³ Para Daniel Wunder Hachem nenhum argumento deve prevalecer em detrimento do mínimo existencial.⁵⁴

Com posicionamento esclarecedor os adeptos da teoria do mínimo existencial como REGRA afirmam que se há escassez de recursos, isso não pode afastar uma regra, pois é inadmissível que não haja recursos para satisfação do mínimo, sendo assim, houve aplicação errônea de recurso, por meio de decisão política ou escolha do legislador.⁵⁵

Rafael Arruda de Oliveira realiza tratativa quanto à má locação de recursos e não concretização de direitos sociais, contextualizando seus argumentos com outras situações que ocorreram como em 2011, em que houve inúmeras reduções de gastos por parte do governo em decorrência de alegada crise. Segundo o autor, naquele momento o Brasil não se encontrava em crise, ao contrário, o que comprova que a situação de escassez remete-se muito mais a má alocação de recursos, visto que o “governo gasta muito mal os recursos de que dispõe”.⁵⁶

⁵⁰ NETO BITENCOURT, Eurico. **O Direito ao mínimo para uma existência digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010, p. 121-122.

⁵¹ HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo Existencial** ...*Op. cit.* p. 224.

⁵² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais** ...*Op. cit.* p. 91.

⁵³ HACHEM, Daniel Wunder. **A maximização**...*Op. cit.* p. 364

⁵⁴ *Ibidem*, p. 362.

⁵⁵ HACHEM, Daniel Wunder. **Mínimo Existencial**...*Op. cit.* p. 205-240. p. 224.

⁵⁶ OLIVEIRA, Rafael Arruda. **Não Concretização dos direitos sociais: o que há por trás da escassez de recursos**. **A & C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional**. Ano 3, n. 11, jan/mar. 2012, p. 240 e 252-253.

Nesta esteira, importante citar o posicionamento sensível do professor Romeu Bacellar vez que Milhões de reais são destinados à publicidade estatal e promoção pessoal dos governantes, “(...) inúteis e caríssimos projetos que – em afronta à inteligência da sociedade (...) dividendo políticos e retribuição de promessas eleitoreiras”, enquanto hospitais encontram-se em condições de calamidade, sem estrutura e medicamentos. Portanto, é preciso cobrar dos eleitos “cada vez com maior intensidade e substância uma atuação que combine com os discursos proferidos nos palanques eleitorais”.⁵⁷

Porém, a alegação de faltas de recursos para a não satisfação de direitos sociais é absolutamente comum, assim como a restrições de direitos, este discurso se inflama em momentos de crise e o princípio da proibição do retrocesso social é violado constantemente.

A partir disso, e sobretudo, tendo em vista o conteúdo de mínimo existencial e sua sobreposição a reserva do possível, salutar aprofundar análise que provoque reflexão em torno da crise econômica, especialmente seus reflexos negativos quanto ao retrocesso social. O próximo capítulo é destinado à abordagem do discurso da falta de recursos que se inflama em épocas de crise.

3. CRISE ECONÔMICA E DIREITOS SOCIAIS: O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO RESPOSTA

O Estado tem o dever de proteção dos direitos sociais, porém quando há um contexto de crise econômica, há um corte e reestruturação imediata no que se refere à proteção social.⁵⁸ Porém, em ambientes de crise o número de pessoas que precisam de proteção social aumenta enormemente, por exemplo, há em toda a Europa aumento de gastos por habitante quanto à satisfação destes direitos, especialmente com relação à saúde.⁵⁹ É importante observar que toda crise econômica é uma crise social.⁶⁰

Porém, embora os direitos sociais legitimem o Estado Social, estes são os primeiros direitos sacrificados, mesmo em se tratando de frutos de conquistas épicas mundiais, os direitos sociais são cada vez mais violados em tempos de crises.⁶¹ ⁶² Denota-se que transformações e adaptações no direito do trabalho as próprias realidades econômicas e sociais são inevitáveis, e quando feitas sob a égide de estudos, são desejáveis,

⁵⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe...*Op. cit.* p. 253.

⁵⁸ MEDERO, Gema Sánchez; GARCIA, Rubén Tamboleo. Política y Derechos Sociales em Tiempos de Crisis En España. *Revista Castellano-Machega de Ciencias Sociales*. Disponível em: http://silente.es/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/15.bar_15.medero.format.net_2013.pdf. Acesso em: 4 de agosto de 2017, p. 244.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 245-246.

⁶⁰ HERBST, K. K.; DUARTE, F. C. A nova regulação do sistema financeiro face à crise econômica mundial de 2008 *Rev. Direito Econ. Socioambiental*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 16-38, jul./dez. 2013, p. 26

⁶¹ MEDERO, Gema Sánchez; GARCIA, Rubén Tamboleo...*Op. cit.*, p. 245-246.

⁶² Quanto ao sacrifício dos direitos sociais dos trabalhadores no Brasil será tratado no item 4, porém observa-se que em outros países este fenômeno também tem acontecido como, por exemplo, na Itália que desde de 2014 tem passado por diversas modificações juslaborais. REGO, Andrea. Itália reforma lei trabalhista para facilitar licenciamento; Brasil Euro. Disponível em: <<http://brasileuro.info/politica/italia-reforma-lei-trabalhista-para-facilitar-licenciamento/>>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

entretanto, não é possível aceitar que tal transformação represente uma inversão da essência protecionista do direito laboral.⁶³

Os direitos sociais, de fato são mais afetados pela crise econômica, assim como os direitos de liberdade e garantias em sua “dimensão positiva”.⁶⁴ Os reflexos também podem ser sentidos na dimensão negativa vez que o Estado passa a intervir de maneira a restringir direitos como o de propriedade com aumentos de tributos, por exemplo.⁶⁵

Tendo em vista o caráter de jusfundamentalidade dos direitos sociais não há como reduzir sua eficácia exclusivamente ao legislador, pois não se tratam de “direitos atribuídos pela lei”, até porque as normas que estabelecem os direitos sociais na Constituição de 1988 não são programáticas e sim normas que estabelecem dever jurídico de legislar.⁶⁶

O direito social ao trabalho e os direitos dos trabalhadores, via de regra, são os primeiros a perceberem restrições, por meio do discurso da flexibilização, onde por diversos setores há a defesa da total flexibilização das normas trabalhistas e até mesmo a total desregulamentação⁶⁷; enquanto setores vinculados à defesa dos direitos dos trabalhadores são contrários a esta ideia.⁶⁸

Embora observe-se que as relações de trabalho e emprego apresentaram novas formas, em decorrência do fenômeno de globalização e as condições clássicas de vínculo de emprego precisem ser revistas, entende-se que a defesa da flexibilização desenfreada, e, pior ainda, a desregulamentação, é uma afronta aos direitos sociais dos trabalhadores, que como já escrito são dotados de jusfundamentabilidade.

Segundo Wilson Ramos Filho a desregulamentação surge por “força de algumas propostas ideológicas que, criticando a interferência estatal e o excesso de leis passará a postular uma desregulamentação do mercado do trabalho”. Já no século XXI a desregulamentação não significa que o Estado deixe de regular a “venda da força do trabalho” mas que regule de forma distinta, em benefício da classe empresarial.⁶⁹ Este esclarecimento é de suma importância especialmente quando tratarmos no item posterior da terceirização.

Verifica-se atualmente um verdadeiro “mercado dos produtos legislativos” que é entendido como a utilização do ordenamento jurídico trabalhista com o viés de satisfação das vontades e necessidades do mercado financeiro.⁷⁰

⁶³ PADILHA, Viviane Herbst. **Direito do trabalho na crise ou a crise do direito do trabalho?** In: Direito material e processual do trabalho/Maria Cecília Máximo Teodoro...[et al], coordenadores. São Paulo: LTr, 2017, p. 128.

⁶⁴ CROIRIE, Benedita Mec. **Os direitos Sociais em crise?** Disponível em: http://icjpt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrodp_31out2013a.pdf. Acesso em: 12.08.2015, p. 33.

⁶⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁶⁶ NETO BITENCOURT, Eurico. ...*Op. cit.*, p. 159.

⁶⁷ RAMOS FILHO, Wilson. ...*Op. cit.*, p. 49.

⁶⁸ PINTO, Flavia Aguiar Cabral Furtado. **Os Direitos Fundamentais Sociais dos Trabalhadores como Limites ao Princípio da autonomia da vontade e a Flexibilização das Relações de Trabalho no Estado Democrático de Direito.** Fortaleza, 2012. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza (UNIFOR). p. 85

⁶⁹ RAMOS FILHO, Wilson. ...*Op. cit.*, p. 49.

⁷⁰ AMADO, João Leal. Dinâmica das relações de trabalho nas situações de crise. **Revista do Ministério Público**, ano 30, n.120, p.187-100, 2009.

Para flexibilização e desregulamentação a fala pregada é a criação de novos empregos, porém, a experiência mostra que este discurso, aliados ao desemprego, geram o subemprego e a precarização do direito ao trabalho.⁷¹

Partindo destes pressupostos é preciso analisar que “resposta (...) podemos encontrar para a defesa dos direitos sociais”, especialmente em tempos de crise, segundo Benedita Coire é necessária recorrer à jurisprudência do Tribunal Constitucional português que é considerada equilibrada, mas também acusada de ativismo judicial exagerado.⁷² O primeiro ponto a ser discutido refere-se ao retrocesso social, eis que se em tempos de crise o legislador restringe um direito anteriormente estabelecido, situação está que não é considerado inconstitucional por este Tribunal, por outro lado, a proibição do retrocesso social é entendida como princípio de concretização dos direitos fundamentais.⁷³

Tal princípio, não se encontra expresso na Constituição brasileira mas pode ser fundamentado como princípio implícito,⁷⁴ como tantos outros princípios existentes no ordenamento constitucional brasileiro. Nesta esteira, Ingo Wolfgang Sarlet ressalta que o princípio da proibição do retrocesso social está implícito no ordenamento constitucional, e decorre dos seguintes princípios: “a) do Estado Democrático e Social de Direito (...); b) do princípio da dignidade da pessoa humana (...); c) do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (...)”.⁷⁵

A proibição do retrocesso social visa proteger a máxima efetividade das leis que regulamentem direitos sociais de “legislador futuro”, permitindo assim resguardar as conquistas já afirmadas.⁷⁶ Este sempre foi um alerta trazido por Alexy que menciona que os “direitos fundamentais são posições tão importantes que a decisão sobre garantir ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples”.⁷⁷

Conforme esta concepção formal, as normas de direitos fundamentais definem o que o legislador legitimado democraticamente pode e aquilo que ele não pode decidir, ou seja, elas representam proibições e deveres que restringem a liberdade do legislador e são também normas negativas de competência (limitam a competência do legislador). Este princípio torna-se mais conhecido no Brasil, após a CF/88, pelo cenário de ampliação de direitos catalogados e da eficácia limitada de algumas normas constitucionais.

Em termo mais conceitual, Luísa Cristina Pinto e Netto define que o “princípio de proibição do retrocesso social é norma jusfundamental adstrita, de natureza principal que proíbe o legislador a supressão ou **alteração** das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia”.

⁷¹ ZOCKUN, Carolina Zacaner. ...*Op. cit.*, p. 208-209.

⁷² CROIRIE, Benedita Mec. ...*Op. cit.*, p. 34.

⁷³ *Ibidem*, p. 35.

⁷⁴ NETTO E PINTO, Luísa Cristina. **O Princípio de Proibição do Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. ...*Op. cit.*, p. 449.

⁷⁶ SHIER, Adriana da Costa Ricardo. **Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social**. Universidade Federal do Paraná (Tese Doutorado). p. 152.

⁷⁷ ALEXY, Robert...*Op. cit.*, p. 446.

Um alerta importante trazido pela autora é de que o princípio é uma norma que protege a eficácia dos direitos fundamentais sociais.⁷⁸

A aceitação da proibição do retrocesso social como princípio não é pacificada na doutrina, Jorge Reis Novaes entende a importância da construção da proibição do retrocesso social na Alemanha e a função que lhe foi proposta naquele momento, tendo em vista que os direitos sociais não foram expressos como jusfundamentais na Constituição Alemã, agindo assim como fundamental garantia destes direitos. Ocorre, segundo o autor que esta “fórmula” recebeu aderência mundial, mesmo em países que elevaram os direitos sociais como fundamentais.⁷⁹ É o caso do Brasil, para o autor proibição do retrocesso social não é um princípio constitucional e jurídico, e não se justifica em países que incluíram os direitos fundamentais como jusfundamentais, assim, para o autor se aplicaria a teoria de restrições de direitos, apenas.⁸⁰

Em que pese compreenda-se o posicionamento do autor, adota-se a ideia de que a proibição do retrocesso social é princípio que protege os direitos sociais, e no caso em que seja necessário algum tipo de retrocesso deve haver limite “quando o legislador vem introduzir alterações à lei que veio densificar a norma constitucional de direitos sociais, a alteração legislativa posterior deve ser controlada, tendo em atenção o respeito pelos princípios constitucionais fundamentais.”⁸¹

Importante destacar o que afirma Ingo Wolfgang Sarlet, vez que existem casos em que é preciso proteger o cidadão contra medidas que diminuam seus patrimônios jurídicos que decorrem de “posições jurídicas não consolidadas”, isto é, em casos em que a lei venha a “regulamentar um mandamento constitucional, ao instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.⁸²

Quanto a este aspecto, Adriana Ricardo Shier em sua tese de doutoramento ensina que a doutrina se divide em dois posicionamentos, sendo que Ana Paula de Barcellos e Roberto Barroso acompanham o entendimento elencado acima, em que é princípio do retrocesso social se estende à legislação infraconstitucional de todos os direitos constitucionais. Ao passo que Felipe Derbli defende que o princípio só será aplicado em legislação relativa aos direitos sociais, pois seria incompatível a aplicação deste em normas referentes ao direito de liberdade.⁸³

Em decorrência da brevidade e do recorte metodológico do presente não será discutida profundamente esta divergência, até porque o objeto de estudo são os direitos sociais, especificamente direito ao trabalho, mas importante explicar ao leitor que se adota a vedação do retrocesso social como um princípio.

Os ensinamentos de Daniela Muradas contribuem enormemente a esse trabalho, pois a autora estuda o princípio do retrocesso social no Direito do trabalho. De acordo

⁷⁸ NETTO E PINTO, Luísa Cristina. **O Princípio de Proibição do Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113.

⁷⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Portugal: Coimbra Edita. 2010. p. 240-241.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 243-244.

⁸¹ CROIRIE, Benedita Mec. ...*Op. cit.*, p. 44.

⁸² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p. 443.

⁸³ SHIER, Adriana da Costa Ricardo. ...*Op. cit.*, p. 159.

com seus ensinamentos, entende-se este como um “princípio muito caro” aos direitos dos trabalhadores em suas multidensões, isso porque pode ser observado pela perspectiva de efetividade dos direitos já garantidos pelo ordenamento, bem como pela ideia da proteção contra alteração desses direitos de forma negativa, **que decorre da progressividade**⁸⁴ também elencada por Novaes, Bittencourt e Luisa Netto.

Ainda, há de se falar do princípio do não regresso que está relacionado ao aperfeiçoamento do ordenamento, as melhorias de condições e também ao princípio da norma mais favorável, que é uma das premissas do Direito do Trabalho, ao passo que o princípio da progressividade que surge no plano dos humanos, com foco nos Direitos Sociais Econômicos, e culturais.⁸⁵

A primeira vez que se tratou do princípio da progressividade no plano internacional foi na Declaração dos Direitos do Homem de 1948, e na OIT também há previsão do princípio da progressividade e não retrocesso das condições sociais dos trabalhadores, inclusive uma das bandeiras de lutas da organização é o “progresso da legislação laboral” de todas as nações.⁸⁶

A progressividade foi recepcionada na CFRB/88 no artigo 4º, II, por meio da prevalência dos direitos humanos, do artigo 5º, § 2º; quanto aos direitos sociais dos trabalhadores, também houve esta preocupação, ao passo que estabeleceu-se no artigo 7º, caput, que além dos direitos fundamentados ali estabelecidos não há prejuízos de outros “que visem a melhoria de sua condição social”.⁸⁷ Os direitos humanos integram o direito interno de um Estado, por meio de tratados recepcionados pelo ordenamento, o que fortalece os direitos dos cidadãos, numa visão de que os homens estão inseridos em seus Estados mas também dentro de uma comunidade internacional.⁸⁸

No que se refere ao princípio do não retrocesso, segundo Muradas, também é estabelecido na CFRB/88 como pelo artigo 60, § 4º, que proíbe a possibilidade de emendar em situações que versem sobre direitos fundamentais, isto porque os direitos fundamentais são cláusulas pétreas.⁸⁹

Defende-se o princípio da vedação do retrocesso social amparado na supremacia da Constituição Federal e seus princípios, pela eficácia dos direitos fundamentais. Todavia é imprescindível elencar que não há uma prevalência absoluta e que há casos de afastamento.⁹⁰ Eis que, “nem tudo que é proibido *prima facie*⁹¹ por este mandado de otimização resta proibido definitivamente quando em confronto com as demais normas do sistema; ultrapasse, assim, um forte argumento contrário a aceitação do princípio”.⁹²

⁸⁴ MURADAS, Daniela. O Princípio da Vedação do Retrocesso Social no Direito Coletivo do Trabalho. **Revista Síntese Trabalhista**. n. 262. Abril 2011. p. 85.

⁸⁵ Idem.

⁸⁶ Ibidem, p. 88.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ MASSIMINO, Leonardo F. La Intervencion estatal, la regulacion econômica y el poder de policia: analy e tendências. **Revista Direito Econômico e Socioambiental**. Curitiba, v. 6, n. 1, p. 36-63, jan/jun 2015, p. 58.

⁸⁹ MURADAS, Daniela...*Op. cit.*, p. 40

⁹⁰ NETTO E PINTO, Luísa Cristina. ...*Op. cit.*, p. 167 e 194.

⁹¹ Neste ponto adota-se posicionamento de Robert Alexy para quem os princípios são mandamentos de otimização. (ALEXY, Robert. ...*Op. cit.*, p 669).

⁹² NETTO E PINTO, Luísa Cristina. ...*Op. cit.*, p. 233.

Desde que fique vedado ao legislador retroceder de forma desproporcional a legislação que versa sobre determinado direito social, que por serem previstos na CFRB tratam-se de direitos subjetivos, devendo observar o princípio da proporcionalidade (se a medida a ser adotada é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito), sob pena de ser arbitrária, conforme explica Felipe Derbli⁹³ e reafirmado por Eurico Bittencourt.⁹⁴

Voltando à ideia trazida por Sarlet sobre patrimônio jurídico, os direitos constitucionalmente estabelecidos para trabalhadores e que compõem este patrimônio não podem ser “simplesmente suprimidos”.⁹⁵ No que se refere à proporcionalidade em sentido amplo, há que observar criticamente, pois se mostra como meio ineficiente de proteção, devendo atentar-se ao princípio que lhe compõem, segundo Luisa Netto, são eles pertinência, necessidade e igualdade em sentido estrito, para que assim o retrocesso se justifique.⁹⁶

Em resumo, pertinência versa sobre a “conformidade do meio a fim perseguido, já a necessidade com refere-se à “extensão medida em conformidade com o fim, e por último a proporcionalidade em sentido estrito “a utilização de meios adequados à luz do conjunto do interesse em jogo”.⁹⁷ Desta forma, visando “mandado de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa”. Mas, acima de tudo, resguardando os direitos já garantidos, o que demonstra a importância do princípio da proibição do retrocesso social, especialmente “naquilo que se está a preservar o mínimo existencial”.⁹⁸

Assim como já descrito em item anterior, evoca-se o princípio da proibição do retrocesso social especialmente quando estão em xeque direitos que compõem conteúdo do o mínimo existencial.⁹⁹ Nesta senda posiciona Eurico Bittencourt, para quem o reconhecimento do direito ao mínimo existencial permite identificar que determinadas dimensões de direitos a prestações têm aplicabilidade direta e, em regra, não se condicionam pela reserva do possível, quando esteja em risco uma existência humana digna, ou o respeito pela dignidade inerente à vida humana.¹⁰⁰

É neste sentido o principal fundamento do trabalho, pois ao entendermos o direito ao trabalho como um dos elementos que compõem o mínimo existencial, nenhum argumento, ao menos infundado e sem avaliação e compensação prévia, que tenda a lhe restringir terá forças para tal.

Porém, de 2015 a 2017 o governo Federal alegando medidas de combate à crise econômica realizou ajustes fiscais e diversas alterações de lei que desencadearam

⁹³ DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 34.

⁹⁴ Segundo o autor assim como os “direitos sociais estão condicionados a questões econômicas também podem estar submetidos a regulamentados por meio de legislação infraconstitucional, onde o legislador está sujeito ao dever de legislar; só admitir retrocesso na legislação já existente em casos que se comprove “adequação, proporcionalidade”, e com observância ao mínimo; e progressividade com o objetivo de bem estar”. (BITTENCOURT NETO, Eurico...*Op. cit.*, p. 160.

⁹⁵ MURADAS, Daniela...*Op. cit.*, p. 90.

⁹⁶ NETTO E PINTO, Luisa Cristina. ...*Op. cit.*, p. 202.

⁹⁷ Idem.

⁹⁸ SARLET, Ingo; FIGUEIREDO, Mariana. **Reserva...*Op. cit.* (sem paginação)**.

⁹⁹ SHIER, Adriana da Costa Ricard. *Op. cit.*, p. 151.

¹⁰⁰ BITTENCOURT NETO, Eurico Bittencourt. *Op. cit.*, p. 157-158.

inúmeros retrocessos a direitos sociais e violações ao princípio da proibição do retrocesso social, eis que atingiram o direito ao trabalho, isto é, e o argumento da reserva do possível foi adotado em detrimento a regra do mínimo existencial.

4. SACRIFÍCIO AOS DIREITOS DOS TRABALHADORES NO BRASIL de 2015 a 2017: AJUSTE FISCAL, TERCEIRIZAÇÃO E REFORMA TRABALHISTA

Nos anos de 2015 houveram diversas mudanças legislativas que retrocederam direitos sociais dos trabalhadores. Todas as restrições decorreram de ajustes fiscais consideradas necessárias para redução de gastos como medida de enfrentamento da crise econômica. Foram objetos de mudanças o período de concessão do seguro desemprego, abono salarial¹⁰¹, auxílio-doença, pensão por morte¹⁰². Ainda houve aprovação pela câmara da PL 4330 que visa à ampliação da terceirização. Já em 2017, o presidente Michel Temer apresentou ao Plenário do Senado Federal o projeto de lei complementar nº 38/2017¹⁰³, posteriormente seria intitulado de “reforma trabalhista” que foi emendado e efetivamente aprovado e sancionado na data de 11 de novembro de 2017, sob a intitulação de Lei nº. 6.787/2017.

Para uma análise cronológica é possível a explanação em três momentos: a) ajuste fiscal de 2014; b) alterações na terceirização de 2015; c) a reforma trabalhista de 2017; os pontos serão analisados brevemente e serão evidenciados os principais pontos para a efetivação do presente estudo.

a) ajuste Fiscal de 2014: Com o objetivo de conter gastos, na data do dia 30 de dezembro de 2014 foram editadas as Medidas Provisórias 664 e 665, que fixaram novas regras para o recebimento de benefícios previdenciários.

Quanto ao abono salarial disposto pela lei 7.998/1990, *a priori* a mudança consistiu em aumento de dias trabalhados com atividade remunerada no ano base para sua concessão, antes de 30 dias e, após a MP, 180 dias. Em relação ao seguro desemprego, a alteração trazida pela MP refere-se ao período de carência para a concessão do

¹⁰¹ Como já mencionado todas as mudanças foram realizadas em decorrência de ajuste fiscal: Segundo o Ministro da Casa Chefe a justificativa para a mudança do seguro desemprego seria a enorme destinação de recursos do FAT, vez que em 2013, as despesas com abono salarial e seguro desemprego somaram R\$ 31,9 bilhões e R\$ 14,7 bilhões, respectivamente. Por sua vez, a intermediação de mão de obra registrou um investimento de apenas R\$ 117,2 milhões nesse mesmo período. Diante dessa distorção, fica claro que tão importante quanto a criação de um programa é o seu redesenho, afinal de contas, a sua própria efetividade é determinante para que o público-alvo seja revisto ao longo do tempo. Nesse contexto, torna-se necessário reduzir as despesas do FAT com políticas passivas para investir no fortalecimento das políticas ativas, pois estas têm impacto direto no aumento da produtividade do trabalhador e da economia, o que gera maiores ganhos de bem-estar para toda a população no longo prazo. (<http://jus.com.br/artigos/35885/a-inconstitucionalidade-da-medida-provisoria-n-665-2014-em-face-da-afronta-ao-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social>).

¹⁰² Segundo o ministro da Previdência Social, Carlos Eduardo Gabas “é preciso ter em mente que a previdência é um compromisso que se assume para o futuro e por isso as normas precisam passar por revisões que garantam a sua sustentabilidade (...) aumentou em 30 milhões, entre 2003 e 2013; o aumento real de 73% do salário mínimo, de 2003 a 2014; o aumento da expectativa de vida (ou seja, desde o nascimento) dos brasileiros que passou de 62,5 anos para 74,9, entre 1980 e 2013; além do crescimento registrado na sobrevivência (relacionada com o tempo do benefício), que subiu em média 4,4 anos em 13 anos. BRASIL, Secretaria da Previdência. **LEGISLAÇÃO: Regras do auxílio-doença e pensão por morte da MP 664 passam a valer**. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2015/02/legislacao-regras-do-auxilio-doenca-e-pensao-por-morte-da-mp-664-passam-a-valer>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

¹⁰³ BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar nº 38.2017**. Disponível em:<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>> Acesso em 11 de outubro de 2017.

benefício seguro desemprego: a) 18 meses - 1º pedido; b) 12 meses - 2º pedido c) 6 meses - a partir do 3º pedido.¹⁰⁴

Após sancionamento da Lei sob n. 13.134/2015 alguns requisitos das MPs foram alterados e outros vetados. O abano salarial permaneceu em 30 dias, mas com pagamento proporcional (artigo 7º), o seguro desemprego de fato teve seu período de concessão modificado, porém da seguinte forma: a) pelo menos 12 (doze) meses nos últimos 18 (dezoito) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da primeira solicitação b) pelo menos 9 (nove) meses nos últimos 12 (doze) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando da segunda solicitação; e c) cada um dos 6 (seis) meses imediatamente anteriores à data de dispensa, quando das demais solicitações.

O auxílio-doença que era de 91% do salário do segurado, observado o teto salarial do INSS, de responsabilidade da empresa durante 15 dias e depois do INSS, após a alteração o valor do benefício é média das 12 últimas contribuições do segurado, mas a empresa continua apenas os primeiros 15 dias, o que demonstra que as alterações em face aos direitos dos trabalhadores.

A pensão por morte também foi alvo de alterações as contribuições devem ter sido no mínimo de 18 meses, devendo haver comprovação de no mínimo 2 anos de casamento ou união estável, com o pagamento de 50% do benefício, isto é uma redução de 50 % da regra anterior, adicionando-se 10% por cada dependente, até o limite de 100%, e sendo adimplido de acordo com a expectativa de sobrevivência do cônjuge.

O partido Solidariedade (SD), a Confederação Nacional dos Trabalhadores Metalúrgicos (CNTM) e a Força Sindical ajuizaram no Supremo Tribunal Federal Ações Diretas de Inconstitucionalidade, sob n. 5230 e 5232 em face destas medidas, em ambas ações, o partido e as entidades sindicais sustentam que a edição das MPs não cumpre o pressuposto de urgência e afrontam a proibição do retrocesso social.¹⁰⁵

A nova regra passou a vigorar em março de 2015 e, embora tenha sido objeto de grande discussão e de luta por parte da classe trabalhadora, segundo Ilse Lora “prevaleceu entendimento de que os direitos fundamentais não são absolutos, submetendo-se a reserva legal expressa, quando existente, ou ainda podem sofrer limitações quando em confronto com outros valores consagrados pela Constituição Federal”. E defende que esta foi uma medida adequada para o momento atual e que inibe tentativas propositais de ruptura contratual e de pedidos de demissão indireta na justiça do trabalho.¹⁰⁶

b) alterações na terceirização de 2015: as mudanças realizadas sobre a terceirização geraram e geram intensas discussões, uma vez que é exemplo típico de forma de flexibilização e desregulamentação dos direitos dos trabalhadores. Segundo Ricardo

¹⁰⁴ LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Seguro-desemprego e a (in)constitucionalidade da medida provisória nº 665/2014. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v.25, n.309, p. 25-35, mar. 2015, p. 27-28.

¹⁰⁵ LORA, Ilse Marcelina Bernardi...*Op. cit.*, p. 26

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 31

Antunes, este instituto define “trabalhadores de primeira e segunda categoria¹⁰⁷, como porta para o trabalho análogo ao de escravo”.¹⁰⁸

Durante muitos anos a súmula 331 do TST foi quem regulou as relações da terceirização estipulando dentre várias questões que: (III) – “Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância 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; IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. VI – A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”.¹⁰⁹

Ou seja, a terceirização só era permitida em casos de atividade meio¹¹⁰ e que implicaria em responsabilidade subsidiária ao tomador de serviço e em caso de comprovada terceirização ilícita, responsabilidade solidária. Com a PL n. 4330 há ampliação destas atividades meio e fim, assim como se permite a subcontratação, que é um dos grandes mecanismos para utilização de trabalho análogo ao de escravo, e, ainda, retira a responsabilidade solidária por parte do tomador de serviço, e acrescenta possibilidade de ação regressiva, por parte dos mesmos,¹¹¹ ou seja, regras que beneficiam apenas e tão somente os empresários.

Houve forte campanha por parte de instituições e sindicatos e até mesmo criação do Fórum Permanente em Defesa dos Trabalhadores Ameaçados pela Terceirização, que realizou mobilização bastante forte, conseguindo assim adiar a votação do projeto de lei por muitos anos, porém, em que pese a classe empresarial lutasse para a aprovação da PL,¹¹² mas na data do dia 22 de abril de 2015 o projeto de lei foi aprovado pela câmara de deputados.

A aprovação deste projeto de lei é no mínimo, controversa se posta em paralelo ao ajuste fiscal de 2014, uma vez que a terceirização provoca consequências aos direitos sociais dos trabalhadores, causa impactos na previdência social e também no seguro desemprego, pois os trabalhadores terceirizados estão mais expostos a acidentes de trabalho e dotados de maior instabilidade, e ainda propaga a antissindicalidade,¹¹³ o que em regra desestabiliza a economia. O que efetivamente ocorre é que os discursos de flexibilização e desregulamentação, quando materializados principalmente em épocas

¹⁰⁷ Segundo dados do DIEESE os trabalhadores terceirizados ganham 30% a menos que os demais trabalhadores, e são as maiores vítimas de acidente de trabalho. CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, **Dossiê terceirização e desenvolvimento**. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

¹⁰⁸ ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. A terceirização como Regra. **Revista TST**. Brasília, vol. 79, nº 4, out/dez. 2013, p. 220

¹⁰⁹ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **Súmula 331**. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html>. Acesso em: 30 de janeiro de 2018.

¹¹⁰ Salvo no setor de Telecomunicações, onde o STF entendeu possível a terceirização em atividades fins.

¹¹¹ ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça...*Op. cit.*, p. 226-227.

¹¹² *Ibidem*, p. 220

¹¹³ REIS, Daniela Muradas. **Terceirização e impactos sindicais**: as transformações do empregador como antissindicalidade. In: FIGUEIREDO, Bruno Reis de; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. (Org.). *Alguns aspectos sobre a terceirização*. Belo Horizonte: RTM, 2014, v. p. 265-278.

de crises econômicas e desemprego, geram somente o subemprego e a precarização do direito ao trabalho.¹¹⁴

c) Reforma Trabalhista de 2017: O projeto da referida reforma foi apresentado com somente 6 tópicos, quais sejam: multa para não registro na CTPS; trabalho em regime parcial; representantes dos trabalhadores; a convenção e acordo coletivo com força de lei; trabalho sobre o regime temporário e a revogação de alguns institutos.¹¹⁵ Entretanto, após o encaminhamento para a câmara dos deputados, foram realizadas 864 emendas ao projeto após tramitar em diversas comissões.¹¹⁶ O principal ponto que causou o estranhamento foi a aprovação e foi sancionada após o tramite de 120 dias, sob a intitulação de Lei nº. 6.787/2017.

A principal crítica que se faz a referida reforma está principalmente evidenciada na ausência de diálogo na sua formulação, foram realizadas 17 audiências públicas, entretanto, em nenhuma delas houve qualquer alteração a algum dispositivo da proposta¹¹⁷, circunstância que aponta para uma posição de cautela.

Os principais pontos da reforma trabalhista foram: grupo econômico; sucessão de empregadores e responsabilidade de sócio retirante; vínculo de emprego e trabalho autônomo; liberdade negocial e contrato individual; contrato por tempo parcial; contrato intermitente; jornada de trabalho e tempo à disposição; horas extras, prorrogação e compensação de jornada e jornada 12x36; jornada “in itinere”; intervalo intrajornada; teletrabalho; férias; dano extrapatrimonial; trabalho da mulher (atualizações e a possibilidade do labor da gestante em local insalubre); poder diretivo do empregador e *Ius Variandi*; salário e remuneração; gorjeta; equiparação e isonomia salarial; revisão contratual de comum acordo, justa causa e dispensa coletiva; quitação da rescisão contratual, PDV e quitação anual; alterações da lei de terceirização; representação de empregados na empresa; imposto sindical e contribuições sindicais; negociado sobre legislado; ultratividade da norma coletiva. A referida reforma foi levemente alterada pela Medida Provisória nº 808 de 14.11.2017, que alterou as regras para o labor da gestante em local insalubre; a jornada 12x36 utilizada prioritariamente por convenção coletiva ou acordo coletivo; alterou o teto para a valoração do dano moral, seguindo agora o Regime Geral da Previdência Social; impôs-se a carência de 18 meses para a migração de um contrato por prazo indeterminado para outro de caráter intermitente. Entretanto, a referida Medida Provisória perdeu a vigência e não houve sua renovação.

Por questões de limites materiais não se adentrará em específico em todas as matérias dispostas na reforma trabalhista, e sim, utilizar-se-á os pontos mais divergentes e de maiores alterações para a composição desse estudo.

¹¹⁴ ZOCKUN, Carolina Zacaner. **A Intervenção do Estado na Ordem Social e o Direito ao Trabalho**. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coord.). **Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello**. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 208-209.

¹¹⁵ BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar nº 38.2017**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>> Acesso em 11 de outubro de 2017.

¹¹⁶ BRASIL, Senado Federal. **Projeto de Lei Complementar nº 38.2017**. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>> Acesso em 11 de outubro de 2017.

¹¹⁷ MONTEIRO, Carolina Masotti. Mary Shelley e a reforma trabalhista: um Frankenstein a brasileira. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região**. V.6 n.61- julho/agosto de 2017, p.106-110.

Observa-se que tais alterações legislativas são exemplos concretos de retrocessos sociais de direitos sociais constitucionalmente estabelecidos, que ocorrem em momento de crise fundamentados na reserva do possível.

É aqui que se justificam todas as premissas estabelecidas nos tópicos 1 e 2 desse artigo, pois em sendo o direito ao trabalho um dos elementos ao mínimo existencial, nenhum argumento lhe sobrepõe. Ao contrário do que menciona Ilse Lora, houve nessas alterações legislativas violação ao princípio de vedação do retrocessos, pois as mudanças versam sobre mínimo existencial, que é causa de limitação e impedimento do retrocesso social.

Mas, frise-se mesmo que não fosse lançada a ideia de mínimo existencial, outro grave erro ocorreu, pois não foram observados os critérios de proporcionalidade e adequação que motivariam o retrocesso social, até porque outras medidas que não causariam prejuízos a direitos fundamentais dos trabalhadores poderiam ser tomadas e gerariam o mesmo fim pretendido.¹¹⁸

Ademais, no que tange ao seguro desemprego, cabe ressaltar que o Programa conjuga políticas ativas e passivas e, portanto, representa “política que mais se aproxima da combinação entre eficiência econômica e proteção social”.¹¹⁹ O benefício que foi objeto de alteração legislativa é uma política passiva de proteção social, assim como o auxílio-doença, ao passo que o programa ainda conta com as políticas ativas de Intermediação de Mão de Obra e o Plano Nacional de Qualificação Profissional.

Desta forma, no caso do seguro desemprego e do auxílio-doença há violação ao mínimo existencial, tanto pelo prisma dos direitos ao trabalho, mas também pela face da assistência social, que compõe conteúdo do mínimo existencial de forma pacificada na doutrina. Então, mesmo que porventura se adotasse o entendimento que o trabalho não compõe um dos elementos do mínimo existencial, já haveriam argumentações suficientes contra este retrocesso.

No que diz respeito à terceirização, esta fere o mínimo existencial do direito ao trabalho que, conforme disposto no item 1, versa sobre o terceiro nível que concerne ao direito ao trabalho digno. Não há dúvidas quanto a violação ao mínimo existencial, pois como já mencionado a ampliação da terceirização traz restrições evidentes aos direitos dos trabalhadores individuais e coletivos.

Agora, no que diz respeito à reforma trabalhista há o ferimento do mínimo existencial nos pontos: Possibilidade de negociação coletiva e ampla flexibilização de direitos mínimos do trabalhador como jornada de trabalho, intervalo para almoço e o trabalho em locais insalubres; ampliação da jornada 12x36 desde que, após a medida provisória 808, haja convenção coletiva ou acordo coletivo; redução do intervalo para até 30 min, sem a previsão de qualquer estudo técnico; mulheres grávidas e lactantes podem laborar em ambientes insalubres desde que sejam de até grau médio e que seja apresentado atestado de médico de confiança; possibilidade de realização de quitação

¹¹⁸ Sobre este tema foram realizadas pesquisas em outros trabalhos acadêmicos, onde se verificou que as MPS 664 e 665 são medidas ineficientes.

¹¹⁹ KOYANAGE, Raquel. **Programa Seguro-Desemprego: Combinação de Eficiência Econômica e Proteção Social**. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/8519/1/2010_RaquelKoyanagi.pdf>. Acesso em: 10 de janeiro de 2018.p. 82.

anual, e conseqüentemente impedindo ações trabalhistas posteriores; tabelamento do dano moral, objetivando uma situação que depende diretamente do caso concreto; flexibilização dos planos de carreira não sendo mais obrigatória a homologação no Ministério do Trabalho e Emprego; desobrigação da homologação sindical dos termos de rescisão contratual, o que afasta o trabalhador da proximidade do sindicato; demissões coletivas poderão ser realizadas sem a presença dos sindicatos; desobrigatoriedade do imposto sindical.

Denota-se que as referidas flexibilizações denunciam o ferimento ao mínimo existencial e a proibição ao retrocesso social, uma vez que desabilitam mecanismos de proteção do trabalhador, por meio do enfraquecimento dos sindicatos e do afastamento do Ministério do Trabalho e Emprego; enfrentam normas de saúde e segurança, por meio da permissão do labor de gestantes e lactantes em atividade insalubre, a redução de intervalo e a possibilidade de jornadas extensivas;

Observa-se que nos casos de retrocesso social dos direitos, os deveres do Estado (subjetivo, objetivo, procedimental, normativa) quanto à concretização do direito ao trabalho não foram cumpridos, de forma que o ajuste fiscal e a ampliação da terceirização são formas de flexibilização e desregulamentação que as violaram normas de proteções dos trabalhadores, no momento em que o judiciário foi invocado não cumpriu com seu dever também de proteção contra normas e políticas que violem o texto constitucional e o direito social ao trabalho.

Todas as legislações aqui tratadas versavam sobre direitos componentes ao mínimo existencial e jamais poderiam ser atingidas pelo retrocesso social, pois este é um de seus limites, tal discussão é de extrema relevância, os retrocessos destes direitos violando princípio da proibição do retrocesso social, portanto, essa tratativa assume elevada importância, porém, os tribunais do trabalho encontram pouca intimidade com o tema o que será reafirmado em pesquisa jurisprudencial realizada.

5. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS QUANTO AO MÍNIMO EXISTENCIAL E A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Para comprovar a falta de intimidade da jurisprudência trabalhista com o retrocesso social, e, sobretudo com o mínimo existencial, realizou-se pesquisa nos Tribunal Regional da 9ª Região e TST, com os verbetes “mínimo existencial” e “retrocesso social”, razão pela qual passa-se a discorrer sobre os resultados.

No TR9 foram encontradas apenas sete decisões que versam diretamente sobre o mínimo existencial; como são poucas, é possível tratar mais profundamente de cada uma:

a) reclamatória trabalhista que se discute dentre outras violações de direito a dispensa arbitrária em período de estabilidade, e repudia condutas por parte das empresas que atentem ao “mínimo existencial do cidadão trabalhador”, ou seja, a ofensa à sua liberdade e dignidade básicas”.¹²⁰

¹²⁰ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-02841-2014-016-09-00-1-ACO-19434-2015 - 4A. Turma Relator: Célio Horst Waldruff. Publicado no DEJT em 19-06-2015

b) sete diferentes decisões da mesma relatora versam sobre estabilidade da gestante em período de experiência, defendendo que a atividade empresarial não pode estar dissociada dos preceitos constitucionais e de direitos humanos, notadamente “da pessoa humana proteção dos direitos humanos e fundamentais ao mínimo existencial, a uma vida digna para a mãe e para o nascituro”. Estas decisões também tratam do direito ao trabalho e a proteção do trabalhador em face ao desemprego.¹²¹

em outro acórdão o mínimo existencial foi evocado no que tange ao assédio moral, e utilizada a mesma frase já descrita no ponto (a) “basta a comprovação do abuso do direito por parte do empregador para configurar a agressão ao mínimo existencial do cidadão trabalhador, ou seja, a ofensa à sua liberdade e dignidade básicas.”¹²²

por fim, o último acórdão que menciona o mínimo existencial versa sobre pedido de dano moral coletivo referente a terceirização ilícita por parte de determinado município. Este caso é bastante interessante para o presente, pois assim se defende: “não se nega que a terceirização ilícita de mão de obra tenha (...) violado preceitos legais e constitucionais. Entretanto, os fatos narrados não ostentam gravidade suficiente para ferir o princípio da **dignidade da pessoa humana (assim considerada como o mínimo existencial)** (...)”.¹²³

Observa-se, portanto, que em nenhuma decisão se discute de forma aprofundada sobre o mínimo existencial, sem estabelecimento de critérios para sua adoção. Nas decisões do item A e D se analisa o mínimo existencial como liberdades e dignidades básicas, já na decisão citada no ponto C se confunde mínimo existencial com a dignidade da pessoa humana, todos pontos tratados no tópico 1 deste artigo.

Quanto ao princípio da vedação do retrocesso social foram encontradas 9 decisões no TRT9, que passam a ser observadas:

a primeira trata de pedido de auxílio-alimentação após gozo de aposentadoria por invalidez, onde decidiu-se pelo direito do trabalhador quanto a este benefício, vez que ausente restrição por norma coletiva, e que entendimento contrário violaria o princípio da vedação do retrocesso social e demais princípios constitucionais;¹²⁴

discute-se neste caso indenização em sede de acidente de trabalho, de forma que estabelece-se a responsabilidade objetiva e a aplicação dos artigos 927 do CPC, com a

¹²¹ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-28793-2013-041-09-00-0-ACO-17227-2015 - 3A. Turma. Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão. Publicado no DEJT em 29-05-2015.

Brasil, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-00748-2013-671-09-00-2-ACO-26094-2014 - 3A. Turma. Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão. Publicado no DEJT em 15-08-2014.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-01845-2012-654-09-00-6-ACO-23498-2014 - 3A. Turma Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-01927-2008-068-09-00-8-ACO-41740-2009 - 2A. Turma. Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão. Publicado no DJPR em 01-12-2009.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-01641-2015-022-09-00-4-ACO-34265-2016 - 4A. Turma. Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão. Publicado no DEJT em 30-09-2016.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-13930-2015-004-09-00-4-ACO-32755-2016 - 4A. Turma. Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão. Publicado no DEJT em 20-09-2016.

BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-05672-2012-670-09-00-4-ACO-23328-2016 - 4A. Turma. Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão. Publicado no DEJT em 08-07-2016.

¹²² BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-00675-2008-585-09-00-6-ACO-43130-2009 - 1a. Turma. Relator: Celio Horst Waldraff. Publicado no DJPR em 08-12-2009.

¹²³ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-98902-2006-303-09-00-6-ACO-19338-2008 - 1A. TURMA. Relator: Benedito Xavier Da Silva. Publicado no DJPR em 06-06-2008

¹²⁴ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-06390-2014-012-09-00-6-ACO-04900-2015 - 4A. TURMA. Relator: Luiz Eduardo Gunther. Publicado no DEJT em 27-02-2015

fundamentação de que os direitos estabelecidos no artigo 7º não excluem demais direitos que “**visem à melhoria de sua condição social, entendimento que se encontra em fina sintonia com o princípio do não-retrocesso social**”;¹²⁵

o terceiro caso aventa sobre a terceirização ilícita (assim considerada a época), onde se pleiteia vinculação direta com a tomadora de serviço, eis que comprovou-se fraudes em contratos em dissonância com artigo 9º da CLT, ainda a decisão cita a Lei 9472/97 que permite a descentralização dos serviços prestados pelas concessionárias, o que não permite licitação desenfreada é “limitado à esfera administrativa, não podendo pretender instaurar, por “norma de contrabando”, disposição que venha a precarizar a ordem trabalhista, violando frontalmente o princípio do não retrocesso social preconizado pelo art. 7º, “caput”, da CRFB”;¹²⁶

Em outro acórdão o objeto de discussão é a adesão do Plano de Demissão Voluntário para a aposentadoria, de forma que o princípio da vedação do retrocesso social é lançado, juntamente com os princípios do solidarismo e da boa-fé objetiva para fundamentar a prevalência do direito do trabalhador;¹²⁷

Uma grande discussão ocorreu no TRT9 quanto a extensão do artigo 384 da CLT para os homens, vez que em sua origem tinha o condão de proteger o trabalho feminino, de forma a exigir 15 minutos antes do início de horas extraordinário, nesta decisão o entendimento foi de que havia extensão a despeito do princípio da isonomia, e da proibição do retrocesso social, vez que houve recepção da Constituição;¹²⁸

A próxima trata de cláusula de convenção coletiva compreendida como ilegal e inconstitucional, pois permite o trabalho de 12 horas contínuas o que viola “patamar civilizatório mínimo do trabalhado”, bem como conforme descrito em acórdão está em “flagrante desatendimento ao princípio constitucional implícito que proíbe o retrocesso social”;¹²⁹

Ainda, no que se refere a situações de cláusulas convencionais, neste caso a discussão referia-se a supressão do direito a PLR, que foi considerada inválida com motivação no princípio da isonomia e no artigo 7º XXXVI, “que veda o retrocesso social”;¹³⁰

Da mesma forma trata de cláusulas normativas que restringem direitos, neste acórdão, o direito restringido é da garantia de emprego da gestante, de forma que estabelece-se que existe princípio do não retrocesso que não permite a violação, anulação, ou núcleo essencial dos direitos sociais;¹³¹

Sobre os descontos salariais em período de paralização, quando a convenção coletiva não aborda o assunto, entende assim a decisão que a após a inclusão do direito de

¹²⁵ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-02302-2012-659-09-00-8-ACO-22502-2014 - 4A. TURMA. Relator: Luiz Eduardo Gunther. Publicado no DEJT em 09-07-2014

¹²⁶ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-01726-2010-068-09-00-5-ACO-07942-2014 - 7A. TURMA. Relator: Ubirajara Carlos Mendes. Publicado no DEJT em 14-03-2014

¹²⁷ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-21390-2011-008-09-00-4-ACO-53290-2012 - 2A. Turma. Relator: Ana Carolina Zaina Publicado no DEJT em 23-11-201

¹²⁸ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-00319-2008-011-09-00-5-ACO-09703-2012 - 4A. Turma. Relator: Luiz Celso Napp. Publicado no DEJT em 06-03-2012

¹²⁹ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-21448-2009-005-09-00-6-ACO-24507-2011 - 1A. Turma Relator: Edmilson Antonio De Lima. Publicado no DEJT em 28-06-2011

¹³⁰ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-01673-2008-242-09-00-1-ACO-28715-2010 - 4A. Turma Relator: Luiz Eduardo Gunther. Publicado no DEJT em 31-08-2010

¹³¹ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. TRT-PR-22115-2008-010-09-00-9-ACO-07333-2010 - 2A. Turma. Relator: Rosemarie Diedrichs Pimpão. Publicado no DJPR em 09-03-2010

greve no rol de direitos fundamentais, ficou assegurado o pagamento do salário, a fim de proporcionar efetividade ao direito, e afirmam que posição contrária implicaria em verdadeiro retrocesso social, incompatível com a nova ordem constitucional”, pois não observar “a melhoria de sua condição social”. Ainda, “Se a norma posterior não dispôs contrariamente à manutenção dos salários durante os dias de paralisação, não cabe interpretação restritiva do direito, que ao contrário de representar melhoria na condição social do trabalhador, configura evidente retrocesso”;¹³²

A última decisão trata da dispensa coletiva promovida pelo empregador, sem a prévia negociação com o sindicato da categoria profissional, fato que revela a afronta a boa-fé objetiva e aos direitos constitucionalmente assegurados aos empregados, configurando uma forma de retrocesso social;¹³³

Nas decisões B e D percebe-se que há confusão quanto ao princípio da progressividade e da vedação do retrocesso social, isso também ocorre na decisão I, enquanto a C e J reflete exatamente o posicionamento adotado neste trabalho, quanto a flexibilização dos direitos sociais e a terceirização.

O caso E retrata discussão que houve durante em todos os Tribunais do Brasil e hoje foi matéria de repercussão geral no STF que entendeu contrariamente a decisão aqui abordada, entendendo pela recepção do art. 384 pela Constituição, apesar de que, com a reforma trabalhista este dispositivo foi revogado.¹³⁴

As decisões F e H são muito interessantes ao trabalho em foco, eis que são exemplos de decisões que tratam mesmo que indiretamente sobre o mínimo existencial, não citam em nenhum momento este instinto mas falam de maneira mesmo que rasa e intuitiva de seu conceito. Outra questão importante da decisão F é que se observa a preocupação em classificar a vedação do retrocesso social como um princípio implícito, o que demonstra maior conhecimento por parte dos desembargadores pela doutrina que o discute e que aqui foi abordada. Porém, já na decisão G foi mencionado que a vedação do retrocesso social encontra-se expressa no artigo 7º XXXVI da CFRB.

A reflexão foi no sentido de que a jurisprudência mesmo que não se discuta a natureza e o retrocesso social e o confunda com o princípio da progressividade, utiliza o mesmo para realmente combater violações e retrocessos a direitos dos trabalhadores, especialmente quando versam sobre negociações coletivas, e entendimento de que estas podem apenas ampliar os direitos constitucionalmente estabelecidos.

Ainda mesmo que indiretamente entendem que o mínimo existencial não pode ser objeto de retrocesso, porém, embora seja muito caro aos juslaboralistas do trabalho a importância de elevar o direito ao trabalho como mínimo existencial este é pouquíssimo citado como se pode perceber e de maneira completamente aleatória, inclusive sem diferenciação entre este instituto e a dignidade da pessoa humana.

¹³² BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. **TRT-PR-04882-2007-872-09-00-7-ACO-25634-2009** - 3A. Turma. Relator: Archimedes Castro Campos Júnior. Publicado no DJPR em 14-08-2009

¹³³ BRASIL, Tribunal Regional do Trabalho 9ª Região. **TRT-PR-11607-2015-009-09-00-8-ACO-23190-2017** - 3A. Turma. Relator: Thereza Cristina Gosdal. Publicado no DEJT em 11-07-2017

¹³⁴ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário nº 658312** RG / SC. Repercussão Geral No Recurso Extraordinário. Relator(a): Min. Dias Toffoli. Julgamento: 08/03/2012. Órgão Julgador: Tribunal Pleno.

Em pesquisa jurisprudencial realizada em 2009 em diversos Tribunais Trabalhistas sobre o princípio da proibição do retrocesso social os resultados foram semelhantes ao do Estado do Paraná, vez que observa-se uma preocupação com a jusfundamentalidade dos direitos sociais, e “um processo de construção positiva de defesa do núcleo essencial dos direitos sociais trabalhistas, mesmo considerando a liberdade de conformação política do legislador”.¹³⁵

Realizou-se pesquisa no Tribunal Superior do Trabalho entre os anos de 2014 a 2018, a fim de verificar o posicionamento desse Tribunal sobre o tema, e mais, de que forma tal instituto foi utilizado. Com a utilização dos filtros “mínimo existencial” e “proibição do retrocesso” foram encontrados apenas 22 acórdãos¹³⁶ que efetivamente

¹³⁵ MENDES, Maria da Conceição Meirelles...*Op. cit.*, p. 173

¹³⁶ BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **ARR - 10338-90.2015.5.03.0101**. Ministra: Dora Maria da Costa. Data de julgamento: 02/08/2017. Data de publicação: 04/08/2017. Órgão Julgador: 8ª Turma.
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 10279-76.2015.5.18.0104**. Ministra: Dora Maria da Costa. Data de julgamento: 31/05/2017. Data de publicação: 02/06/2017. Órgão Julgador: 8ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 352-77.2012.5.09.0028**. Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de julgamento: 03/05/2017. Data de publicação: 12/05/2017. Órgão Julgador: 7ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 21608-82.2014.5.04.0404**. Ministra: Maria Helena Mallmann. Data de julgamento: 22/02/2017. Data de publicação: 03/03/2017. Órgão Julgador: 2ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 425-70.2014.5.23.0131**. Ministro: Guilherme Augusto Caputo Bastos. Data de julgamento: 08/02/2017. Data de publicação: 17/02/2017. Órgão Julgador: 5ª Turma.
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **E-RR - 205900-57.2007.5.09.0325**. Ministro: Augusto César Leite de Carvalho. Data de julgamento: 26/09/2016. Data de publicação: 03/02/2017. Órgão Julgador: Tribunal Pleno
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **IRR - 849-83.2013.5.03.0138**. Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de julgamento: 21/11/2016. Data de publicação: 19/12/2016. Órgão Julgador: Subseção I Especializada em Dissídios Individuais
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 10867-90.2014.5.18.0016**. Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data de julgamento: 14/12/2016. Data de publicação: 19/12/2016. Órgão Julgador: 3ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 166-30.2010.5.01.0066**. Ministro: Cláudio Mascarenhas Brandão. Data de julgamento: 10/08/2016. Data de publicação: 14/10/2016. Órgão Julgador: 7ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 3514-87.2010.5.15.0156**. Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de julgamento: 14/09/2016. Data de publicação: 16/09/2016. Órgão Julgador: 7ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 2502-86.2013.5.23.0131**. Desembargadora Convocada: Cilene Ferreira Amaro Santos. Data de julgamento: 24/08/2016. Data de publicação: 26/08/2016. Órgão Julgador: 4ª Turma.
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 492-34.2014.5.12.0004**. Ministra: Dora Maria da Costa. Data de julgamento: 29/06/2016. Data de publicação: 01/07/2016. Órgão Julgador: 8ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 12014-21.2013.5.18.0103**. Ministro: Walmir Oliveira da Costa. Data de julgamento: 11/05/2016. Data de publicação: 13/05/2016. Órgão Julgador: 1ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 1622-90.2011.5.05.0511**. Desembargadora Convocada: Jane Granzoto Torres da Silva. Data de julgamento: 11/11/2015. Data de publicação: 13/11/2015. Órgão Julgador: 8ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 137-70.2011.5.15.0125**. Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de julgamento: 07/10/2015. Data de publicação: 09/10/2015. Órgão Julgador: 7ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 487-22.2012.5.20.0016**. Ministro: Augusto César Leite de Carvalho. Data de julgamento: 23/09/2015. Data de publicação: 02/10/2015. Órgão Julgador: 6ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **AIRR - 92-55.2013.5.23.0131**. Desembargador Convocado: Alexandre Teixeira de Freitas Bastos Cunha. Data de julgamento: 02/09/2015. Data de publicação: 04/09/2015. Órgão Julgador: 1ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 10587-32.2013.5.18.0121**. Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Data de julgamento: 19/08/2015. Data de publicação: 21/08/2015. Órgão Julgador: 7ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 2144800-86.2009.5.09.0005**. Ministro: Fernando Eizo Ono. Data de julgamento: 24/06/2015. Data de publicação: 03/07/2015. Órgão Julgador: 4ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **ARR - 544-21.2012.5.15.0132**. Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data de julgamento: 06/05/2015. Data de publicação: 15/05/2015. Órgão Julgador: 3ª Turma
BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **ARR - 24073-53.2014.5.24.0066**. Ministro: Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Data de julgamento: 06/05/2015. Data de publicação: 15/05/2015. Órgão Julgador: 3ª Turma

citavam o instituto e em nenhum houve clareza quanto a classificação adotada, sendo citado para denegar ou deferir pedidos de todas as formas.

Dentre esses 22 acórdãos: uma tratava da necessidade de violação ao mínimo existencial como fundamentos para a condenação em dano moral; três entediam o desconto salarial indevido como mal ferimento ao mínimo existencial, assim como outra que seguiu neste sentido mas no que concerne a restrição de benefícios; outras três tratavam da apresentação de obstáculos ao uso de plano de saúde por parte da empresa como violação ao mesmo; uma evocava a importância da proteção contra a demissão arbitrária ao mínimo existencial do trabalhador; duas consideraram a saúde e higiene do trabalhador como um dos componentes ao mínimo existencial, e mais uma lecionou no mesmo sentido, mas no que se refere ao auxílio alimentação; uma considerou que a aplicação do art. 384 da CLT representava o mínimo existencial ao direito ao trabalho da mulher.

Cinco acórdãos que tratavam da complementação de aposentadoria levantaram a discussão quanto ao benefício previdenciário de aposentadoria, de maneira a defender que este se presta tão somente a satisfação do mínimo existencial, sem qualquer tratamento quanto ao que consiste ou compões esse instituto.

Ainda, foram encontrados quatro acórdãos que tratam da impossibilidade de normas coletivas restringirem direitos já estabelecidos, podendo apenas ampliá-las e tratam o mínimo existencial como limite a negociação coletiva, e ao princípio da autonomia privada no direito coletivo do trabalho.

Quanto às decisões monocráticas que efetivamente tratam do tema foram encontradas 23, e não seguem a mesma linha dos acórdãos de não ventilar e aprofundar o debate quanto ao mínimo existencial no direito ao trabalho, pois são dotadas de maior fundamentação e colocando o mínimo existencial em posição de centralidade.

Uma das decisões corrobora exatamente com o posicionamento adotado neste artigo, quanto ao seguro desemprego, afirmando que o benefício tem o condão de “proporcionar um mínimo existencial ao trabalhador e sua família, o benefício visa auxiliar o obreiro na busca e manutenção do pleno emprego, na recolocação no mercado e qualificação profissional (Lei.7.998/70, art.2º, I e II)”.¹³⁷

Outra que versa sobre a flexibilização definindo seu caráter como “redução de direitos do empregado, e por isso deve ser interpretada restritivamente, naquilo em que o legislador constituinte expressamente permitiu, a fim de que possa garantir o mínimo existencial previsto no art. 6º da CF.”¹³⁸ Ressalta-se que nessa decisão entende-se que o mínimo existencial é tudo aquilo atribuído pelo artigo 6º da CF.

Em relação às demais decisões monocráticas: duas tratam sobre o artigo 384 da CLT que segundo entendimento do TST é de que não há ferimento ao mínimo existencial a interpretação de que não se estende aos homens, artigo posteriormente revogado pela reforma trabalhista, Lei nº 13.467/2017; uma trata do ambiente sadio do trabalho;

BRASIL, Tribunal Superior do Trabalho. **RR - 70200-61.2008.5.15.0114**. Ministra: Delaíde Miranda Arantes. Data de julgamento: 10/12/2014. Data de publicação: 19/12/2014. Órgão Julgador: 2ª Turma

¹³⁷ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **AIRR - 2232-52.2013.5.11.0016**, Data de Publicação: DEJT 23/06/2015

¹³⁸ BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **IRR - 73-28.2012.5.03.0103**. Relatora Ministra: Maria Helena Mallmann, Data de Publicação: DEJT 30/03/2015.

duas decisões tratam sobre as condições de trabalho em canaviais de açúcar e violação do mínimo existencial; duas versam sobre a impossibilidade de restrições de normas coletivas e o mínimo existencial como limite; uma sobre parcela salarial como responsável pela satisfação do mínimo existencial do trabalhador; uma sobre estabilidade da grávida em contrato por tempo determinado para lhe assegurar o mínimo existencial; duas do dano moral e assédio moral como violação ao mínimo existencial; outra sobre terceirização ilícita nos mesmos moldes já tratados; uma de complementação de aposentadoria, também com o mesmo fundamento; uma auxílio alimentação como instrumento para ao mínimo existencial; e, por fim, encontrou-se uma decisão que evoca o mínimo existencial do devedor para justificar o limite de penhora de bens.

Após a pesquisa, constatou que de fato carece aos Tribunais Trabalhistas discussões mais aprofundadas quanto ao retrocesso social, mais especialmente ao mínimo existencial, e que este é citado de forma mais intuitiva e não sistemática, sem observância da relevância do direito ao trabalho como um dos seus componentes.

Sendo que com este entendimento, a reserva do possível que é invocada principalmente em momentos de crises para legitimação de retrocessos de direitos sociais dos trabalhadores, seria facilmente combatida, evitando que inúmeras violações ao princípio da proibição do retrocesso social se perpetuem.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do Exposto, conclui-se que o trabalho assume importância relevante na sociedade capitalista, sendo fundamento e elemento da ordem econômica e social estabelecidos pela CFRB, pois é por meio dele que os indivíduos alcançam suas liberdades. Por este motivo o direito ao trabalho é um direito fundamental, social, que dá condições para que os indivíduos satisfaçam suas necessidades. O direito fundamental ao trabalho possui feixes de posições, que vinculando o Estado e os particulares que não podem violá-lo.

Porém o direito ao trabalho implica em uma atuação do Estado diferente dos demais direitos fundamentais, vez que não é ele quem emprega todos os cidadãos e sim o particular que visa o lucro, portanto, sua atuação é indireta de maneira que deve fomentar o crescimento de vagas de emprego e capacitar por meio da educação os cidadãos para o mercado de trabalho, mas também pode atuar por meio de políticas públicas, e diretamente em casos emergenciais, como nas frentes de trabalho, cabendo também ao judiciário quando provocado a proteção destes direitos e ao legislativo a criação de normas.

Ademais, tendo em vista a relevância do trabalho digno para o homem, este se configura como primeiro direito fundamental e um dos componentes do mínimo existencial, adotando-se o posicionamento deste como regra que apresente como um rol preferencial, e refere-se não apenas a condições que possibilitem a sobrevivência, ligadas a questões físicas do cidadão, e sim, que esse possa desfrutar de liberdade, esta regra está correlacionada com o princípio da dignidade da pessoa.

Embora, seja obrigação do Estado à proteção e promoção dos direitos sociais, conforme depreende a CFRB, em tempos de crise os primeiros direitos sacrificados são os direitos sociais, que são resultados de lutas dos trabalhadores por melhores condições

de vida, inclusive os direitos sociais ao trabalho são objetos do fenômenos de flexibilização e desregulamentação, que geram graves violações aos trabalhadores.

Por isso, é preciso encontrar uma saída de combate a estas violações de direito, sendo necessário, portanto, a análise da vedação do retrocesso social, que teve origem na Alemanha e é objeto de grandes discussões desde sua natureza como princípio até sua aplicação ou não no ordenamento brasileiro. Entende-se que este é um princípio implícito na CF, e que para não haver malferimento ao mesmo em casos de alterações legislativas deve-se respeitar a proporcionalidade (se a medida a ser adotada é adequada, necessária e proporcional em sentido estrito), sob pena de ser arbitrária.

Muitos retrocessos sociais ocorrem em tempos de crises econômicas com fundamentados na reserva do possível, entretanto, o que ocorre no Brasil é a má alocação de recursos por decisão política, de forma que a reserva do possível, na maioria das vezes, não poderá se sobrepor ao mínimo existencial, assim como este é limite para o retrocesso social.

Em que pese grande resistência da população e até mesmo após interposições de Adins em 2015 diversos direitos sociais foram objetos de alterações legislativas, entre eles: seguro desemprego, auxílio-doença e terceirização. Contata-se que em todos estes casos houve violação ao princípio da vedação do retrocesso social, embora este não tenha sido o entendimento do STF, pois estas leis versam sobre direitos componentes ao mínimo existencial.

Embora a defesa do direito ao trabalho, ao mínimo existencial, seja extremamente importante, assim como o princípio da vedação do retrocesso social para a proteção dos trabalhadores, os Tribunais Trabalhistas pouco tratam sobre o assunto, existindo raras fundamentações que observem esses dois institutos. Em pesquisa efetuada no TST e no TRT9 observou que a aplicação de tais institutos ocorre sem nenhum tipo de sistemática e discussões mais aprofundadas, sobretudo no que se refere ao mínimo existencial, que é utilizados intuitivamente nas decisões de maneira a fundamentar deferimento e indeferimento de pleitos sobre diversos assuntos.

Existem algumas decisões que corroboram com o entendimento do presente artigo, tratando do seguro desemprego como instrumento de satisfação do mínimo existencial, assim como esse como limite para o retrocesso social, sob pena de violação ao princípio da proibição do retrocesso, mas é preciso que os tribunais se atentem à importância de sua atuação para a mudança de paradigmas no ordenamento.

Portanto, conclui-se que as alterações legislativas citadas no presente violam o princípio da vedação do retrocesso social, eis que são arbitrárias, vez que retrocederam elementos componentes ao mínimo existencial com fundamentos na crise econômica e na reserva do possível, porém tais argumento não afastam a regra do mínimo existencial, pois é inadmissível que não hajam recursos para sua satisfação, sendo assim, houve aplicação errônea de recurso, por meio de decisão política ou escolha do legislador que trouxeram graves consequências aos trabalhadores brasileiros.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed., 3. tir. São Paulo: Malheiros, 2014.

ANTUNES, Ricardo; DRUCK, Graça. A terceirização como Regra. Revista TST. Brasília, vol. 79, nº 4, out/dez. 2013.

AVALOS, Eduardo. Los Empleados Publicos Interinos y el Alcance de la Tutela Sindical. Revista EurolatinoAmericana de Derecho Administrativo, Santa Fé, vol. 1, n. 2, p. 39-57, jul/dec. 2014.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo. Revista EurolatinoAmericana de Derecho Administrativo, Santa Fé, v. 1, n. 2, p. 247-254, jul./dic. 2014.

BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BRASIL, Secretaria da Previdência. LEGISLAÇÃO: Regras do auxílio-doença e pensão por morte da MP 664 passam a valer. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/2015/02/legislacao-regras-do-auxilio-doenca-e-pensao-por-morte-da-mp-664-passam-a-valer>>. Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

CARBONELL, Miguel. Los Derechos Sociales: elementos para una lectura em clave normativa. Disponível em: <http://siabi.trt4.jus.br/biblioteca/acervo/Doutrina/artigos/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial/2010/Cadernos%20da%20Escola%20Judicial,%20v%202,%20n%2003,%20p%2034-57,%202010.pdf>. Acesso em: 17 de agosto de 2015.

CENTRAL ÚNICA DOS TRABALHADORES, Dossiê terceirização e desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.cut.org.br/system/uploads/ck/files/Dossie-Terceirizacao-e-Desenvolvimento.pdf>> Acesso em 10 de fevereiro de 2018.

CROIRIE, Benedita Mec. Os direitos Sociais em crise? Disponível em: http://icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A reconstrução democrática do direito público no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FINGER, Ana Claudia. O Princípio Da Boa-Fé No Direito Administrativo. [Dissertação de Mestrado], Disponível em: <<http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/browse?type=author&value=Finger%2C+Ana+Cl%C3%A1udia>>. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

FONSECA, Maira Marques da. Redução da Jornada de Trabalho a partir do Sistema Capitalista de Produção: Fundamentos Interdisciplinares. Curitiba, 2011. 211 f. Dissertação. (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná, p. 9.

GAMBA, Juliane. Caravieri Martins. Frentes de Trabalho versus Direito Fundamental ao Trabalho Digno: Redimensionamento (Urgente) das Políticas Públicas. In: Jorge Luiz Souto Maior; Bassfeld Gnata. (Org.). Trabalhos Marginais. 1ed. São Paulo: LTr, 2013, v. 1, 2013.

GONÇALVES, Heloisa Alva Cortez; LOPES, Maria Helena. A dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho. Revista de Direito Econômico e Ambiental, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 129-145, jul/dez. 2013.

HACHEM, Danaiel Wunder. Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná. 2013.

_____. A dupla titularidade dos direitos fundamentais. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracias*, Curitiba na, v. 14, p. 618-688, julho/dezembro de 2013.

_____. Mínimo Existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileira. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: Intervenção Estatal, Direitos Fundamentais e Sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

HERBST, K. K.; DUARTE, F. C. A nova regulação do sistema financeiro face à crise econômica mundial de 2008 *Rev. Direito Econ. Socioambiental*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 16-38, jul./dez. 2013.

JUNIOR NOBRE, Edilson Pereira. Uma ideia de Constituição *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 1, n. 1, p. 111-145, jan./abr. 2014.

KOYANAGE, Raquel. Programa Seguro-Desemprego: Combinação de Eficiência Econômica e Proteção Social. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/8519/1/2010_RaquelKoyanagi.pdf. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

LEAL, Monica Clarissa Henning. Corte Interamericana de Direitos Humanos e jurisdição constitucional: Judicialização e ativismos judicial em face da proteção dos direitos humanos e fundamentais. *Revista de Investigações Constitucionais*. Curitiba, vol. 1, n. 3, 2014, set/dez.

LORA, Ilse Marcelina Bernardi. Seguro-desemprego e a (in)constitucionalidade da medida provisória nº 665/2014. *Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária*, São Paulo, v.25, n.309 , p. [25]-35, mar. 2015.

MASSIMINO, Leonardo F. La Intervencion estatal, la regulacion econômica y el poder de policia: anly e tendências. *Revista Direito Econômico e Socioambiental*. Curitiba, v. 6, n. 1, p. 36-63, jan/jun 2015.

MEDERO, Gema Sánchez; GARCIA, Rubén Tamboleo. Política y Derechos Sociales em Tiempos de Crisis En España. *Revista Castellano-Machega de Ciencias Sociales*. Disponível em: http://silente.es/wordpress/wp-content/uploads/2013/10/15.bar_15.medero.format.net_2013.pdf. Acesso em: 04.08.2015.

MENDES, Maria da Conceição Meirelles. Os Direitos Sociais Trabalhistas e o princípio da proibição do retrocesso social. (Dissertação) UNIFOR. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp111243.pdf> . Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

MURADAS, Daniela. Terceirização e impactos sindicais: as transformações do empregador como antissindicalidade. In: FIGUEIREDO, Bruno Reis de; HAZAN, Ellen Mara Ferraz. (Org.). *Alguns aspectos sobre a terceirização*. Belo Horizonte: RTM, 2014.

_____. O Princípio da Vedação do Retrocesso Social no Direito Coletivo do Trabalho. *Revista Síntese Trabalhista*. n. 262. Abril 2011.

NETO BITENCOURT, Eurico. *O Direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010.

NETTO E PINTO, Luísa Cristina. *O Princípio de Proibição do Retrocesso Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais: Trunfo Contra a Maioria*. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

_____. Direitos Sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Portugal: Coimbra Edita. 2010.

OLIVEIRA, Rafael Arruda. Não Concretização dos direitos sociais: o que há por trás da escassez de recursos. A & C- Revista de Direito Administrativo e Constitucional. Ano 3, n. 11, jan/mar. 2012, p. 240 e 252-253.

PINTO, Flavia Aguiar Cabral Furtado. Os Direitos Fundamentais Sociais dos Trabalhadores como Limites ao Princípio da autonomia da vontade e a Flexibilização das Relações de Trabalho no Estado Democrático de Direito. Fortaleza, 2012. 106 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

QUETES, Regeane Bransin. Frentes De Trabalho E A Violação De Direitos Sociais Do Trabalhador: Controle Externo E Social Como Alternativa. (Aceito para Publicação na Revista de Derecho Eurolatinamericana de Derecho Administrativo). 2015.

RAMOS FILHO, Wilson. Direito Capitalista do Trabalho: História, Mitos e Perspectivas no Brasil. São Paulo: LTR, 2012.

REGO, Andrea. Itália reforma lei trabalhista para facilitar licenciamento; Brasil Euro. Disponível em: <<http://brasileuro.info/politica/italia-reforma-lei-trabalhista-para-facilitar-licenciamento/>>. Acesso em 10 de janeiro de 2018.

REYNA, Justo José. La reforma de la Administración Pública local para la tutela de los derechos fundamentales en el siglo XXI. A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte, ano 14, n. 56, p. 35-89, abr./jun. 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.p. 443.

_____. Direitos fundamentais Sociais, mínimo existencial e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor. n. 61 (jan.-mar./2007), p. 90-125. p. 107-109-111 e 115.

_____. Direitos fundamentais Sociais, mínimo existencial e Direito Privado. Revista de Direito do Consumidor. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais. Ano 16, n. 61(jan. -mar.), 2007.

_____; FIGUEIREDO, Mariana. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações.** Disponível em: http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html. Acesso em: 20 de janeiro de 2018.

SHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime Jurídico do Serviço Público: Garantia Fundamental do Cidadão e Proibição do Retrocesso Social. Universidade Federal do Paraná (Tese Doutorado). p. 152.

WANDELLI, Leonardo. Direito do Trabalho como direito humano e fundamental: Elementos para sua fundamentação e concretização. Curitiba, 2009. 431 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.

ZOCKUN, Carolina Zacaner. A Intervenção do Estado na Ordem Social e o Direito ao Trabalho. In: SPARAPANI, Priscila; ADRI, Renata Porto (Coord.). Intervenção do Estado no domínio econômico e no domínio social: homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.



CIDE-REMESSAS: REFERIBILIDADE, EXTRAFISCALIDADE E FOMENTO À INOVAÇÃO TECNOLÓGICAⁱ

*Ana Clarissa Masuko dos Santos Araujo
Liziane Angelotti Meira*

Resumo

O artigo analisa a contribuição de intervenção no domínio econômico devida pela pessoa jurídica na importação de licença de uso ou aquisição de conhecimentos tecnológicos, pela signatária de contratos que impliquem transferência de tecnologia, conhecida como “Cide-Remessas”, na perspectiva de eficácia do fomento da inovação tecnológica na economia brasileira. A Cide-Remessas é analisada na perspectiva da referibilidade, extrafiscalidade, da intervenção no domínio econômico, sobre o controle do destino da arrecadação, de acordo com o direito positivo brasileiro, da doutrina e da jurisprudência.

Palavras-chave

Direito tributário – intervenção no domínio econômico – referibilidade – extrafiscalidade – inovação tecnológica

CIDE-REMESSAS: REFERABILITY, EXTRAFISCALITY AND TECHNOLOGICAL INNOVATION FOMENTATION

Abstract

The article analyzes the contribution of intervention in the economic domain due by the legal entity to import license of use or acquisition of technological knowledge, by the signatory of contracts that imply transfer of technology, known as "Cide-Remessas" (remittances) under the perspective of effectiveness of the technological innovation in the Brazilian economy. The Cide-Remessas is analyzed from the perspective of the referability, extrafiscality, of the intervention in the economic domain, on the control of the destination of the collection, in accordance with the Brazilian positive law, of the doctrine and jurisprudence.

Key words

tax law – intervention in the economic domain – referability – extrafiscality – technological innovation

1. Introdução: a tributação no comércio exterior de serviços e inovação tecnológica

No Brasil, as importações de serviços e intangíveis são oneradas por diversas exações estruturadas com racionalidades próprias, decorrentes, em grande parte, da repartição de competências para a gravação dessas riquezas, em que concorrem os três entes federativos.

As importações de serviços são oneradas com o imposto de renda retido na fonte – IRRF, a contribuição de intervenção no domínio econômico – Cide-Remessas, as contribuições ao Programa de Integração Social – PIS e contribuição para o financiamento da seguridade social – Cofins, o imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN, nos casos de serviços de comunicação e transporte, o imposto sobre a circulação de mercadorias e serviços – ICMS. Sobre as operações cambiais, incide, o imposto sobre operações financeiras - IOF.

A carga tributária sobre a importação de serviços é vultosa, estimando-se que alcance a marca de 50%.¹ Ademais, a sistemática de tributação é extremamente cumulativa. Exemplificativamente, o PIS e a Cofins incidentes sobre a importação incluem em sua base o ISSQN, o IRRF e os valores das próprias contribuições.

Na exportação de serviços e intangíveis, os contribuintes enfrentam dificuldades em desonerar dos tributos internos esses bens, e assim realizar o princípio do destino. Verifica-se, por exemplo, dificuldades pelos exportadores para fruir da isenção do ISSQN, nos termos determinados pelo §3º, inciso II, ao art. 156 da CF, uma vez que há grandes discrepâncias de interpretação sobre os elementos de conexão correlatos.

A economia atual, especialmente afetada pela inovação tecnológica, mostra, de forma crescente, a relevância de operações com bens intangíveis, pela possibilidade de prestações de serviços tradicionais de maneira não presencial, aumento de participação dos serviços nos processos industriais, surgimento da economia compartilhada, avanço da computação em nuvem, da inteligência artificial, das moedas virtuais, da *internet* das coisas.

No âmbito da economia digital, o termo enfatizado é “disrupção”, que, em sua acepção de base, significa a ruptura do curso de um processo e que na esfera da economia disruptiva, indica a completa mudança na forma tradicional de se fazer algo, por meio da tecnologia. Esse termo foi cunhado em 1995 pelos professores da *Harvard Business*, Clayton Christensen e Joseph L. Bower, que tratam a “inovação disruptiva” como a mudança que pode substituir um produto. As “inovações sustentáveis”, por sua vez, apenas tornam um produto melhor.²

Os exemplos disruptivos alcançam a forma de obtenção de audiovisuais por meio de *streaming*, os meios de transporte e hospedagem em viagens no âmbito da economia colaborativa, a forma de realização de campanhas eleitorais, por meio de segmentação de eleitores e cruzamento de dados. A economia disruptiva, de forma crescente, tem alterado a forma de fornecimento das mercadorias e serviços.

A “Indústria 4.0”, também chamada de “quarta revolução industrial”, propõe o emprego das principais inovações tecnológicas dos campos de automação, controle e

¹ Em estudo realizado pelo professor Jorge Arbache para a Confederação Nacional das Indústrias –CNI estimou-se que a carga tributária sobre a importação de serviços em 41,08%, podendo alcançar 51,26%, a depender da sistemática de cálculo, ou seja, a inclusão de tributos na base de cálculo de outros, além do próprio *gross up*, isto é, o reajuste das bases de cálculo dos tributos para pagamento de valores líquidos do preço dos serviços para o prestador. In *Tributação sobre a Importação de Serviços*, 2013. Disponível em: <http://www.portaldaindustria.com.br/media/filer_public/aa/32/aa32ea45-c076-40e8-9b55-99f33692c570/tributaosobreimportaodeservios-impactoscasoserecomendaesdepolticas.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

² BOWER, J. L., and C. M. Christensen. "Disruptive Technologies: Catching the Wave." *Harvard Business Review* 73, no. 1 (January–February 1995): 43–53. v. 84, Jan-Fev1995. New York: Harvard Business Publishing, p. 43-53.

tecnologia da informação, aplicadas aos processos de industrialização, para a consecução de “fábricas inteligentes”. Por essa razão, Jorge Arbache e Rafael Moreira vislumbram que as novas tecnologias e formas de organização de produção, aproximam de tal forma as manufaturas e os serviços, que se poderia falar em um terceiro gênero de produto, que não se enquadraria nem no conceito tradicional de serviços, nem de mercadoria.³ Ademais, há serviços que são determinantes para agregação de valor aos bens manufaturados, como o caso de engenharia, *software*, pesquisa e desenvolvimento.

As professoras da universidade *Haas School of Business* na Universidade da Califórnia, Berkeley, Laura Tyson e Susan Lund⁴ falam sobre a importância crescente dos intangíveis na economia global, que muitas vezes não são devidamente apuradas, na medida em que o valor desses fluxos transfronteiras não é captado pelas medidas oficiais de comércio exterior. Recente estudo do *McKinsey Global Institute* estima que o montante correspondente a US\$ 4 trilhões no comércio exterior de serviços não figuram na estatística oficial de comércio exterior; ademais, o valor correspondente a US\$ 4,3 trilhões de comércio de serviços são atualmente contabilizados como comércio de produtos, de sorte que, o comércio exterior de serviços é maior, em termos de valor agregado, que o de produtos.

Na perspectiva do direito tributário, os avanços tecnológicos fluem em ritmo mais célere que o direito positivo, gerando problemas de qualificação de fatos jurídicos, de rastreabilidade das operações, que somados à ampla possibilidade de mobilidade de capitais, geram problemas como a erosão da base tributária, múltipla tributação, evasão fiscal, conflitos de jurisdição tributária. De forma geral, busca-se a adaptação de velhos instrumentos jurídicos, para novas situações. O direito, concebido para atuar sobre um mundo tangível, busca se estruturar para apreender a intangibilidade.

No Brasil, que possui um modelo tributário anacrônico, oneroso e complexo, depara-se com uma realidade difícil de ser enfrentada com seus instrumentos tributários tradicionais. A crescente aproximação entre manufaturas e serviços, por força dos avanços tecnológicos, aliada à clássica definição doutrinária brasileira de serviços como “obrigação de fazer”, descolada do direito romano, são fatores que contribuem para a crescente complexidade da tributação dos bens intangíveis.

Afirma o professor Marco Aurélio Greco que, sob a égide do sistema constitucional brasileiro, em virtude das competências constitucionais autônomas dos entes federativos, na tributação dos serviços, “serviço precisa ser alguma coisa”, para efeitos de delimitação de competências.⁵ Na União Europeia, por sua vez, adota-se uma definição de serviço pela negativa. O imposto sobre valor agregado – IVA alcança bens tangíveis e intangíveis e se estrutura sobre um conceito residual de serviços, ou seja, tudo que é

³ ARBACHE, Jorge; MOREIRA, RAFAEL. *How Can Services Improve Productivity? The Case of Brazil*. Disponível em: <http://www.redlas.net/material/priloge/slo/redlas_arbache_moreira_servi-ces_14april2015_2_scc.pdf>. Acesso em: 26 mar. 2019.

⁴ TYSON, Laura e Susan Lund O ponto cego no debate sobre comércio. Artigo publicado no jorna Valor Econômico, 25/03/2019. Disponível: <<https://www.valor.com.br/opiniao/6178365/o-ponto-cego-no-debate-sobre-comercio>>. Acesso em: 26 mar. 2019.

⁵ GRECO, Marco Aurélio. Aspectos Tributários do Comércio Eletrônico, In *Impuestos sobre el Comercio Internacional*, coord. Victor Uckmar *et al.* Buenos Aires: Editorial Abaco de Rodolfo de Palma S.R.L., 2003, p.879.

não corpóreo, é qualificado como serviços, o que lhe confere maior grau de praticabilidade.

Verifica-se que há uma preocupação global com a tributação internacional dos intangíveis, no âmbito da economia digital, com diversas iniciativas das principais organizações internacionais nesse sentido, como a Organização Mundial de Comércio – OMC e a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

O *General Agreement on Trade in Services* – GATS, celebrado no âmbito da OMC, a despeito de estabelecer que o comércio exterior de serviços deverá se pautar pelo princípio da não-discriminação, enfrenta dificuldades para a ampliação de sua aplicação, a começar pela própria definição de serviços e também a pressão protecionista dos países-membros, que resultou em diversas exceções ao acordo.

Na OCDE, a primeira ação do *Base Erosion and Profit Shifting* – BEPS⁶, teve como escopo identificar os desafios decorrentes da economia digital na aplicação das regras para tributação direta e indireta e sugerir meios para contorná-los⁷. O tema deverá perpassar todos os planos de ação e ser objeto de contínuo monitoramento “pós-BEPS”, que se consolidará em novos relatórios.

A tributação indireta brasileira, é assistemática, geradora de alto grau de cumulatividade nas cadeias econômicas, além de ser altamente regressiva. Não é por outra razão que o principal foco dos atuais debates de reforma tributária é a tributação indireta. O Brasil precisa se inserir na realidade da economia digital, revisitando a sua legislação tributária, além de se posicionar nas negociações internacionais, para que não seja um mero consumidor de tecnologias de países desenvolvidos. A tributação deve operar como indutora do desenvolvimento econômico na área de inovação tecnológica, pressuposto na atualidade, para crescimento sustentado e competitividade em todas as nações.

2. Classificação das Espécies Tributárias e a Caracterização das Contribuições de Intervenção no Domínio Econômico

As Cides têm natureza tributária, subsumindo-se às disposições do art. 3º do Código Tributário Nacional - CTN. O corte metodológico parte da classificação que considera não apenas critérios intrínsecos à norma de incidência de cada espécie tributária, referentes à vinculação ou não à uma atuação estatal da hipótese de incidência, como também, as determinações constitucionais para o produto da arrecadação, quais sejam, destinação específica e dever de restituir o produto arrecadado. Com base nesses critérios, ter-se-iam as seguintes espécies:

- i. impostos – não há determinação de atividade estatal referida ao contribuinte, não há exigência de destinação específica do produto da arrecadação;

⁶ Plano de ação da OCDE em conjunto com os países do G-20, publicado em 2013, que objetiva adotar medidas para harmonização da legislação tributária internacional, para o combate de planejamentos tributários agressivos, praticados por empresas multinacionais ou grupos econômicos.

⁷ *Addressing the Tax Challenges of the Digital Economy, Action 1 - 2015 Final Report*. Disponível em: <https://read.oecd-ilibrary.org/taxation/addressing-the-tax-challenges-of-the-digital-economy-action-1-2015-final-report_9789264241046-en#page1>. Acesso em: 26 mar. 2019.

- ii. taxas – há atuação estatal referida ao contribuinte e a destinação da arrecadação deverá se prestar a custear essa atividade (exercício de poder de polícia e serviço público);
- iii. contribuições de melhoria – há atuação estatal referida ao contribuinte, há exigência de destinação específica do produto da arrecadação;
- iv. empréstimos compulsórios – não há determinação de atividade referida ao contribuinte, há destinação específica e há obrigação de restituir o montante arrecado;
- v. contribuições – não há atividade estatal referida ao contribuinte e há destinação específica para o produto da arrecadação.

Esse critério classificatório é o que o Supremo Tribunal Federal – STF⁸ adotou em diversos julgados, o que lhe confere utilidade, em vista do relevante papel que a jurisprudência exerce para a delimitação das contribuições especiais. Com efeito, o item ‘v’ no qual estão as Cides, comporta grande número de subclassificações, reunindo várias contribuições, que, em comum, em sua hipótese de incidência, prescrevem atividade não vinculada estatal e destinação específica de sua arrecadação.

O art. 149 da CF prevê a competência da União para a instituição de contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais. Há o grande grupo das contribuições destinadas ao custeio da seguridade social, previstas no art.195 da CF, as contribuições ao “sistema S”, prescritas também no art. 240 CF, a contribuição ao salário-educação, prevista no art.212 da CF, diversas Cides, incluindo a incidente sobre combustíveis, prevista na própria CF, no §4º, do art. 177, além de contribuições sobre as quais há dificuldades de lhes atribuir categorias classificatórias existentes, em face de suas peculiaridades.

Considerando a competência da União, haveria quatro espécies de contribuições: i. de seguridade social; ii. sociais gerais; iii. de intervenção no domínio econômico; iv. de interesse de categoria profissionais ou econômicas. E sob a competência do Estados e Municípios, as contribuições previdenciárias de seus respectivos servidores públicos.

Sob a categoria tributária “contribuição”, como tributos não –vinculados e com receita afetada, há uma miríade de exações, com características distintas o suficiente para serem agrupadas em subespécies, como de fato, o legislador constitucional estabeleceu, em função de sua destinação, como se depreende dos arts.149, 177, §4º , 195, 212, §5º, 240 CF.

A trajetória histórica das contribuições é notadamente marcada pelas tensões políticas e econômicas, oriundas de um modelo constitucional federativo e tributário que impeliu a União a, incessantemente, perseguir receitas não-repartíveis com os demais entes federativos, o que culminou na proliferação desproporcional de contribuições. Sob a conveniência de as contribuições não estarem sujeitas à limitação do art. 154, I CF, de acordo com a interpretação consolidada do STF, o fato é que há signos de riqueza que são tributados diversas vezes, em um contexto de pluritributação econômica.

⁸ Como no Recurso Extraordinário n°. 138.284/CE, reiterado na ADI n°. 447-6/DF.

O panorama jurisprudencial e legislativo indica que a premência para a arrecadação, combinada com uma jurisprudência que ainda é recalitrante em relação às características dessa espécie tributária, redundaram na sobreposição de diversas Cides sobre os mesmos segmentos econômicos. Não só foram criadas novas, ampliadas as hipóteses de incidência das existentes, como entendimentos jurisprudenciais têm restaurado antigos tributos sob a roupagem de Cide.⁹

As Cides possuem o seu fundamento constitucional no art. 149 *caput*, § 2º a 4º que estabelecem que são de competência exclusiva da União; serão concebidas para atuar como instrumento de atuação estatal nas respectivas áreas; observarão as normas gerais em matéria de legislação tributária, estabelecidas em lei complementar, o princípio da estrita legalidade, irretroatividade, da anterioridade anual e nonagesimal.

A “referibilidade” é um conceito que não encontra base empírica nos textos do direito positivo, tendo sido forjado pela doutrina e jurisprudência. A referibilidade, como estrutura lógico-relacional, estabelece o nexo de causalidade entre dois entes.

O entendimento prevalecente na doutrina e na jurisprudência é que se caracterizam as Cides pela sua referibilidade a um grupo econômico, isto é, a arrecadação será escoada em determinado setor da economia, sendo esse o liame mantido com o contribuinte da exação, ou seja, o fato de exercer suas atividades econômicas no âmbito desse segmento.

Leciona o professor Luís Eduardo Schoueri que a “referibilidade”, nessa hipótese, não implica benefício, mas a equivalência, no sentido de que os contribuintes da Cide não serão diretamente ou necessariamente beneficiados com o emprego do produto da arrecadação, mas o seu setor econômico.

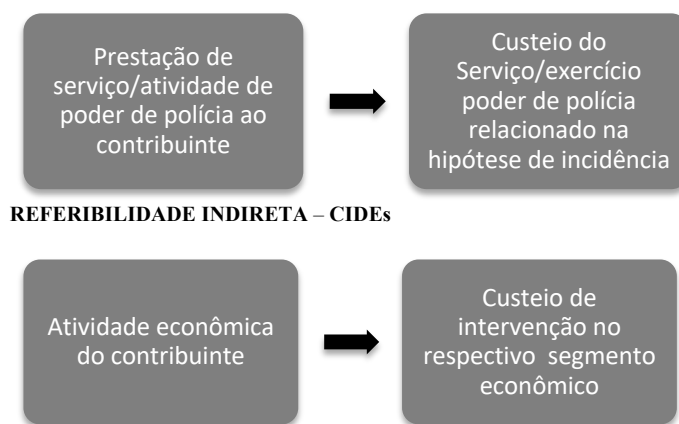
A referibilidade para a classificação das espécies tributárias, deverá considerar a hipótese de incidência *versus* destinação da arrecadação. O critério que erige as contribuições como espécie autônoma, encontra-se na etapa da destinação da arrecadação. Caso seja possível manter a relação direta entre o destino da arrecadação e o custeio da atividade prevista na hipótese de incidência, estar-se-á diante de uma taxa ou um empréstimo compulsório. Caso seja possível manter relação entre a atividade e o destino da arrecadação de forma mediata ou indireta, estar-se-á diante de uma contribuição.

No caso das Cides, a referibilidade mantém-se entre atuação do contribuinte e respectivo segmento econômico e é esse o critério determinante para erigi-la como subespécie tributária. Da mesma forma, as contribuições de seguridade social vincularão o a atividade de contribuinte e o sistema de seguridade a que está vinculado; o sistema “S” vinculará a atividade do contribuinte e o sistema sindical a entidades privadas de serviço social e de formação profissional correlatas.

Nesse sentido, graficamente, tem-se:

REFERIBILIDADE DIRETA – TAXAS

⁹ A 1ª Seção do STJ, no julgamento dos EREsp 770.451, dirimindo dissídio existente entre as Turmas de Direito Público, reviu seu posicionamento, entendendo se tratar a contribuição ao INCRA de contribuição de intervenção no domínio econômico



Nas Cides, já se asseverou, a referibilidade é “indireta” na medida em que a exação não possui a relação linear para o custeio de atividade, porém, à intervenção no segmento econômico a que pertence, em consonância com a determinação da lei instituidora da exação. O respectivo segmento econômico é o marco que vai atrelar o produto da arrecadação da Cide; deve haver uma relação de pertinência entre o sujeito passivo e o segmento econômico ao qual é afetada a exação.

Entretanto, a jurisprudência não está consolidada quanto ao espectro semântico da referibilidade para as Cides, que é um tema transversal para essa espécie tributária. Nesse sentido, o entendimento consolidado do STJ¹⁰ sobre a classificação da contribuição ao Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra, como Cide. Para o STJ, considerando que as disposições constitucionais sobre a política agrícola, fundiária e da reforma agrária, estarem dispostos topograficamente no Título da Ordem Econômica (nos arts. 184 e seguintes), a contribuição incidente sobre a folha de salários seria uma Cide. Embora a atuação do Incra não beneficie diretamente empresas urbanas e agroindustriais, beneficiaria toda a sociedade, ao promover a redução das desigualdades.

E nessa linha, conferiu-se um sentido bastante amplo à locução “intervenção no domínio econômico”, ao se afirmar que estaria imbrincada com o interesse público de busca de equilíbrio econômico, pela implementação de políticas econômicas convergentes com os valores do art. 170, como a função social da propriedade. Assim, trasladou a referência da Cide do segmento econômico para toda a sociedade, baseando-se no princípio da solidariedade.

Infere-se, portanto, que para o STJ a referibilidade seria satisfeita ao se manter o destino da arrecadação ao segmento econômico para o qual o tributo foi criado. Contudo, a tecitura desse argumento resulta em uma retórica que acabar por esmaecer as fronteiras das Cides como subespécie contributiva autônoma, como quis o legislador constitucional, ao nomeá-la no *caput* do art. 149 e definir os contornos de seu aspecto quantitativo no §2º do mesmo dispositivo. Isto porque quaisquer intervenções em segmentos econômicos, em última instância, devem perseguir um ambiente econômico equilibrado, o que respaldaria a cobrança generalizada das Cides. Tal frouxidão conceitual, não se acomoda nos lindes do sistema constitucional tributário brasileiro.

¹⁰ REsp 977058/RS, Relator Ministro Luiz Fux.

Ainda, a expressão “intervenção no domínio econômico” deve ser interpretada de forma mais restrita, sendo a política agrária e a realização da função social da propriedade, questões que se imiscuem na seara social. Veja-se, por exemplo, que no caso das contribuições de seguridade social, a própria CF determina que é “dever de toda a sociedade” custeá-la.

O fato é que o acórdão do REsp 977058/RS não é de fácil leitura, trazendo muitas transcrições de diversos autores e votos anteriores, de forma que não estão totalmente claras as ideias ou critérios encampados no voto condutor. Ademais, o tema da referibilidade apenas foi abordado de forma colateral.¹¹

A definição da referibilidade nas Cides é tema que permeia diversos julgamentos do STF. Ao lado da discussão da taxatividade das bases de cálculo para as Cides, em consonância com a EC nº 33/2001, que determinou a redação do art. 149, parágrafo 2º, III, “a”, são as grandes discussões sobre essa espécie tributária.

O tema da referibilidade das Cides também deverá ser apreciado no RE 928943, sob a égide do “tema 914 – Constitucionalidade da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico – CIDE sobre remessas ao exterior, instituída pela Lei 10.168/2000, posteriormente alterada pela Lei 10.332/2001”.

Na decisão de apreciação de repercussão geral, suscitou-se, dentre outras questões, o segmento econômico alcançado pela intervenção estatal e sua relação com a finalidade almejada pela exação, ante a afetação dos recursos provenientes da arrecadação a investimentos no setor de ciência e tecnologia e a necessidade de observância dos parâmetros constitucionais limitadores da competência da União para instituição de contribuições interventivas como elemento essencial à manutenção do Pacto Federativo.

Contrariamente à posição firmada pelo STJ, contudo, assevera Marco Aurélio Greco, os fins não justificam os meios, isto é, não se sustenta um argumento de que o simples cumprimento da destinação da finalidade determinada pela CF, as legitimariam, sob pena de se conferir um cheque em branco ao legislador.¹²

3. Intervenção do Estado na economia e extrafiscalidade

Nos termos do art.149 CF, ao trazer a locução “intervenção no domínio econômico” como predicado das Cides, aliado ao fato de que não há outra base empírica constitucional que determine os contornos dessa espécie tributária, impõe a tarefa de delinear o seu alcance.

As normas tributárias assumem importância fundamental na intervenção do Estado no domínio econômico, o que corrobora o art. 146-A CF, incluído pela EC nº 42/2003, ao prescrever que a “lei complementar poderá estabelecer critérios especiais de

¹¹ Nessa esteira, a contribuição ao Inbra será objeto de análise do STF, pela sistemática de repercussão geral, pela apreciação do “tema 495 - Referibilidade e natureza jurídica da contribuição para o Inbra, em face da Emenda Constitucional nº 33/2001”- RE 630898/RS. Tudo indica que nessa oportunidade será apreciada com detenção o significado de “referibilidade” para a contribuição ao Inbra e, por conseguinte, para as Cides de forma geral.

¹² GRECO, Marco Aurélio. *Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico sobre Royalties*. Revista Dialética de Direito Tributário nº 99. São Paulo: Dialética, p.133-151.

tributação, com o objetivo de prevenir desequilíbrios da concorrência, sem prejuízo da competência de a União, por lei, estabelecer normas de igual objetivo”.

A arrecadação é a maior função relacionada à tributação, pois os tributos são a principal fonte de recursos para o Estado. Ademais, outras funções da tributação são divisadas, como a distribuição de renda, a estabilidade da economia e a função alocativa ou indutora, que convivem entre si, prevalecendo uma ou outra, a depender da norma tributária.¹³

As normas tributárias constituídas como instrumentos de intervenção na ordem econômica estabelecem que a tributação não será fonte de custeio das despesas gerais do Estado, porém, de um setor específico da economia, no caso das Cides; ainda, poderão estabelecer que determinados tributos serão extrafiscais, reputando-se a um segundo plano a função arrecadatória, em prol do direcionamento dos comportamentos dos contribuintes para a realização de valores eleitos; ou poderão veicular subvenções ou incentivos fiscais.

Com efeito, as normas tributárias de intervenção econômica, em um sentido lato, não implicam, tão-somente, normas de redução ou isenção da carga tributária. A política interventiva pode ser concebida no sentido de incremento da arrecadação, como nas hipóteses em que se vise a conferir ao produto da arrecadação uma destinação específica, em benefício de determinado grupo.

Eros Grau afirma que a intervenção do Estado na economia pode ser classificada em “atividade econômica em sentido amplo” e “atividade econômica em sentido estrito”. Na primeira, estariam alocados os serviços públicos, campo de atuação típica estatal, ao passo que na segunda, haveria uma “intervenção em sentido forte”, quando o Estado ingressaria em área de titularidade própria do setor privado.¹⁴

Dentro do campo típico de atuação estatal, isto é, no desempenho de suas funções ordinárias, de provimento de serviços públicos à sociedade, a contraprestação é o pagamento de taxa. No caso de intervenção na economia em sentido estrito, o Estado explora atividades econômicas, produzindo bens e serviços, como qualquer agente econômico, submetendo-se às mesmas condições dos entes privados e sem dispor de privilégios subjetivos, sendo remunerado por preço público. É o que determina os parágrafos do art. 173 CF, que dispõem que as empresas públicas e sociedades de economia mista estão sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributárias, além de que, não poderão gozar de privilégios fiscais não extensivos ao setor privado, devendo ser preservada a concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

A intervenção econômica direta é excepcional no Estado brasileiro, que se funda nos princípios econômicos de livre mercado e concorrência (art.170 CF). Na intervenção indireta o Estado atua como agente regulador e normativo da atividade econômica, sendo essa a regra geral, considerando-se que o art. 173 CF determina que a “exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos

¹³ Cf. SCHOUERI, Luís Eduardo. *Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 8ª edição, 2018, p. 36.

¹⁴ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 89-90.

imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”.

O art. 174 da CF prescreve as formas interventivas indiretas do Estado na economia, que podem ser por fiscalização, incentivo e planejamento. As funções de fiscalização, incentivo e planejamento, especialmente as duas últimas, são relacionadas, impossibilitando, muitas vezes, que se possam divisá-las claramente, em situações concretas.

O Estado, na condição de agente normativo e regulamentador da economia poderá atuar dirigindo a economia, hipótese em que os instrumentos empregados são normas cogentes, que disciplinam as condutas que devem adotar os agentes econômicos a quem são direcionadas essas ordens. É o exemplo de normas de controle de preços, como os tabelamentos.¹⁵

A atuação estatal, da mesma forma, poderá se dar através da criação de normas indutoras de comportamentos, que estabeleçam obrigações ou direitos como consequentes de certas hipóteses de incidência, cuja realização seja almejada pelo legislador. Embora não se tratem de normas cogentes, a adequada arquitetura de norma indutora impulsiona o cidadão aos comportamentos desejados no âmbito de determinada política.

A intervenção estatal por planejamento dá-se, precipuamente, pela função legislativa, abrangendo não apenas as atividades econômicas em sentido estrito, como em sua concepção global, nos termos do próprio art.174 CF, que prescreve que o planejamento será determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

A intervenção estatal na forma de incentivos, por sua vez, invariavelmente se dará por normas dispositivas, que criam estímulos ou desestímulos para os comportamentos dos agentes econômicos, nos termos do art.150, §6º CF. A adoção ou não da conduta que se queira estimular, mantém-se sob a esfera de discricionariedade do agente econômico, sem que se incorra no campo de ilicitude.

Assim, essas normas tributárias instrumentalizam a intervenção indireta estatal por incentivo, pois estabelecem estímulos aos comportamentos dos contribuintes para adotarem determinadas condutas, ao optar por incorrer ou não, nas hipóteses de incidência dessas normas.

O legislador poderá criar isenções para determinado produto, para o fomento de um setor econômico; porém, o incremento de seu consumo também dependerá de outros fatores do mercado, como a elasticidade de sua demanda, a conveniência de seu consumo, que sopesadas pelos agentes econômicos, definirão a suficiência de determinada norma indutora para o alcance dos fins econômicos almejados.

Na intervenção estatal por fiscalização, o Estado atua para assegurar a eficácia jurídica das suas disposições normativas.¹⁶ Sob o prisma tributário, a função fiscalizatória estatal correlaciona-se com as taxas em função do exercício do poder de polícia, como expressamente determina o art. 145, II CF.

¹⁵ SCHOUERI, Luís Eduardo. Normas Tributárias Indutoras e Intervenção Econômica. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p.43.

¹⁶ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 19ª ed. atual., São Paulo: Malheiros, 2018, p. 103.

Importante frisar que, dentre os diversos princípios conformadores da ordem econômica constitucional, a soberania nacional, veiculada no art.170, I da CF assume importante relevo para o estudo da Cide-remessas, pois aqui se cogita de “soberania econômica”, que pressupõe a soberania política, mas nela não se esgota. A soberania econômica impõe que não haja dependência com as nações mais desenvolvidas, o que hoje se traduz, em grande parte à dependência tecnológica.

A soberania econômica do inciso I, art.170, deve ser lida conjuntamente com o art. 218, que estabelece que o Estado “promoverá e incentivará o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação”, com o art. 219 da CF, que determina que o “mercado interno integra o patrimônio nacional e será incentivado de modo a viabilizar o desenvolvimento cultural e sócio-econômico, o bem-estar da população e a autonomia tecnológica do País, nos termos de lei federal”.

A Lei nº 10.973/2004, que dispõe sobre incentivos à inovação e à pesquisa científica e tecnológica no ambiente produtivo, também conhecida como Lei de Incentivo à Inovação, estabelece que o Estado incentivará a pesquisa e o desenvolvimento de produtos, serviços e processos inovadores em empresas brasileiras e em entidades brasileiras de direito privado sem fins lucrativos.

A forma de intervenção estatal por incentivo seria a que se subsumiria a Cide-remessas, porque, teleologicamente, são instituídas para realizar o princípio constitucional econômico da soberania nacional, de autonomia tecnológica do País, pela capacitação científica e pela inovação.

Todavia, a sua estrutura tributária não é extrafiscal em uma acepção estrita, pois as Cides apenas promovem o efeito de intervenção econômica em momento posterior ao da arrecadação, quando do seu emprego à finalidade específica.

A técnica da extrafiscalidade determina que a arrecadação será um objetivo secundário do Estado, ou seja, as técnicas de indução de comportamentos poderão desonerar ou mesmo agravar a tributação, sempre visando convergir a atuação do contribuinte para a finalidade previamente concebida.

A extrafiscalidade acomoda-se à função interventiva do Estado por incentivo, considerando-se que o contribuinte poderá ou não realizar a hipótese de incidência da norma tributária extrafiscal, hipótese diretamente relacionada com a sua eficiência para a indução de comportamentos, diferentemente do que ocorre no dirigismo econômico.

A CF prescreve a aplicação da extrafiscalidade para o IPI, que foi arquitetado de maneira a possuir alíquotas variáveis, por tipo de bem. Aplica-se a técnica da seletividade, que, de acordo com a disposição do art.153, IV, §3º, I, impõe que o imposto “será seletivo em função da essencialidade do produto”. A seletividade é empregada com o fito de neutralizar os efeitos da regressividade, em observância à capacidade contributiva dos consumidores, destinatários dos encargos desses tributos indiretos.

Da mesma forma, a Constituição determinou que o ICMS, de competência do Estados, no art.155, §2º, III, “poderá ser seletivo, em função da essencialidade das mercadorias e serviços”; que o imposto de importação, em consonância com o art.153, I, §1º, terá sua alíquota alterada pelo Poder Executivo, havendo disposição análoga para o imposto sobre a exportação, no art.153, II; que o IOF, ou imposto sobre operações financeiras, cuja competência está prevista no art. 153, V da CF, onera variadas operações

– de crédito, câmbio, seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, concebido como instrumento de regulação da economia.

Esses impostos foram estruturados pelo legislador constitucional para atender à extrafiscalidade, ou seja, são excepcionados do princípio da estrita legalidade, estabelecido no art.150, I da CF, no que tange às suas alíquotas. A consecução das finalidades constitucionais pressupõe a flexibilização da limitação constitucional ao poder de tributar. Por conseguinte, o ato do Executivo de fixação de alíquotas não se submete ao princípio da anterioridade anual e qualificada, conforme art. 150, III, “b” e “c”, ou seja, terão vigência imediata, com exceção do IPI, que deverá observar a anterioridade qualificada.

As Cides, como exações concebidas, expressamente, pelo legislador constitucional, para intervirem no domínio econômico, intuitivamente, induzem ao entendimento de que são tributos extrafiscais. Contudo, da sua estrutura normativa, em princípio, decorre que, quanto maior a sua arrecadação, melhores e maiores as possibilidades de incentivo do setor econômico correlato, prevalecendo a sua função arrecadatória, desde que canalizada a destinação específica.

A sua estrutura lógica, vinculada pela referibilidade indireta, determina que aqueles contribuintes que atuam em determinado segmento econômico pouca margem terão para optar por incorrer na hipótese de incidência. O operador econômico que realize importação e comercialização de petróleo e derivados, gás natural e derivados, e álcool etílico, pagará a Cide –combustíveis. A intervenção econômica do Estado deverá ocorrer de forma mediata, na aplicação do produto de sua arrecadação em infraestrutura de transporte, em projetos ambientais relacionados à indústria de petróleo e gás, em subsídios a preços ou transporte de álcool combustível, de gás natural e derivados, e de petróleo e derivados.

O conceito de extrafiscalidade, portanto, na acepção comumente adotada, de conformação da norma tributária de forma a estimular ou desestimular comportamentos dos contribuintes para a realização de determinado fim, não se aplica às Cides.

Converge com esse raciocínio o fato de que o art. 149 da CF não excepciona tais exações do princípio da estrita legalidade e da anterioridade, regime jurídico próprio da extrafiscalidade, determinando, ao contrário, textualmente, a sua observância.

Apenas seria possível conceber as Cides como tributos extrafiscais, em um sentido lato, de se prestar como instrumento de intervenção na economia. Em ambas as hipóteses haverá a intervenção do Estado para a consecução dos objetivos da ordem econômica constitucional; contudo, no primeiro caso, haverá atuação da norma tributária indutora no advento da própria percussão tributária e, no segundo caso, a intervenção do Estado processa-se sobre o produto da arrecadação.

Nesses termos, as Cides teriam preponderante função arrecadatória, não para custear as despesas gerais do Estado, porém, específicas, vinculadas a um setor econômico determinado, visando a fomentá-lo.

Outro aspecto que deve ser novamente sublinhado, é que a expressão “domínio econômico” utilizada no art. 149 CF, para se referir às Cides, deve ser lida como “parte”, “segmento”, “setor” econômicos, não numa acepção lata, de política econômica. Como

mencionado, a interpretação sistêmica das disposições sobre as espécies de contribuições, impõem esse entendimento, além de que, à luz do que dispõem os arts. 173 e 174 CF, que se referem em intervenção na “atividade econômica”, apontam que essa é a melhor exegese.

4. Sobre a Cide-remessas

Com a EC nº33, de 2001, que alterou o art. 149 da CF, instituiu-se a competência para a “Cide-remessas”. O tributo incide sobre as importâncias pagas, creditadas, entregues, empregadas ou remetidas, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de *royalties* ou remuneração, previstos nos respectivos contratos, que tenham por objeto licença de uso ou aquisição de conhecimentos tecnológicos, contratos que impliquem transferência de tecnologia, firmados com residentes ou domiciliados no exterior.

A Lei nº 10.332/2001, que alterou a Lei nº 10.168/2001, que instituiu a Cide, determinou que a contribuição passasse a ser devida também pelas pessoas jurídicas signatárias de contratos de serviços técnicos, assistência administrativa e semelhantes, prestados por residentes ou domiciliados no exterior, bem assim, pelas pessoas jurídicas que pagarem, creditarem, entregarem, empregarem ou remeterem *royalties*, a qualquer título, a beneficiários residentes ou domiciliados no exterior.

Para efeitos da ocorrência do fato gerador, eram considerados apenas os contratos de transferência de tecnologia os relativos à exploração de patentes, de uso de marcas e os de fornecimento de tecnologia e prestação de assistência técnica. Com a edição da Lei nº 10.332/2002 e a ampliação das destinações da Cide-remessas, foram também criadas, pelo art.6º, novas hipóteses de incidência, acrescentando-se o § 2º ao art. 2º da Lei nº 10.168/2000. A Cide passou a incidir, também, sobre remessas relativas a contratos que tenham por objeto serviços técnicos, de assistência administrativa e semelhantes, a serem prestados por residentes ou domiciliados no exterior, além de sobre *royalties*, a qualquer título.

A alíquota da Cide é de 10% e a base de cálculo, de acordo com o §3º, art. 2º da Lei nº 10.168/2000, são os “valores pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos, a cada mês, a residentes ou domiciliados no exterior, a título de remuneração decorrente das obrigações” previstas como hipóteses de incidência do tributo. A composição dessa base de cálculo apenas inclui, como a própria norma diz, o valor remetido a título de remuneração ou contraprestação dos serviços prestados.

A afetação da Cide é estabelecida pela Lei nº 10.168/2000, que, logo no art. 1º enuncia que sua destinação é estimular o desenvolvimento tecnológico brasileiro, mediante programas de pesquisa científica e tecnológica cooperativa entre universidades, centros de pesquisa e o setor produtivo.

Para a consecução da finalidade, o art.5º da lei determina a constituição de Comitê Gestor no âmbito do Ministério da Ciência e Tecnologia, para coordenar as atividades do Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação, cabendo-lhe definir as diretrizes gerais e o plano anual de investimentos, acompanhar a implementação das ações e avaliar os resultados alcançados.

O art. 6º estabelece que do total dos recursos arrecadados com a contribuição, 30%, no mínimo, serão aplicados em programas de fomento à capacitação tecnológica e ao amparo à pesquisa científica e ao desenvolvimento tecnológico nas regiões Norte, Nordeste e Centro-Oeste.

A Lei nº 10.332/2002 ampliou, a partir de sua vigência, as destinações da Cide-remessas, estabelecendo percentuais para o Programa de Ciência e Tecnologia para o Agronegócio, de Fomento à Pesquisa em Saúde, de Biotecnologia e Recursos Genéticos – Genoma, de Ciência e Tecnologia para o Setor Aeronáutico e de Inovação para Competitividade. A arrecadação da Cide-remessas será alocada ao Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – FNDCT, em categorias de programação específicas.

O Decreto nº 4.195, de 11 de abril de 2002 regulamenta as disposições da Lei nº 10.168/2000, especialmente disciplinando as formas de alocação dos recursos arrecadados, em vista das finalidades para qual a Cide foi instituída. Estabelece, dentre outros, que o Programa de Estímulo à Interação Universidade-Empresa para o Apoio à Inovação compreenderá atividades relacionadas a projetos de pesquisa científica e tecnológica, desenvolvimento tecnológico experimental; de tecnologia industrial básica, de implantação de infraestrutura para atividades de pesquisa e inovação, de capacitação de recursos humanos para a pesquisa e inovação, difusão do conhecimento científico e tecnológico, processos de inovação, agregação de valor e aumento da competitividade do setor empresarial.

O histórico legislativo da Cide-remessas intersecciona-se com o do IRRF sobre as remessas para o exterior, que incidia, anteriormente à alíquota de 25%. Após as alterações da Lei nº 10.168/2000 pela Lei nº 10.332/2001, essas remessas ficaram sujeitas à alíquota de 15% de IRRF e de 10% de Cide, nas remessas relativas a contratos que tenham por objeto serviços técnicos, de assistência administrativa e semelhantes, mantendo-se a alíquota de 25% para as demais hipóteses.

O fato é que sucessivas medidas provisórias foram editadas para mudar o critério quantitativo do IRRF sobre remessas do exterior, alterando a sua alíquota de 25% para 15%, permitindo uma adequação formal aos acordos para evitar a dupla tributação da renda assinados pelo Brasil, especialmente no que tange à limitação da alíquota do IRRF ao teto de 15%. Assim, o art. 3º da Medida Provisória no 2.159-70, de 24 de agosto de 2001 reduziu a alíquota para 15%.

Por outro lado, ao instituir a Cide-remessas sobre os mesmos fatos geradores do IRRF após a edição da Lei nº 10.332/01, sobre a mesma base econômica, envolvendo as mesmas partes, a União manteve a arrecadação, embora devendo atrelá-la a destinação específica. Ademais, interessante apontar que esta Cide, diferentemente do IRRF, não terá a receita de sua arrecadação repartida com outros entes federativos, nos termos do art.159 da CF.

Essa evolução legislativa indica que, sob o ponto de vista da substância e do primado da boa-fé no direito tributário internacional, expressamente presente na interpretação dos tratados baseados no modelo OCDE, a Cide-Remessas pode ser lida como um adicional do IRRF e, por conseguinte, uma violação aos compromissos internacionais assumidos e motivo para denúncia dos acordos.

Ainda assim, a Cide-remessas foi instituída como um tributo autônomo, de acordo com a competência conferida pelo art. 149 da CF, com legislação e disciplina própria. A despeito de o contexto político-econômico ter exercido papel relevante na instituição da Cide-remessas, sob a perspectiva estrita do sistema jurídico brasileiro, a sua instituição, interpretação e aplicação, deve observar regime jurídico próprio, não de mero adicional de IRRF.

A racionalidade e coesão interna sistêmica vedam que a interpretação e aplicação da Cide-remessas transmude-se na medida da conveniência das autoridades fiscais, isto é, para efeitos de conformidade com os compromissos internacionais assumidos, figurar como um tributo indireto sobre a importação de serviços e intangíveis, ao passo que, internamente, seja tratada como mero adicional do imposto de renda.

E nesse contexto, o teste de legitimidade de da Cide-remessas deve ser feita sob a égide de seu arquétipo constitucional, devendo ser analisada, dentre outras, a questão da sua referibilidade e da possibilidade de promover de forma eficaz, a intervenção do Estado no domínio da inovação tecnológica.

5. Cide-remessas: referibilidade e eficácia como instrumento de fomento da inovação tecnológica

Embora a Lei nº 10.332/2002 tenha estabelecido novas destinações para o produto da arrecadação da Cide-Remessas, há um fio condutor que as liga todas, quais seja, incentivar o desenvolvimento científico e tecnológico brasileiro, por meio de financiamento de atividades de pesquisa e desenvolvimento científico-tecnológico.

Todavia, o alargamento promovido pela Lei nº 10.332/01 impôs que a hipótese de incidência, que antes descrevia atividades com transferência de tecnologia, passasse a abarcar os serviços técnicos e de assistência administrativa; além de *royalties* de qualquer natureza, de modo que se igualou à base de cálculo do IRRF.

De fato, a interpretação que tem sido conferida à aplicação da Cide-remessas pela Receita Federal, é que se aplica integralmente a legislação do imposto de renda, na definição da materialidade da exação. Aplica-se a Instrução Normativa RFB nº 1.455, de 2014, que dispõe acerca da incidência do IRRF sobre rendimentos pagos, creditados, empregados, entregues ou remetidos para pessoas jurídicas domiciliadas no exterior nas hipóteses que menciona. Nesses casos, “toma-se de empréstimo”, como se tem afirmado em múltiplas soluções de consulta¹⁷, as definições de serviço técnico e de assistência técnica para fins de tributação pelo IRRF, que constam do art. 17 da normativa.

E para o estabelecimento do alcance semântico de “assistência administrativa”, a interpretação é integrada pelas disposições da Lei nº 4.769/1965, que disciplina o exercício da profissão de técnico de administração.

¹⁷ Como a Solução de Consulta nº 228 Cosit, de 5 de dezembro de 2018, que afirma a incidência da Cide-Remessas sobre serviços de instalação e montagem de equipamentos no exterior; a Solução de Consulta nº 191 – Cosit, de 23 de março de 2017, que afirma a incidência da Cide-Remessas sobre *Software As A Service*, considerando-o como serviço técnico; Solução de Consulta nº 8 –Cosit, de 2 de fevereiro de 2016 que estabelece que serviços de assessoria de imprensa constituem serviços de assistência administrativa ou semelhantes; Solução de Consulta no 4 Cosit, de 2 de fevereiro de 2016, que afirma a incidência da Cide-Remessas sobre pagamentos a escritórios de advocacia.

O mesmo se pode dizer sobre os *royalties* “a qualquer título”, que passaram a compor a hipótese de incidência da Cide-remessas com a Lei nº 10.332/2002. A legislação brasileira que define “*royalties*” é Lei nº 4506/1964, art.22, que os define como rendimentos decorrente do uso, fruição ou a exploração de direitos, relacionados à colheita ou extração de recursos vegetais, inclusive florestais, pesquisa e extração de recursos minerais, exploração de invenções, processos, fórmulas de fabricação e marcas, direitos autorais, quando não percebidos pelo criador (pessoa física) da obra.

Nesses casos, verifica-se que a incidência da Cide-remessas pode se dar sobre rendimentos sobre uso, fruição ou exploração de direitos dos mais variados, que guardam nenhuma relação com fornecimento de tecnologia, como o caso de *royalties* sobre exploração de jazidas de minérios.

Para alguns fatos jurídicos, há, inclusive a sobreposição de Cides, como é o caso dos *royalties* pagos ao exterior aos produtores, distribuidores ou intermediários no exterior, relativos à exploração de obras cinematográficas e videofonográficas, sobre os quais incide a Contribuição para o Desenvolvimento da Indústria Cinematográfica Nacional – Condecine, instituída pela Medida Provisória 2.228-1, em 6 de setembro de 2001, destinada ao Fundo Nacional da Cultura.

A incidência da Cide-remessas como um mero apêndice do IRRF abrange uma gama tão variada de operações, que resulta em extravasamento da competência tributária para a instituição dessa espécie tributária. A exigência da Cide-remessas sobre serviços técnicos e de assistência administrativa, além de *royalties* a qualquer título, sem que haja a transferência de tecnologia, definidos em atos administrativos regulamentadores do IRRF, parecem ir além da referibilidade do tributo.

O segmento econômico ao qual faz referência a Cide-remessas é de empresas produtoras, fornecedoras ou distribuidoras de tecnologia. Esse desenho do limite da competência tributária reflete-se no arts. 218 e 219 CF. A própria exposição de motivos da Lei nº 10168 assim afirma que: “busca concretizar determinação contida no artigo 218 da Lex Magna, no que atribui ao Estado o dever de promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa e a capacitação tecnológicas”¹⁸. Conforme entendimento do professor Marco Aurélio Greco, o “conceito de tecnologia que atua como identificador da parcela da realidade sobre a qual a disciplina versa”.

Mas qual o conceito de tecnologia, no direito brasileiro? A Lei nº 9.279/1996 que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial estabelece, em seu art.211, que o Instituto Nacional da Propriedade Industrial – INPI fará o registro dos contratos que impliquem transferência de tecnologia, contratos de franquia e similares.

O INPI define o contrato de transferência de tecnologia como “modalidades contratuais que envolvem aquisição de conhecimentos e de técnicas não amparadas por direitos de propriedade industrial ou o fornecimento de informações tecnológicas, destinados à produção de bens e serviços”.¹⁹ O contrato de fornecimento de tecnologia ou *know how*, tem como objeto a aquisição de conhecimentos e de técnicas.

¹⁸ Greco, Marco Aurélio. *Op. citada*, p.137

¹⁹ É o que dispõe o art.8º da Resolução INPI/PR n. 199, de 07 de julho de 2017, que dispõe sobre as Diretrizes de exame para averbação ou registro de contratos de licença de direitos de propriedade industrial e de registro de topografia de circuito integrado, transferência de tecnologia e franquia.

A Lei nº 9.609/1998, que dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização, prescreve no parágrafo único do art.11 os contornos dos contratos que envolvam transferência de tecnologia de *softwares* determinando a

obrigatoriedade da entrega, por parte do fornecedor ao receptor de tecnologia, da documentação completa, em especial do código-fonte comentado, memorial descritivo, especificações funcionais internas, diagramas, fluxogramas e outros dados técnicos necessários à absorção da tecnologia.

Interessante mencionar a Resolução INPI nº 156/2015, que, com fundamento no art. 211 da Lei nº 9.279/96, veicula lista de serviços de assistência técnica dispensados de averbação pelo órgão, por não implicarem em transferência de tecnologia, tais como serviços de logística; consultoria na área financeira; na área comercial, jurídica, visando à participação em licitação; serviços de *marketing*; serviços de suporte, manutenção, implementação, integração, implantação, customização, adaptação, certificação, migração, configuração, parametrização, tradução ou localização de programas de computador (*software*); serviços de montagem, instalação prestados em equipamentos ou máquinas, dentre outros.

Não obstante, para efeitos fiscais, sobre as remessas relativas ao pagamento de serviços relacionados na Resolução INPI nº 156/2015, haverá a incidência da Cide-remessas. Um escritório de advocacia que contrate serviços jurídicos no exterior para abertura de subsidiária de empresa brasileira, ou a contratação de uma análise financeira para investimentos no exterior, deverá recolher Cide-remessas, independentemente de quaisquer vinculações desses sujeitos passivos com o segmento de tecnologia.

A Lei nº 10.973/2004, Lei de Incentivo à Inovação, veicula algumas definições em seu art. 2º, tais como “inovação” como

introdução de novidade ou aperfeiçoamento no ambiente produtivo e social que resulte em novos produtos, serviços ou processos ou que compreenda a agregação de novas funcionalidades ou características a produto, serviço ou processo já existente que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho; (Redação pela Lei nº 13.243, de 2016)

Há um núcleo duro do que seja a transferência de tecnologia, que pressupõe a aquisição de conhecimentos e técnicas. Por outro lado, não há no direito tributário brasileiro um conceito de “tecnologia” para efeitos de composição do aspecto material de fatos geradores. Nos termos do art.110 do CTN, desde que o próprio legislador tributário não tenha atribuído uma significação distinta do direito privado para determinado termo, deve esse prevalecer, no âmbito de uma exegese sistêmica.

Observe-se que, a despeito da questão da referibilidade na Cide-remessas, após as alterações trazidas pela Lei nº 10.332/2002, estar pendente de um posicionamento do STF, no âmbito do contencioso administrativo fiscal a matéria é objeto da Súmula do Carf nº 127, que estabelece: “A incidência da Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico (CIDE) na contratação de serviços técnicos prestados por residentes ou domiciliados no exterior prescinde da ocorrência de transferência de tecnologia.”

A análise dos precedentes que ensejaram o enunciado aponta que diversos acórdãos não se aprofundaram na questão da referibilidade, o que está, diga-se, em consonância com os limites jurisdicionais do contencioso administrativo. Com efeito, uma das leituras possíveis da questão é que com o advento da Lei nº 10.332/2002, a lei teria alargado o campo de incidência da contribuição, o que não pode ser objeto de apreciação, em seu mérito, no âmbito do processo administrativo.

Não obstante, há outra interpretação possível, que leria a modificação da Lei nº 10.332/2002 conforme a CF. Algumas vezes vencidas nesses precedentes administrativos²⁰ defenderam que as alterações introduzidas pela Lei nº 10.332/01 no §2º, do art. 2º, da Lei nº 10.168/00, apenas complementarizariam as disposições do *caput* desse dispositivo, estabelecendo outras formas jurídicas de transferência ou aquisição de tecnologia. Entretanto, não autorizariam a inclusão indiscriminada de qualquer remessa para o exterior, na base de cálculo da referida contribuição, sem que houvesse transferência de tecnologia. Nesses termos, corroboraria esse entendimento, o disposto no art. 11 da LC nº 95/98, o qual prescreve que “os parágrafos e os incisos não podem ser considerados isoladamente, devendo ser analisados no contexto do artigo no qual se inserem”.

Já no âmbito do STF, a decisão de apreciação de repercussão geral no RE 928.943, expressamente faz alusão ao segmento econômico alcançado pela intervenção estatal e sua relação com a finalidade almejada pela exação, considerando a necessidade de observância dos parâmetros constitucionais limitadores da competência da União para instituição de contribuições interventivas, como elemento essencial à manutenção do Pacto Federativo.

Outro aspecto interessante da Cide-remessas analisado pelos tribunais superiores, no caso, o STJ, foi o alcance da expressão “fornecimento de tecnologia”, no REsp 1642249/SP, sobre *softwares*. Para o STJ a lei instituidora da Cide-remessas não exige a absorção da tecnologia nos termos estabelecidos pela Lei nº 9.279/1996, isto é, “fornecimento de tecnologia” de que trata o art. 2º, §1º, da Lei nº 10.168/2000, teria acepção ampla, alcançando a aquisição dos direitos de comercialização ou distribuição de programa de computador. O “fornecimento” seria equivalente a guarnecimento ou entrega, ao passo que “tecnologia”, não seria o conhecimento para a produção do bem, mas o próprio bem, tecnológico.

Ora, à vista da exposição de diversos *inputs* sobre as Cide-remessas, já se pode refletir sobre aspectos da eficácia do tributo como instrumento de fomento do setor tecnológico no Brasil.

Um primeiro ponto, é sobre como a ausência de referibilidade pode afetar a eficácia da intervenção no domínio econômico no setor de inovação tecnológica. Considerando que a Cide-remessas, não é um tributo extrafiscal em sua acepção estrita, poderia se cogitar que, quanto maior a base tributável, desde que mantidas as respectivas destinações, mais benéfico seria para o segmento tecnológico.

Todavia, pressuporia que a referibilidade, nos termos aqui expostos, não seria uma característica identificadora das Cides, como espécie tributária, nos termos constitucionais. A ausência de relação entre sujeito passivo e o setor econômico viola o

²⁰ Veja, nesse sentido, o voto vencido no Acórdão nº 3201-003.022 – 2ª Câmara / 1ª Turma Ordinária, do Conselheiro Leonardo Vinicius Toledo de Andrade.

art.149 CF e onera o empresariado, que já paga diversos tributos sobre as mesmas bases econômicas.

Conforme referido, afirma o professor Marco Aurélio Greco, nas Cides, os fins não justificam os meios, pois a bandeira da afetação da destinação da receita para a realização de um valor constitucional, não autorizaria a violação do Pacto Federativo, pela flexibilização ou ampliação das competências constitucionais. Sobre esse último aspecto, tanto mais se agrava o quadro, quando se verifica que 30% do destino dessa arrecadação das Cides, por força da EC nº 93, de 8 de setembro de 2016, são desvinculadas de sua afetação legal, para custear as despesas gerais da União.

O fato é que mesmo em sua versão original, a eficácia indutora da economia da Cide-remessas já era questionável. A instituição da Cide-remessas como fonte de fomento do setor de inovação tecnológica tinha como justificativa a premissa de que a oneração da importação da tecnologia estrangeira, induziria o comportamento dos contribuintes para a sua aquisição no mercado nacional.

Ora, uma política de indução econômica justificada em termos tão simplistas, não se mantém de pé. A história mundial e do próprio Brasil, demonstram que o desenvolvimento tecnológico de uma país, pressupõe, em um momento preliminar, a aquisição e absorção da tecnologia dos países que a detêm. Diversos incentivos fiscais para o desenvolvimento de manufaturas, necessita subvenções para aquisições de tecnologia, como é o caso do regime especial de tributação para a plataforma de exportação de serviços de tecnologia da informação – Repes, criado pela Lei nº 11.196/2005, voltado para o desenvolvimento de *software* e serviços de tecnologia de informação.

A oneração com a Cide-remessas a aquisição de tecnologia importada, em muitos casos, apenas encarecerá os bens nacionais, inclusive as manufaturas, sobre as quais o peso de bens intangíveis é crescente. A única hipótese de enunciado prescritivo extrafiscal encontrado na Lei nº 10.168/2000, é o § 6º do art.2º, incluído pela Lei nº 12.402/2011, que estabelece isenção da Cide-remessas, para hipóteses em que o contratante for órgão ou entidade da administração direta, autárquica e fundacional da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e o contratado for instituição de ensino ou pesquisa situado no exterior, para o oferecimento de curso ou atividade de treinamento ou qualificação profissional a servidores civis ou militares do respectivo ente estatal, órgão ou entidade.

Vale ressaltar que a referida isenção apenas atinge hipóteses de cursos, treinamentos, qualificação profissional para servidores. Contudo, na hipótese de aquisição de tecnologia para o desenvolvimento de energia nuclear, por exemplo, pelas Forças Armadas brasileiras, ficariam sujeitas à Cide-remessas.

Esses prosaicos exemplos são indicativos dos paradoxos da Cide-remessas como instrumento para a intervenção no domínio tecnológico. O tributo tornou-se mais uma fonte de arrecadação da União, que atinge indiscriminadamente signos de riqueza, desbordando os seus limites constitucionais.

A concepção de uma política tributária que institua um tributo com a finalidade de intervir no setor tecnológico deve combinar normas de tributação extrafiscal, em seu sentido estrito, criando incentivos fiscais para determinados fatos jurídicos, de acordo com algumas variáveis, basicamente atreladas à existência de tecnologia nacional

similar. Não há óbice para a combinação de instrumentos jurídicos em prol de uma política tributária interventiva eficaz – inclusive a Lei nº 10.973/2004, art.19, §7º, prescreve que os entes federativos poderão “utilizar mais de um instrumento de estímulo à inovação a fim de conferir efetividade aos programas de inovação em empresas”.

Some-se a essa questão a necessidade de um mecanismo assertivo de controle e de atingimento de metas de fomento, com a aplicação dos recursos dos fundos atrelados à Cide-remessas. Essa exação é responsável por expressiva arrecadação, porém não se dispõe de dados oficiais, comprovações ou critérios que estabeleçam a forma como essas receitas incrementaram o desenvolvimento tecnológico, como por exemplo, o aumento dos registros de patentes.²¹

Nesse contexto, em levantamento realizado em artigo de Thiago Del Bel²², sobre a destinação da Cide-remessas entre 2011 e 2014, concluiu-se que, do confronto entre a arrecadação e a sua destinação, aos fundos setoriais de ciência e tecnologia do FNDCT, foi em grande parte descumprida, de forma crescente, desde a sua instituição. Apenas em 2001 teria havido o empenho de despesa em conformidade com a destinação legal, porém, verificou-se que 24,36% da destinação legal não foram observados pela dotação em lei orçamentária anual e que 44,60% da destinação legal não foram observados na execução do orçamento, via empenho de despesas, pelo MCTI no âmbito do FNDCT.

Assim, pode-se afirmar que a Cide-remessas, em sua forma atual, não realiza o desígnio constitucional de fomentar eficazmente o segmento econômico de inovação tecnológica e opera como adicional de IRRF, que cobre um amplo espectro de signos de riquezas não relacionados com o setor de tecnologia, onerando o comércio exterior de serviços e intangíveis brasileiros.

Conclusões

A norma tributária criada para desempenhar o papel do estado de regulador da economia, que não alcance as finalidades de fomento a determinado setor econômico, gera ônus para toda a sociedade. Nos casos de renúncias fiscais a “conta” é paga pela sociedade, na medida em que a desoneração fiscal sem o correspondente incremento econômico, anula o potencial de aumentar o número de fatos geradores e, assim, compensar a redução inicial de arrecadação. Nos casos de criação de novos tributos, com o intuito de fomentar determinados setores, haverá a sua repercussão para os consumidores, para meio da trasladação de seus custos.

As Cide-remessas, em seu desenho atual, que tributa indiscriminadamente, sem observância da referibilidade, um amplo rol de fatos geradores, provoca o aumento de carga tributária, repassado à toda sociedade, sem que se haja instrumentos que afirmem o seu papel interventivo, com a demonstração e controle objetivos do atingimento de suas finalidades. Ademais, a sua incidência sobre diversas remessas ao

²¹ Nesse sentido, interessante trabalho do professor Paulo Caliendo e Veyzon Muniz: Política Fiscal e Desenvolvimento Tecnológico-Empresarial: Uma análise crítica sobre inovação e tributação. p.164-168. In Revista de Direito Brasileira, v. 12, n. 5 (2015). Coord. Vladimir Oliveira Silveira. (disponível em : <<https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/issue/view/264> >. Acesso em: 26 mar. 2019.)

²² CIDE-Tecnologia: um estudo empírico acerca da destinação de sua arrecadação. Revista Direito Tributário Atual, n.37, jan./jun. 2017, p. 413-435, São Paulo: Instituto Brasileiro De Direito Tributário- IBDT.

exterior, sem a necessária reflexão sobre diferenças de setores econômicos, sobre a existência de tecnologia nacional, teve como efeito instituir pesada carga tributária sobre a importação de tecnologia, criando óbices para que possam ser incorporadas e agreguem valor e competitividade à produção brasileira.

A política tributária em prol da inovação tecnológica deve combinar enunciados prescritivos extrafiscais à Cide-remessas, permitindo que alguns setores, dentre aqueles vinculados ao setor de tecnologia, possam ter a carga tributária reduzida, a depender de sua situação.

Em estudo para a OCDE, Pamela Palazzi²³ demonstra que diversos países do mundo, atualmente, têm como relevante objetivo formular políticas tributárias de incentivo de pesquisa e desenvolvimento, para impulsionar a inovação. Os instrumentos de incentivo são variados, a depender da estratégia de cada país, como concessão de créditos fiscais, baixas alíquotas de imposto de renda sobre intangíveis, como royalties de propriedade intelectual, isenções, tratamentos tributários preferenciais.

O advento da criação de uma profusão de contribuições no direito brasileiro, após a CF de 88, deveria ter sido acompanhado de instrumentos no direito positivo, que determinassem as regras para a afetação de receitas. Não obstante, verifica-se o vácuo legislativo sobre o tema, ocupado, em algumas ocasiões, por atuações do Tribunal de Contas da União sobre as destinações das arrecadações.

O Judiciário, por sua vez, em manifestações, em contextos diversos, manifestou-se no sentido de que não é necessária a edição de lei complementar para instituição de Cides, o que, por certo, deixa à descoberto o fato de que o principal diploma veiculador de normas gerais em matéria tributária, o CTN, foi editado em 1966 e não traz as normas gerais tributárias específicas para as contribuições, como a definição de “referibilidade” e a afetação das receitas.

O cenário traçado, ademais de impedir o desenvolvimento de um ambiente fértil para o desenvolvimento de inovação tecnológica, cria óbices para a atração de investimentos. A ausência de uma política tributária eficiente para a inovação tecnológica afasta empresas multinacionais que buscam desenvolver suas operações em países em que encontrem custos mais baixos.

Outro ponto a ser observado, é que o Brasil ao criar a Cide-remessas como uma solução para não erodir a sua base com o IRRF, de forma a observar formalmente, as convenções internacionais para evitar a bitributação, justifica uma eventual de denúncia por outro Estado, afugentando mais investimentos estrangeiros.

Em amplo estudo realizado sobre as políticas de inovação tecnológica no Brasil, pelo Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA²⁴, demonstrou-se que ao longo dos últimos vinte anos, foram implementadas diversas políticas voltadas para a ciência e tecnologia (C&T) e para a inovação, como a criação dos fundos setoriais, a Lei

²³ PALAZZI, Pamela. Taxation and Innovation. In: OECD Taxation Working Papers. Disponível em: < <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/5kg3h0sf1336-en.pdf?expires=1553556616&id=id&acc-name=guest&checksum=2FF36B52118CD6BE62749F2BF19448E3> >. Acesso em: 26 mar. 2019.

²⁴ Políticas de apoio à inovação tecnológica no Brasil: avanços recentes, limitações e propostas de ações / organizadores: Lenita Maria Turchi, José Mauro de Moraes. Capítulo 1- Por Uma Nova Geração De Políticas De Inovação no Brasil, p.25. –Brasília: Ipea, 2017. Disponível em: < http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/livros/livros/171103_politicas_de_apoio_a_inovacao.pdf >. Acesso em: 26 mar. 2019.

de Inovação e os incentivos fiscais da Lei do Bem, em 2004 e 2005, bem como o Plano Inova Empresa, de 2013. Entretanto, os resultados das políticas de fomento à inovação foram modestos, especialmente no que tange à participação nos depósitos mundiais de patentes, que segue irrisória.

As políticas de inovação e, por conseguinte, as que norteiam a afetação das receitas arrecadadas com a Cide-remessas, que abastecem o FNDCT, devem ser empregadas para solução de problemas concretos do País. Há um consenso atual sobre a necessidade de desenvolvimento de um ambiente fecundo para a inovação, o que passa por um sistema tributário mais racional e uma tributação mais equilibrada.

A política tributária não pode perder de mira a necessidade de fomentar a capacidade de incorporar, adaptar e produzir novas tecnologias, como condição para alavancar os ganhos de eficiência e impulsionar o crescimento econômico.



INSTRUMENTS TO PROMOTE SOLAR ENERGY DEVELOPMENT IN BRAZIL: POSSIBILITIES TO URBAN DECONCENTRATION INDUCTION AND TO REGIONAL INEQUALITIES REDUCTION

*Denise Lucena Cavalcante
Eric de Moraes e Dantas*

1. INTRODUCTION

This study is contextualized in the Brazilian photovoltaic energy matrix development, addressing possibilities of fostering its use by solar industries, by micro and small enterprises and by farmers as an alternative to stimulate them to settle besides metropolises, in order to show its potential to act as an instrument in the urban deconcentration process. The increasing global population concentration in metropolis is one of the greatest environmental challenges in this century. According to the UN, by 2050, about 6.4 billion people will live in urban centers, with an estimated generation of 70% of CO₂ emissions. Brazilian context isn't different. With a huge area of 8,514,876 km², more than 60% of its population is concentrated in coastal zone. In order to make significant changes in our urban scenarios, it's necessary to promote policies of better use of the countryside space, which could enable alternatives: permanence in the countryside or even a well-structured large urban centers exodus.

The consolidation of solar power plants in small towns can be of great help in this movement, especially by generating new jobs and new businesses. In addition, it's advocated to encourage the use of this energy in countryside small cities where micro and small companies predominate (bakeries, small shops, etc.), as well as in rural properties. Such policies should establish differentiated tariffs for the commercialization of the surplus energy generated by these activities, as well as they should create more favorable modalities for the sale of their surplus energy to the general public, including direct sales and fiscal measures as energy sales tax reductions.

At first, it is argued that it is possible to use fiscal incentives that aim not only to enable the Brazilian energy matrix transformation, but also to correct a historical problem: growing urban concentration in metropolis at the coast. Secondly, with the progressive reduction of differentiated measures in commercialization of surplus energy, it is proposed as well, that subsidies in the financing rates remain until a third phase: total suppression of fiscal incentives.

The proposed model must fit historical particularities of Brazil, such as the deficient settlement of its countryside. As a consequence of the high concentration of

Brazilian population on the coast and the vast strip of unpopulated land in its territory, it is possible to claim that, in order to reduce regional inequalities, the implantation of solar panels can be done in areas where settlement is still deficient, mainly in the north and in the northeast.

2. Brazilian urban growth: industry and energy

In this topic it is intended to highlight the relationship between the Brazilian industrialization process and the way in which its territory settlement occurred. In addition, it is also intended to correlate the country's industry development with the emergence of its energy matrix, which was built focused mostly on a certain part of its extensive area.

2.1 Industrialization as a urban concentration factor

The development of the Brazilian economy has a strong link with the way its territory was populated. Initially, at its colonization time by the Iberian countries, its shore strip was inhabited for sugar cane exploitation¹. As a consequence of the decline of this economic cycle, others followed: gold, cotton and coffee.

The gold economic cycle, which occurred between the late 17th and early 18th centuries, contributed to Brazil's continental area occupation, since the gold deposits were found in the countryside states, such as Minas Gerais and Goiás. It is known that most of the precious metal was sent to the metropolis. Even so, part of the wealth generated was concentrated in the south-central part of the country, as the dynamics of gold exportation contributed to the development of an internal Market.

As a consequence of the gold cycle decline, the cotton economic cycle began. It was in the late eighteenth and early nineteenth centuries. Its production was destined to the foreign market, mainly to the English textile industry. It is important to understand that this cycle affected the way Brazilian northeast was populated: *latifundia* and monoculture². At that time, there were a lot of huge properties growing cotton as a single commodity in northeast Brazil.

Like the other past economical cycles, the cotton crisis arrived and gave space to another agricultural product cultivation: coffee. That's how the coffee cycle began in Brazil's southeastern region. This economic cycle it's taken as a very important cycle in Brazilian socioeconomic development, since it influenced the way that national industry was implemented, which in turn, influenced the way how Brazilian territory settlement occurred in a urban concentration way.

It's important to state that there's a peculiar difference between the coffee cycle and the other economic cycles. This peculiarity impacted the way how Brazil's infrastructure, including its energy matrix, as well as the national industry, have been developed since then. Although slaves were still present in the plantations during this

¹Before the so-called "sugarcane cycle", occurred in the period called pre-colonial (1500-1530), the Pau-Brazil's wood exploitation. SKIDMORE, Thomas. **Uma História do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2003, p. 36 e 37.

²FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Editora Nacional, 2005, p. 92.

economic cycle, there were immigrants who came to Brazil to work on the farm too. They acted as a factor to build a local economy up.

The coffee cycle prosperity in Brazilian economy, which lasted formally until the 1929 crisis, established conditions for the national industry increment: an internal consumer market development (wage earners, immigrants, etc.), wealth accumulation and internal economy modernization. Thus, one of the most important aspects of the coffee boom was the infrastructure that was inherited by the Southeast region. Werner Baer points out that³:

“Regional industry concentration was the result of internal and external economies. Since at the time of accelerate industrialization the region with the highest per capita income was the southeast, it was obvious that domestic and foreign firms would want to invest there, close to their major markets. In addition, since this advanced region contained more skilled workers and professional and had the country’s best infrastructure facilities, inherited from the coffee boom, considerations of lower costs from external economies also persuaded most firm to settle there”.

It is, therefore, identified that the Brazilian industrialization process originated the urban agglomerations. Its minimal prerequisites were acquired during the coffee cycle, which largely provided the necessary infrastructure for the national industry consolidation.

The coffee cycle decline led to the so-called import substitution policy. It can be credited to several factors, among which, in order to understand the genesis of urban concentration in Brazil, it's only necessary to highlight the following: income accumulation at the coffee prosperity time, the emergence of an internal market with the arrival of immigrants who worked receiving wages (unlike slaves), a crisis in the coffee exports, and the need to new products development in order to substitute coffee.

Although this explanation is not complete, it is enough to explain how the urban concentration was originated in Brazil⁴. The phenomenon that has been described is the same that accentuates the regional inequalities in Brazil. It can be shown that, with the urban concentration promoted by industry, regional inequalities have grown.

2.2 Regional inequalities: industrialization, urban concentration and Brazilian energy matrix development

It was evidenced that the Brazilian process of industrialization was caused by the urban concentration in its southeastern region, to the detriment of its northeastern region, which was, primarily, an exporter of manufactured goods and primary goods, such as sugar, coconut and cotton.

³ BAER, Werner. **The brazilian economy: growth & development**. 7. ed. Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers Inc., 2014, p. 318.

⁴ BAER, Werner. **The brazilian economy: growth & development**. 7. ed. Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers Inc., 2014, p. 319. “ISI coincided with a rapid urbanization process. **While** in 1940 31% of Brazil’s population was urban, by 1950 this proportion had increased to 36%, by 1965 to 50%, by 1991 to 76%, and by 2010 84%. In 2010, the population living in cities of one million or more was **about 50%** of the total urban population and 40% of total population. This change was due to rapid rural-urban migration”.

It was observed that industrialization in Brazil acts not only as a cause to the regional inequalities, but as a consequence too. On one hand, the southeastern region's infrastructure that was built by the capital accumulation during the coffee cycle, favored the industry's expansion in that region; on the other hand, the industrial-urban concentration in southeastern Brazil made the northeast region even more unequal. That is the reasoning of Werner Baer⁵:

Even during Brazil's urbanization process, northeastern cities displayed grater urban poverty. While in 1989, the poor as percentage of Brazil's nine major metropolitan regions' averaged 28%, in the northeast metropolitan ' this proportion was over 40 percent. An indication of a Strong association between industrialization process and increased regional disparities can be obtained from an examination of chances in the regional distribution of income in the agricultural and industrial sector. The degree of regional concentration is much less pronounced in agriculture when compared to industry. As industry has been growing more rapidly than agriculture, and since it is basically an urban sector, it seems that the increased regional concentration of economic activity is due in great part to the nature of the industrialization process.

Table 12.2 Regional Distribution of Value Added by Sector, 1949–2010 (percentage)

	North	Northeast	Southeast	South	Center-West	Total
Agriculture						
1949	1.6	18.7	54.2	22.2	3.3	100.0
1959	1.7	21.0	43.7	28.8	4.8	100.0
1970	2.3	20.9	40.0	29.6	7.2	100.0
1980	5.0	19.5	34.7	29.5	11.3	100.0
1995	9.3	16.8	35.2	27.2	11.5	100.0
2003	6.5	13.6	32.2	33.4	14.3	100.0
2010	9.9	17.1	29.9	25.5	17.6	100.0
Industry						
1949	1.0	9.4	75.4	13.5	0.7	100.0
1959	1.7	8.3	76.9	12.3	0.8	100.0
1970	1.3	5.6	80.6	11.7	0.8	100.0
1980	3.0	9.5	69.0	16.2	2.3	100.0
1995	3.0	7.0	72.1	16.6	1.3	100.0
2003	4.8	11.7	59.1	21.5	2.9	100.0
2010	4.8	9.3	60.3	21.0	4.6	100.0

Source: Fundação Getúlio Vargas, IBRE, Centre de Contas Nacionais, *Sistema de Contas Nacionais, Novas Estimativas*, September 1974; IBGE.

The growing regional inequalities trend occurs, as J. R Hicks points out, because “as industry and trade become concentrated in a particular center they themselves give to that center an advantage for further development”⁶. One of the immediate effects that stands out is the way Brazilian energy infrastructure was designed.

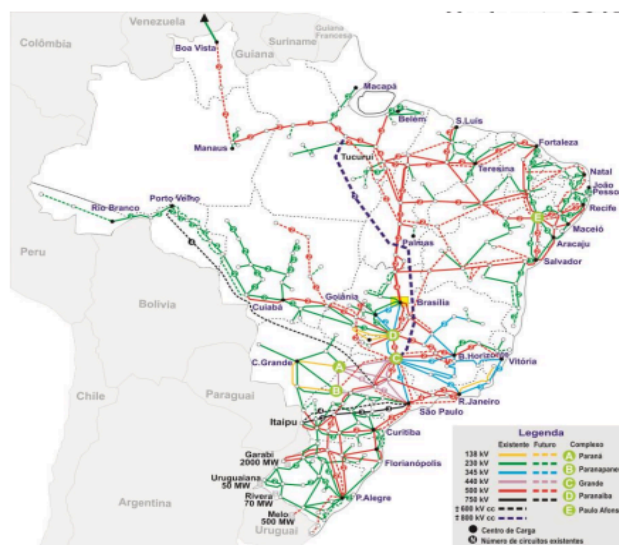
It is worth noting that the electric power generation matrices constructions, as well as the respective transmission lines, were initially concentrated in the south and southeast regions, that's the reason why there is a greater development of the energy sector in those areas. That is what the chart developed by the Planning and Electrical

⁵ BAER, Werner. **The brazilian economy: growth & development**. 7. ed. Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers Inc., 2014, p. 252.

⁶ HICKS, John Richard. **Essays in world economics**. Oxford: Clarendon Press, 1959, p. 163.

Development Department of the Federal Government shows. The chart reveals greater transmission network interconnection in the south and southeast areas of Brazil⁷.

Figura 3. Diagrama do Sistema Interligado Nacional – SIN



Fonte: ONS

In regard to the Northeast region, in March 2018, a concrete effect of the reduced number of transmission lines has experienced: a regional blackout occurred. Press pointed out that a power outage struck large swaths of Brazil, affecting tens of millions people, especially in northern and northeastern country regions where the system remains practically collapsed⁸. It was known that the blackout occurred due to the failure of a transmission line near a hydroelectric station known as Belo Monte. The blackout affected almost the whole northeast region. Authorities stated that 22.5 percent of the grid's total output, or 18,000 megawatts, have been affected.

The occurrence of a blackout in the northeast region reveals a paradox: it is the region that has the highest potential for generating solar energy in Brazil, as it is possible to infer from the chart bellow⁹. Still, a blackout due to a transmission line problem from a hydroelectric plant located in the North of the country happened.

⁷ BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético. Núcleo de Estudos Estratégicos de Energia. Empresa de Pesquisa Energética. **Plano decenal de expansão de energia 2026**. Brasília: MME/EPE, 2017, p. 106.

⁸ **Tens of Millions in Northern Brazil Hit by Massive Power Outage**. Available at: < <https://www.us-news.com/news/world/articles/2018-03-21/tens-of-millions-in-northern-brazil-hit-by-massive-power-outage>>. Access: 10 de agosto de 2018,. Maiores informações em: **Brazil's northeast still in partial darkness after mass power outage**. Available at: < <https://af.reuters.com/article/energyOil-News/idAFL1N1R40EK>>. Access: 10 de agosto de 2018.

⁹ PEREIRA, Enio Bueno; MARTINS, Fernando Ramos; GONÇALVES, André Rodrigues; Et. Al. **Atlas brasileiro de energia solar**. 2.ed. São José dos Campos: INPE, 2017, 2017, p. 59.

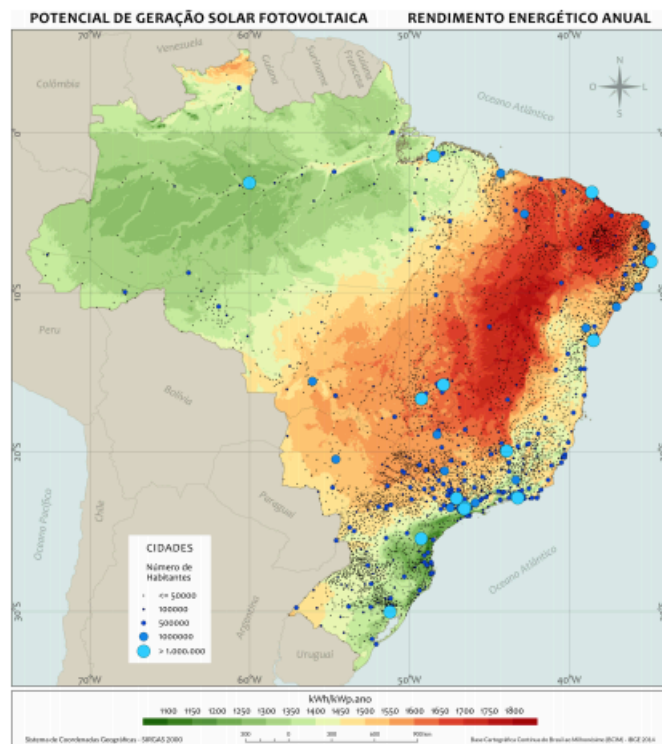


Figura 52. Mapa do potencial de geração solar fotovoltaica em termos do rendimento energético anual para todo o Brasil (medido em kWh/m²/ano no perfil de cores), admitindo uma taxa de desempenho de 80% para geradores fotovoltaicos fixos e distribuição da população brasileira nas cidades.

Although the urban concentration in Brazil is closely related to its industry development, which has taken advantage of an existing infrastructure in the south and southeast Brazil, as it was exposed at the beginning of the text, it is possible to reverse the trend of the economic flow to a determined region. In order to do so, it is necessary to invest in other areas of the territory. One measure that can be taken is to create socio-economic infrastructure in regions that are less developed. Measures through a tax structure can also be adopted. It is possible to be more costly (in a tax way) in the developed regions, or less costly in less developed areas¹⁰. In this context, solar energy is seen as a way to reduce regional inequality in Brazil and, thus, reducing urban concentration in the southeast, which, as was shown, has a historical genesis.

3. Solar Energy, Reduction of Regional Inequalities and Urban Deconcentration in Brazil

For a better analysis of solar energy's possibilities of use in favor of sustainable development in Brazil, both from the environmental scope, as well as in favor of social inclusion¹¹, it is necessary to know the current panorama of electric energy and its relation with soil occupation in Brazil.

¹⁰ HICKS, John Richard. *Essays in world economics*. Oxford: Clarendon Press, 1959, p. 164-165.

¹¹ "Access to electricity is now a basic requirement of citizenship and, without it, the individual is marginalized from what is understood by development. In this respect, bringing electricity to the approximately two billion people who do not yet have access to it is one of the greatest global challenges of the 21st century, which demonstrates a still huge gap in sustainability conditions. [...]. The various Brazilian governments, federal and state, have announced, over time, programs with similar names to solve this question, without real success. Currently, the program "Light for All" is in progress. This strong relationship between electricity and social inclusion of individuals is an example of the social effects of electricity and its role in building development." (REIS, Lineu Belico dos; SANTOS, Eldis Camargo. *Energia e sustentabilidade: aspectos tecnológicos, socioambientais e legais*. 2. ed. Barueri/SP: Manole, 2014, p. 1).

The relationship between land use and regional development of the energy matrix is so clear that in the UN Agenda 2030 among the Sustainable Development Goals (ODS)¹², in the list of 17 goals to transform the world, there are "clean and affordable energy" (7) and "Sustainable Cities and Communities" (11). In Brazil, even though the slow legislation elaboration to meet these goals, legislative production is orientated by those parameters.

3.1 Legal frameworks for solar energy in Brazil

In Brazil, from a legal point of view, the legal guidelines on energy policy are foreseen in Law no. 9.478 of 6 August 1997. In the document is defined a number of objectives arising from the energy sources rational use. However, specifically in relation to photovoltaic solar energy nothing was mentioned. Its legal insertion occurred only almost a decade later.

In 2002, Law no. 10.438 created The Incentive of Alternative Energy Sources Program - PROINFA. It has the purpose of changing the way solar energy production is used in the National Interconnected Electric System by increasing the participation of the electric energy produced by projects of autonomous independent producers, thus giving greater economic-energy competitiveness to the projects generation sources that use sustainable sources. The law, however, disciplined only wind sources, small hydroelectric power stations and biomass, saying nothing about solar energy.

Only in 2005 that Law no. 11.097, of January 13, 2005, when dealing with renewable energies, expressly mentioned solar energy. The law, however, didn't addressed the issue in details. Subsequently, in the scope of distributed generation, National Electric Energy Agency (ANEEL) Resolution No. 482/2012 was issued, which establishes the general conditions for micro-generation and distributed mini-generation access to the electric energy distribution systems, the electric energy compensation system. This system consists of a compensation mechanism in which the active energy injected by the consuming unit with micro-generation or distributed mini-generation is transferred, by means of a free loan to the local distributor and later compensated by the consumption of active electric energy.

According to the Ministry of Mines and Energy in Brazil, data available in the 2017 National Energy Balance, the micro and mini distributed energy generation were encouraged by the recent regulatory actions that enabled the surplus energy produced by smaller systems compensation¹³. Since this measure, there is a growing increase in

¹²The objectives of sustainable development have global nature and, as a source of international law, should dialogue with national, regional and local constitutional and legislative sources. Public policies implemented by the Union, by the states and by the Brazilian municipalities are linked to these objectives and goals of sustainable development. The State, within the scope of the Three Powers, the Public Ministry, NGOs and the private sector are linked to compliance with this Agenda. In addition, international bodies such as the United Nations Development Program (UNDP) are engaged in controlling and monitoring the achievement of these goals and objectives..” (WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 154).

¹³ Available at: <<https://ben.epe.gov.br/downloads/S%c3%adntese%20do%20Relat%c3%b3rio%20Final%202017%20Web.pdf>>. Access: 15 ago. 2017.

the photovoltaic solar energy in the country energetic matrix participation, but considering the excellent climatic conditions of Brazil¹⁴, its performance is still very timid¹⁵.

Considering that Brazil is in the photovoltaic solar energy's expansion phase, the moment is adequate to organize its evolution and to establish adequate strategies that allow the socio-environmental insertion of the projects, privileging the extensive areas existing in the country's countryside, that suffers from economic and social deficiencies. It is known that one of the main environmental impacts of solar photovoltaic systems is the loss of the use of occupied space that could be used for other purposes. However, in the case of the northeastern backlands, where many lands are not productive, this activity is a great opportunity¹⁶.

Knowing the Northeast's solar energy generation power, the Institute for Advanced Economic Research - IPEA - promoted the seminar "Solar Potential in the Brazilian Semi-Arid and its Role in the Face of Climate Change", in 2017¹⁷. Renowned experts gave lectures about the various benefits of fomenting renewable energy sources, especially photovoltaic solar. A particular topic was highlighted, the solar energy generations' side effects to the region. As an example it was possible to show the project developed, in partnership with the Federal University of Ceará, to irrigate an area using equipment powered by solar energy¹⁸. Nonetheless, other ways of adjusting the Brazilian population relationship to land use can be verified as well through the solar energy generation.

3.2 Solar Energy Generation and Land Use Reorientation

One of the benefits that the concentrated generation of solar energy implementation in Brazilian northeast can cause is related to the changes that it can promote in land use in that region. It should be taken into account that in Brazil there is a large

¹⁴ PEREIRA, Enio Bueno et al. **Atlas brasileiro de energia solar**. 2. ed. São José dos Campos: INPE, 2017. Available at: <http://ftp.cptec.inpe.br/labren/publ/livros/Atlas_Brasileiro_Energia_Solar_2a_Edicao.pdf>. Access: 7 set. 2017.

¹⁵ Vide: CAVALCANTE, Denise Lucena. Tributação ambiental e energias renováveis. In: CALIENDO, Paulo; CAVALCANTE, Denise Lucena (Orgs.). **Tributação e energias renováveis**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016, p. 51; KALIL, Gilberto. O sol é para todos: a extrafiscalidade como fator de estímulo à geração distribuída de energia solar. In: CALIENDO, Paulo; CAVALCANTE, Denise Lucena (Orgs.). **Tributação e energias renováveis**. Porto Alegre: Editora Fi, 2016, p. 255.

¹⁶ The Nucleus of Strategic Energy Studies of the Ministry of Mines and Energy provides this information in the study "Solar energy in Brazil and in the world". BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético. Núcleo de Estudos Estratégicos de Energia. **Energia solar no Brasil e no mundo: 2015**. With the same concern: MENEZES, Jane Weyne Ferreira de. Semiárido nordestino: potencialidade energética solar e a tributação ambiental municipal na realização do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo. (Coords.). **Políticas públicas, tributação e energia solar**. Curitiba: CRV, 2017, p. 267-288

¹⁷ BRASIL. Ministério do Planejamento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. **Potencial solar pode inserir o Nordeste na geração energética do país e desenvolver a região**. Available at: http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29918:-potencial-solar-pode-inserir-o-nordeste-na-geracao-energetica-do-pais-e-desenvolver-a-regiao&catid=24:dirur&directory=1. Access: 29 jul. 2019.

¹⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. **Painel discutiu a energia como medida de redução da pobreza**. Available at: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29884&Itemid=7> . Access: 08 de agosto de 2018.

amount of area and also a wide variety of land quality, which makes it necessary to carry out varied public policies differentiated in relation to land use¹⁹.

The Public Sector took an important measure in reorientation of land utilization in Brazilian Northeast. It concerns in the Complementary Law nº 125/2007 edition, which elaborates a Regional Development Plan for Brazil's Northeast region. In this law, there are objectives such the "spatial inequalities reduction". A number of incentives can be devised for this purpose, especially those aimed at attracting population and corporations to less populated areas.

A model to be thought to the northeast is the one adopted in Palmas municipality, located in Tocantins, a state in Brazil's North region, a region still less populated and even poorer than the northeast region²⁰. In that city, a discount model was established for administrative requirements for building and real estate regularization, which is based on the solar energy utilization index. It was also predicted to transfer areas to industrial districts, business areas, logistics parks and technological centers due to the use of solar energy for corporations' operations.

3.3 Solar energy and infrastructure for regional development increment

The spatial inequalities reduction can also be achieved through the improvement of infrastructure for the development of solar energy generation, such as the basic network (e.g. transmission lines), logistics, production, employment generation and financing.

It is clarified that in this study the adopted approach is in the centralized generation. However, it is emphasized that the micro and mini-generation of photovoltaic solar energy²¹ also contribute much in the process of urban deconcentration, not being dealt with here in detail only by methodological option.

¹⁹ BAER, Werner. **The brazilian economy: growth & development**. 7. ed. Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers Inc., 2014, p. 291.

²⁰ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda M. SOLER, Fabrício D. Políticas públicas inspiradoras e indutoras da energia solar. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo. (Coords.). **Políticas públicas, tributação e energia solar**. Curitiba: CRV, 2017, p. 167-192.

²¹ "The idea of micro and mini solar energy generation is closely linked to its production to the final consumer, which can be a company or a citizen, allowing its exchange with the local distributor, and, according to the Ten Year Expansion Plan of Energy - PDEE 2024 (BRAZIL, 2025), [...]. The PDEE 2024 provides for the use of solar energy with greater possibilities of penetration, as well as, it presents the following conception of distributed generation. It adopts as definition for distributed generation that generation of energy, encompassing electricity and other energy, located near the consumer final, whose installation aims at its priority service, and may or may not generate marketable energy surplus beyond the premises of the final consumer." (VALENTE JUNIOR, Paulo de Abreu Ferreira. A energia solar no contexto da geração distribuída no Brasil. In: CUSTÓDIO, Maraluce M. (Coord.). **Direito e energia: perspectivas para um diálogo de sustentabilidade**. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 280-281). Sobre a micro e minigeração de energia solar fotovoltaica, ver: LIMA, Ariadne Camargos; MACHADO JUNIOR, José Carlos. A utilização da energia solar no Brasil: comparação com outros estados. . In: CUSTÓDIO, Maraluce M. (Coord.). **Direito e energia: perspectivas para um diálogo de sustentabilidade**. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 185-214. BARBOSA FILHO et al. Estudo para penetração de investimento em energia solar fotovoltaica no estado de Minas Gerais. In: CUSTÓDIO, Maraluce M. (Coord.). **Direito e energia: perspectivas para um diálogo de sustentabilidade**. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 215-243. CARVALHO, Ivo César Barreto. Impactos da regulação na tributação da micro e minigeração de energia elétrica a partir de fontes renováveis de energia solar fotovoltaica. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo. (Coords.). **Políticas públicas, tributação e energia solar**. Curitiba: CRV, 2017, p. 241-266. CALIENDO, Paulo. Regime de créditos verdes na micro e minigeração de energia solar. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo. (Coords.). **Políticas públicas, tributação e energia solar**. Curitiba: CRV, 2017, p. 317-385.

It is true that for a reorientation of land use, public policies should be made compatible with this timely urban deconcentration movement. For instance, structuring of basic networks and respective transmission lines could contribute in this process. There is no doubt that solar energy represents an excellent opportunity to occupy the arid and deserted lands of Brazilian Northeast²². The goal could be a regional energy planning, ordered and structured in the principle of prevention²³, focusing on the repopulation of the most isolated areas, where rural exodus brings immense damages resulting into urban concentration in Brazil.

A basic energy network structure development, besides generating jobs, propitiates other economic activities expansion. Remote regions of the *hinterland*, which did not have good connection with other cities, are better connected with them as a side effect of an energy distribution structure creation. In addition, as it was shown, several areas in Brazilian Northeast that are currently regarded as unproductive can be benefited from the energy generated to obtain irrigation projects fed by solar energy. It should be added that such localities would receive investments from special credit lines (coming from public banks such as BNDES and CAIXA) that will generate wealth for the locality.

Another infrastructure aspect is related to the possibility of developing micro-regions producing energy. Several municipalities can join, in the form of a public consortium (Law nº 11.107/2005), to encourage the generation of solar energy in a given area. There will be, therefore, a possibility to join a Municipal Public Consortium that is a part of the energy generation project, which will be benefited with a common gain in infrastructure.

4. The effect of renewable energy on municipal *erarium*

Recently, when it comes to fiscal incentives for renewable energy, the first topic that leads the list is the tax incentive, commonly represented by exemptions. It occurs that there are many other ways to foment an adequate public policy for the environment and photovoltaic energy, and to reinforce the municipal public revenues, not necessarily with the exemption of taxes as attractive for the private initiative. On the contrary, fiscal incentives granted with no prior budgetary planning can cause serious losses to public coffers, rather than the promotion of socioeconomic development²⁴. It

²² On the subject, check out: MENEZES, Jane Weyne Ferreira de. Semiárido nordestino: potencialidade energética solar e a tributação ambiental municipal na realização do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo. (Coords.). **Políticas públicas, tributação e energia solar**. Curitiba: CRV, 2017, p. 267-288.

²³ "Of course, the use of the sun for the benefit of the human person is not constitutionally forbidden, provided that the application of the principle of prevention is observed in the installations of works or activities linked to the use of said environmental good. [...] In fact, prevention is a fundamental precept [art. 225, CF / 88], since environmental damage is, for the most part, irreversible and irreparable. In view of the impossibility of the legal system, unable to re-establish, under equal conditions, a situation similar to the previous one, the principle of prevention of damage to the environment as support of environmental law is adopted, consubstantiating itself as its fundamental objective." (FLORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Curso de Direito da Energia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.338).

²⁴ "The market is increasingly craving tax incentives, but it does not realize that with each tax incentive granted, other costs arise: when someone stops paying, another will pay. It is necessary to give incentives very carefully, and an adequate technical analysis is essential to justify the exemptions, otherwise the only differences will be aggravated by the system, which is already full of unnecessary contradictions and incentives." (CAVALCANTE, Denise Lucena. *Direito tributário e meio ambiente*. In:

is necessary to warn municipalities that incentives should not be granted without an adequate connection with fiscal policy, at the risk of causing serious losses to public coffers²⁵.

In addition to the problems arising from tax incentives, it is common to hear the complaint of the municipalities that produce energy in relation to the lack of direct resources from the photovoltaic solar energy industries in their territories. The most common observation is related to the non-incidence of municipal taxes on energy production and also that the incidence of a state tax of which would be entitled to the percentage of 25% under the Brazilian Constitution does not occur. Tax on operations relating to goods to transport services and to energy (a state tax) only affects the State of the destination of energy but not the producing State. In fact, it will be demonstrated from now on that besides the environmental profit of renewable energy, there are several benefits derived from solar plants in the respective municipalities.

At this point, it is important to note that, in Brazilian law, there are compulsory transfers of taxes collected by the Union and by the States to the Municipalities. Such taxes are directly impacted by the generation of solar energy in the municipality, which will invariably increase the value to which the municipality is entitled.

This is a reflection of Brazilian fiscal federalism. The most sensitive increase in municipal collection refers to the criterion called "fiscal value added", which is regulated by Complementary Law No. 63/1990. According to that Law mechanism, the municipalities that produce electric energy receive an increment in the calculation of the so-called "fiscal value added", increasing the value to which they are entitled in relation to the state tax on energy. Another point is related to the transmission lines state tax, which will also invariably increase the value to which the municipality is entitled. With the increase in municipal revenues, it will become more feasible to reduce regional inequalities.

REFERÊNCIAS

BAER, Werner. **The Brazilian economy: growth & development**. 7. ed. Boulder, Colorado: Lynne Rienner Publishers Inc., 2014

BARBOSA FILHO et al. Estudo para penetração de investimento em energia solar fotovoltaica no estado de Minas Gerais. In: CUSTÓDIO, Maraluce M.(Coord.). **Direito e energia: perspectivas para um diálogo de sustentabilidade**. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 215-243.

PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos de; SPÍNOLA, Ana Luiza Silva. **Direito ambiental e sustentabilidade**. São Paulo: Manole, 2016, p. 439).

²⁵ It is emphasized that the premise that fiscal incentive is an exception to the tax rule, therefore, has to have clear objectives and defined deadlines. The model of privileges and opacity in the granting of incentives should be tackled. Sectors that do not need tax incentives can not be allowed to have them and still perpetuate them. In some cases, there is an inversion in defining the rules, not the states and municipalities that grant the tax incentives, but the companies that require it and dictate the rules, exerting strong pressure on the government, especially in the small municipalities. An undue submission of the State to the economic groups aggravates even more the distortions of the National Tax System." (CAVALCANTE, Denise Lucena. A (in)sustentabilidade do atual modelo de incentivos fiscais com fins ambientais. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). **Racionalização do sistema tributário**. São Paulo: Noeses, 2017, p. 204).

BENIDICKSON, Jamie. BOER, Ben. BENJAMIN, Antonio Herman. MORROW, Karen. **Environmental Law and Sustainability after Rio**. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2011.

BRASIL. Ministério do Planejamento e Gestão. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA. **Potencial solar pode inserir o Nordeste na geração energética do país e desenvolver a região**. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=29918:-potencial-solar-pode-inserir-o-nordeste-na-geracao-energetica-do-pais-e-desenvolver-a-regiao&catid=24:dirur&directory=1>. Acesso em: 29 jul. 2019.

BRASIL. Ministério de Minas e Energia. Secretaria de Planejamento e Desenvolvimento Energético. Núcleo de Estudos Estratégicos de Energia. Empresa de Pesquisa Energética. **Plano decenal de expansão de energia 2026**. Brasília: MME/EPE, 2017.

CALIENDO, Paulo. Regime de créditos verdes na micro e minigeração de energia solar. In:

CARVALHO, Ivo César Barreto. Impactos da regulação na tributação da micro e minigeração de energia elétrica a partir de fontes renováveis de energia solar fotovoltaica. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo. (Coords.). **Políticas públicas, tributação e energia solar**. Curitiba: CRV, 2017, p. 241-266.

CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo. (Coords.). **Políticas públicas, tributação e energia solar**. Curitiba: CRV, 2017, p. 317-385.

CAVALCANTE, Denise Lucena. Direito tributário e meio ambiente. In: PHILIPPI JÚNIOR, Arlindo; FREITAS, Vladimir Passos de; SPÍNOLA, Ana Luiza Silva. **Direito ambiental e sustentabilidade**. São Paulo: Manole, 2016, p. 431-457.

CAVALCANTE, Denise Lucena. A (in)sustentabilidade do atual modelo de incentivos fiscais com fins ambientais. In: CARVALHO, Paulo de Barros (Coord.). Racionalização do sistema tributário. São Paulo: Noeses, 2017, p. 199-217.

EZCURRA, Marta Villar. PISTONE, Pasquale. **Energy Taxation, Environmental Protection and State Aids**. Tracing the path from divergence to convergence. Amsterdam: IBFD, 2016,

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco; FERREIRA, Renata Marques. **Curso de Direito da Energia**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FURTADO, Celso. **Formação econômica do Brasil**. 32. ed. São Paulo: Editora Nacional, 2005.

LIMA, Ariadne Camargos; MACHADO JÚNIOR, José Carlos. A utilização da energia solar no Brasil: comparação com outros estados. In: CUSTÓDIO, Maraluce M.(Coord.). **Direito e energia: perspectivas para um diálogo de sustentabilidade**. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 185-214.

MENEZES, Jane Weyne Ferreira de. Semiárido nordestino: potencialidade energética solar e a tributação ambiental municipal na realização do desenvolvimento sustentável. In: CAVALCANTE, Denise Lucena; CALIENDO, Paulo. (Coords.). **Políticas públicas, tributação e energia solar**. Curitiba: CRV, 2017, p. 267-288.

MILNE, Janet E. **Environmental Taxation and the Law**. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2017.

REIS, Lineu Belico dos; SANTOS, Eldis Camargo. **Energia e sustentabilidade: aspectos tecnológicos, socioambientais e legais**. 2. ed. Barueri/SP: Manole, 2014.

PRADO JUNIOR, Caio. **História econômica do Brasil**. 26. ed. Brasília: Brasiliense, 1979.

HICKS, John Richard. **Essays in world economics**. Oxford: Clarendon Press, 1959.

KREISER, Larry. WEISHAAR, Stefan. MILNE, Janet. E. Et. Al. **The Green Market Transition**. Carbon taxes, energy subsidies and Smart Instrument Mixes. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing Inc., 2017.

PEREIRA, Enio Bueno; MARTINS, Fernando Ramos; GONÇALVES, André Rodrigues; Et. Al. **Atlas brasileiro de energia solar**. 2.ed. São José dos Campos: INPE, 2017, 2017.

SKIDMORE, Thomas. **Uma História do Brasil**. São Paulo: Paz e Terra, 2003.

VALENTE JÚNIOR, Paulo de Abreu Ferreira. A energia solar no contexto da geração distribuída no Brasil. In: CUSTÓDIO, Maraluce M.(Coord.). **Direito e energia: perspectivas para um diálogo de sustentabilidade**. V. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 275-292.

WEDY, Gabriel. **Desenvolvimento sustentável na era das mudanças climáticas: um direito fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2018.



A RESSIGNIFICAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: DESCOLONIZANDO A ARTE, POTENCIALIZANDO OS IMAGINÁRIOS

Maysa Carvalhal dos Reis Novais

Roberta Laena Costa Jucá

Vanessa Oliveira Batista Berner

Resumo

Este artigo aborda a conexão arte e direitos humanos como instrumento de descolonização da arte. Trata dos mecanismos da colonialidade do saber na conformação dos mitos da modernidade, como a ideia de progresso e superioridade vinculadas ao europeu, formas que historicamente construíram marcas na concepção do que tem valor artístico. Esta formulação carrega os signos da hierarquia, da universalidade, da divisão centro/periferia, da erudição e do popular oposto ao padrão aceito como técnico e belo. A partir da perspectiva de cultura de Herrera Flores, denunciaremos a intolerância a epistemologias alternativas que justificam as opressões dos setores populares e propomos uma descolonização da arte. A arte, segundo essas lentes, funciona como reação aos processos de violência colonial, com potencial de inverter o polo das relações ao garantir voz aos marginalizados, que passam a intervir e transformar a realidade na luta por dignidade e direitos.

Palavras-chave

Colonialidade do saber. Arte. Direitos Humanos.

THE RESSIGNIFICATION OF HUMAN RIGHTS: DECOLONIZING ART, POTENTIATING IMAGINARIES

Abstract

The paper discusses the connection between art and human rights as an instrument for the decolonization of art. Deals with the mechanisms of the coloniality of knowledge in the conformation of the myths of modernity as the idea of progress and superiority linked to the European, forms that historically built brands in the conception of what has artistic value. This formulation carries the signs of hierarchy, of universality, of the center/periphery division, of erudition and of the popular opposite to the standard accepted as technical and beautiful. From the perspective of culture of Herrera Flores, denounces the intolerance to alternative epistemologies that justify the oppressions of the popular sectors and we propose a decolonization of art. Art, according to these lenses, works as a reaction to the processes of colonial violence with the potential to reverse the pole of relations by

guaranteeing a voice to the marginalized who intervene and transform reality into the struggle for dignity and rights.

Keywords

Coloniality of knowledge. Art. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO: PARA REFLETIR DESDE A FRONTEIRA

“Minhas cordas vocais são marginais. Quero fazer arranjos periféricos que soem mais. Ser a voz do gueto, canção de preto, sem querer segregar.”

(Yzalú)

A conexão arte e direitos humanos apresenta-se como umas das possibilidades de intervenção crítica na sociedade e de transformação da realidade. Partindo das percepções de cultura e processos culturais desenvolvidas por Herrera Flores, entendemos que, na luta por uma vida mais digna, expressões artísticas são formas de ação e reação diante do poder hegemônico que podem dar visibilidade à violação de direitos humanos, desestabilizando opressões e modificando relações coloniais. Assim, a arte das ruas, das favelas, das mulheres camponesas, das periferias e de outros *locus* subalternizados mostra-se como forma de reação cultural com potencial emancipatório e transformador de realidades subjugadas.

Na contramão desse pensamento, agentes públicos da atualidade brasileira vêm promovendo ações que afrontam essa noção mais democrática de cultura, a exemplo do programa *Cidade Linda*, que apagou *graffitis* desenhados nos muros de São Paulo (Alessi, 2017), dando mostras de como a colonialidade é determinante na concepção de cultura dos centros de poder. Muitas ações estatais retiram a visibilidade da arte produzida nos *espaços periféricos* ou a desvalorizam, porque calcadas em uma noção de cultura marcada pela colonialidade do saber, elemento constitutivo da modernidade que estabeleceu padrões eurocêntricos de conhecimento para o mundo não-europeu, naturalizando-os como universais e construindo uma hierarquia que inferioriza ou desconsidera saberes outros: há saberes superiores (do centro) e saberes inferiores (da periferia); há a arte erudita e a arte “*naïf*”; ou, como diria Galeano (2002), há os que fazem “arte” de um lado e os ninguéns que fazem “artesanato” do outro.

Nesse contexto, pretendemos confrontar essa noção hegemônica de cultura com a categoria da colonialidade do saber, de modo que possamos refletir sobre as possibilidades de uma descolonização epistêmica que torne factível uma conexão entre arte e direitos humanos voltada para a desestabilização de opressões e para a transformação do mundo. Diante desse pensamento abissal, que divide os saberes em visíveis e invisíveis, percebemos, então, a necessidade de um pensamento fronteiriço propositor de formas de descolonização da arte, que compreenda sua natureza política e sua potencialidade de nos fazer refletir sobre nossa capacidade de ação, reação, transformação e indignação diante das violências e opressões.

2 “EIS QUE ME DESCUBRO OBJETO EM MEIO A OUTROS OBJETOS”: DA COLONIALIDADE DO PODER À COLONIALIDADE DO SABER

“Falo de milhões de homens/Em quem deliberadamente inculcaram o medo/O complexo de inferioridade, o tremor/A prostração, o desespero, o servilismo.”

(Aimé Césaire, 2006)

Frantz Fanon, um dos maiores estudiosos da diáspora africana, e autor da frase que dá título a esta seção, ao nos falar das clausuras da branquitude e da negritude como construções do colonialismo, na introdução da sua tese *Pele Negra, Máscaras brancas* (2008), diz existir uma “zona de não-ser”, um espaço de negação da existência em que o negro foi despejado, constatando, com pesar, que na sociedade de bases coloniais o destino do negro é branco. O autor denuncia a morte em vida que é o estado estéril de não-humanidade a que estão sujeitos os colonizados do mundo. Demarcando o sentido materialista que orienta a análise, evidencia que a verdadeira desalienação do negro implica na tomada de consciência das realidades econômicas e sociais, pois que o complexo de inferioridade acontece após um duplo processo: inicialmente econômico e em seguida pela “epidermização” dessa inferioridade, isto é, a interiorização, a gravação na pele do lugar de poder que cabe a cada um.

As relações modernas¹ de poder têm esse caráter dualista e excludente, sendo pautadas no dispositivo que constrói o outro mediante uma lógica binária que reprime as diferenças. A máquina que garante a engrenagem desta perspectiva é o eurocentrismo, modo de produzir conhecimento que opera como espelho a distorcer o que reflete. Todos os povos submetidos ao poder colonial foram induzidos a aceitar a imagem europeia refletida como se sua fosse. A violência colonial se manifestou, dentre outras formas, na negação da diferença e na destruição paulatina da cultura das Américas, da linguagem às experiências históricas, aniquilando as nações ora por extermínio físico, ora por apagamento cultural.

Essas relações são próprias da modernidade capitalista, sistema no qual o trabalho ocupa a centralidade da política do Estado, que organiza a sociedade entre aqueles que detêm o domínio e lucro sobre o trabalho de uns e outros que vendem sua força de trabalho e tempo. Como esclarece Santiago Castro-Gómez (2005), o fim da modernidade é a crise de uma configuração histórica do poder no contexto do sistema-mundo-capitalista². Esse movimento de disciplinar os perfis de subjetividade a partir da coordenação estatal conduz ao fenômeno da “invenção do outro” (Castro-Gómez, 2005), muito ligado ao processo de produção material e simbólica no qual se viram envolvidas as sociedades ocidentais a partir do século XVI.

¹ Aníbal Quijano (2005) pondera que o conceito de modernidade é ambíguo e contraditório, alertando para a questão de conflito de interesses sociais em torno do eurocentrismo e os seus mitos fundacionais como: a) a ideia da história da civilização humana como uma trajetória que parte de um estado de natureza e culmina na Europa; b) outorgar sentido às diferenças entre Europa e não-Europa como diferenças de natureza (racial) e não da história do poder. Esses dois mitos são reconhecidos no fundamento do evolucionismo e do dualismo (núcleos do eurocentrismo).

² Walter Dignolo (2000, p. 3 e ss) fala em “sistema-mundo moderno/colonial”. De acordo com ele, Dussel e Wallerstein, o Estado moderno não deve ser visto como unidade abstrata, separada do sistema de relações mundiais que se configuram a partir de 1492, e sim como uma função no interior desses sistema internacional de poder.

A respeito dos mecanismos disciplinares de poder no contexto latino-americano do século XIX, Beatriz González Stephan (1995) identifica três práticas que contribuíram para forjar os cidadãos: as constituições, os manuais de urbanidade e as gramáticas do idioma. Ela segue o teórico uruguaio Angel Rama ao dizer que essas tecnologias de subjetivação possuem um denominador comum: sua legitimidade repousa na escrita e essa lógica da civilização pela linguagem faz parte do projeto colonizador.

É neste sentido que Silvia Cusicanqui (2010) coloca a retórica da igualdade e da cidadania como uma caricatura para encobrir privilégios culturais e políticos. A aquisição de cidadania é tática de ajuste ao tipo de sujeito requerido pelo projeto da modernidade: homem, branco, pai de família, católico, proprietário, letrado e heterossexual, o qual cabe muito bem no formato do bom burguês. Os “outros” - mulheres, empregados, loucos, analfabetos, negros, hereges, índios, escravos, homossexuais, dissidentes, migrantes - ficam de fora da cidade “letrada”, reclusos no âmbito da ilegalidade, submetidos ao castigo por parte da mesma lei que os exclui. E, por isso, a autora boliviana destacava, já em 1983, em sua obra *Oprimidos pero non vencidos*, a necessidade de uma descolonização das estruturas políticas, econômicas e mentais da Bolívia, cujas reformulações legais e constitucionais continuaram reproduzindo práticas de exclusão e dominação³.

Na verdade, todos os países de “terceiro mundo”, classificação que Arturo Escobar (1996) coloca como parte do processo de subjugação e disputa de poder⁴, estão sujeitos a um duplo ou triplo tipo de violência: uma violência estrutural, base das desigualdades entre países considerados de “primeiro mundo” e “terceiro mundo”; e uma violência simbólica, de operação sutil e de viés cultural, com função legitimadora das formas estruturais e diretas. A violência cultural se apresenta por meio dos discursos, símbolos, metáforas, religiões, assim como a violência epistêmica se relaciona com a dualidade saber-poder, apontada por Foucault, com temas relativos à produção e à maneira pela qual o poder se apropria e condiciona o conhecimento, determinando aquilo que é primitivo, selvagem e descartável. Em outras palavras, os discursos patrocinados pelo projeto da modernidade não toleram as epistemologias alternativas⁵ e pretendem negar a alteridade e subjetividade dos “outros”, de forma a perpetuar a opressão dos saberes e justificar a dominação. E é o Estado, como garantidor da organização racional da vida humana, que detém também o monopólio da violência para fins de dirigir as atividades dos cidadãos. Neste sentido, Walter Mignolo (2000) aborda o Estado-nação como uma maquinaria geradora de “outredades” que devem ser disciplinadas. Gayatri Spivak (2003) também problematiza o modo como o sujeito do “terceiro mundo” é representado no discurso ocidental, denunciando o projeto da modernidade como exercício da violência epistêmica e relacionado ao vínculo

³ Mais recentemente, Silvia Cusicanqui (2010) nos mostra o espelhamento de tais práticas coloniais em outras esferas da vida, como a acadêmica, inclusive em meio a teóricos que se intitulam descoloniais.

⁴ Destaque para uma passagem do autor: “Depois de quatro décadas desse discurso, a maioria das formas de entender e representar o Terceiro Mundo seguem sendo ditadas pelas mesmas premissas básicas. As formas de poder que têm sido surgido não funcionam tanto por meio da repressão, senão da normalização, não por ignorância senão por controle de conhecimento; não por interesse humanitário, senão pela burocratização da ação social.” (Escobar, 1996, p. 109, tradução livre).

⁵ Entendamos epistemologia como o ramo da filosofia que se ocupa da natureza, origens e limites do conhecimento, no sentido dado por Foucault na obra *As palavras e as coisas* (2000), em que este correlaciona os processos históricos, o sujeito e o saber.

conhecimento-disciplina. Esta violência se constitui em uma forma de exercer o poder simbólico e é um conceito que consiste na negação e no apagamento de significados da vida de indivíduos e grupos.

Ao identificarmos como ponto de partida para a construção das representações dos sujeitos o dispositivo de saber/poder, essencial é localizar o conceito de colonialidade do poder (Quijano, 1999, pp. 99-109), mecanismo que gera o sistema-mundo. Para Quijano, a espoliação colonial é autorizada pelo imaginário que estabelece diferenças incomensuráveis entre colonizador e colonizado, a partir de várias distinções, especialmente a de raça. O colonizado é o “outro”, fato que legitima o exercício de um poder disciplinar que parte do colonizador. As identidades são excludentes entre si: enquanto o colonizado é associado à maldade, selvageria, barbárie, o colonizador aparece vinculado à bondade, civilização e racionalidade.

Com esse panorama, fácil é identificarmos o viés maniqueísta que orienta essa dualidade de pensamento e, conseqüentemente, o controle social seletivo. Para isso Castro-Gómez (2005, p.83) conecta:

O conceito da colonialidade do poder amplia e corrige o conceito foucaultiano de poder disciplinar [...]. Deste ponto de vista podemos dizer o seguinte: a modernidade é um projeto na medida em que seus dispositivos disciplinares se vinculam a uma dupla governamentabilidade jurídica. De um lado, a exercida para dentro pelos estados nacionais em sua tentativa de criar identidades homogêneas por meio de políticas de subjetivação; por outro lado, a governamentabilidade exercida para fora pelas potências hegemônicas do sistema-mundo moderno/colonial, em sua tentativa de assegurar o fluxo de matérias-primas da periferia em direção ao centro.

A expansão comercial, a dinâmica de troca de mercadoria entre centro e periferia e a vigilância e domínio sobre os sujeitos dialogam com a relação de superioridade/inferioridade entre dominador e dominado patrocinada pelo eurocentrismo. A respeito disso, importante demarcarmos como a ideia de raça nas Américas é uma maneira de legitimar as relações de dominação impostas pela conquista (Quijano, 2005). A elaboração teórica da raça surge, oportunamente, como ferramenta de naturalização dessas relações coloniais de dominação entre europeus e não-europeus. A maioria dos teóricos sociais dos séculos XVII e XVIII, resgata Castro-Gómez (2005), coincide na opinião de que a espécie humana caminha da ignorância à iluminação em um processo crescente até chegar ao aperfeiçoamento representado pelas sociedades modernas europeias. O primeiro estágio de desenvolvimento, relatado pelos navegantes era o das sociedades indígenas, retratadas com as características da selvageria, barbárie e ausência completa de arte, ciência e escrita. A América era sinônimo de superstição, primitivismo, guerra de todos contra todos, “estado de natureza”, tal qual teorizado por Hobbes. O estágio mais alto do progresso humano estaria representado pelas sociedades europeias, onde reinariam a civilidade, o Estado de Direito, o cultivo da ciência e das artes.

A conformação colonial do mundo entre ocidental ou europeu, concebido como moderno e avançado, e os “outros”, restante dos povos e culturas, é inaugurada, segundo Edgardo Lander (2005), com a conquista ibérica do continente americano. A partir desse momento, inicia-se a constituição colonial dos saberes, das linguagens, da memória (Mignolo, 1995) e do imaginário (Quijano, 1992), processo que culmina nos

séculos XVIII e XIX com a organização de todos os territórios em uma grande narrativa universal. Nesta narrativa, a Europa é o centro geográfico e o auge do avanço. E ao nos referirmos a um lugar sob a perspectiva das relações de poder, estamos falando de geopolítica; neste caso, a geopolítica do conhecimento mostra como tem operado a periferização de alguns lugares e a centrificação de outros. É nesse sentido que Catherine Walsh (2005, p. 41, tradução livre) nos afirma que a produção do conhecimento “está marcada geo-históricamente, geo-politicamente e geo-culturalmente; tem valor, cor e lugar ‘de origem’”.

Esta construção eurocêntrica que toma a totalidade do tempo e do espaço para a humanidade a partir da própria experiência, colocando as particularidades histórico-culturais como padrão de referência superior e universal, é também um dispositivo de conhecimento colonial. Explicamos: o dispositivo colonizador do conhecimento transforma o modo de vida de um dado grupo social no modo “normal” do ser humano e da sociedade; “outras” formas de ser, de conhecimento e de organização social não apenas são diferentes, como também carentes, arcaicas, primitivas, tradicionais, pré-modernas (Lander, 2005). Essa visão de mundo tem como eixo articulador central quatro visões básicas:

1. A visão universal da história associada à ideia de progresso (a partir da qual se constrói a classificação e hierarquização de todos os povos, continentes e experiências históricas);
2. A ‘naturalização’ tanto das relações sociais como da ‘natureza humana’ da sociedade liberal-capitalista;
3. A naturalização ou ontologização das múltiplas separações próprias dessa sociedade; e
4. A necessária superioridade do conhecimento que esta sociedade produz (‘ciência’) em relação a todos os outros conhecimentos (LANDER, 2005, p. 13).

Por ser assim, Grosfoguel (2006, p. 21) declara que “os paradigmas hegemônicos eurocêntricos que têm configurado a filosofia e as ciências ocidentais no sistema-mundo moderno/colonial capitalista/patriarcal [...] assumem um ponto de vista universalista, neutro e objetivo”. É nesse sentido que nomeia de “ego-política do conhecimento” a ideia de que pode existir a produção e apropriação de conhecimento desde um não-lugar, desde um sujeito deshistoricizado e descorporizado, isto é, um sujeito universal. Esta ego-política não leva em conta as relações entre a localização epistêmica do sujeito que produz conhecimento, o conhecimento gerado e suas articulações com os processos de dominação, exploração e sujeição. Assim, o espaço acadêmico se inscreve na estrutura triangular da colonialidade: a colonialidade do ser, a colonialidade do poder e a colonialidade do saber, em que esta última se localiza em uma estrutura hierárquica, disciplinar e fiscalizadora (Castro-Gómez, 2007). A colonialidade do saber controla a produção intelectual e criativa e determina aquilo que é considerado superior/belo/importante e o que é inferior/feio/desimportante. Essa produção descartável é construída por grupos colonizados e esse controle é uma forma de segregação não-declarada, fazendo parte do aperfeiçoamento das tecnologias de sujeição e exploração das populações periféricas.

Na arte, é fácil percebermos a marca da colonialidade do saber na diferenciação entre arte erudita e arte popular. A primeira questão que se coloca tem a ver com o pressuposto de que as criações populares estão comprometidas com os rituais e funções cotidianos, não atingindo, portanto o grau de autocontemplação esperado da arte de um nível “superior”. Assim, seriam formas artísticas reféns da técnica e da

materialidade funcional, “artesanato”, assim qualificado sem reconhecer os aspectos criativos e simbólicos, segregando as manifestações populares da arte de matriz ocidental, esta sim, sacralizada, uma “manifestação do espírito”, alheia às rotinas sociais em que estão inseridas⁶. Quando o prefeito de São Paulo institucionaliza um programa para apagar *graffitis* desenhados nos muros da cidade, ou quando agentes públicos determinam o fechamento de casas de forró em favelas de Fortaleza, ou de bailes funk nas favelas do Rio de Janeiro, estamos diante da tentativa de apagamento dessa cultura popular.

O *graffiti* no Brasil, especificamente, tem uma história interessante: se relaciona com as inscrições indígenas nas cavernas amazônicas, mas a tradição moderna remonta aos últimos 50 anos. Com o golpe que instaurou a ditadura civil-militar em 1964, as inscrições em paredes nos grandes centros urbanos eram forma de manifestação política, pichações geralmente atribuídas por partidos políticos na clandestinidade. Nos anos 1960, a repressão sobre os grafiteiros aumentou na mesma medida em que essa arte de rua se popularizou. O *graffiti* era uma forma de manifestação artística e cultural de resistência, da mesma forma que a música de protesto, como o movimento Tropicália ou a MPB. Efetivamente, boa parte dos versos dessas canções eram usados para pichar os muros das cidades. A partir dos anos 1970 essa configuração muda um pouco e o *graffiti* continua fazendo parte das manifestações em prol do retorno da democracia, especialmente em cidades industrializadas como São Paulo. Com a abertura democrática no início dos anos 1980, há uma verdadeira explosão das intervenções urbanas e *graffitis*. Nos anos 1980, a arte de rua vai paulatinamente saindo da marginalidade e se tornando aceita nos meios culturais, sendo que alguns artistas se tornam celebridades artísticas (Manco, Neelon e Lost Art, 2005). Entretanto, permanece a diferença entre esta aceitação de artistas como Os Gêmeos ou Herbert Baglione, e os pichadores, em sua maioria oriundos do movimento hip-hop, os rappers que denunciavam a violência policial na periferia ou as condições de exploração da classe trabalhadora nas grandes cidades.

Ao negar a arte de rua como arte, o poder público violentamente coíbe a liberdade de expressão de uma parcela da população que escolhe como suporte para sua obra os muros da cidade. Uma clara mostra de colonialidade do saber.

3 ARTE E DIREITOS HUMANOS: A TEORIA CRÍTICA DA CULTURA DE HERRERA FLORES

“Vamos rir dos centros e construir tendências centrífugas que nos conduzam às periferias! Aos lugares de encontro, à criação de comunidades extensas, transfronteiriças.”

(Herrera Flores, 2007)

A ideia de pensar uma alternativa de descolonização da arte a partir dos direitos humanos parte da conexão entre a arte e o direito, que, via de regra, é ausente do debate jurídico acadêmico brasileiro, predominantemente dogmático. “É preciso ter o espírito desarmado (carnavalizado) para poder incorporar o novo”, nos ensina Warat, um dos autores críticos que, defendendo uma quebra epistemológica, nos possibilita

⁶ Ticio Escobar (2014, pp. 52-53) discorre sobre a impossibilidade de se separar a estética da funcionalidade dos objetos artísticos nas culturas indígenas e mestiças da América Latina.

aprender o direito a partir da literatura - na obra *A ciência jurídica e seus dois maridos* (2000) Warat faz uma crítica ao instituído nas ciências sociais e no direito a partir da obra de Jorge Amado - da poesia, do cinema e do teatro - em sua passagem pela Universidade de Brasília, de 2005 a 2007, coordenou ações extensionistas como o Cabaret Macunaíma e os Cafés Filosóficos, que apostavam na sensibilização por meio da arte.

É na trilha da carnavalização waratiana que queremos pensar a arte e o direito. Partimos, então, da concepção de cultura e de processos culturais desenvolvida por Joaquin Herrera Flores, teórico crítico espanhol que se dedicou aos estudos da teoria da cultura e da teoria crítica dos direitos humanos. Herrera Flores, em sua obra *El proceso cultural: materiales para la creatividad humana* (2005), apresenta uma perspectiva descolonial de cultura que se afasta da ideia tradicional e estática de cultura como identidade e rechaça as imposições universais do Ocidente, cujas matrizes hierarquizam as culturas entre inferiores e superiores. Para tanto, o autor elabora uma concepção de processo cultural distinta da ideia convencional de cultura, utilizando categorias como “o cultural”, reações culturais e espaços culturais.

Inicialmente, Herrera Flores (2005) destaca o fazer humano como a capacidade que possuímos de criar e transformar o mundo, ressignificando os sentidos das relações concretas, mostrando que o que nos constitui é justamente essa possibilidade criativa de reagir face aos entornos sociais, naturais e psíquicos. Para o autor, somos animais culturais que nos diferenciamos dos outros seres justamente pela nossa capacidade de reação diante do mundo. E essa diferença é o que ele denomina de “o cultural”. Ou seja, cultural é aquilo que nos define, é o humano, que pode ser traduzido como a nossa capacidade de construir e dar significado à realidade, de reagir frente às relações que temos com nós mesmos, com os outros e com a natureza. “Tudo não é cultura. Mas [...] tudo está guiado, encaminhado e dirigido *culturalmente*. Mais que animais sociais, somos *animais culturais*, que explicamos, interpretamos e intervimos no mundo guiados e encaminhados por nossas reações culturais” (Herrera Flores, 2005, p. 33, tradução livre), sendo a partir do cultural que vemos e compreendemos o mundo. E é justamente essa nossa capacidade de reação face ao mundo que, para Herrera Flores, vai ser o elemento central nos processos culturais de luta por direitos e dignidade e contra os bloqueios ideológicos que, ao longo da história, fissuram nossas habilidades criativas de atuar no mundo.

O autor apresenta, então, seu conceito aberto de cultura: categoria que cria a capacidade de gerar reações frente aos processos ideológicos e às situações de injustiça, opressão e exploração dos seres humanos subalternizados em um dado contexto. Para Herrera Flores (2005), não devemos falar de cultura - categoria estática que tradicionalmente representa signos e costumes de uma nação, etnia ou forma de vida ou o consumo passivo de determinados produtos culturais; uma concepção dinâmica e emancipatória nos faz optar pelo termo “processos culturais”, aqueles pelos quais os seres humanos se relacionam criativamente com a realidade, com os outros, com a natureza e consigo e que, para além das identidades, criam novos sentidos e novos signos em um contexto específico: os espaços culturais. Porque a realidade não é um conjunto de estados de fato, não é estática, mas se constitui das relações humanas que mantemos com esses fatos, conosco, com os outros, com a natureza.

Assim, para Herrera Flores (2005) são categorias fundamentais para pensarmos o cultural: 1) os processos culturais propriamente ditos – que são os modos diferenciados e plurais a partir dos quais as pessoas reagem frente às relações sociais, naturais e psíquicas; 2) os signos culturais – as relações que se estabelecem entre os objetos materiais ou imateriais e as ações humanas; 3) a construção do imaginário radical – “conjunto de materiais que derrubam as barreiras e os bloqueios interiores que nos impedem de nos articularmos com os outros seres humanos” (Herrera Flores, 2005, p. 23, tradução livre), ou seja, as relações culturais do homem consigo mesmo; 4) as reações culturais – a capacidade genérica que possuímos de construir e desconstruir mundos; e 5) os espaços culturais, locais materiais ou simbólicos em que se manifestam os processos culturais. Deste modo, diferenciam-se dos processos ideológicos de dominação hegemônica, que nos fazem acreditar em padrões únicos e imutáveis, determinantes de nossas ações, e bloqueiam nossa capacidade criativa em face do mundo.

Essa tentativa de imposição hegemônica de um modo único de percepção do mundo está diretamente relacionada a outra visão hegemônica tradicional, da qual nos distanciamos: a de que são as diversas metodologias de ação existentes que ocasionam os conflitos culturais entre culturas distintas, como se a diferença cultural fosse a causa de todos os problemas da humanidade. Como nos esclarece Herrera Flores, se é verdade que há diferentes formas de reação cultural entre as distintas culturas, não é menos verdade que entre as várias formas de reação cultural existem relações de poder com pretensões de hegemonia em razão de algum fator não cultural: “a dominação política, o acesso a um determinado recurso, o domínio geoestratégico etc., sendo utilizada a cultura como desculpa e como guia metodológico para legitimar o mundo do horror, da exclusão e do genocídio” (Herrera Flores, 2005, p. 70, tradução livre). Ou seja, não são as diferenças culturais por si mesmas que causam conflitos entre culturas, mas fatores não culturais, como poder, dominação, interesses econômicos, conquista de territórios etc.

E esse ponto é fundamental para pensarmos as diversas concepções de arte e os “conflitos” entre processos culturais considerados superiores e inferiores. Na verdade, é compreendendo a colonialidade do saber e a imposição de um padrão eurocêntrico epistêmico que entenderemos as hierarquias culturais que se apresentam. Como falamos anteriormente, a colonialidade do saber cria uma epistemologia hegemônica difusionista que hierarquiza todas as formas de conhecimento pela diferença centro/periferia e naturaliza essa diferenciação como se ela fosse absoluta e incontestável. O conhecimento válido é o que atende ao padrão da racionalidade científica da cultura europeia ocidental e todas as outras formas de conhecimento são subalternizadas. Essa categorização se reproduz internamente nas sociedades e a diferença centro/periferia propagada na modernidade faz emergir a distinção entre saberes superiores (do centro) e saberes inferiores (periféricos) e acarreta a invisibilização de tudo o que é produzido pelo periférico.

E, por óbvio, essa problematização não pode ser feita fora de um contexto específico: não podemos falar de cultura de forma abstrata e não situada, sem considerarmos o contexto em que vivemos e do qual estamos falando. Na concepção ocidental de cultura, que se propõe universal, ideal e válida para todos os seres humanos, o contexto é invisibilizado justamente para não permitir as reações humanas de contestação.

Hoje, esse contexto é o da globalização neoliberal imposta pelo capitalismo. Assim, falar do fazer humano e da capacidade de reação no mundo contemporâneo é considerar o sistema capitalista de exploração e de exclusão da maior parte das pessoas. Assim, não podemos propor ações emancipatórias de descolonização da arte e de luta por direitos humanos de forma abstrata, sem consideramos o contexto capitalista neoliberal. Qualquer tentativa de descolonização do saber deve ser elaborada considerando esse contexto e se colocar contra as imposições hegemônicas do capital. Uma proposta que não se indigne contra as opressões produzidas pelas estruturas do mercado, contra a desigualdade social e contra a miséria em que vivem os incontáveis seres humanos privados de condições mínimas de sobrevivência, não pode se dizer crítica tampouco libertadora, estando muito distante do que acreditamos ser o caminho para uma transformação social preocupada com a dignidade humana e com as necessidades básicas das pessoas.

4 DESCOLONIZANDO OS IMAGINÁRIOS: ARTE E DIGNIDADE

“Arte é também libertar-se do pensamento pronto e ousar pensar, e fazê-lo de um jeito diferente.”

(Márcia Tiburi, 2012)

É partindo dessas pontuações de Herrera Flores que pensamos a conexão arte e direitos humanos. Entendemos a arte como forma de reação cultural em um processo cultural, na medida em que, por meio dela, podemos criar e transformar a realidade. Por meio da arte, conhecemos, sentimos, nos abrimos ao outro e a outras percepções diversas da nossa e, sobretudo, podemos nos expressar, ter voz, criar e recriar os sentidos do mundo. “A arte funciona como uma das principais armas de uma teoria crítica da cultura que pretende potencializar o que de transformador e revolucionário levamos em nossa própria essência de seres humanos” (Herrera Flores, 2005, p. 31, tradução livre).

Partimos, pois, de uma concepção de arte que está para além da noção de produtos culturais estáticos produzidos em uma dada época, em uma dada sociedade. Entendemos a arte a partir das relações que se dão entre os produtos culturais e as ações humanas, e mais especialmente pela influência que tais produtos têm na vida das pessoas, de modo a permitir uma reação criativa no mundo. Ou seja, a arte na perspectiva cultural desenvolve a potencialidade humana de criação e transgressão e estimula o fazer humano a contestar a ordem estabelecida e buscar melhores condições de vida.

Como Herrera Flores, entendemos que a arte como espetáculo de consumo deve ser substituída pela arte como luta pela dignidade. Em sua obra *O nome do riso: breve tratado sobre arte e dignidade* (2007), o autor apresenta suas assertivas sobre a importância da arte para a dinamização da existência humana: “A arte abre nossa consciência até o novo, até a possibilidade de um mundo distinto em que todas e todas possamos exercer nossa capacidade de transformação dos espaços de relações e interações.” (Herrera Flores, 2007, p. 56).

Arte é criação e recriação que nos leva para o universo da sensibilidade, do sentimento. A arte toca nosso imaginário radical e impulsiona o fazer humano de uma forma livre das amarras do instituído. Pela arte, reagimos culturalmente ao que está posto

porque nos sensibilizamos e nos sentimos livres e capazes de transformar o real. É por meio da arte que podemos entrar em contato com outros mundos, negar o que está estabelecido e desobedecer a epistemologia hegemônica para ressignificar o que está posto. É na arte que o fazer humano encontra liberdade para construir e desconstruir a realidade; é por meio dela que podemos nos aproximar do que se nos apresenta como diferente, relativizarmos nossa própria realidade e exercitamos as possibilidades de articulação das diferenças, pois “toda manifestação artística aporta sempre um componente político de contestação e ativação da nossa capacidade de reagir simbolicamente ao entorno das relações que vivemos”. (Herrera Flores, 2007, p. 56). Ou seja, a arte tem uma função política e nos possibilita, de várias maneiras, seu uso como instrumento de luta pela dignidade. E é nesse ponto que a arte se conecta aos direitos humanos, cuja definição também passa pela busca de uma vida mais digna, como afirma Warat (2010):

Falar da função da arte na descoberta da sensibilidade implica para mim sempre a procura ou a produção de um processo criativo. Pois, através do processo criativo, é possível conhecer e ressignificar os meus devires e os devires do outro, é possível produzir revoluções moleculares e instigar a emergência de novas formas de compreensão do mundo. Meu grande problema e desafio é como estímulo a sensibilidade criativa ou como estímulo a sensibilidade através de um processo criativo.

Mas nosso conceito de direitos humanos não é o de normas postas universais que todos possuem pelo simples fato de serem humanos, em mundo abstrato e atemporal. Entendemos direitos humanos como produtos culturais que possibilitam as lutas sociais e coletivas pelo acesso aos bens necessários à vida e pela dignidade de todos, e que constroem espaços plurais e aumentam as potencialidades humanas para a luta, no contexto das relações de mercado impostas pelo capitalismo. E daí a estreita relação com nossa percepção sobre o cultural, e por consequência, sobre a arte: ambos são formas de reações culturais que nos possibilitam atuar criativamente nas diversas formas de luta pela dignidade e reagir às injustiças, exclusões e explorações do sistema capitalista.

Arte e direitos humanos, portanto, conectam-se como produtos culturais de reação ao poder hegemônico e ao saber dominante. As expressões artísticas, na perspectiva cultural já exposta, nos permitem agir, reagir, criar, romper com os modelos impostos e transformar a realidade na qual nos inserimos, nos sensibilizando e nos mostrando novas possibilidades de existência coletiva, nos empoderando para a resistência que move a luta pela dignidade humana.

Um filme sobre os horrores do Holocausto nazista que mostra o genocídio de 6 (seis) milhões de judeus nos sensibiliza e nos empodera para lutarmos contra qualquer outra forma de dominação que descarte vidas humanas de forma tão cruel; um funk ou um rap são canais de expressão que nos falam da violência sofrida por vidas negras por todo o mundo; um romance no qual a protagonista é vítima de violência em razão da sua condição de mulher nos faz sentir a mesma dor da personagem e nos estimula a lutar contra o machismo e o patriarcalismo que matam milhares de mulheres todos os dias; um *graffiti* traz a sensibilidade de um artista que, por vezes, tem na sua arte a única forma de se colocar no mundo e se sentir parte da cidade; uma fotografia de uma criança morta num tiroteio na favela da Maré interfere diretamente na nossa maneira de entender a violência urbana, a segurança pública e os direitos humanos. Porque toda

forma de expressão artística, de arte, tem o potencial de nos fazer refletir sobre nossa capacidade de reação, de ação, de transformação e de indignação diante das violências e opressões, e conseqüentemente, pode ser um eficaz instrumento de luta contra o poder hegemônico, como enfatiza Herrera Flores:

A arte: a literatura, o cinema, a arquitetura, a escultura, as expressões populares e festivas dos carnavais e festas comunitárias... nos abrem ao outro, quer dizer, a outras expressões e percepções do mundo, cria intercâmbios, potencializa o diálogo [...], concilia o passado com o presente e lança constantemente flechas para o futuro, sendo capaz, inclusive, de abarcar o que não se pode dizer por meio de argumentos baseados em lógicas fechadas e excludentes de outras lógicas e outras racionalidades [...] (HERRERA FLORES, 2005, p. 31, tradução livre).

Todos esses produtos culturais são armas contra o poder hegemônico, instrumentos que podem ser determinantes nos processos de luta por direitos humanos e por uma vida digna. Arte é voz, é lugar no mundo, é reconhecimento, é existência, é pertencimento. Para muitos, a única forma de se sentir vivo, de se sentir pessoa, de se sentir parte da sociedade; para muitos, a única oportunidade de ser ouvido. E, por outro lado, arte é transformação e iluminação porque, ao nos atingir no que temos de mais sensível e humano, modifica nossa consciência sobre a capacidade humana de ação e reação diante do mundo e, especialmente, altera nossa visão sobre o outro e nos mostra o que com ele temos de comum, nos apontando as possibilidades de convivência e diálogo com o diferente.

Na obra *A invenção dos direitos humanos: uma história*, Lynn Hunt (2009), ao narrar a evolução histórica dos direitos humanos europeus ocidentais, nos mostra como a arte foi capaz de desenvolver empatia no ser humano ao longo da história e, desse modo, sensibilizar as pessoas para os direitos humanos. Para a autora, compreender os direitos humanos nos leva mais além da ideia de normas postas e de conceitos formulados, pois eles têm bases racionais e emocionais, sendo auto-evidentes quando ressoam dentro de cada um de nós e nos fazem sentir a dor do outro: “temos muita certeza de que um direito humano está em questão quando nos sentimos horrorizados por sua violação” (HUNT, 2009, p. 25). No curso de sua obra, são aportados vários exemplos de expressões artísticas que foram fundamentais no processo de internalização das noções de direitos humanos, como liberdade, igualdade, inadmissibilidade da tortura, dentre outros. Segundo a autora, esse processo foi iniciado na segunda metade do século XVIII:

O público começou a ver os espetáculos teatrais ou a escutar música em silêncio. Os retratos e as pinturas de gênero desafiaram o domínio das grandes telas mitológicas e históricas da pintura acadêmica. Os romances e os jornais proliferaram, tornando as histórias das vidas comuns acessíveis a um amplo público. A tortura como parte do processo judicial e as formas mais extremas de punição corporal começaram a ser vistas como inaceitáveis. Todas essas mudanças contribuíram para uma percepção da separação e do autocontrole dos corpos individuais, junto com a possibilidade de empatia com outros (HUNT, 2009, pp. 28-29).

A tese de Lynn Hunt é a de que o contato com a arte ajudou a disseminar práticas de autonomia e empatia, desenvolvendo uma noção de comunidade que estava além

do âmbito privado. Essas novas experiências transformaram as experiências individuais e abriram caminho para uma concepção de direitos humanos, que, no caso da Europa Ocidental, consolidou-se com as declarações de direitos. Ainda que a narrativa seja limitada aos direitos europeus do Ocidente, não podemos deixar de reconhecer que sua obra ilustra bem a ligação entre arte e direitos humanos.

Portanto, tomamos a arte como uma forma de reação cultural diante do mundo, que possibilita ação, criação e transformação da realidade e contesta os padrões hegemônicos. Mas não só: a arte nos permite olhar para o outro e compartilhar sentimentos e formas de reação cultural, na medida em que nos coloca em diálogo com possibilidades distintas, e também nos fornece ferramentas para reagir aos padrões dominantes e construir novas significações diante do mundo. Por meio da arte, podemos dar visibilidade a tudo que é silenciado e colocado à margem pela colonialidade, rompendo com o que nos causa indignação. E, nessa perspectiva, se constitui instrumento de luta contra os processos ideológicos dominantes que violentam, oprimem e exploram os seres humanos no contexto capitalista.

Mas, como mostra Herrera Flores (2005), duas advertências são importantes: primeiro, não podemos colocar no cultural a responsabilidade por todas as transformações sociais. São necessárias reações políticas, econômicas, jurídicas, religiosas para além do cultural. Segundo, a arte na concepção tradicional – diferente da perspectiva cultural que aqui defendemos – pode ser utilizada para atender a interesses políticos.

Assim, percebemos um amplo potencial emancipatório desses produtos culturais - arte e direitos humanos - para criar, fazer e transformar a realidade, os símbolos e as relações humanas, contestando os processos ideológicos de dominação que impõem um determinado padrão epistêmico como universal, absoluto e superior aos demais. É nessa conexão que se constitui nossa proposta de descolonização da arte. Somente sob essa perspectiva cultural, compreenderemos arte e direitos humanos como instrumentos capazes de romper as amarras coloniais para que o cultural cumpra sua função emancipatória: “[...] na diversidade de pensamentos [...] a arte está se constituindo nas comunidades e sujeitos étnicos em um ato decolonial que interpela, repreende e põe em questão as narrativas de exclusão e marginalização” (Achinte, 2013, pp. 451-452).

5 CONCLUSÃO: AFINAL, COMO DESCOLONIZAR A ARTE?

É a realidade, não o “estado de fato” ou o fenômeno em si, o que se distingue em função da percepção cultural. A realidade não se confunde com os estados de fato, com os fenômenos biológicos ou geológicos. Entretanto, é por meio dos processos culturais que vamos tendo acesso à realidade que nos envolve e esta, entendida como o sistema de relações sociais, psíquicas e naturais é algo prévio às intervenções culturais. Não cabe, pois, afirmar que ‘tudo é cultura’, sob pena de se cair em um culturalismo de graves consequências. Os produtos culturais (a arte, a literatura, a ciência, as instituições políticas, jurídicas, econômicas etc.) nada dizem por si mesmos, não têm significado se não estão integrados no contexto de relações em que cumprem suas funções. São um meio de explicar, interpretar, intervir nas relações que herdamos, seja para reproduzi-las, seja para transforma-las – representam simbolicamente as relações sociais, políticas, econômicas...

Por isto, um achado arqueológico, por exemplo, só tem valor e sentido quando situado no conjunto de relações que constitui a realidade das pessoas que o utilizavam. Em outras palavras: só servem de porta de acesso à realidade quando podemos explicar, interpretar, intervir nas relações que eles expressam. Os produtos culturais são como metáforas, nada neles é literal, tudo depende do que não está neles, do sistema de relações diante do qual atuam como reações. São exemplos disto: a conquista do fogo, as pinturas rupestres, o enterro dos mortos, a vida sedentária e agrícola, as artes da navegação, o pensamento formal, a ideia de justiça, a arte pela arte, o computador... esses “instrumentos culturais” só nos dão acesso à nossa realidade ou a realidades passadas se integrados no conjunto de relações que se viviam no passado ou que se vivem no presente.

Para Herrera Flores, a cultura é uma característica primária humana e, antes que surgisse a cultura já tínhamos determinadas relações, como é o caso dos desenhos rupestres sobre as relações de caça na pré-história. Primeiro, portanto, vêm as relações, depois as representações, os signos culturais, que serviam para que os indivíduos explicassem, interpretassem e estabelecessem os modos de intervenção nessas relações. O cultural, portanto, não é uma atividade passiva de representação estática do conjunto de relações. Mais do que de “culturas”, falamos de processos culturais, mais que de humanismo abstrato e metafísico, falamos de processo cultural de humanização, que nos permitirá conectar a realidade de modo emancipatório e solidário. O processo cultural supõe sempre esse caminho de ida e volta entre as relações culturais (individuais e coletivas) e as redes de relações que as provocam: a isto ele denomina circuito de reação cultural.

É diante dessa proposta teórica de Herrera Flores que podemos compreender o poder da arte, entendida, como vimos, como produto cultural utilizado para explicar, interpretar, intervir nas relações, seja para reproduzi-las, seja para transformá-las. Simon Schamas (2010, pp. 10-17) adverte que “a grande arte tem péssimos modos”. Ele explica que as obras-primas são “truculentas, impiedosas e astutas”, acabam com sua postura e reorganizam o senso de realidade. Para o crítico inglês, “o poder da arte é o poder da surpresa perturbadora”, mesmo quando parece imitativa, a arte não reproduz o que há de conhecimento no mundo visível, antes substitui esse mundo por uma realidade própria, pois, além de representar o belo, ela destrói o banal. O método operacional da arte envolve o processamento da informação pela retina, mas aciona “um comando que gera um tipo alternativo de visão: um modo dramatizado de ver”. As obras primas não se constituem na norma. Muitos excelentes artistas trabalharam com objetivos mais modestos, tratando de imitar a natureza, de representar o belo. As obras de arte envolvem elementos essenciais de nossa existência, tanto individual (o imaginário radical) quanto o coletivo (o imaginário social instituinte), inserido no contexto ambiental de cada artista (o imaginário bio[sócio]diverso): falam de salvação, liberdade, mortalidade, transgressão, do mundo, das almas... não são obras triviais e fica patente que não se busca o efeito estético apenas. Assim, as obras de arte podem ser e muitas vezes são produtos culturais de cunho emancipatório, que buscam nos conectar à realidade para que possamos interpreta-la, explica-la, transformá-la.

Portanto, nossa proposta de descolonização da arte consiste em: primeiro, entender a arte como instrumento de reação cultural e de luta pela dignidade; segundo,

partindo da compreensão de como a colonialidade age na imposição de modelos e padrões universais fundados na diferença centro/periferia, propor uma desobediência epistêmica por meio de fissuras ao já estabelecido. E isso significa, como consequência do empoderamento humano, tirar da invisibilidade manifestações artísticas subalternizadas pelo poder colonial e estimular o fazer humano, as criações e recriações que possibilitam a transformação de si e sensibilizam nosso olhar para o outro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACHINTE, Adolfo Albán. Pedagogías de la re-existencia. Artistas indígenas y afrocolombianos. In: WALSH, Catherine. Pedagogías decoloniales: prácticas insurgentes de resistir, (re)existir y (re)vivir. Tomo I. Quito, Ecuador: Ediciones Abya-Yala, 2013.

ALESSI, Gil. A 'Maré Cinza' de Dória toma São Paulo e revolta grafiteiros e artistas. El País, São Paulo, 24. jan. 2017. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2017/01/24/politica/1485280199_418307.html>. Acesso em: 3 out. 2017.

CASTRO-GÓMEZ, Santiago. Ciências sociais, violência epistêmica e o problema da "invenção do outro". In: LANDER, Edgardo. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

_____. Descolonizar la universidad. La hybris del punto cero y el diálogo de saberes". In: CASTRO-GÓMEZ, S.; GROSGOUEL, R. El giro decolonial: reflexiones para una diversidad epistémica más allá del capitalismo global. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2007.

CESÁIRE, Aimé. Discurso sobre el colonialismo. Latinoamérica: cuadernos de cultura latinoamericana. Madrid: Universidad nacional autónoma de Mexico, 2006.

CUSICANQUI, Silvia. Ch'ixinakax utxiwa: una reflexión sobre prácticas y discursos descolonizadores. Buenos Aires : Tinta Limón, 2010.

ESCOBAR, Arturo. La invención del Tercer Mundo: construcción y deconstrucción del desarrollo. Santafé de Bogotá: Grupo Editorial Norma, 1996.

ESCOBAR, Ticio. El mito del arte y el mito del Pueblo: cuestiones sobre arte popular. Buenos Aires: Ariel, 2014.

FANON, Frantz. Pele Negra, Máscaras Brancas. Tradução de Renato da Silveira. Salvador: EDUFBA, 2008.

FOUCAULT, Michel. Las palabras y las cosas: una arqueología de las ciencias humanas. México: Siglo XXI, 2000.

GALEANO, Eduardo. O livro dos abraços. Tradução de Eric Nepomuceno. 9. ed. Porto Alegre: L&PM, 2002.

GONZÁLEZ STEPHAN, Beatriz. Modernización y disciplinamiento. La formación del ciudadano: del espacio público y privado. In: GONZÁLEZ STEPHAN, B; LASARTE, J. Esplendores y misérias del siglo XIX. Cultura y sociedade em America Latina. Caracas: Monte Ávila, 1995.

GROSGOUEL, Ramón. La descolonización de la economía política y los estudios postcoloniales. Transmodernidad, pensamiento fronterizo y colonialidade global. In: RESTREPO, Eduardo; ROJAS, Axel. Inflexión decolonial: Fuentes, Conceptos y cuestionamientos, 2006.

HERRERA FLORES, Joaquín. El proceso cultural: Materiales para la creatividad humana. Sevilla: Aconcagua, 2005.

_____. O nome do Riso: breve tratado sobre arte e dignidade. Tradução de Nilo Kaway. Porto Alegre: Movimento; Florianópolis: CESUSC; Florianópolis: Bernúncia, 2007.

HUNT, Lynn. A invenção dos direitos humanos: uma história. Tradução de Rosaura Eichenberg. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LANDER, Edgardo. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires, CLACSO, 2005.

MANCO, Tristan; NEELON, Caleb; LOST ART. Graffiti Brasil. London, Thames & Hudson, 2005.

MIGNOLO, Walter. The darker side of the Renaissance Literacy, Territoriality and Colonization. Ann Arbor: Michigan University, 1995.

_____. Historias Locales/ diseños globales. Madrid: Akal, 2000.

QUIJANO, Anibal. Colonialidad del poder, cultura y conocimiento em America latina. In: CASTRO-GÓMEZ, S.; MILAN DE BENAVIDES, C. Pensar (em) los interstícios: teoria y practica de la critica pós-colonial. Bogotá: CEJA, 1999.

_____. Colonialidad y modernidade/ racionalidade. Lima: Perú Indígena, vol 13, nº 29, 1992.

_____. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo. A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Buenos Aires: CLACSO, 2005.

SCHAMA, Simon. O Poder da Arte. Tradução de Hildegard Feist. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SPIVAK, Gayatri. Puede el subalterno hablar? Revista Colombiana de Antropologia, nº 39, 2003, pp. 257-364.

TIBURI, Márcia. Arte contemporânea: sobre nossa dificuldade de pensar e fazer. Revista Cult, 2012. Disponível em: <<https://revistacult.uol.com.br/home/arte-contemporanea-sobre-nossa-dificuldade-de-pensar-e-fazer>>. Acesso em: 11 abr. 2017.

WARAT, Luis Alberto. A ciência jurídica e seus dois maridos. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2000.

_____. Direito, sujeito e subjetividade: para uma cartografia das ilusões. Luis Alberto Warat entrevistado por Eduardo Gonçalves Rocha, Marta Regina Gama Gonçalves, p.39. Captura Críptica: direito política, atualidade. Revista Discente do Curso de Pós-Graduação em Direito, n.2., v.2. (jan/jun. 2010) – Florianópolis, Universidade Federal de Santa Catarina, 2010. Disponível em: <http://www.cj.ufsc.br/capturacriptica/wp-content/uploads/captura_criptica_-_n2v2_completo.pdf>. Acesso em: 3 de out. de 2017.

WALSH, Catherine. Geopolíticas del conocimiento, interculturalidad y descolonización, Signo y Pensamiento, nº 46, v. 4, jan.-jun. 2005. Disponível em: <<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/signoypensamiento/article/view/4663>>. Acesso em: 12 abr. 2017.



DOSSIÊ NORMATIVIDADES ULTRAMARINAS: O CLERO E O DIREITO NOS IMPÉRIOS IBÉRICOS



APRESENTAÇÃO DO DOSSIÊ TEMÁTICO NORMATIVIDADES ULTRAMARINAS: O CLERO E O DIREITO NOS IMPÉRIOS IBÉRICOS

A partir de meados da década de 1980, a história do Direito passou por uma renovação significativa. Autores hoje consagrados demonstraram que não havia uma separação entre o Direito e outras esferas da vida social na Época Moderna, enfatizando como a sua elaboração e aplicação envolvia uma pluralidade de agentes e instituições descentralizadas, compondo um mosaico normativo com feições muito distintas do que se veio a observar no período que sucedeu as revoluções liberais. Nomes como António Manuel Hespanha, Bartolomé Clavero, Victor Tau Anzoátegui, Tamar Herzog, Thomas Duve e tantos outros foram responsáveis por lançar e difundir, desde o campo jurídico, esse olhar mais crítico a como se pensava o Direito nesse período.

Deve-se ressaltar que outro elemento une os autores mencionados: todos pensaram essas relações a partir dos impérios ibéricos. Associando-se a uma historiografia que pensa o lugar desses impérios na construção do mundo moderno e tenta refletir sobre as complexas características desses espaços, muitos estudos têm caminhado no sentido de pensar o Direito para além da produção normativa estatal e lançar um novo olhar para fenômenos presentes nessa realidade moderna. Portugal e Espanha eram impérios ultramarinos globais, ao mesmo tempo em que foram essencialmente monarquias católicas, no sentido tanto de terem favorecido a expansão do catolicismo quanto de terem se valido da Igreja Católica para a construção da autoridade régia.

Os cleros regular e secular adquiriram uma projeção jurídica que ainda não foi suficientemente estudada pela historiografia. A sua produção intelectual embasava decisões e influenciava os desdobramentos de várias questões jurídico-administrativas do mundo colonial. Por outro lado, eles atuavam como agentes diretos do Direito, na resolução de conflitos e na utilização do seu prestígio social em benefício próprio ou da ordem em que se inseriam. Transformavam, assim, os seus interesses em normas jurídicas em um cenário de ampla convivência entre ordens normativas de diversas naturezas.

Por essas razões, a nossa ideia, ao organizar este dossiê, foi abrir a possibilidade de se estabelecer um diálogo interdisciplinar entre estudiosos que pensassem as relações entre o clero católico e o Direito no âmbito da expansão ultramarina ibérica. Os artigos que compõem o dossiê dão conta da riqueza de possibilidades que essa questão pode oferecer.

O lugar da consciência na expansão marítima portuguesa foi analisado neste artigo de Giuseppe Marocci, professor da Universidade de Oxford. Os jesuítas foram o

principal objeto dos artigos de Maria Leonor García da Cruz, da Universidade de Lisboa, que pensou nas primeiras décadas da ordem, e de Gustavo César Machado Cabral, da Universidade Federal do Ceará, cuja reflexão alcançou o papel dos catecismos e confessionários na construção de uma ordem normativa no Brasil. Os efeitos jurídicos da expulsão da Companhia de Jesus no Rio de Janeiro foram debatidos no texto de Márcia Amantino, da Universidade Salgado de Oliveira. Por fim, o olhar para a experiência da América Hispânica, notadamente sobre questões de teologia moral e o seu papel na Nova Espanha, coube a Oscar Hernández Santiago, da Universidad Nacional Autónoma de México.

Vistos como uma leitura coletiva e plural sobre o tema, esses artigos ajudam a pensar no clero como protagonistas na construção das normatividades no Novo Mundo. Esse protagonismo teve vários matizes, que, com a ajuda destes textos, ficam cada vez mais evidentes.

Elisa Frühauf Garcia

Gustavo César Machado Cabral



OS JESUÍSTAS E A CONSTRUÇÃO DA ORDEM JURÍDICA: UMA CONTRIBUIÇÃO AO ESTUDO DA NORMATIVIDADE DOS CATECISMOS E CONFESSIONÁRIOS NA AMÉRICA PORTUGUESA (SÉCULOS XVII-XVIII)

Gustavo César Machado Cabral

Resumo

Este artigo pretende examinar o papel dos jesuítas na construção da ordem jurídica na América Portuguesa. Particularmente interessada nos catecismos e confessionários, esta análise parte de uma visão segundo a qual o direito na Idade Moderna é inseparável da teologia moral e é parte de uma ordem jurídica e estrutural mais ampla no universo natural. Catecismos e confessionários jesuítas escritos para a conversão de povos indígenas entre o começo do século XVII e a metade do século XVIII são as fontes mais importantes desta pesquisa.

Palavras-chave

História do Direito. Brasil Colonial. Companhia de Jesus.

JESUITS AND THE CONSTRUCTION OF THE JURIDICAL ORDER: A CONTRIBUTION TO THE STUDY OF THE NORMATIVITY OF CATECHISMS AND CONFESSIONARIES IN PORTUGUESE AMERICA (17TH-18TH CENTURIES)

Abstract

The main purpose of this article is to examine the role of the Jesuits in the construction of the juridical order in Portuguese America. Particularly interested in catechisms and confessionary, this analysis deals with a view in which early modern law is inseparable from moral theology and is part of a wider juridical and structural order in the natural universe. Jesuit catechisms and confessionaries written for the conversion of indigenous people from the beginning of 17th and the middle of the 18th century are the main sources of this research.

Keywords

Legal History. Colonial Brazil. Society of Jesus.

1 INTRODUÇÃO

Durante os pouco mais de dois séculos em que se fizeram presentes na América Portuguesa, os jesuítas foram de fundamental importância para a empresa colonizadora. O papel que se pretende enfatizar neste artigo é justamente a criação de uma mentalidade que possibilitou a difusão de uma estrutura normativa nesse novo mundo. A Igreja fazia parte desse modelo fortemente vinculado a uma visão de que o universo havia sido criado por Deus, mas que os homens também tinham a

possibilidade de criação normativa, desde que seguissem a ordem natural em que estavam inseridos.

Conhecer esse universo era, portanto, fundamental para fazer parte da comunidade que se estava fundando, e por essa razão se acredita em uma função jurídica do processo de conversão, por meio do qual se trazia uma pessoa para dentro da comunidade cristã. Ao ser aceito nesse grupo, essa pessoa concordava em viver sob determinadas normas, obrigando-se a certos comportamentos. O estatuto básico dessas regras de convivência se encontrava justamente a partir da catequese e da confissão.

Neste sentido, pretende-se analisar a contribuição jesuítica para a formatação desse processo de conversão e de propagação da fé e, conseqüentemente, desse modelo de organização social. O foco da análise serão três textos produzidos entre o início do século XVII e meados do século XVIII, cujas funções são justamente a difusão desse modelo de conversão. Antes, contudo, serão discutidos os sentidos desses instrumentos na tradição católica da Idade Moderna, os pressupostos sobre os quais se estruturam esses argumentos e o papel dos jesuítas na educação e na construção de uma ordem jurídica colonial.

2 O QUE ERAM CATECISMOS E CONFESSIONÁRIOS?

Essencialmente, os catecismos serviam para ensinar uma pessoa a se comportar como um bom cristão, funcionando como uma verdadeira introdução à fé católica. Esse conhecimento era uma etapa necessária para o batismo, que, segundo Adriano Properi, pode ser pensado como um novo nascimento, um nascimento como fato social¹. Segundo a teologia católica, o batismo era uma regeneração por meio da água e da palavra e, para maiores de sete anos de idade, requeria uma demonstração de vontade que deveria ser precedida pelo conhecimento básico dos principais elementos do cristianismo².

Por outro lado, pode-se pensar o catecismo como um instrumento de introdução do catequizado em um sistema de valores que estruturavam as sociedades cristãs, as quais se organizavam juridicamente a partir de forte relação com a ordem natural. Uma vez apresentado aos valores cristãos, o indivíduo deveria se comportar em consonância com essa ordem, e isso significava, conseqüentemente, conhecer a justiça como uma virtude cardeal para, nas suas relações interpessoais, agir em conformidade. Afinal, mais do que um atributo e do que uma questão de direito positivo, a ideia de justiça estava relacionada a uma discussão de teologia moral, ao lado das outras virtudes cardeais (prudência, fortaleza e temperança). Instruído nesses temas, o catequizado podia desenvolver um sentimento de justiça similar ao que Hespanha se refere no seu texto seminal sobre os rústicos³.

¹ PROSPERI, Adriano. *Battesimo e identità cristiana nella prima età moderna*. In: PROSPERI, Adriano (Org.). **La salvezza delle anime disciplina dei corpi**: um seminario sulla storia del battesimo. Pisa: Ed. della Normale, 2006, p. 1-66.

² LAYMANN, Paul. **Theologia moralis**. Bambergae: Joh. Martini Schönwetteri, 1688, p. 213 (Lib. 5, Tract. .2, Cap. 1, 1).

³ HESPANHA, António Manuel. *As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos. A ordem do mundo e o saber dos juristas*: Imaginários do antigo direito europeu. Lisboa: CreativeSpace Independent Publishing, 2017, p. 199-278

Os confessionários, por sua vez, foram manuais que auxiliaram os sacerdotes a tomarem a confissão dos fiéis, a fim de dar seguimento ao sacramento da penitência. Questão de suma importância para a Igreja, que desde o IV Concílio de Latrão (1215) o instituiu como dever anual, a confissão era definida por Azpilcueta como uma acusação secreta por meio da qual o pecador reconhece ao sacerdote os seus pecados a fim de ser absolvido⁴. Trata-se, como demonstraram Paolo Prodi e Adriano Prosperi, de uma estrutura de julgamento, em que o fiel se assemelha a um réu que será julgado pelo confessor, que funciona como um juiz que aplicará uma pena⁵. Azpilcueta, inclusive, utiliza a palavra *jurisdición* para se referir ao poder do confessor⁶. No entanto, o foro em que se dará o julgamento é o interno, que cuida da consciência, num contexto em que tanto foro interno (consciência) quanto foro externo (ações) estavam entre as preocupações do direito⁷. Esses manuais de confessores davam meios aos sacerdotes de exercerem as suas funções penitenciais, explicando como eles deveriam proceder e, em larga medida, discutindo materialmente quais comportamentos eram desejáveis ou reprimíveis para um cristão.

Havia, desta forma, uma aproximação lógica entre catecismos e manuais de confessores. Enquanto aqueles ensinavam as bases da religião católica e, com isso, estabeleciam regras de conduta, estes traziam normas dirigidas a quem avaliaria esses comportamentos. Os catecismos tinham como destinatários imediatos os sacerdotes e mediatos aqueles que estavam em processo de conversão, ao passo que os manuais de confessores eram dirigidos primordialmente aos sacerdotes que escutariam as confissões, que funcionavam como verdadeiro reconhecimento de uma culpa. O pecado era a questão central tanto do catecismo quanto da confissão, já que do ensino do certo e do errado dependia a própria busca pela confissão e o recebimento da pena. Ainda segundo Azpilcueta, o sacramento da penitência começava com a consciência do erro que se externalizava durante a confissão, mas que se concluía apenas com a aplicação das penas, que só poderiam ser jejum, orações ou esmolas⁸.

Como se mencionou anteriormente, textos práticos destinados a catequese e confissão foram elaborados na América Portuguesa desde o século XVI, circulando na forma manuscrita e sem uma preocupação moderna com a noção de autoria⁹. Os casos examinados foram de obras que reuniram as duas propostas em um único volume, funcionando tanto como catecismo quanto como confessionário e trazendo, de uma forma bastante simples, ensinamentos sobre os temas centrais do cristianismo, como os sacramentos, os dez mandamentos, os mandamentos da Igreja, dentre outros. Na América Portuguesa, talvez o mais antigo catecismo estruturalmente organizado de que se

⁴ AZPILCUETA, Martín. **Manual de confessores y penitentes que contiene quase todas las dudas que en las confesiones quase todas las dudas de los peccados, absoluciones, restituciones, censuras, & irregularidades**. Valladolid: Francisco Fernandez de Coboua, 1570, p. 19 (Cap. II, 1).

⁵ Cf. PRODI, Paolo. **Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto**, Bologna: il Mulino, 2000, p. 297-306; PROSPERI, Adriano. **Tribunali della coscienza: inquisitori, confessori, missionari**. Torino: Giulio Einaudi, 1999, p. 213-548.

⁶ “El poder consiste, en que sea presbytero, y tenga jurisdicion actual, ordinária, o delegada, que se estenda a los peccados, que le confiesan”. AZPILCUETA, Martín, op. Cit., p. 25 (Cap. 4, 1).

⁷ Essa separação só começou a ficar mais claro com a reforma protestante, notadamente com Lutero, ganhando contornos mais claros apenas na metade do século XVIII, principalmente com o pensamento de Christian Thomasius. Sobre o tema, cf. CABRAL, Gustavo César Machado. Thomasius e o direito natural. **Sequência**, n. 72, 2016, p. 145-168.

⁸ AZPILCUETA, Martín de, op. Cit., p. 23 (Cap. III, 2).

⁹ Para uma discussão sobre a noção de autoria na Idade Moderna, cf. VARELA, Laura Beck. Authorship in Early Modern Jurisprudence. Paul Voet (1619-1667) on *auctor* and *editor*. **Quaerendo**, v. 47, 2017, p. 252-277.

tem notícia tenha sido o manuscrito *Doutrina Christam*, finalizado por volta de 1592 por José Anchieta, que também sistematizou as normas para a padronização da língua tupi na importante *Arte de gramatica da lingua mais usada na costa do Brasil*, cuja edição impressa data de 1595. O foco desta análise, contudo, residirá em três obras, duas delas impressas no século XVII e uma circulada como manuscrito no século XVIII. Três delas são destinadas à língua tupi, a qual era falada como língua geral na maior parte da costa, e um à língua kariri. A escolha dos textos foi influenciada pela análise de Serafim Leite da literatura de conversão produzida pelos jesuítas¹⁰.

3 PARA ENTENDER A RELEVÂNCIA JURÍDICA DOS JESUÍTAS

Assim como outras obras de teologia moral, encarada como a parte da teologia preocupada com as ações humanas, os catecismos e os manuais de confessores eram juridicamente relevantes nesse contexto. Esses elementos serão pensados a partir de discussões sobre as relações entre direito e teologia, o conteúdo jurídico da teologia moral e as relações entre ensinamentos cristãos e o viver sob regras jurídicas.

Antes das revoluções liberais, o direito não pretendeu ter a pureza material que vai marcar o pensamento jurídico do século XIX e primeira metade do século XX. Na Idade Moderna, não havia, por parte do pensamento jurídico predominante, uma preocupação com construções conceituais exclusivistas e com uma determinação clara do que era e do que não era direito. A própria concepção da ordem jurídica como parte de uma grande ordem natural criada por Deus e que regulava todas as coisas do universo ajudava a compreender essa inseparabilidade entre o direito positivo e outras ordens normativas sociais e naturais. É por isso que faz sentido, por exemplo, a discussão trazida por Hespanha sobre um “direito das cores”, já que tanto elas quanto a ordem jurídica humana eram parte do mesmo universo divino, assim como tudo o que estava ao redor do homem¹¹.

A aproximação dos estudos do direito e da teologia também marcou as realidades medieval e moderna. Tamar Herzog descreveu uma aproximação inclusive prática, remetendo ao caso de um teólogo de formação que ocupou o posto de ouvidor (espécie de juiz de segunda instância) na *Audiência* de Quito no século XVII. Nas palavras da autora, enquanto a filosofia do direito distinguia teoricamente a ordem divina (eterna e imutável e cuidada pela teologia) da humana (cuidada pelo direito), a prática do trabalho cotidiano e o ensino dos juristas não as separava¹². Em estudo recente, Wim Decock também parte dessa relação entre direito e teologia para pensar na contribuição dos teólogos morais para a formação do direito contratual¹³. Talvez mais do que os juristas, os teólogos pensaram em problemas mais abstratos que acabaram por formatar vários ramos do direito privado.

¹⁰ LEITE, Serafim. **História da Companhia de Jesus no Brasil**. Tomo IV: Norte – 2) Obras e assuntos gerais. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1943, p. 312-314; AYMORE, Fernando Amado, op. Cit., p. 272.

¹¹ HESPANHA, António Manuel. As cores e a instituição da ordem no mundo de Antigo Regime. **A ordem do mundo e o saber dos juristas**: Imaginários do antigo direito europeu. Lisboa: CreativeSpace Independent Publishing, 2017, p. 333-360.

¹² HERZOG, Tamar. Sobre la cultura jurídica en la América Colonial (siglos XVI-XVIII). **Anuario de Historia del Derecho Español**, v. 65, 1995, p. 906.

¹³ DECOCK, Wim. **Theologians and contract law**: the moral transformation of the *ius commune* (c. 1500-1650). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2013.

A divisão entre teologia especulativa e teologia moral se torna relevante para este estudo, tendo em vista que o interesse recai primordialmente sobre a teologia moral, cuja preocupação central eram as ações humanas. Tomando-se como exemplo as obras de alguns dos mais relevantes teólogos desse contexto, percebe-se que os temas identificados com a prática dos juristas estavam no centro das preocupações teológicas. Entre os tópicos tratados por Domingo de Soto (1494-1560) em seu *De iustitia et iure* estão as definições de justiça (tema que simplesmente não era tratado nos livros estritamente jurídicos) e de lei humana e natural e discussões sobre domínio, homicídio, usura, contratos e juramento¹⁴, aspectos que se encontram também nos seis tomos da obra homônima de Luís de Molina (1535-1600), que entrou em detalhes sobre temas relevantes de direitos reais (domínio, uso, habitação, usufruto, enfiteuse, morgados, posse e servidão), sucessão, contratos e crimes, entre outras questões¹⁵. Na obra de Juan de Lugo (1583-1660) também denominada *De iustitia et iure*, problemas teológicos são referidos mais diretamente, mas em geral relacionados a questões jurídicas concretas sobre domínio, contratos, sucessões e similares¹⁶. Na obra *Theologia moralis* de Paul Laymann (1574-1635), um dos manuais de teologia mais usados na América Portuguesa, o autor discutiu as noções de lei humana e de direito e justiça, os crimes, as obrigações contratuais, os testamentos e o casamento.

Mais do que pontos de contato, direito e teologia podem ser pensados como parte de uma mesma visão de mundo justamente porque compartilhavam preocupações com o homem, tanto sob o aspecto das ações quanto do pensamento. Essa convergência tinha consequências lógicas manifestadas nos dois tipos de texto analisados por este estudo: uma vez cientes dos deveres que tinham como cristãos, essas pessoas acabavam por obedecer, direta ou indiretamente, também à lei humana. Entre as suas características, Paul Laymann fala em honestidade e justiça¹⁷, atributos que deveriam estar materialmente presentes no conteúdo dessas leis, as quais, nas palavras do autor, acabavam por vincular os legisladores humanos em alguns temas¹⁸. A justiça presente na lei também deveria guiar as ações dos súditos, e por meio da teologia moral se poderia conhecer de forma mais direta o que se entendia por justiça. Neste contexto, o pensamento escolástico acabou tornando teológica a definição inicialmente difundida por um jurista (Ulpiano) em um corpo jurídico (Digesto) de que justiça, enquanto virtude cardeal, era “constans, & perpetua voluntas in suum unicuique tribuendi”. Inspirado em Tomás de Aquino, esse foi o ponto de partida de teólogos como Lugo, Molina e o próprio Laymann ao tratar da justiça particular¹⁹.

Ao ensinarem o conteúdo material do que se entendia por justiça, esses manuais acabavam por difundir os meios para se seguirem não apenas os ensinamentos do cristianismo, mas também a lei humana. Por essa razão, a historiografia recente da expansão marítima portuguesa cada vez mais vê uma complementaridade entre os

¹⁴ SOTO, Dominici. **De iustitia et iure**. Lugduni: Bartholomaeum Honoratum, 1582.

¹⁵ Para um índice geral de todos os tomos da obra, cf. MOLINA, Luis de. **De iustitia et iure tomi sex**. Antuerpiae: Ioannem Keerbergium, 1615, p. i-xxii.

¹⁶ LUGO, Ioannis de. **Disputationum de iustitia et iure**. Lugduni: Petri Prost, 1642.

¹⁷ LAYMANN, Paul, op. Cit., p. 35 (Lib. 1, tract. 4, C. 1,3-4)

¹⁸ LAYMAANN, Paul, op. Cit., p. 38 (Lib. 1, tract. 4, cap. 4, 3).

¹⁹ MOLINA, Luis de, op. Cit., p. 2 (Tract. 1, Disp. 1, 6); LUGO, Juan de, op. Cit., p. 2 (Disp.1, Sec. 1, 1-2); LAYMANN, Paul, op. Cit., p. 213 (Lib. 3, Tract. 1, Cap. 3).

poderes secular e eclesiásticos, na linha do que vem trabalhando Giuseppe Marcocci²⁰. A Igreja teve participação fundamental no processo de conquista do Novo Mundo, e esse protagonismo acabou sendo decisivo na criação, para todos os membros dessa nova comunidade, de paradigmas estruturais essenciais para a aplicação do direito nos moldes europeus.

4 OS JESUÍTAS COMO AGENTES

Partindo dessa noção de proximidade entre direito e teologia moral, pensar nos agentes que mediavam essas relações se torna indispensável para compreender parte do complexo fenômeno jurídico na América Portuguesa. Nesse contexto, as ordens religiosas, particularmente a Companhia de Jesus, foram proeminentes. Desde a chegada dos seus primeiros missionários em 1549, na mesma frota que trouxe o primeiro governador-geral do Brasil, Tomé de Sousa, até a sua expulsão, em 1760, os jesuítas foram responsáveis pela criação de espaços para atividades intelectuais, notadamente por meio dos seus colégios, as mais importantes instituições educacionais na América Portuguesa até meados do século XVIII. Esses colégios proporcionaram uma educação baseada no modelo escolástico das artes liberais, concentrando-se no ensino das artes (que incluíam saberes práticos, como a mecânica), da filosofia e da teologia.

Havia uma dupla função nesse modelo de educação, que incluía tanto a instrução quanto a catequização dos que os frequentavam, especialmente dos indígenas, que eram os principais destinatários das ações de catequese e confissão promovidas pelos textos examinados posteriormente. Nesse sentido, a questão linguística se tornou extremamente importante. Se as aulas eram ministradas em latim, as conversas, pelo menos nas primeiras décadas, eram predominantemente nas línguas indígenas, as quais precisavam ser dominadas pelos missionários. Instrumentos de direito canônico local reconheceram a relevância do aprendizado de línguas indígenas para a conversação, como foi literalmente imposto pelo Terceiro Concílio Provincial de Lima (1582-1583)²¹. Em dois importantes e influentes textos escritos na América Hispânica sobre o tema, *De procuranda indorum salute*, de José de Acosta, e *Itinerario para párocos de índios*, de Alonso de la Peña Montenegro, o aprendizado das línguas indígenas é apontado como estratégia importante para o sucesso da catequese. A habilidade da Companhia de Jesus na questão linguística era tamanha que Schlieben-Lange levantou nada menos do que 58 línguas aprendidas e padronizadas por membros da ordem somente na América do Sul²², destacando-se, no Brasil, o tupi e o kariri.

Como o primeiro passo para uma conversão de sucesso era dominar a língua, instrumentos como as gramáticas se tornaram fundamentais. Antes da chegada dos

²⁰ MARCOCCI, Giuseppe. **A consciência de um império: Portugal e o seu mundo (sécs. XV-XVII)**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.

²¹ “Et quoniam ad Indorum salutem non solum rerum sententiarumq; consensus, sed ipsa etiam sermonis conformatio, plurimum confert, prohibet etiam praeteruersionem ipsius auctoritate factam, atq; editam, tam in precibus, rudimentisq; doctrinae Christianae, quam in catechismo in linguam Curquensem, vel in Aymaraycam, aliam traductionem, à quo quam fieri, vel aliter facta quem quam vti, atq; vt idem fructus ad caeteros etiam manet, qui diuerso à supradictis idiomate vtuntur, mandat Episcopis omnibus, vt in sua quisq; diocesi, quam primum curet catechismum eundem per idoneos, & pios interpretes in reliquis linguas suae dioceseos verti: eamque interpretationem ab Episcopo sic approbatam, ab omnibus sine controuersia recipi, non obstante qualibet contraria consuetudine”. **Concilium Limense, Celebratum anno 1583, sub Gregorio XIII. Sum. Pont. auctoritate Sixti Quinti Pont. max. Approbatum**. Madriti: Petri Madrigalis, 1591, p. 23-24.

²² SCHLIEBEN-LANGE, Brigitte. Missionarslinguistik in Lateinamerika. Zu neueren Veröffentlichungen und einigen offenen Fragen. **Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik**, v. 116, 1999, p. 44-45.

européus, não havia homogeneidade nem regras estruturadas para essas línguas locais, cujos padrões sintáticos e semânticos só foram estabelecidos por missionários que trabalhavam na conversão. Padronização, nesse caso, também significou uma verdadeira criação da linguagem, com a sistematização, o ensino e o aprendizado sendo facilitado pelos jesuítas no Brasil²³. A “língua geral” era uma língua homogênea baseada em elementos comuns de diversas línguas indígenas, uma verdadeira criação artificial feita pelas ordens religiosas para facilitar o contato com os povos indígenas e para a sua conversão. Ela contribuiu para um processo de homogeneização dos povos indígenas – ou, nas palavras de Fernando Aymoré, uma verdadeira “tupicização” (*Tupisierung*)²⁴. Na América Hispânica, a consciência da relevância do problema linguístico justificou a criação pela Coroa de um ofício especializado para tratar desse ponto, o chamado *lengua general*²⁵, entre outras disposições encontradas na *Recopilación de leyes de los reynos de las Indias*²⁶. A política linguística e a padronização do tratamento nos primeiros tempos da experiência colonial portuguesa na América resultaram no aparecimento do que John Monteiro descreveu como as duas categorias genéricas de nativos do século XVI. Os chamados tupis incluíam todas as tribos que viviam na costa brasileira e que tinham contato direto com portugueses, espanhóis e franceses; por outro lado, os tapuias, majoritariamente desconhecidos pelos portugueses, eram menos homogêneos e tinham costumes diferentes²⁷.

Desde a fundação da Província Jesuítica do Brasil, na década de 1550, houve missionários encarregados de aprender e de dominar as línguas indígenas, do que acabaram resultando obras manuscritas ou impressas que circularam nesse reduzido, porém vívido ambiente social. Entre os trabalhos que se podem considerar como pastorais estão as gramáticas da língua tupi (*Arte de gramatica da lingoa mais usada na costa do Brasil*, de 1595, escrita por José de Anchieta), os catecismos (*Catecismo na lingoa brasilica*, 1618, de Antônio de Araújo; *Catecismo da doutrina christaa na lingua brasilica da Nação Kiriri*, 1698, de Lorenzo Vincenzo Mamiami Rovere; e *Doutrina crista*, de José de Anchieta), os diálogos (*Diálogo sobre a conversão do gentio*, 1556-1557, de Manuel da Nóbrega) e os poemas e peças, como os escritos por José de Anchieta. O que os unia era a sua intenção prática de prover os missionários com instrumentos adequados para as suas ocupações, notadamente para a conversão. Como a maioria dos jesuítas era ignorante nessas línguas, esses textos supririam essa deficiência de conhecimento²⁸. Com a ênfase que o Concílio de Trento deu à conversão, incluindo a necessidade de se confessar

²³ Sobre o tupi como uma língua geral na América Portuguesa, cf. OBERMEIER, Franz. Die Jesuiten und die brasilianischen Indianersprachen. Vom Tupi zur Língua geral. *Institut Martius-Staden Jahrbuch*, n. 54, 2004, p. 203-222. Sobre os *lenguas generales* da experiência colonial hispano-americana, cf. SCHLIEBEN-LANGE, Brigitte, op. Cit., p. 47-52.

²⁴ AYMORE, Fernando Amado. **Die Jesuiten im kolonialen Brasilien**: Katechese als Kulturpolitik und Gesellschaftsphänomen (1549-1760). Frankfurt am Main: Lang, 2009, p. 320.

²⁵ Há referências ao ofício de *lengua general* na *Recopilación de Leyes de Indias* lidando com os povos indígenas no Chile. **Recopilación de Leyes de los reynos de las Indias**. Madrid: Iván de Paredes, 1681, p. 259v (Lib. 6, Tit. 16, Ley 8).

²⁶ Duas dessas disposições são particularmente interessantes para este artigo: a necessidade dos religiosos incumbidos de doutrinar os nativos aprenderem as línguas indígenas (Lib. 1, Tit. 15, Ley 5) e a criação de uma cadeira de línguas indígenas nas universidades (Lib. 1, Tit. 22, Ley 49).

²⁷ MONTEIRO, John Manuel. **Negros da terra**: índios e bandeirantes nas origens de São Paulo. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 19-20.

²⁸ FERNANDES, Maria de Lurdes C. Do manual de confessores ao guia de penitentes. Orientações e caminhos da confissão no Portugal pós-Trento. **Via spiritus**, v. 2, 1995, p. 48-49.

individualmente (e não em geral²⁹) os pecados, era óbvio que missionários deveriam estar aptos para entender as línguas indígenas, pelo menos em um nível intermediário³⁰.

Dominar a língua era uma ferramenta importante para catequizar os povos indígenas, mas isso não garantia o sucesso dos missionários. Era necessário conquistar o imaginário dos indígenas, que partiam de categorias distintas das europeias e, para que o diálogo se estabelecesse, muitas vezes a palavra aproximada acabava, como relata Serge Gruzinski, deturpando o sentido e a forma³¹. Entre os povos indígenas no Brasil, os relatos não eram diferentes: eles eram fáceis de converter, mas extremamente difíceis de serem mantidos na fé cristã³². Viveiros de Castro afirma que essas dificuldades podem ser explicadas não por uma ausência de curiosidade pelo “novo”, mas pela sua incapacidade de serem indelevelmente impressionados por ele³³: para o autor, uma reconstrução do que chamou de memória e tradições dessas sociedades era fundamental para se entender alguns dos seus elementos essenciais³⁴. O sucesso da conversão, então, dependia de muitos fatores e não apenas desse contato inicial com a nova fé.

Um desses elementos para se criar uma sociedade cristã na América Portuguesa foi um processo longo e permanente de educação nas escolas jesuítas, seguindo moldes planejados pela Igreja no contexto da Contrarreforma. Entre os cursos oferecidos, destaca-se o de teologia moral, que seguia uma estrutura que, segundo Serafim Leite, era bastante similar aos clássicos manuais publicados nos séculos XVI e XVII, e o conteúdo de livros como os escritos por Soto, Molina, Lugo ou Laymann ajudam a imaginar as matérias ensinadas. A função primordial dos cursos de teologia moral era prover respostas a problemas concretos observados em uma realidade específica³⁵. Portanto, discussões sobre catequese, escravidão e suas consequências teológicas, assim como sacramentos, particularmente os casamentos de indígenas, eram as matérias mais comuns.

A primeira geração de jesuítas a chegarem ao Brasil, em 1549, foi inteiramente educada em Coimbra e em Salamanca. Em alguns casos, eles tinham relações muito próximas com teólogos importantes nessas universidades. Foi o caso do padre João de Azpilcueta (c. 1522-1557), sobrinho de Martín de Azpilcueta (1492-1586), que ficou no Brasil de 1549 até a sua morte e foi o primeiro a traduzir para o tupi alguns instrumentos

²⁹ “Constat enim sacerdotes iudicium hoc incognita causa exercere non potuisse nec aequitatem quidem illos in poenis iniungendis servare potuisse si in genere dumtaxat et non potius in specie ac sigillatim sua ipsi peccata declarassent”. *Concilii Tridentini Canonibus et decretis insertae*, Sessio XIV, Doctrina de sanctissimis Pönitentiae, et extremae Unctionis Sacramentis, Cap. V De confessione.

³⁰ Dos três níveis de conhecimento, o autor afirma que os confessores deveriam ter pelo menos o intermediário, o que significava a capacidade de entender e falar um pouco a língua em que se daria a confissão. CASTELNAU-L'ESTOILE, Charlotte. **Operários de uma vinha estéril: os jesuítas e a conversão dos índios no Brasil – 1580-1620**. Bauru: EDUSC, 2006, p. 176.

³¹ GRUZINSKI, Serge. **A colonização do imaginário: sociedades indígenas e ocidentalização no México espanhol, séculos XVI-XVIII**. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 273.

³² Nesse sentido, há um famoso fragmento do *Sermão do Espírito Santo*, escrito em 1657 pelo Padre Antônio Vieira: “Há outras nações, pelo contrário – estas são as do Brasil – que recebem tudo o que lhes ensinam com grande docilidade e facilidade, sem argumentar, sem replicar, sem duvidar, sem resistir; mas são estátuas de murta que, em levantando a mão e a tesoura do jardineiro, logo perdem a nova figura, e tornam à bruteza antiga e natural, e a ser mato como dantes eram”.

³³ VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. O mármore e a murta: sobre a inconstância da alma selvagem. **A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia**. São Paulo: Cosac & Naify, 2002, p. 184.

³⁴ VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo, op. Cit., p. 181-264.

³⁵ Nesse sentido, cf. LEITE, Serafim. **História da Companhia de Jesus no Brasil**. Tomo VII: assuntos gerais; séculos XVII-XVIII. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1949, p. 175-189.

de catequese³⁶. O padre Manuel da Nóbrega (1517-1570), um dos mais marcantes personagens no começo da conquista do Brasil, também foi discípulo de Martín de Azpilcueta, o qual dedicou a Nóbrega e ao seu sobrinho o livro *Relectio cap. ita quorundam de iudeis*³⁷. A presença de Azpilcueta pode ser inferida não apenas pela sua influência como professor da maioria dos missionários dessa época ou pelas relações próximas com alguns deles, o que ficou evidente com uma carta a ele endereçada por Nóbrega, em 10.08.1549³⁸, mas também por causa do impacto do *Manual de confesores y penitentes* na América Portuguesa. Nóbrega recebeu uma cópia da obra no começo de 1550, juntamente com outros livros enviados pelo provincial português Simão Rodrigues (1510-1579)³⁹, e o livro foi bastante utilizado em outros textos produzidos no Brasil, servindo de modelo teórico para os manuais de confesores que serão trabalhados a seguir.

Canonistas e teólogos de Coimbra e de Salamanca, como Francisco Suárez e Luís de Molina, foram alguns dos autores mais citados nos textos produzidos na América Portuguesa, provavelmente por causa da sua presença nas bibliotecas dos colégios jesuítas. Revisando alguns documentos dos séculos XVII e XVIII, Serafim Leite afirmou que as bibliotecas do Maranhão e do Pará teriam um total de 12.000 volumes na primeira metade do século XVIII⁴⁰. Trata-se de número bastante significativo mesmo se comprado com os 15.000 volumes existentes em Salvador à época da expulsão, em 1759. Em um lugar em que a maioria da população era analfabeta, com cidades com baixa ocupação, sem universidades, imprensa e livrarias, essas bibliotecas eram um dos poucos lugares onde alguém podia encontrar livros e outras obras relacionadas a questões de interesse dos missionários jesuítas⁴¹.

5 AS OBRAS E AS SUAS NORMATIVIDADES

5.1 Tipos de texto e a circulação de manuscritos e de impressos

Apesar de não ser um lugar ideal para a produção de um conhecimento jurídico formal, na América Portuguesa circularam livros, como comprovam estudos sobre bibliotecas privadas mencionadas em testamentos e processos criminais ou em inventários de bibliotecas religiosas⁴². Esses estudos enfatizam a presença de livros religiosos, o que

³⁶ Serafim Leite mencionou traduções de instrumentos de catequese, a exemplo de uma explicação da criação do mundo, os Dez Mandamentos, o Pai Nosso e uma “confissão geral”. LEITE, Serafim. **História da Companhia de Jesus no Brasil**. Tomo II: (século XVI – a obra). Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1938, p. 546-547. Francisco González-Luis se referiu a um trabalho denominado *Oraciones y Catequesis en la Lengua General del Brasil* que João de Azpilcueta teria escrito, mas não há evidências de quão precisa é essa informação. GONZALEZ-LUIS, Francisco. La Gramática de la lengua tupí de José de Anchieta y su dependencia de la gramática latina. **Fortunae: Revista canaria de filología, cultura y humanidades clásicas**, n. 4, 1992, p. 231.

³⁷ “Quaestiones item illae, quas per doctus Emanuel a Nobrega iam pridem a nobis laurca donatus religione, doctrina, & genere clarus, & Ioannes ab Azpilcueta meus ex fratre nepos carissimus ex Brasiliae (...)”. AZPILCUETA, Martín de. *Relectio cap. ita quorundam de iudeis, in qua de rebus ad sarracenos deferri prohibitis, & censuris ob id ilatis non segniter disputatur compósita, & pronunciata in inclyta Conimbricensi academia anno M.D.L.* Romae: ex officina Accoltiana, 1580, fol. vi.

³⁸ LEITE, Serafim. Introdução Geral. In: NÓBREGA, Manuel de. **Cartas do Brasil e mais escritos (opera omnia)**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1955, p. 44-57.

³⁹ Idem, p. 47.

⁴⁰ LEITE, Serafim. **História da Companhia de Jesus no Brasil**. Tomo IV: Norte – 2) Obras e assuntos gerais. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1943, p. 289.

⁴¹ Para uma visão ampla sobre as bibliotecas jesuítas na América Portuguesa, cf. RODRIGUES, Luiz Fernando Medeiros. As ‘livrarias’ dos jesuítas no Brasil Colonial, segundo os documentos do Archivum Romano Societatis Iesu. **Cauriensia: revista anual de ciencias eclesiasticas**, v. 6, 2011, p. 285-312.

⁴² MORAES, Rubens Borba de. **Livros e bibliotecas no Brasil Colonial**. São Paulo: Secretaria da Cultura, Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo, 1979; LESSA, Clado Ribeiro de. As bibliotecas brasileiras dos tempos

é compatível com a forte censura imposta pela Coroa, pela Igreja e pela Inquisição e executada no Brasil, até a sua expulsão, pelos visitantes jesuítas⁴³. Além disso, a existência de textos considerados inadequados, particularmente durante o século XVIII, foi uma evidência clara de uma circulação clandestina. Desde a fundação da Real Mesa Censória, em 1768, a Coroa Portuguesa centralizou a censura de impressos; todos os livros precisavam de uma licença para serem enviados ao Brasil porque, ao contrário da América Hispânica⁴⁴, não havia controle institucional sediado na América Portuguesa. Portanto, adquirir legalmente um livro era difícil, caro e extremamente controlado, mas isso não eliminava a possibilidade de contrabando⁴⁵.

O reduzido mercado para a venda de livros, o pequeno número de leitores e especialmente a proibição de impressões contribuíram para limitar a circulação. A despeito de algumas tentativas de operação no século XVIII, como no caso de António Isidoro da Fonseca, descoberto em 1747, a repressão da Coroa Portuguesa contra impressores na América foi forte⁴⁶. Enquanto no México, por exemplo, há notícias de operações de impressores desde 1539, com uma atuação que incluiu até mesmo livros de catequese escritos em línguas indígenas⁴⁷, publicar em Portugal era a única possibilidade para quem estivesse na América Portuguesa e quisesse imprimir um livro.

As poucas fontes impressas consultadas para este trabalho foram publicadas em Portugal, mas a maior parte dos textos que interessam aos estudos que têm sido desenvolvidos no âmbito deste projeto sobre literatura jurídica na América Portuguesa está manuscrita, como alguns confessionários, os casos de consciência e outras consultas. Outros, por outro lado, só foram transcritos e impressos séculos depois, não chegando a circular como impressos. Isso se explica principalmente pelos altos custos na impressão e, como afirmam algumas fontes, pelas dificuldades de revisarem os originais. Mesmo as teses defendidas nos colégios jesuítas, quando impressas, o foram em Portugal⁴⁸, mas, como o número de exemplares era bastante reduzido, a maior parte das cópias se destruiu durante a expulsão da Companhia de Jesus. Dentre os manuscritos, destaca-se o *Confessionario pella lingua geral para seconfessar por elle em cazo denesidade urgente*, que será examinado a seguir. Trata-se de um catecismo tardio escrito em tupi e em português e que circulou nas missões jesuítas na Capitania do Pará em meados

coloniais. *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro*, v. 191, 1946, p. 339-345; PEREIRA, Paulo Roberto. O livro e a biblioteca nas mudanças no Brasil Colônia. *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro*, v. 160, n. 405, 1999, p. 813-826.

⁴³ GONZÁLEZ SANCHEZ, Carlos Alberto. La cultura escrita en el Mundo Atlántico colonial: Brasil y América del norte. Claves historiográficas, retos y perspectivas. *Revista de Indias*, v. LXXIII, n. 259, 2013, p. 633-662.

⁴⁴ RUEDA RAMÍREZ, Pedro J. *Negocio e intercambio cultural: el comercio de libros con América en la Carrera de Indias (siglo XVII)*. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005.

⁴⁵ SILVA, Maria Beatriz Nizza da. O comércio de livros de Portugal para o Brasil e a censura. *Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro*, v. 164, n. 419, 2003, p. 195-211; ABREU, Márcia. Circulação de livros entre Europa e América. *Polifonia*, v. 14, 2007, p. 161-174.

⁴⁶ HALLEWELL, Laurence. *O livro no Brasil: sua história*. 3 ed. São Paulo: EDUSP, 2012, p. 85-92.

⁴⁷ De acordo com a coleção do Conde de Viñaza, trinta trabalhos escritos em línguas indígenas foram impressos no México entre 1539 e 1560. DAHER, Andrea. Os usos da língua tupi nos séculos XVI e XVII. ALGRANTI, Leila Mezan; MEGIANI, Ana Paula Torres (ed.). *O Império por escrito: formas de transmissão da cultura letrada no mundo ibérico, séculos XVI-XIX*. São Paulo: Alameda, 2009, p. 361-362.

⁴⁸ LEITE, Serafim. *História da Companhia de Jesus no Brasil*. Tomo IV: Norte – 2) Obras e assuntos gerais. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1943, p. 269; *História da Companhia de Jesus no Brasil*. Tomo VII: assuntos gerais; séculos XVII-XVIII. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1949, p. 209-210.

do século XVIII, escrito sob influência direta do *Itinerario para párocos de índios*, de Alonso de la Peña Montenegro⁴⁹.

5.2 Os textos

5.2.1 *Catecismo na Lingoa Brasilica* (1618), de Antônio de Araújo

O catecismo escrito por Antônio de Araújo, o mais longo e, segundo Eduardo Navarro, o mais conhecido⁵⁰, foi o primeiro produzido na América Portuguesa a ser impresso, em 1618, em Lisboa, adotando a forma de diálogos que remete à tradição escolástica. Assim como o manuscrito *Doutrina Christam*, de José de Anchieta, foi praticamente todo escrito em tupi. Em 1686, ganhou uma nova impressão com várias modificações introduzidas por Bartolomeu de Leão⁵¹.

Longe de ser um trabalho de autoria intelectual única, o *Catecismo na Lingoa Brasilica* tem inegavelmente um caráter de obra de elaboração coletiva que acabou sendo consolidada por Araújo. Ao afirmar no prólogo que utilizou outros catecismos como base para o seu trabalho, ao qual ele adicionou outras questões relativas a temas importantes para que o texto cumprisse a sua função pastoral⁵², Araújo confirmou a tese da circulação do conhecimento entre os padres da Companhia de Jesus antes de que se fizesse uma compilação impressa. Estratégias para adquirir uma melhor pronúncia em tupi, que aparecem no início do livro, são uma das únicas partes escritas em português. Praticamente todo o restante está na língua geral⁵³.

Uma análise dos conteúdos permite perceber a sua intenção de oferecer uma versão reduzida, porém completa, das fundações elementares da doutrina cristã na língua tupi. Trata-se de um manual destinado a introduzir e a explicar essas bases, mas não uma simples tradução literal de termos, uma vez que, em muitos casos, a literalidade não seria suficiente para tratar de tantas diferenças estruturais entre as duas culturas. Como se verá adiante, apesar de, em muitas passagens, a tradução de textos ser o principal foco, como nas versões para o tupi de orações como o Pai Nosso⁵⁴, as explicações se preocuparam em se fazer compreender pelos indígenas, tornando este e os demais catecismos verdadeiros exemplos de traduções culturais⁵⁵. São os casos das suas discussões sobre a necessidade de se jejuar ou do tratamento do domingo como dia

⁴⁹ BARROS, Maria Cândida Drumond Mendes; FONSECA, Vitor Manoel Marques da. Passagens do livro 'Itinerário para párocos de índios', de Peña Montenegro (1668), em um confessionário jesuítico setecentista da Amazônia. **Bol. Mus. Para. Emilio Goeldi. Ciênc. Hum.**, v. 5, n. 3, set.-dez. 2010, p. 669-679.

⁵⁰ NAVARRO, Eduard de Almeida. Tradução do 'Catálogo de todos os dias santos de guarda e de jejum', texto em Tupi antigo publicado pelo Jesuíta Antônio de Araújo (1618). **Língua e literatura**, n. 30, 2010-2012, p. 351-389.

⁵¹ Para uma análise de parte dessa versão do final do século XVII, cf. MONTSERRAT, Ruth; BARROS, Cândida; MOTA, Jaqueline. O índio "travesso" em um confessionário jesuítico tupi de 1686. **Tellus**, a. 11, n. 20, jan.-jul. 2011, p. 261-272.

⁵² "(...) que eu o minimo de seus filhos possesse em ordem, pera com a do nosso Reuedenrissimo Padre Geral, se imprimir o Catecismo, que nesta lingua antigoamente composerao alguns Padres doctos, & bons lingoas, ao qual bem visto, & examinado acrescentei, nao so todas as exortações necessárias nos passos occurrentes, & hum copioso confessionário: mas tambem lhe ajuntei tudo o que pertence à ordem de Baptizar, casar, & ungir, & enterrar (...)" ARAÚJO, Antônio de. **Catecismo na lingua brasilica, no qual se contem a summa da doutrina chirstã. Com tudo o que pertence aos Mysterios de nossa Sancta Fè & bons costumes**, Lisboa: Pedro Crasbeeck, 1618.

⁵³ ARAÚJO, Antônio de, op. Cit., fol. 1-2v.

⁵⁴ ARAÚJO, Antônio de, op. Cit., fol. 24v-30.

⁵⁵ Sobre o tema, cf. FOLYANTY, Lena. Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of a metaphor. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series** No. 2015-09.

santo⁵⁶, em que Araújo oferece uma explicação teórica, porém simples, das razões para isso, a fim de facilitar a sua difusão entre os indígenas.

Evitar a complexidade e reduzir a poucas e compreensíveis palavras o conhecimento teológico foram as linhas mestras seguidas por Araújo em seu livro. Como ele pretendia fazer os indígenas compreenderem a doutrina cristã, nada deveria ser de difícil entendimento. A forma rígida do diálogo simplificou a explicação da criação do mundo, da paixão de Cristo⁵⁷, da ressurreição e até mesmo do papel da Igreja Católica e da jurisdição papal⁵⁸. Os diálogos também foram úteis no catecismo para introduzir aos neófitos os Dez Mandamentos e os sacramentos. Em trabalho recente, Jacqueline Ferreira da Mota traduziu algumas partes do confessionalário do *Catecismo na Língua Brasileira*, o qual ainda não foi integralmente vertido para o português. No trecho disponível no vernáculo, percebe-se como os missionários explicavam que algumas práticas desses grupos não eram coerentes com a fé cristã. Tais práticas eram criticadas a fim de vencer a audiência de que eram efetivamente erradas.

Serão utilizadas as traduções de Jacqueline Ferreira da Mota para dois mandamentos com clara relevância jurídica. Trata-se do quinto (Não matar) e do sétimo (Não furtar).

TABELA 1 – QUESTÕES SOBRE O QUINTO MANDAMENTO NO CONFESSIONÁRIO DE ANTÔNIO DE ARAÚJO

	Original em Tupi ⁵⁹	Tradução ⁶⁰
1	<i>Erejucâpe amô abà?</i>	Mataste algum homem?
2	<i>Ajucâipô yrâne, erepe? Yiucà pôtânhepe aypô eré?</i>	“Matarei, certamente!”, disseste? Desejaste matar aquele?
3	<i>Ajucâ temomoã erêpe ndepiâpenhôte, coipô abâ remiedûbamo, niporibaêrâma ruã?</i>	“Oxalá eu matasse”, disseste, somente no teu coração ou ouvindo alguém, para não haver mais nada?
4	<i>Erepoárpé abá recè,coipô apôar temôcecè mã, erêpe ndepiâpe, coipô, abâ robaquè</i>	Bateste em alguém? Ou disseste “Oxalá eu batesse em alguém!”, somente no teu coração ou na frente de alguém?
5	<i>Nderoripé abâ reô agoéra recè, coipô abâ baéaci recè?</i>	Alegras-te com a morte ou com a doença de alguém?
6	<i>Marã yáçoaramo ahecoépe ceõ mã erêpe nde remiamotar-eïma çupé?</i>	“Que aquele vá a algum lugar!”, disseste, odiando-o?
7	<i>Yia omanomo, coipo ombaè acîramo erêpè?</i>	“Que ele morra!” ou “Que adoeça!”, disseste?
8	<i>Ereyamotareïmpe abà?</i>	Odiaste alguém?

⁵⁶ ARAÚJO, Antônio de, op. Cit., fol. 3-12v.

⁵⁷ Araújo preparou um diálogo para cada estação. ARAÚJO, Antônio de, op. Cit., fol. 51v-64v.

⁵⁸ ARAÚJO, Antônio de, op. Cit., fol. 49-51.

⁵⁹ ARAÚJO, Antônio de, op. Cit., fol. 101v-102v.

⁶⁰ MOTA, Jaqueline. **A confissão tupi: a problemática dos confessionários jesuítico-tupi nos séculos XVI-XVIII nas missões do Grão-Pará e Maranhão e do Brasil**. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017, p. 244-250.

- 9 *Ereeroqueretápe yoamotareíma?* Adormeceste vários, vocês se odiando reciprocamente?
- 10 *Ereimomburúpe amô? Ereyaôpe ereangaôpe? Erecurácu-rápe?* Amaldiçoaste algum? Separaste, ameaçaste algum? Ficaste desdenhando?
- 11 *Tereiucá y xèbe, erêpe Payé aiba çupé abâ jucáûcá?* “Mate-o pra mim!”, disseste ao Pajé aliado de espírito mau, ordenando-lhe que matasse alguém?
- 12 *Ereipítibôpe abàabâ jucá, coipo ereiucàupe?* Ajudaste a matar pessoas ou mandaste matar?
- 13 *Erepoarpe cunhã maruãbora recè, pitanga iucàbo y xuí? Coipô yiucá potánhote?* Bateste em uma grávida, matando a criança dela? Ou apenas desejando mata-la?
- 14 *Ereimeeng-pe, coipo ereimeeng-ucàpe moçang-igoába cunhã maruambôra çupe tomanô pitanga y xui, eyábo?* Deste ou mandaste dar veneno a uma grávida dizendo “Que a criança dela morra!”?
- 15 *Ereçungape nderigüe nde mebîra iucabo yiucápotà?* Apalpaste tua barriga, desejando matar teu filho?
- 16 *Erepoçang-uupe ndepuruápotà reímamo?* Bebeste remédio, não querendo estar grávida?
- 17 *Nderoripe abà nde cerecômemoã agoéra recè ndemaenduráramo?* Alegres-te ao te lembrares de ter maltratado alguém?
- 18 *Ayepíc ipô cecene erépê?* “Certamente me vingarei por isso!”, disseste?
- 19 *Marã cerecô potàpe aipo ere?* Disseste “Quero guerrear com aquele!”
- 20 *Ndepiápe catúpe aipo ere?* Pudeste no teu coração falar com aquele?
- 21 *Eyepíc cecè erêpe abáçupe? Coipo ixè toroepíc, erepe?* “Vinga-te dele?”, disseste, ou “Eu te vingo!”?
- 22 *Nde renheeng motaripe nde rapixara çupe yamotareímanhe?* Quiseste falar ao teu próximo para odiá-lo à toa?
- 23 *Nde árurúpe abà nde rapixara rerecô cátûreme?* Te entristeces quando alguém trata bem teu próximo?
- 24 *Ereipé necoápe abà, yamotareímanhé cepiáca çuí?* Desviaste de alguém, detestando-o, para não o ver?
- 25 *Ndereçô potatipe nde remiamotareíma recoápe cepiáca çui* Sem tradução
- 26 *Ereímo pímpê derapixàra mōdè; toarumè, eyábo yamotareímanhè?* Estragaste a armadilha do teu próximo, dizendo só por raiva, “Tomara que não caia nada nela?”
- 27 *Ereimôbôripe cunhã amô ymena çuí, yamotáreímanhè?* Consentiste de estar com alguma mulher, por teres raiva do marido dela?

28	<i>Ereicuâcûpê nde raira coipo abà maraára?</i>	Jejuaste quando teu filho adoeceu?
29	<i>Erecîquîjpe Anhanga, tagoaíba, curupira Iarupari, caipo teô abâçupe? Ndepîape catu, coipo nde jurûpenhote?</i>	Invocaste o diabo, algo ruim ou a morte de alguém? No teu coração ou somente na tua boca?
30	<i>Ereûpe ibî, coipo mbae aiba tegoâma, emanô mota?</i>	Comeste terra ou algo ruim, querendo morrer?
31	<i>Ere porupe?</i>	Comeste gente?

Diferentemente do catecismo, em que se sobressaía a função educadora, no confessorário se percebe uma preocupação com os fatos, a fim de se repreender quem eventualmente tenha pecado. As mais de trinta perguntas evidenciam as várias formas de se violar o quinto mandamento, compreendendo inclusive desejos ou intenções (questões 2, 3, 7). Há uma preocupação também com a mediação ou a participação no homicídio (questões 11 e 12) e com a interrupção de gestação própria ou de terceiros (questões 13-16), procurando-se, sempre que possível, adaptar os questionamentos às práticas sociais dos neófitos na transição do século XVI para o XVII. Daí porque a questão 11 fala na intermediação do pajé para o homicídio, a questão 30 fala em comer terra e a 31 se refere à antropofagia.

5.2.2 *Catecismo da doutrina christã na lingua Brasilica da Nação Kiriri* (1698), de Luigi Vincenzo Mamiani della Rovere

No final do século XVII, alguns anos após a publicação de uma nova e atualizada edição do catecismo de Antônio de Araújo por Bartolomeu de Leão, o jesuíta Lorenzo Vincenzo Mamiani Rovere publicou o seu *Catecismo da doutrina christã na lingua brasilica da Nação Kiriri*, provavelmente o primeiro catecismo para a América Portuguesa que não foi publicado em tupi. A língua kariri era utilizada no nordeste do Brasil, particularmente nos sertões. No seu prólogo, Mamiani explica a razão de ter adotado uma estrutura bilíngue, com conteúdo tanto em português quanto em kariri. Aqueles que tivessem o livro em suas mãos poderiam aprender a língua kariri, mas também seria possível que, caso não estejam interessados em aprender a língua, poderiam aprender o seu conteúdo religioso e utilizá-lo como um instrumento para a conversão e catequese das pessoas sob a sua responsabilidade, como seus filhos e escravos⁶¹. Essa passagem claramente demonstra a intenção pragmática do autor ao escrever o catecismo.

Como em outros catecismos, o trabalho de Mamiani lida com os fundamentos da fé cristã a partir de orações (sinal da cruz, Pai Nosso, Ave Maria, Salve Rainha, Credo), os Dez Mandamentos, os mandamentos da Igreja, os sacramentos, os pecados capitais, as virtudes cardeais e teológicas e, entre outros temas, uma confissão geral. A estrutura simples em duas colunas, com o texto em português à direita e o texto em kariri à esquerda, se assemelha a um glossário ou a um dicionário, diferentemente da proposta

⁶¹ “Ajuntei neste Catecismo a significação Portugueza correspondente á fraze da língua Kiriri por duas causas. A primeira, para que os novos Missionarios por essa via vendo os exemplos na língua, & a significação no vulgar idioma, possam mais facilmente alcançar as frases, & o modo de falar, & assim aprender mais depressa a língua. A segunda causa he, porque se acaso este livrinho vier ás mãos de quem não sabe a lingua Kiriri, se aproveite também d'elle, ou para aprender is mysterios, & declaração deles para si; ou para os ensinar com esse metdo aos filhos, escravos, & outros de sua obrigação”. ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiani. **Catecismo da doutrina christã na lingua Brasilica da Nação Kiriri**. Lisboa: na officina de Miguel Deslandes, 1698, fol. 07.

mais complexa do catecismo de Araújo. Na segunda parte, o catecismo em si, Mamiami aplica a estrutura escolástica do diálogo entre o mestre e o discípulo para introduzir o neófito aos assuntos cristãos, como os Dez Mandamentos e os sacramentos⁶², fazendo-o também nas duas línguas. O mestre explica alguns atos cristãos, como o sinal da cruz:

M. Porque fazemos o sinal da Santa Cruz?

D. Para confessor a Santíssima Trindade, Padre, Filho, & Espirito Santo, tres Pessoas, & hum só Deos verdadeiro.

M. Para que mais?

D. Para lembrarmo-nos da Sãta Cruz, pela qual somos remidos.⁶³

Provavelmente, a parte mais interessante do texto é o quinto capítulo, intitulado *Modo para administrar o sacramento do matrimonio*. Nele, a explicação bilíngue de Mamiami se refere aos temas mais relevantes sobre o casamento, como os impedimentos, elaborando um glossário na língua kariri sobre relações familiares⁶⁴ e descrevendo os ritos cerimoniais, como as questões que os padres devem fazer e as respostas que os noivos devem repetir durante a cerimônia⁶⁵. Logo no começo desse capítulo, Mamiai descreve o pregão, que era o anúncio público de um casamento que vai se realizar, a fim de lembrar a todos os que conhecerem algum impedimento de informarem ao padre. Assim, ao transcrever, em português e em kariri, a forma que o pregão deveria assumir, o autor acaba oferecendo um documento importantíssimo para vida no Brasil colonial⁶⁶.

TABELA 2 – FORMA DOS PREGÕES NO CATECISMO DE MAMIAMI (1698)

Original em Kariri	Original em Português
<i>Do ighyde sipiwonhé N. N. inhurae N. N. idehó N. N. inhutidzi N. N. Dunet çori tukié sii wonheá didehoá, kendébae do Warédi, idzené ibuânghé so Tupã, no imorókié inhádi. No iwakié ibureté idiomon, noritocriné siiwonheá inaádi idzené ebuângheá so Tupã nodehé. Pihohóde dipiwohneri diboá codoró siwhoné kiedeádi bo ibuângheteá</i>	<i>Quer casar N. N. filho de N. N. com N. N. filha de N. N. quem souber de algum impedimento o descubra ao Padre sobpena de pecado mortal, se o não descobrir. E não havendo algum, ninguém ponha impedimento maliciosamente á execução deste matrimonio debaixo da mesma pena. Os que hao de casar vivirao apartados em quanto não casao, para fugir da ocasião do peccado.</i>

Sob influência das Constituições do Arcebispado de Lisboa, Mamiami afirma que há um costume nas dioceses do Brasil⁶⁷ de atribuírem a pena de excomunhão no pregão

⁶² ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiami, op. Cit., p. 110-138.

⁶³ ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiami, op. Cit., p. 28-29. Neste excerto, Mamiami usou os termos em português “Santíssima Trindade” e “Espírito Santo” na versão do diálogo em kariri, mas, ao falar de Deus, ele se referiu a Tupã.

⁶⁴ ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiami, op. Cit., p. 209-213.

⁶⁵ ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiami, op. Cit., p. 207-208.

⁶⁶ ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiami, op. Cit., p. 193-194.

⁶⁷ Quando Mamiami publicou o seu catecismo, em 1698, havia na América Portuguesa duas dioceses No Estado do Brasil (Rio de Janeiro e Olinda, criadas em 1676) e uma no Estado do Maranhão (São Luís, criada em 1677), bem como uma arquidiocese (Bahia, criada em 1676 a partir da elevação da diocese de Salvador, criada em 1551).

para aqueles que não informarem sobre os impedimentos ou para os que maliciosamente relataram um falso impedimento. Entretanto, os indígenas não entenderiam bem a natureza e as consequências da excomunhão. Desta forma, o aviso contra a natureza desses atos, que aconteciam frequentemente entre esses povos, era suficiente para Mamiami. A parte final do pregão, por sua vez, era uma clara demonstração da influência dos costumes locais na criação institucional: ela resultou da usual coabitação entre os indígenas, mesmo que não se casassem⁶⁸.

Os textos sobre os impedimentos seguiam uma estrutura particular, pois constituíam uma simplificação das respectivas disposições canônicas sobre o tema. Primeiramente, Mamiami explicou o que significavam impedimentos dirimentes⁶⁹ e em que casos eles aconteciam, sempre nas duas línguas. Depois de analisar a *cognatio* e as situações em que ela acontecia, ele escreveu um parágrafo apenas em português, provavelmente porque era direcionado aos missionários, para alertar que a consanguinidade só era proibida em segundo grau. Para justificar isso, o autor alude a uma bula do Papa Paulo III, segundo a qual os impedimentos de terceiro e quarto graus de consanguinidade não seriam aplicáveis aos povos indígenas. Consequentemente, as dispensas eram desnecessárias nesses casos, citando expressamente o *Itinerario para párocos de índios* de Alonso de la Peña Montenegro⁷⁰. Aos outros impedimentos, ele se refere simplesmente como os “*impedimentos, que sómente impedem o matrimonio*”, sem maior discussão, mas evidentemente seguindo a visão de Tomás de Aquino sobre a questão⁷¹. Depois de explicar nas duas línguas quatro impedimentos (*Ecclesiae vetitum, Feriae, Sponsaliae* and *Votum, impediunt fieri, permittunt facta teneri*), Mamiami afirma que os dois outros impedimentos dessa espécie que “*contaõ os Doutores*”, o catecismo e crime, não eram válidos aqui, porque, de acordo com a “*opinião comum dos Authores*”, o uso em contrário pode ab-rogar os impedimentos que previnem o casamento⁷².

5.2.3 *Grãmatica da Lingua geral do Brazil, com hum Diccionario dos vocabulos mais uzuaes para a intelligencia da dita Lingua* (1751)

O último texto é o manuscrito anônimo intitulado *Grãmatica da Lingua geral do Brazil, com hum Diccionario dos vocabulos mais uzuaes para a intelligencia da dita Lingua* (1751), que também inclui uma “*doutrina*” e um confessionário. Na doutrina, encontram-se versões em tupi do sinal da cruz, do Pai Nosso, da Ave Maria, do Credo, dos Dez Mandamentos, dos mandamentos da Igreja, dos sacramentos e dos sete pecados

⁶⁸ ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiami, op. Cit., p. 194.

⁶⁹ “As pessoas seguintes tem impedimento dirimente para casarem entre si, & se casarem, nao ficam bem casados, & hao-se de apartar”. ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiami, op. Cit., p. 195.

⁷⁰ “Advirto que aqui não se declara o impedimento de consanguinidade, senão, até o segundo grão inclusive; porque Paulo III por hua Bulla tira aos Indios os impedimentos do terceiro, & quarto grão afim de consanguinidade, como de afinidade; nem há mister dispensação para eles nesses dous grãos, porque como diz o Bispo Montenegro no seu Itinerario de Parocos de Indios, esta concessão não he meramente privilegio, senão ley municipal Ecclesiastica”. ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiami, op. Cit., p. 198-199.

⁷¹ Enquanto os impedimentos dirimentes invalidavam absolutamente o casamento, os impedimentos que apenas impediam os casamentos os tornavam ilícitos, porém válidos. AQUINATIS, Thomae. **Opera Omnia, tomus duodecimus (tertia pars Summae Theologiae)**. Romae: ex Typographia Polyglotta, 1906, p. 96-97 (Supplementum tertiae partis, q. 50). Pedro Murillo Velarde, provavelmente o mais sistemático canonista da América Hispânica, ofereceu uma definição similar: “Sicut in aliis contractibus, sic etiam in matrimonio, aliqua inveniuntur impedimenta inhabilitantia absolute ad matrimonium contrahendum, & dicuntur dirimentia, quia ejus valorem dirimunt. Alia dicuntur impedientia tantum, quia illis stantibus matrimonium validem, tamen illicite contrahitur”. VELARDE, Pedro Murillo. **Cursus juris canonici, hispani, et incidi in quo, juxta ordinem titularum decretalium non solum canonicae decisiones...** 3. Ed., Matrit: Typographia Ulloae a Romane Ruíz, 1791, p. 17-18 (Lib. 4, Tit. 1, 27).

⁷² ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiami, op. Cit., p. 206.

capitais⁷³. Da mesma forma que em outros catecismos, algumas expressões cristãs não têm tradução para o tupi, como “Sancta Cruz” e “Amem”. Jesus e Maria tampouco têm correspondentes em tupi, acontecendo o mesmo com a palavra “peccado”, que aparece na advertência antes da confissão no *Catecismo na Língua Brasilica*⁷⁴ provavelmente porque os povos indígenas não tinham estrutura correspondente nas suas culturas. Por outro lado, as referências a “Deus” sempre apareceram na língua tupi com o uso do termo “Tupã”. Como os jesuítas consideravam Tupã o mais poderoso dos deuses nessa tradição⁷⁵, eles o traduziam como o “único deus” – uma tradução cultural de uma estrutura monoteísta para uma cultura baseada no politeísmo. Desde o catecismo escrito por José de Anchieta no século XVI, essa afirmação ficou explícita: sempre que um confessor se referia ao primeiro mandamento, tanto o título em tupi (*Eimoeté ojepé Tupã*) quanto a primeira pergunta que o confessor deveria fazer ao confidente (*Erero-biárpe Tupã ojeé, jandé moñangára?*) se referiam a Tupã como o “único deus”.

Contrastando com outros catecismos produzidos na América Portuguesa, o confessor neste manuscrito não adotou a forma de diálogos. Escrito em tupi, ele só contém as perguntas que o confessor deveria fazer ao penitente. A cada um dos mandamentos foram dedicadas questões, mas, olhando especificamente para o quinto e o sexto mandamentos, o confessor oferece perguntas específicas para as mulheres. Maria Cândida Barros, Ruth Monserrat e Jaqueline Mota, em um artigo sobre o sexto mandamento neste confessor, propuseram uma tradução para o português para todas as questões correspondentes. O conteúdo específico das questões direcionadas às mulheres demonstra a atenção especial a algumas práticas sexuais particularmente comuns nas comunidades nativas. Comparando as questões direcionadas aos homens e às mulheres, as autoras demonstram que em alguns casos os missionários propuseram uma continuidade nas ações das mulheres. Entretanto, quando eles fizeram perguntas similares aos homens, a estrutura verbal denota um interesse apenas nas ações passadas e não na continuidade do pecado. Em outros casos, referindo-se à atração sexual, as questões direcionadas às mulheres se referem a muitas categorias masculinas (meninos, adultos, homem branco e sacerdote), enquanto que as mesmas questões direcionadas a homens apenas se referem a uma “mulher mais bonita”⁷⁶. A tabela abaixo mostra uma dessas diferenças.

TABELA 3 – QUESTÕES SOBRE O SEXTO MANDAMENTO NO CONFESSIONÁRIO MANUSCRITO (1750)

Mulher – Tradução para o Português	Homem – Tradução para o Português
32 – Quando você olhou um rapazinho ou um homem ou um branco ou um Padre você falou para si mesmo tomara que eu copule com ele?	32 – Ao olhar uma mulher mais bonita você falou para si mesmo tomara que eu a copulasse?

⁷³ **Gramatica da Lingoa Geral do Brazil. Com hum Diccionario dos vocabulos mais uzuaes para a intelligencia da dita lingua.** Biblioteca da Universidade de Coimbra. Catálogo de manuscritos. Pará. Manuscrito 69, 1750, p. 370-379.

⁷⁴ “Memê tipo nhemogaraibi pira tecô catû abíára *peccado* Tupã nheengaabi tegoáma yába pupe oanga jucá (...)”. ARAÚJO, António de, op. Cit., fol. 96v.

⁷⁵ Graciela Chamorro afirma que Tupã era, na verdade, uma divindade menor appear da sua relevância na mentalidade indígena. CHAMORRO, Graciela. La traducción del lenguaje cristiano al guaraní jesuítico. In: DEDENBACH-SALAZAR SAENZ, Sabine (Org.). **La transmisión de conceptos cristianos a las lenguas amerindias: Estudios sobre textos y contextos de la época colonial.** Sankt Augustin: Acadeia Verl., 2016, p. 254.

⁷⁶ **Gramatica da Lingoa Geral do Brazil**, fol. 172-176.

Essas diferenças também podem ser encontradas nos questionamentos sobre o quinto mandamento. Não há propriamente perguntas feitas para homens, mas tão somente questionamentos gerais sobre matar, mandar matar, tentar suicídio e empregar veneno. Por outro lado, há questionamentos feitos especialmente às mulheres indígenas, que visam ações ligadas à gestação e que consideram tanto o seu impedimento, com a ingestão de remédio para evita-la, quanto a sua interrupção por ação própria ou de terceiros. A tabela abaixo demonstra claramente o foco dos questionamentos nas ações, ou seja, condutas primordialmente ligadas ao foro externo. Em comparação com o *Confessionário* de António de Araújo, há neste confessionário manuscrito bem menos questões dedicadas a investigar desejos e sentimentos, isto é, as condutas parecem ser mais importantes do que o pensamento.

TABELA 4 – QUESTÕES SOBRE O QUINTO MANDAMENTO NO CONFESSONÁRIO MANUSCRITO (1750)

Perguntas gerais – Tupi ⁷⁷	Perguntas gerais – Português ⁷⁸	Para Índias - Tupi	Para Índias – Português
<i>Erejuã cerã abã? Ou Erejucã ucâr?</i>	<i>Por acaso mataste alguém? Ou mandaste matar?</i>	<i>Erejâr pecõ poçãnga amõ nitio erepurua oarãma?</i>	<i>Tomaste algum remédio, para não engravidares?</i>
<i>Erejapixão cerã abã?</i>	<i>Por acaso feriste a cabeça de alguém? Por acaso golpeaste a cabeça de alguém?</i>	<i>Nde puruã erejâr pocãnga amõerejuã arãma, nde maria pôra?</i>	<i>Quando estavas grávida [usaste] algum remédio para matar o conteúdo da tua barriga?</i>
<i>Ereco Tuc cerã abã?</i>	<i>Por acaso feriste, furaste alguém?</i>	<i>Ere cambrye pecõ nde marica, nde puruã rame, omanõ arãma ndemembyra ixuí?</i>	<i>Quando estavas grávida, tu te espremeaste, tocando em tua barriga para matar teu filho?</i>
<i>Erejuã ucás cerã abã?</i>	<i>Por acaso mandaste matar alguém?</i>	<i>Erejurure pocãnga amõ cunhã çui nde marica rece oarãma, nitio erepuruã oarãma, ou omanõ arãma, nde marica pôra ixuí?</i>	<i>Pediste algum remédio de mulher para tua barriga, tu não querendo estar grávida ou para matares o conteúdo da tua barriga?</i>

⁷⁷ Gramática da Língua Geral do Brasil, fol. 388-389.

⁷⁸ MOTA, Jaqueline, op. Cit., p. 250-254.

<i>Erenopân ete cerã abã?</i>	<i>Será que bateste muito mesmo em alguém? Açou-taste alguém?</i>	<i>Eremongetã ndera-pixãra cunhãm amõ, ojãr oarãma poçãnga imõã rece?</i>	<i>Conversaste com alguma mulher para que ela tomasse remédio para abortar?</i>
<i>Erejãr poçãnga ayba amõ, eremanõ arãma nde pya ajibã çuí?</i>	<i>Tomaste algum veneno para morreres, devido a uma inquietude do teu coração?</i>	<i>Eremeend cerã poçãnga amõ, nde rapixãra cunhãm çupe, iabe oericõ oarãma imaríca põra?</i>	<i>Da mesma forma, por acado deste algum remédio para uma companheira, para que ela engravidasse?</i>
<i>Eremeeng ucâr amõ abã çupe omanõ arãma?</i>	<i>Você mandou dar algum veneno a alguém para que ele morresse?</i>		
<i>Ereú cerã yby, jukyra, ou mã nungãra ayba, eremanõ arãma ixuí?</i>	<i>Será que comeste terra, sal ou algo ruim parecido, para morreres disso?</i>		
<i>Erecoaub poçãnga ayba amõ?</i>	<i>Você conhece algum veneno?</i>		
<i>Eremonguetã cerã abã, ojãr oarãma poçãnga ayba, omanõ arãma?</i>	<i>Por acaso conversaste com alguém para que ele tomasse veneno e morresse?</i>		
<i>Abã imbaacy rame, ou omanõ rame abã, nde ruryb ete cece, ereamotareyma aqueia rece?</i>	<i>Quando alguém adoecer ou morre, tu ficas muito contente com isso por não gostares da pessoa?</i>		

6 Considerações finais

Mais do que meros auxiliares, os jesuítas foram personagens essenciais no processo de construção da América Portuguesa. Se a conquista poderia ser feita por meio da força e da ocupação militar, sua manutenção e expansão dependiam da capacidade dos portugueses de manterem esses povos sob o seu horizonte cultural. Isso incluiu a capacidade de converter e de manter indígenas na fé cristã, o que seria o passo inicial para a fundação efetiva desse novo mundo em que tudo estava relacionado à ordem divina. Assim, trazendo os indígenas para a fé cristã, apresentava-se a eles também uma estrutura de sociedade em que o rei e a Coroa, que eram parceiros da Igreja e da Companhia de Jesus nessa empresa, deveriam ser obedecidos por estarem de acordo com as leis divinas.

Catequizar e confessar eram instrumentos fundamentais na implantação e na consolidação desse modelo, uma vez que, por meio deles, essa ordem universal era introduzida e periodicamente o cristão prestava contas das suas condutas e desejos. Criavam-se e mantinham-se na ordem aqueles que eram educados na fé. O elemento indígena foi muito marcante nas fontes utilizadas por esta pesquisa, tendo em vista que os catecismos e confessionários foram direcionados primordialmente à conversão dessas populações, mas é importante mencionar que a atuação dos jesuítas na educação religiosa e na formação direcionada a grupos não indígenas também foi extremamente relevante, conforme demonstrado, inclusive para os escravizados negros e indígenas, em estudo que está prestes a ser publicado⁷⁹. Outros instrumentos fundamentais para a propagação desse modelo de ordem social, como os sermões proferidos por religiosos, alguns dos quais jesuítas, ainda não foram suficientemente analisados.

Desta forma, conforme se observou, a catequese e a confissão contribuíram para a difusão de um modelo de comportamento social que era desejado por quem estava conquistando esse novo mundo. Em um momento em que direito e teologia moral não podiam ser dissociados de forma absoluta, a propagação dessas estruturas foi fundamental no processo de formação da experiência jurídica na América Portuguesa.

Referências

- ABREU, Márcia, Circulação de livros entre Europa e América. *Polifonia*, v. 14, 2007, p. 161-174.
- AQUINATIS, Thomae. *Opera Omnia, tomus duodecimus (tertia pars Summae Theologiae)*. Romae: ex Typographia Polyglotta, 1906.
- ARAÚJO, Antônio de. *Catecismo na lingoa brasílica, no qual se contem a summa da doctrina christá. Com tudo o que pertence aos Mysterios de nossa Sancta Fè & bons costumes*, Lisboa: Pedro Crasbeeck, 1618.
- AYMORE, Fernando Amado. *Die Jesuiten im kolonialen Brasilien: Katechese als Kulturpolitik und Gesellschaftsphänomen (1549-1760)*. Frankfurt am Main: Lang, 2009.
- AZPILCUETA, Martín de. *Relectio cap. ita quorundam de iudeis, in qua de rebus ad sarracenos deferri prohibitis, & censuris ob id ilatis non segniter disputatur compósita, & pronunciata in inlyta Conimbricensi academia anno M.D.L.* Romae: ex officina Accoltiana, 1580.
- _____. *Manual de confesores y penitentes que contiene quase todas las dudas que en las confesiones quase todas las dudas de los peccados, absoluciones, restituciones, censuras, & irregularidades*. Valladolid: Francisco Fernandez de Coboua, 1570.
- BARROS, Maria Cândida Drumond Mendes; FONSECA, Vitor Manoel Marques da. Passagens do livro 'Itinerário para párocos de índios', de Peña Montenegro (1668), em um confessionário jesuítico setecentista da Amazônia. *Bol. Mus. Para. Emílio Goeldi. Ciênc. Hum.*, v. 5, n. 3, set.-dez. 2010, p. 669-679.
- CABRAL, Gustavo César Machado. Jesuitic pragmatic literature and ecclesiastical normativity in Portuguese America (16th-18th centuries). In: DUVE, Thomas; DANWERTH, Otto (Org.).

⁷⁹ CABRAL, Gustavo César Machado. Jesuitic pragmatic literature and ecclesiastical normativity in Portuguese America (16th-18th centuries). In: DUVE, Thomas; DANWERTH, Otto (Org.). *Knowledge of the pragmatici: Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America* (Max Planck Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds, 1). Leiden/Boston: Brill, 2019 (no prelo).

Knowledge of the *pragmatici*: Legal and Moral Theological Literature and the Formation of Early Modern Ibero-America (Max Planck Studies in Global Legal History of the Iberian Worlds, 1). Leiden/Boston: Brill, 2019 (no prelo).

_____. Thomasius e o direito natural. **Sequência**, n. 72, 2016, p. 145-168.

CASTELNAU-L'ÉSTOILE, Charlotte. **Operários de uma vinha estéril:** os jesuítas e a conversão dos índios no Brasil – 1580-1620. Bauru: EDUSC, 2006.

CHAMORRO, Graciela. La traducción del lenguaje cristiano al guaraní jesuítico. In: DEDENBACH-SALAZAR SÁENZ, Sabine (Org.). **La transmisión de conceptos cristianos a las lenguas amerindias:** Estudios sobre textos y contextos de la época colonial. Sankt Augustin: Academia Verl., 2016, p. 247-267.

Concilium Limense, Celebratum anno 1583, sub Gregorio XIII. Sum. Pont. autoritate Sixti Quinti Pont. max. Approbatum. Madriti: Petri Madrigalis, 1591, p. 23-24.

DAHER, Andrea. Os usos da língua tupi nos séculos XVI e XVII. ALGRANTI, Leila Mezan; MEGIANI, Ana Paula Torres (ed.). **O Império por escrito:** formas de transmissão da cultura letrada no mundo ibérico, séculos XVI-XIX. São Paulo: Alameda, 2009, p. 355-374.

DECOCK, Wim. **Theologians and contract law:** the moral transformation of the *ius commune* (c. 1500-1650). Leiden/Boston: Martinus Nijhoff, 2013.

FERNANDES, Maria de Lurdes C. Do manual de confessores ao guia de penitentes. Orientações e caminhos da confissão no Portugal pós-Trento. **Via spiritus**, v. 2, 1995, p. 47-65.

FOLYANTY, Lena. Legal transfers as processes of cultural translation: on the consequences of a metaphor. **Max Planck Institute for European Legal History Research Paper Series** No. 2015-09.

GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Carlos Alberto. La cultura escrita en el Mundo Atlántico colonial: Brasil y América del norte. Claves historiográficas, retos y perspectivas. **Revista de Indias**, v. LXXIII, n. 259, 2013, p. 633-662.

GONZÁLEZ-LUIS, Francisco. La Gramática de la lengua tupí de José de Anchieta y su dependencia de la gramática latina. **Fortunae: Revista canaria de filología, cultura y humanidades clásicas**, n. 4, 1992, p. 229-244.

Gramatica da Lingoa Geral do Brazil. Com hum Dicionario dos vocábulos mais uzuaes para a intelligencia da dita lingua. Biblioteca da Universidade de Coimbra. Catálogo de manuscritos. Pará. Manuscrito 69, 1750.

GRUZINSKI, Serge. **A colonização do imaginário:** sociedades indígenas e ocidentalização no México espanhol, séculos XVI-XVIII. Trad. Beatriz Perrone-Moisés. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

HALLEWELL, Laurence. **O livro no Brasil:** sua história. 3 ed. São Paulo: EDUSP, 2012.

HERZOG, Tamar. Sobre la cultura jurídica en la América Colonial (siglos XVI-XVIII). **Anuario de Historia del Derecho Español**, v. 65, 1995, p. 903-912.

HESPANHA, António Manuel. As cores e a instituição da ordem no mundo de Antigo Regime. **A ordem do mundo e o saber dos juristas:** Imaginários do antigo direito europeu. Lisboa: CreativeSpace Independent Publishing, 2017, p. 333-360.

HESPANHA, António Manuel. As fronteiras do poder. O mundo dos rústicos. **A ordem do mundo e o saber dos juristas:** Imaginários do antigo direito europeu. Lisboa: CreativeSpace Independent Publishing, 2017, p. 199-278

- LAYMANN, Paul. **Theologia moralis**. Bambergae: Joh. Martini Schönwetteri, 1688.
- LEITE, Serafim. **História da Companhia de Jesus no Brasil**. Tomo II: (século XVI – a obra). Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1938.
- _____. **História da Companhia de Jesus no Brasil**. Tomo IV: Norte – 2) Obras e assuntos gerais. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1943.
- _____. **História da Companhia de Jesus no Brasil**. Tomo VII: assuntos gerais; séculos XVII-XVIII. Rio de Janeiro: Instituto Nacional do Livro, 1949.
- _____. Introdução Geral. In: NÓBREGA, Manuel de. **Cartas do Brasil e mais escritos (opera omnia)**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1955, p. 44-57.
- LESSA, Clado Ribeiro de. As bibliotecas brasileiras dos tempos coloniais. **Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro**, v. 191, 1946, p. 339-345.
- LUGO, Ioannis de. **Disputationum de iustitia et iure**. Lugduni: Petri Prost, 1642.
- MARCOCCI, Giuseppe. **A consciência de um império: Portugal e o seu mundo (sécs. XV-XVII)**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2012.
- MOLINA, Luis de. **De iustitia et iure tomii sex**. Antuerpiae: Ioannem Keerbergium, 1615.
- MONTEIRO, John Manuel. **Negros da terra: índios e bandeirantes nas origens de São Paulo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- MONTERRAT, Ruth; BARROS, Cândida; MOTA, Jaqueline. O índio “travesso” em um confessionário jesuítico tupi de 1686. **Tellus**, a. 11, n. 20, jan.-jul. 2011, p. 261-272.
- MORAES, Rubens Borba de. **Livros e bibliotecas no Brasil Colonial**. São Paulo: Secretaria da Cultura, Ciência e Tecnologia do Estado de São Paulo, 1979.
- MOTA, Jaqueline. **A confissão tupi: a problemática dos confessionários jesuítico-tupi nos séculos XVI-XVIII nas missões do Grão-Pará e Maranhão e do Brasil**. Tese (Doutorado em História) – Programa de Pós-Graduação em História Social, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2017.
- NAVARRO, Eduardo de Almeida. Tradução do ‘Catálogo de todos os dias santos de guarda e de jejum’, texto em Tupi antigo publicado pelo Jesuíta António de Araújo (1618). **Língua e literatura**, n. 30, 2010-2012, p. 351-389.
- OBERMEIER, Franz. Die Jesuiten und die brasilianischen Indianersprachen. Vom Tupi zur Língua geral. **Institut Martius-Staden Jahrbuch**, n. 54, 2004, p. 203-222.
- PEREIRA, Paulo Roberto. O livro e a biblioteca nas mudanças no Brasil Colônia. **Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro**, v. 160, n. 405, 1999, p. 813-826.
- PRODI, Paolo. **Una storia della giustizia: dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto**, Bologna: il Mulino, 2000.
- PROSPERI, Adriano. Battesimo e identità cristiana nella prima età moderna. In: PROSPERI, Adriano (Org.). **La salvezza delle anime disciplina dei corpi: um seminario sulla storia del battesimo**. Pisa: Ed. della Normale, 2006, p. 1-66.
- _____. **Tribunali della coscienza: inquisitori, confessori, missionari**. Torino: Giulio Einaudi, 1999.
- Recopilación de Leyes de los Reynos de las Índias**. Madrid: Iván de Paredes, 1681.

RODRIGUES, Luiz Fernando Medeiros. As 'livrarias' dos jesuítas no Brasil Colonial, segundo os documentos do Archivum Romano Societatis Iesu. **Cauriensia: revista anual de ciencias eclesíasticas**, v. 6, 2011, p. 285-312.

ROVERE, Lorenzo Vincenzo Mamiami. **Catecismo da doutrina christãa na língua Brasilica da Nação Kiriri**. Lisboa: na officina de Miguel Deslandes, 1698.

RUEDA RAMÍREZ, Pedro J. **Negocio e intercambio cultural: el comercio de libros con América en la Carrera de Indias (siglo XVII)**. Sevilla: Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 2005.

SCHLIEBEN-LANGE, Brigitte. Missionarslinguistik in Lateinamerika. Zu neueren Veröffentlichungen und einigen offenen Fragen. **Zeitschrift für Literaturwissenschaft und Linguistik**, v. 116, 1999, p. 34-61.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. O comércio de livros de Portugal para o Brasil e a censura. **Revista do Instituto Histórico e Geographico Brasileiro**, v. 164, n. 419, 2003, p. 195-211.

SOTO, Dominici. **De iustitia et Iure**. Lugduni: Bartholomaeum Honoratum, 1582.

VARELA, Laura Beck. Authorship in Early Modern Jurisprudence. Paul Voet (1619-1667) on *auctor* and *editor*. **Quaerendo**, v. 47, 2017, p. 252-277.

VELARDE, Pedro Murillo. **Cursus juris canonici, hispani, et incidi in quo, juxta ordinem titularum decretalium non solum canonicae decisiones...** 3. Ed., Matrit: Typograqphia Ulloae a Romane Ruíz, 1791.

VIVEIROS DE CASTRO, Eduardo. O mármore e a murta: sobre a inconstância da alma selvagem. **A inconstância da alma selvagem e outros ensaios de antropologia**. São Paulo: Cosac & Naify, 2002, p. 181-264.



QUANDO A IGREJA E A COROA SE UNIRAM PARA JULGAR A COMPANHIA DE JESUS: A REFORMA DE 1758 E A SUA DEVASSA NO RIO DE JANEIRO

Marcia Sueli Amantino

Resumo

O presente artigo busca analisar a reforma religiosa que foi decretada pelo papa Benedito XIV, no dia 1 de abril de 1758, por meio do breve *In Specula Supremae*, determinando que a Companhia de Jesus deveria ser avaliada e passar por grandes modificações para que pudesse continuar existindo. Seus religiosos deveriam voltar ao estado de pureza dos anos iniciais de sua formação e abrir mão de toda e qualquer ingerência nos negócios temporais e políticos que exerciam no reino e nas áreas de conquista. Essa reforma, que resultou para o caso da América portuguesa, na produção de uma devassa eclesiástica, pode ser entendida como mais uma das atitudes tomadas pelo governo do secretário de estado do rei D. José I, Sebastião José de Carvalho e Melo, para minar o poder da Companhia de Jesus utilizando para isso de atitudes legais e morais-religiosas.

Palavras-chave

Companhia de Jesus, reforma religiosa, devassas

WHEN THE CHURCH AND THE CROWN UNITED TO JUDGE THE SOCIETY OF JESUS: THE 1758 REFORM AND ITS DEVASSA IN RIO DE JANEIRO

Abstract

This article seeks to present religious reform that was decreed by Pope Benedict XIV, on April 1, 1758 through brief *In Supremae Specula*, determining that The Society of Jesus should be evaluated and suffer major modifications so that it could continue to exist. They should return to the religious purity of the early years and relinquish any and all interference in temporal and political business. This reform, which resulted in the case of Portuguese America, producer of ecclesiastical devassa, can be seen as one more of the attitudes taken by the government of the State Secretary of King Joseph I, Sebastião José de Carvalho e Melo to decrease the power of the Society of Jesus in the Kingdom and in his conquests, through legal and moral-religious attitudes.

Keywords

Society of Jesus, religious reform, devassas

Introdução

Desde que chegaram à América portuguesa, os jesuítas sempre foram alvo de críticas por parte de um grupo social ou de outro. Algumas vezes, foram expulsos ou se retiraram de determinadas regiões em função desses conflitos de interesses que envolviam, de um lado, uma concepção de catequese e de controle sobre a mão de obra

indígena e de outro, as necessidades que tinham os colonos sobre essa mesma população. De acordo com Dauril Alden, pelo menos desde os anos do governo de Pedro II (1683-1706), a coroa havia passado a dar atenção a algumas queixas dos colonos contra os jesuítas e, em alguns momentos, parte das prerrogativas econômicas e políticas que a ordem mantinha há tempos foram revogadas ou suspensas por determinados períodos.¹ Com a subida ao trono de D. José I em 1750 e a presença atuante de seu secretário de estado, Sebastião José de Carvalho e Melo, futuro conde de Oeiras e depois marquês de Pombal, a situação ficou muito desfavorável aos jesuítas e gradativamente, a relação entre a coroa e a ordem foi se deteriorando, culminando em sua expulsão em setembro de 1759.

Inúmeras discussões já foram elaboradas acerca das causas para a expulsão dos jesuítas do império português e todas apontam para o intrincado processo de gestação da ideia de que era preciso refrear o poder que os inicianos tinham na sociedade portuguesa e em suas áreas de conquista.² Portanto, para propiciar o entendimento das questões importantes dessa discussão historiográfica, farei primeiramente um brevíssimo apanhado sobre seus principais pontos para depois encaminhar a análise para o que realmente interessa aos propósitos desse artigo, que são a discussão sobre a reforma religiosa pela qual passou a Companhia e as devassas dela decorrente elaboradas a partir do Breve Papal de 1 de abril de 1758. Para atingir esses objetivos, será demonstrada a união de interesses que envolveram a coroa portuguesa e as grandes autoridades da igreja católica no combate à Companhia de Jesus utilizando-se para isso de inúmeras leis e decretos elaborados pela coroa e das bulas e breves apostólicos papais, bem como da devassa oriunda da ordem da reforma. Tais documentos, bem como as atitudes tomadas pelas autoridades civis e eclesiásticas em obediência a eles, levaram a um profundo desgaste do poder dos jesuítas e foram mais uma das justificativas para a sua expulsão do reino e das conquistas no ano de 1759.

1. A época das tensões

Conforme já apontado, a situação entre os religiosos e a monarquia lusa foi se deteriorando com o passar do tempo e com as mudanças nas políticas interna e externa do reino. Na segunda metade do século XVIII, o cenário político e social do império português apresentava-se bastante complicado para os interesses da Companhia de Jesus. Em praticamente todas as análises históricas a esse respeito, destacam-se alguns fatores que, segundo os especialistas, teriam sido os detonadores, naquele momento, desse desgaste entre a coroa e a Companhia de Jesus: os problemas decorrentes do terremoto que destruiu grande parte de Lisboa no dia 1 de novembro de 1755 e as interferências do padre Malagrida, incitando o povo a crer que os males causados pelo terremoto, pelo incêndio e pela destruição pelo mar eram castigos divinos ocasionados pelo mal comportamento do rei e de seus auxiliares diretos. Além desses fatores, essas

¹ALDEN, Dauril. Aspectos econômicos da expulsão dos jesuítas do Brasil, p. 39.

²ALDEN, Dauril. Aspectos econômicos da expulsão dos jesuítas do Brasil: notícia preliminar. In: *Conflito e continuidade na sociedade brasileira*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970; ALDEN, Dauril. *The Making of an enterprise: The Society of Jesus in Portugal, its Empire and Beyond 1540-1750*. California: Stanford University Press, 1996; CARVALHO, Marieta Pinheiro de e SARMIENTO, Érica. As reformas borbônicas e josefinas e a expulsão dos jesuítas na Ibéria setecentista. In: AMANTINO, M.; FLECK, E.C.D.; ENGEMANN, C. *A Companhia de Jesus na América por seus colégios e fazendas: aproximações entre Brasil e Argentina, século XVIII*. Rio de Janeiro: Garamond, 2015; FRANCO, José Eduardo. *O Mito dos Jesuítas: Em Portugal, no Brasil e no Oriente, séculos XVI a XX*. Lisboa: Gradiva, 2006.

análises destacam também que após o terremoto, o secretário de Estado Sebastião José de Carvalho e Melo conseguiu aumentar ainda mais sua influência sobre o rei e consequentemente, seu poder político. Todavia, como salientou Antonio Hespanha, ele não atuou sozinho. Ele era um líder apoiado numa “rede de influentes políticos”.³

Um de seus principais alvos foi a Companhia de Jesus, acusada de impedir o progresso da sociedade portuguesa, de manter elevados níveis de riquezas e de poder sobre os nobres e o rei não apenas por meio da educação - que controlavam - mas também por meio das confissões e do acompanhamento espiritual que realizavam. Para dar prosseguimento aos seus projetos políticos e econômicos, Sebastião José de Carvalho e Melo precisava eliminar o poder daquela que se mostrava capaz de lhe exercer oposição e, para isso, lançou mão de uma sistemática política de aniquilação da influência dos padres jesuítas na sociedade portuguesa.⁴

O secretário de Estado tomou algumas medidas visando minar a influência que a Companhia de Jesus exercia ainda dentro do palácio: a primeira delas foi a expulsão, no dia 21 de setembro de 1757, dos padres jesuítas que eram confessores da família real. Naquela madrugada, os padres José Moreira, Timóteo de Oliveira, Jacinto da Costa, Manoel de Campos e José Aranjuez foram acordados, expulsos e proibidos de retornarem à corte. Segundo Eduardo Franco, “declarava-se assim, guerra aberta à Companhia de Jesus no reino e preludia-se a sua expulsão próxima”.⁵

Buscando o apoio do papa, no dia 7 de outubro de 1757, o rei D. José I enviou uma carta ao seu embaixador em Roma, Francisco de Almada Mendonça, com ordens expressas para que solicitasse uma audiência com o sumo pontífice. Deveria apresentar a missiva que estava sendo remetida e o livreto *Relação Abreviada* que tratava sobre as ingerências temporais que os jesuítas faziam no reino e nas conquistas tentando proteger os seus interesses.⁶ Na carta, o rei relatava as atitudes tomadas contra os religiosos da Companhia de Jesus em Portugal e os seus motivos.⁷ De acordo com o documento real, os jesuítas estavam cometendo inúmeras desordens tanto no reino como no Brasil. Ao perpetrarem “sediciosas intrigas”, deixavam de obedecer às bulas, as ordens pontificais, as leis para a conservação da paz pública, a fidelidade aos monarcas e a pia instrução dos vassalos. Ou seja, eles desobedeciam tanto ao papa quanto ao rei. Havia entre eles uma “cega, insólita e interminável ambição de governos políticos e

³ HESPANHA, Antonio Manuel e SUBTIL, José Manuel. Corporativismo e Estado de polícia como modelos de governo das sociedades euro-americanas do Antigo Regime. In: FRAGOSO, João e GOUVEIA, Maria de Fátima. *Brasil colonial*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014. Vol. 1, p. 148.

⁴ FRANCO, José Eduardo. O Mito dos Jesuítas, 424.

⁵ FRANCO, José Eduardo. O Mito dos Jesuítas, p. 427.

⁶ *Relação abreviada da república que os religiosos jesuítas das províncias de Portugal e Espanha estabeleceram nos domínios ultramarinos das duas monarquias, e da guerra que neles têm movido e sustentado contra os exércitos espanhóis e portugueses; formado pelos registros das secretarias dos dois respectivos principais comissários e plenipotenciário, e por outros documentos autênticos*. A autoria dessa obra é atribuída, pela maioria dos historiadores ao marquês de Pombal, mas há quem afirme ser de Basílio da Gama, um ex-jesuíta cooptado pela coroa. Cf: ASSIS, Emanuel César Pires de. Atribuição de autoria utilizando análises estatísticas: uma experiência com a *Relação Abreviada*. *Texto Digital*, Florianópolis, v9, n. 1, p. 24-53, jan./jul. 2013.

⁷ Instrução que sua majestade fidelíssima mandou expedir em oito de outubro de 1757 a Francisco de Almada de Mendonça, seu ministro na corte de Roma, sobre as desordens que os religiosos jesuítas tinham feito no reino e no Brasil, para as representar ao santíssimo padre Benedito XIV com a relação abreviada dos insultos que os mesmos religiosos haviam feito no Norte e o Sul da América portuguesa. Belém, oito de outubro de 1757. Dom Luiz da Cunha – Senhor Francisco de Almada de Mendonça. In: *Gabinete histórico que a sua majestade fidelíssima o senhor rei d. Miguel I em os dias de seus felicíssimos anos 26 de outubro de 1828 oferece Fr. Claudio da Conceição*. Tomo XIV, referente ao ano de 1759. Lisboa Impressão Regia, 1829, p. 110 e ss.

temporais, de aquisições e conquistas de fazendas alheias e até de usurpações de Estado”. Continuava o relato afirmando que eram “poucos os jesuítas que não pareçam antes mercadores, ou soldados ou régulos mais que religiosos”. Alegava que os padres tentaram impedir a todo o custo que o tratado de limites entre as terras da Espanha e as de Portugal no sul do Brasil, colocando os índios de suas missões contra as determinações das duas coroas e contra as tropas reais. A guerra tinha se estendido muito e fortunas haviam sido gastas prejudicando o erário real.⁸ Além disso, os padres que estavam no Norte do Brasil pregavam em seus púlpitos, nas ruas e nas casas dos moradores contra a Companhia Geral do Grão-Pará e Maranhão. Alegavam que ela havia sido criada com o intuito de que o Estado monopolizasse o comércio na localidade, prejudicando aos colonos e, é claro, a eles mesmos.⁹ Falavam abertamente contra o rei e seus ministros em seus púlpitos, tramavam e encabeçavam rebeliões. Lembrou também que estavam afirmando que o terremoto que havia assolado Lisboa era um castigo divino por causa dos atos da coroa e de seus representantes que não viviam como bons cristãos. O rei solicitava que o papa encontrasse maneiras de pôr cobro ao poder que os jesuítas haviam conseguido ao se intrometerem nos negócios temporais tanto em Portugal quanto nas áreas da conquista. Na carta, o rei dizia que havia feito o que podia para castigar e remediar os problemas temporais causados pelos jesuítas. Mas, havia outros, de ordem religiosa para os quais ele não podia fazer nada e, por isso, pedia que o papa intervisse ordenando a reforma da Companhia de Jesus para que eles voltassem a desempenhar o papel de religiosos e não de comerciantes.

Para o rei, era urgente refrear o poder dos inicianos, pois eles já haviam conseguido reunir em torno de si e de sua ordem um número infinito de homens dispostos a lutar por suas causas e a só obedecer aos padres. Estavam tão poderosos que, segundo a carta, dentre em poucos anos, se nada fosse feito para coibir sua ascensão se tornariam inatacáveis, pois

Tinham quase fechadas as duas Américas, Portuguesa, e Espanhola, com um cordão tão forte, que dentro do espaço de dez anos seria indissolúvel o nó, que com ele pretendiam apertar os referidos Religiosos não havendo forças em toda a Europa que fossem bastantes para os expungar, de tão vastos sertões defendidos por homens, no número quase infinitos, cuja língua e costumes só os mesmos religiosos podiam entender e praticar; acrescentando o ódio implacável em que os educavam e endureciam irreconciliavelmente contra todos os brancos seculares.¹⁰

No dia 10 de fevereiro de 1758, rei enviou outra carta ao embaixador Almada Mendonça reafirmando os mesmos fatos e fornecendo alguns detalhes e nomes dos religiosos envolvidos. Citou ainda, duas sedições ocorridas em Lisboa e na cidade do Porto, segundo ele, alimentadas pelos padres jesuítas. Pedia novamente, ao papa que decretasse a reforma da Companhia.¹¹

⁸ Sobre a Guerra Guaranítica, ver os trabalhos de GOLIN, Tau. *A Guerra Guaranítica (1750-1756)*. Porto Alegre: Ed. da Universidade; Passo Fundo: UPF Editora, 1998; ____ *A Guerra Guaranítica; o levante indígena que desafiou Portugal e Espanha*. São Paulo; Terceiro Nome, 2014.

⁹ Em função dos conflitos por causa da Companhia de comércio, quatro jesuítas foram expulsos do Grão-Pará e Maranhão acusados de incitar a população contra as ordens régias.

¹⁰ Instrução que Sua Majestade Fidelíssima... p. 110 e ss.

¹¹ Carta dirigida na data de dez de fevereiro de 1758 a Francisco de Almada de Mendonça, Ministro de Sua Majestade Fidelíssima na cúria de Roma, informando-o das desordens que até aquele tempo haviam acumulado os religiosos da Companhia de Jesus, aos muitos absurdos, em que se tinham

Nas duas cartas enviadas pelo monarca ao embaixador Almeida solicitando a intervenção do papa nas questões que envolviam os jesuítas, percebe-se que não bastavam a propaganda do governo e as atitudes já tomadas contra eles. Como nas monarquias ibéricas, por causa do padroado, havia ligações entre os reis e os papas, era necessário que a Companhia de Jesus caísse em desgraça também frente à autoridade religiosa. Assim, a política pombalina de minar os religiosos jesuítas teria uma justificação religiosa e, portanto, com maior poder de convencimento entre a população.

2. A Reforma

No dia 1 de abril de 1758, o papa Benedito XIV, por meio da breve *In Specula Supremae*, ordenou que a Companhia de Jesus deveria ser avaliada e passar por grandes modificações para que pudesse continuar existindo, ou seja, seria reformada.¹² Isso significava que os seus religiosos deveriam voltar ao estado inicial em termos de “pureza de fé”. Precisavam abrir mão de todo e qualquer comércio, atividade econômica ou produtiva, passando a se manter apenas com as esmolas recebidas. Não caberia a eles se intrometerem nos assuntos políticos ou econômicos do império. Entretanto, como eles haviam sido denunciados pela prática de comércio e por não respeitarem as leis canônicas e as do império, sofreriam uma devassa a fim de que tudo fosse comprovado. O teor do breve deixa claro que a ordem papal havia sido motivada pelos pedidos insistentes do rei português e pelas demonstrações fornecidas por ele, de que a Companhia de Jesus vivia em “grandes desordens e abusos” e que graças ao livro *Relação Abreviada*, todos os monarcas europeus haviam tomado conhecimento deles.¹³

Foram várias as razões para a decretação desse breve e todas elas apontaram para os conflitos que há anos vinham ocorrendo entre os religiosos e as diferentes instâncias do poder. Foram citadas também as relações tensas entre esses religiosos e os moradores do reino ou das áreas de conquista, bem como as práticas de comércio variadas adotadas pelos religiosos.

O breve determinava que o religioso escolhido para realizar a reforma da Companhia de Jesus havia sido o cardeal Francisco Saldanha. Ele deveria:

Visit[ar] e reform[ar] por uma vez e por autoridade nossa, as províncias da sobredita Cia de Jesus, existentes nos reinos, domínios e regiões das sobreditas Índias, sujeitas ao mesmo rei com as igrejas, casas professas, noviciados, colégios, hospícios, missões e quaisquer outros lugares debaixo de qualquer

precipitado nos Domínios Ultramarinos desta Monarquia, quando Sua Majestade se viu obrigado a informar o Santíssimo Padre Benedicto XIV dos insultos dos ditos religiosos pela outra carta instrutiva de 8 de Outubro de 1757. In: *Gabinete histórico que a sua majestade fidelíssima o senhor rei d. Miguel I.* p. 123 e ss.

¹² Os breves papais podem ser entendidos como um dos mecanismos de exercício de poder e de busca da unidade cristã. Eram “respostas” dos papas aos problemas religiosos e morais que surgiam na cristandade. Foram várias as razões para a decretação desse breve e todas elas apontaram para os conflitos que há anos vinham ocorrendo entre os religiosos e diferentes instâncias do poder e ainda entre eles e os moradores do reino ou das áreas de conquistas e também para a prática de comércio variado adotada pelos religiosos.

¹³ Breve de 1 de abril de 1758 pelo qual o santo padre Benedicto XIV sobre as instancias de el rei fidelíssimo, conteúdas nas duas cartas acima indicadas constituiu o eminentíssimo e reverendíssimo cardeal Saldanha, visitador e reformados geral da Companhia de Jesus nesses reinos de Portugal e dos Algarves e todos os seus domínios. Roma, em Santa Maria Maior, debaixo do anel do pescador, em 1 de abril de 1758 e decimo oitavo de nosso pontificado. In: SORIANO, Simão José Luz. *História do reinado de el-rei Dom José e da administração do Marquês de Pombal*. Lisboa: Typ. Universal de Thomaz Quintino Antunes, vol. 2, 1867, p. 371.

nome que sejam conhecidos contanto que sejam dependentes da sobredita Cia e que a ela toque; e isto ainda que sejam isentos ou munidos com qualquer privilégio ou indulto como também os superiores, reitores, administradores, religiosos e todas as mais pessoas existentes nos sobreditos lugares de qualquer dignidade, superioridade, estado ou condição que seja.¹⁴

Além dessas tarefas, caberia ao reformador inquerir a cada pessoa separadamente

Sobre o estado das mesmas pessoas e da sua vida, costumes, ritos, disciplinas e modo de viver e sobre a observância das doutrinas evangélicas e dos santos padres, concílios gerais, decretos dos sagrados cânones, instituto regular da dita Companhia, e determinação das Constituições apostólicas principalmente da de Urbano VIII expedida em 22 de fevereiro de 1636 [...] e das nossas letras expedidas em semelhante forma de breve a 20 de dezembro de 1741.¹⁵

O reformador deveria intervir em tudo o que achasse que necessitava de “mudança, correção, emenda, renovação, revogação e inteiro estabelecimento”.¹⁶ Para essas mudanças deveria levar em conta os sagrados cânones e decretos do concílio Tridentino,

removendo todos e quaisquer abusos, atas, estatutos, restituindo e reintegrando por modos legítimos e conforme as ditas constituições da dita sociedade, a disciplina eclesiástica e regular e com preferência o culto divino; a obediência a esta santa sede; e a observância das sobreditas constituições apostólicas no que achares que forem excedidas. Se achares que quaisquer dos sobreditos tem delinquido em alguma coisa, os coibireis e castigareis conforme as disposições canônicas, e os reduzireis não obstante a sua isenção ao devido e honesto modo de vida instado que são conformes aos sagrados cânones e disposição do concílio.¹⁷

O reformador teria “plena, livre e ampla faculdade e autoridade” para mudar os reitores, transferir os padres de um colégio para outro e para o que mais fosse necessário. Ele ainda poderia escolher outros religiosos para realizar a reforma em locais distantes. O breve determinava também aos jesuítas que recebessem humildemente ao reformador e que executassem todas as ordens expedidas por ele ou por pessoas designadas por essa autoridade.¹⁸

Poucos dias depois de ter assinado o breve e escolhido o reformador da Companhia de Jesus, o papa morreu, dando início ao pontificado de Clemente XIII, que sempre havia sido aliado dos inacianos. Talvez aproveitando essa proximidade, o superior dos jesuítas, o padre Lorenzo Ricci enviou um memorial alegando a inocência da ordem e tentando impedir a reforma sob os cuidados do cardeal Saldanha.¹⁹ Por meio desse memorial é possível identificar como as autoridades jesuíticas estavam tentando lidar com

¹⁴ Breve de 1 de abril de 1758, p. 372.

¹⁵ Breve de 1 de abril de 1758, p. 374.

¹⁶ Breve de 1 de abril de 1758, p. 374.

¹⁷ Breve de 1 de abril de 1758, p. 376.

¹⁸ Breve de 1 de abril de 1758, p. 376.

¹⁹ Memorial apresentado pelo padre geral da Companhia de Jesus a sua santidade em 31 de julho de 1758. In: SORIANO, Simão José Luz. *História do reinado de el-rei Dom José e da administração do Marquês de Pombal*. Lisboa: Typ. Universal de Thomaz Quintino Antunes, vol. 2, 1867, p. 388-390.

as questões desencadeadas pelo pedido de reforma feito pela coroa portuguesa. Ademais, demonstra ainda sua situação política pouco confortável junto à monarquia.

No memorial, Lorenzo Ricci apresenta a Companhia afirmando que os inicianos viviam aquele momento “com extrema dor e sentimento” devido aos acontecimentos que estavam ocorrendo. Afirma que após o breve de Benedicto XIV determinando a reforma sob o comando do cardeal Saldanha, haviam sido transformados em “réus de negociação” sem ao menos terem sido ouvidos. Souberam do determinado quando viram o edito pregado nas portas das igrejas em Lisboa. Logo, não tiveram como se defender. Foram proibidos de pregar e confessar em claro desrespeito ao edito de Clemente X, segundo o qual faltava aos bispos poder para proibir comunidades religiosas de realizarem esses sacramentos sem o aval do papa. A ordem estava sofrendo, mas “com humildade e submissão que devem”.²⁰

Tentando não piorar a situação junto ao monarca, afirmava que ele e seus ministros, assim como os cardeais, não eram responsáveis pelo que estava acontecendo, mas sugere que poderiam estar mal informados por “pessoas malévolas”. O geral aceitava que alguns poucos indivíduos poderiam ser culpados dos delitos de que estavam sendo acusados, mas não todos os religiosos. Pedia, assim, tratamento bondoso especialmente para aqueles “que em todas as outras partes do mundo empenhavam suas fadigas conforme a sua tênue possibilidade em promover a honra de Deus e a salvação dos próximos”.²¹

Continuava o documento informando que os padres superiores sempre insistiram que os religiosos se mantivessem no caminho correto, mas que nada sabiam sobre os delitos cometidos.

E depois que tiveram notícia de que aqueles padres tinham incorrido em ofensa de sua majestade fidelíssima, tem experimentado uma extrema dor, tem suplicado se lhe dê uma notícia particular, assim dos delitos, como dos réus, oferecendo a sua majestade, que dariam a estes as penas merecidas, e que também enviariam, ainda que fosse de países estrangeiros, as mais aptas e acreditadas pessoas da religião como visitantes, para tirarem os abusos que se tivessem introduzido. Porém as humildes súplicas e oferecimento dos superiores não tem sido dignos de serem atendidos.²²

O geral afirmava que confiava no cardeal Saldanha, mas que tinha medo de que a reforma fosse causadora de maiores distúrbios, principalmente nas possessões. Seu receio era o de que pessoas “pouco inteiradas das instituições regulares ou não bem-intencionadas” poderiam fazer um grande dano a Companhia caso fossem escolhidas para serem os reformadores locais. Terminava sua missiva pedindo ao papa que intercedesse para que os inocentes pudessem ser ouvidos e que os réus fossem corrigidos “para crédito de toda a religião; para que esta não fique inútil a promover o serviço de Deus e a salvação das almas”.²³

Analisando o documento como um todo, pode-se observar que as ideias que o padre superior dos jesuítas fez questão de destacar em sua carta foram a humildade e

²⁰ Memorial apresentado pelo padre geral da Companhia de Jesus, p. 389

²¹ Memorial apresentado pelo padre geral da Companhia de Jesus, p. 389

²² Memorial apresentado pelo padre geral da Companhia de Jesus, p. 390.

²³ Memorial apresentado pelo padre geral da Companhia de Jesus, p. 390.

súplica e que os sentimentos elencados foram os de dor, sofrimento e consternação. A primeira ideia aparece em suas variadas formas: humildemente, com humildade, humildes e a segunda sempre no sentido de demonstrar que o padre geral clamava a benevolência do papa para a sua ordem.

De acordo com Garcia Arenas, novamente a influência, as ameaças e o suborno do embaixador português Francisco Almada foram essenciais. Ele alegava que caso a reforma fosse suspensa, o rei português expulsaria definitivamente os jesuítas do reino.²⁴ Tentando encontrar uma solução diplomática, o papa enviou o memorial do padre Ricci para avaliação por uma congregação de cardeais e o resultado foi um parecer nada favorável aos inicianos.²⁵

A congregação, após a análise do documento, decidiu que a escolha do cardeal Saldanha pelo papa Benedito XIV havia sido acertada porque ele era

Pessoa douto, e maior de toda a exceção, assim por sua dignidade a mais próxima ao papa, como pela maior facilidade para averiguar as matérias, e informar-se delas pela sua imparcialidade, achando-se desapaixonada e sem empenho por alguma das partes; como por ser este eminentíssimo homem sumamente exato, cheio de verdadeiro zelo eclesiástico, de devida submissão a cabeça da igreja católica.²⁶

Para os membros dessa congregação, o cardeal Saldanha havia sido bem claro em seu edito ao afirmar que os jesuítas eram “réus de negociação e de mercancia”. Afirmaram ainda que o memorial do geral dos jesuítas, dirigido contra o edito do cardeal, poderia ser dividido em duas partes: uma de desculpas e a outra de súplicas. Na primeira, o superior havia seguido a máxima de que os homens têm dificuldades de “se confessarem delinquentes” e isso estava de acordo com as súplicas feitas por todos os réus. A congregação era de opinião que os trâmites da reforma deveriam continuar para não “causar injúria ao cardeal reformador” e para não provocar “descrédito e desdouro da santa sede”. Além do mais, não eram os réus que estavam se apresentando, mas sim os seus superiores que alegavam desconhecer as faltas daqueles.

Na segunda parte do documento, ou seja, na súplica, o padre geral pedia que os inocentes não fossem castigados, que os delinquentes recebessem emendas e que o crédito de toda a religião fosse salvo. Os congregados afirmaram no tocante aos dois primeiros pedidos que a justiça faria isso, mas questiona se o juiz, no caso, o reformador, poderia apenas repreender os réus ou, se pelo contrário, não teria que cumprir as regras penais e lhes imputar uma pena. Quanto ao crédito da religião, caberia à reforma esse papel, caso ela fosse executada. Caso os religiosos tentassem impedir ou atrasar a reforma, “será possível enganar uns poucos; porém não ao público: e assim se desacreditará mais que nunca a religião da Companhia”.²⁷

Sobre a alegação de que os jesuítas tinham sido proibidos de pregar e de confessar, os cardeais da congregação acharam que as ordens de Saldanha estavam

²⁴ MAR, García Arenas. Los antecedentes de un exilio: la expulsión de los jesuitas de Brasil y su llegada a los estados pontificios (1759-1760). *Trocadero*, nº 25 (2013), ISSN 0214-4212, pp. 1-18.

²⁵ Parecer que deu a congregação sobre o conteúdo no memorial antecedente, tendo-lhe sido remetido por sua santidade para que o examinasse. In: *História do reinado de el-rei Dom José e da administração do Marquês de Pombal*, p. 391.

²⁶ Parecer que deu a congregação sobre o conteúdo no memorial antecedente, p. 391.

²⁷ Parecer que deu a congregação sobre o conteúdo no memorial antecedente, p. 393.

corretas porque os padres que não respeitavam os preceitos divinos, as doutrinas, os cânones e as bulas papais não poderiam ficar responsáveis pelas almas dos fiéis. Como não acreditaram que o cardeal Saldanha não tivesse ouvido aos próprios jesuítas, acharam por bem que a reforma prosseguisse sem ao menos enviar o memorial a ele para não interferir nos rumos da justiça. Evitavam assim, “não desairar um cardeal tão digno, depois do primeiro decreto. Além do que não há fundamento algum para dar um passo tão irregular e tão pouco decoroso à santa sede”.²⁸

Pode-se pensar que a reforma da Companhia não seria suficiente para o Marquês de Pombal. Era apenas uma face de seu projeto de destruição da ordem. Era a face religiosa que lhe daria justificativas perante a sociedade, mas ela por si só não lhe bastava. Era preciso continuar desmontando o aparato jesuítico, daí ter continuado por maneiras diferentes suas políticas de aniquilação. O ápice foi acusa-los de terem sido os mandantes e responsáveis pela tentativa de regicídio do ano de 1758 e o decreto de sua expulsão em 3 de setembro de 1759.

A reforma da Companhia decretada em 1 de abril de 1758 era, portanto, apenas um dos braços da política antijesuítica de Pombal. No caso das terras da conquista, foi atropelada por novos acontecimentos e pela expulsão dos religiosos.

3. A reforma no Rio de Janeiro

O responsável por implementar a reforma na capitania do Rio de Janeiro foi o bispo D. Antonio do Desterro. Seu bispado está ligado diretamente aos rumos tomados pelo império português na segunda metade do século XVIII, mais precisamente, com as políticas estabelecidas pelo rei D. José I e seu poderoso secretário de Estado, Sebastião José de Carvalho e Melo.

O bispo Desterro, assim como vários outros religiosos, assumiu claramente uma política alinhada às diretrizes pombalinas. Eduardo Franco, demonstrou como as práticas antijesuíticas de Pombal foram aceitas pelos dirigentes da Igreja, quer por acreditarem nas “comprovações” exibidas, quer, talvez, por bajulação ao poderoso secretário de Estado. Os poucos que tentaram esboçar alguma resistência ou questionar suas atitudes foram punidos.²⁹ Contudo, é importante também não perder de vista que essa sociedade era movida pelas noções de antigo regime, onde cada qual tinha uma posição social a cumprir e todos deviam obediência ao monarca, cabeça do reinado e responsável pela manutenção da harmonia, da paz e da saúde do reino. Contudo, para que essa harmonia social funcionasse, eram necessárias as trocas de favores, as mercês e os acordos, a fim de ajustar os interesses das partes envolvidas. Logo, parte das políticas executadas por Pombal, também atendiam aos interesses de determinados grupos

²⁸ Parecer que deu a congregação sobre o conteúdo no memorial antecedente, p. 393.

²⁹ FRANCO, Eduardo. O “terremoto” pombalino e a campanha de “desjesuitização” de Portugal. *Lusitania Sacra*, 2ª. Série, 18, 2006, p. 147-218. Ainda que a historiografia tenha mantido há muitos anos a ideia de que o arcebispo da Bahia, D. José Botelho de Matos tivesse protegido aos jesuítas em sua capitania e que por isso, tenha sido retirado com mais de 80 anos do cargo e ficado à mingua, há pesquisas que apontam para o fato de que ele havia pedido sua saída meses antes do atentado ao rei e que durante toda a sua vida recebeu a cômputa a que tinha direito, mesmo tendo apresentado uma devassa com cerca de 80 depoimentos inocentando os jesuítas de praticarem comércio. SOUZA, Evergton Sales. D. José Botelho de Mattos, arcebispo da Bahia, e a expulsão dos jesuítas (1758-1760). *Varia História*, Belo Horizonte, vol. 24, nº 40: p.729-746, jul/dez 2008.

sociais. Dessa maneira, aqueles que tinham inimizades com os jesuítas se aproveitaram do apoio das autoridades para atacá-los.

Por enquanto, é difícil afirmar com certeza, o que teria levado o bispo Dom Antonio do Desterro a atuar com tanta energia contra os padres jesuítas da capitania.³⁰ José Caeiro, jesuíta que escreveu sua obra já no exílio, relatando a expulsão da América portuguesa, afirma que o bispo e os padres do colégio do Rio de Janeiro mantinham há anos relações amistosas e que Desterro,

Até ali servira-se da coadjuvação ininterrupta dos jesuítas; a eles enviava antes a preparar as almas, todas as vezes que saía a fazer a visita pastoral; a eles consultava também, tanto verbalmente como por escrito, mesmo nas coisas mais insignificantes.³¹

Caeiro informava também que o bispo utilizava o paço episcopal para a realização assídua de “vendas de alaias sagradas”. Logo, não seria ele um bom exemplo de retidão e que ele trouxera

Ainda a público o lixo e as imundices que aos libelos carvalianos fora recolher. E, como se não fossem bastantes aquelas imundices, que grandemente o deveriam fazer estomagar, ainda satisfiz as suas ânsias de caluniador, eructando do seu interior bem pouco limpo e por conta própria outras vezes, que não foram macular a inocência dos jesuítas, mas a dignidade própria de sua pessoa.³²

Serafim Leite apontou para uma outra possibilidade. Segundo ele, haveria uma demanda judicial entre os jesuítas e a ordem do bispo, os beneditinos em Campo dos Goitacazes. Desterro teria, então, aproveitado para se vingar.³³

Com a notícia da expulsão dos jesuítas de todo o império português e a ordem de prisão dos que atuavam no Rio de Janeiro no seu colégio no Morro do Castelo, o bispo do Desterro começou a publicar uma série de pastorais e documentos demonstrando o quanto aqueles padres eram prejudiciais aos interesses de colonos, das autoridades e da coroa. Quando recebeu a incumbência de realizar a reforma da Companhia de Jesus na capitania, foi incansável na luta para provar que estavam completamente

³⁰ Desterro não foi o único a mudar de comportamento com os jesuítas. Muitos o fizeram e pode-se creditar isso à necessidade de não desagradar as autoridades e ao rei, mas também a possível crença de que pelo menos parte das acusações poderiam ser verdadeiras. Havia ainda, a percepção de que era o momento correto para diminuir a influência e poder que a ordem possuía nas regiões onde atuavam, controlando terras e homens.

³¹ ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Primeira publicação após 160 anos do manuscrito inédito de José Caeiro sobre os Jesuítas do Brasil e da Índia na perseguição do Marquês de Pombal (século XVIII). p. 201.

³² ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Primeira publicação após 160 anos do manuscrito inédito de José Caeiro, p. 203-205.

³³ LEITE, Serafim. *História da Companhia de Jesus no Brasil*. São Paulo: Edições Loyola, 2004, vol. 6, p. 443. Na realidade, desde pelo menos o ano de 1667, beneditinos e jesuítas tinham disputas locais por terras e gados e os escravos de uns e de outros atacavam as propriedades. O rei ordenava sempre que os religiosos se comportassem como tal e parassem as disputas, mas em 1734 novamente iniciaram uma contenda local e desta vez o monarca ordenou que eles resolvessem as diferenças na justiça. Cf: Arquivo Nacional. Secretaria do Estado do Brasil. Cód 77 Volume: 4, 1693 a 1699. Carta do rei para Dom Pedro Mascarenhas em 25 de junho de 1667; Publicações Históricas, vol. 1 – Catálogo das Cartas Régias, provisões, alvarás, avisos, portarias, etc 1662-1821. Carta do rei para governador da capitania do Rio de Janeiro em 25 de maio de 1667; Arquivo Nacional. Correspondência dos governadores da capitania do Rio de Janeiro. Carta régia para o capitão mor de Cabo Frio em 2 de agosto de 1734. Códice 87, vol. 11 (1734-1735).

corrompidos. Tanto seus editos e pastorais quanto sua correspondência com as autoridades em Portugal permitem identificar essa posição.

No início do mês de novembro de 1759 os padres que haviam sido presos nas fazendas, residências e aldeamentos foram encaminhados para o colégio do Rio e lá ficaram incomunicáveis. Desterro, já no dia 8 do mesmo mês, publicou uma pastoral onde ordenava aos párocos que não permitissem nas igrejas, capelas e oratórios a presença de padres jesuítas e proibia a comunicação de qualquer um com eles. O documento começava com uma apresentação sobre a tentativa de regicídio, demonstrando que os agressores haviam sido punidos, mas os mentores não. Para o bispo, a Companhia era um veneno, ainda mais porque era muito estimada e favorecida pelos reis e mesmo assim havia dado à luz “a um aborto tão enorme, monstruoso e horrível”. Existiam provas de sua traição, bárbaras maldades, escândalos e desordens. Eram seres “destrutivos da paz e sossego do reino e da sociedade civil”. E como o “fomento de doutrinas erradas tem a natureza de peste, que infecciona sem se sentir e só se experimenta o dano quando o remédio se tem feito impossível ou mui dificultoso. Ordenava “para que não se infeccion[assem] com esse mortífero contágio”. O povo não deveria ter qualquer contato com os padres e esses estariam impedidos de pregar e confessar em qualquer igreja, capela ou oratórios.³⁴ O estranho dessa ordem era que os padres nessa altura, já estavam presos e incomunicáveis dentro do colégio. Logo, não poderiam realizar nenhuma atividade, religiosa ou não, na capitania.

No dia 17 de novembro, o bispo mandou publicar uma carta régia informando que, em Lisboa, os padres da Companhia haviam sido julgados como mentores na tentativa de regicídio. Em função disso, novamente Desterro ordenava que nenhuma pessoa deveria se dirigir aos religiosos.³⁵

A cronologia dos fatos que ligam Desterro à reforma da Companhia de Jesus no Rio de Janeiro é bastante lacunar. Parece que entre a deflagração da reforma em Portugal até seu cumprimento em terras da conquista, passou um significativo tempo, podendo sugerir que não havia intenção inicial que a tal reforma abrangesse todas as regiões do império. Poderiam ainda estar esperando os resultados no reino para definirem as melhores opções para as outras regiões que compunham o império luso. Ou ainda, que alguém pudesse estar tentando ganhar tempo a favor dos padres. Em função de vários “atrasos”, a reforma da Companhia no bispado do Rio de Janeiro só começou quando os padres já estavam presos e incomunicáveis, desde novembro de 1759.

Por meio da documentação produzida pelo próprio bispo, é possível acompanhar suas atitudes com relação aos jesuítas. No dia 3 de março de 1760, em uma carta endereçada ao conde de Oeiras, ele fez um panorama da situação até aquele momento.

³⁴ Pastoral que Vossa Excelência reverendíssima é servido mandar passar para que os párocos desse bispado não consintam que nas suas igrejas, capelas e oratórios filais pregue ou confesse religioso algum da Companhia de Jesus e proíbe a todos os seus súditos a comunicação com os ditos na forma acima. 8 de novembro de 1759. Disponível em: <https://archive.org/se-arch.php?query=title%3A%28Op%C3%BAsculos%20hist%C3%B3ricos%29>

³⁵ Edital em que V. Excelência reverendíssima faz patente e publica a carta régia que S. Majestade foi servido escrever lhe sobre os religiosos da Companhia de Jesus e segunda vez proíbe a comunicação com os ditos na forma acima. Disponível em: <https://archive.org/se-arch.php?query=title%3A%28Op%C3%BAsculos%20hist%C3%B3ricos%29>

Começou sua missiva/relatório informando que a ordem para embarcar os padres expulsos que estavam no colégio do Rio de Janeiro havia chegado no dia 24 de janeiro de 1760. Esclarecia que tivera pouco tempo para realizar a reforma, mas que havia feito o possível para cumprir as ordens recebidas.³⁶

Quando sua nomeação como reformador no bispado chegou à cidade, em fins de dezembro de 1759, solicitou ao governador um ministro que fosse ao colégio dos jesuítas intimar aos seus superiores informando-lhes sobre a reforma e sobre o escolhido para o cargo de reformador. Para essa missão foi determinado o desembargador Manoel da Fonseca Brandão, “ministro de letras, capacidade e inteireza e grandemente zeloso do real serviço de S. majestade”.³⁷

O resultado do trabalho de Desterro no cumprimento da reforma se materializou juridicamente com a instauração de um processo judicial para a investigação e apuração das respectivas responsabilidades na situação em questão. Nessa devassa, o bispo interrogou 43 pessoas que viviam na capitania do Rio de Janeiro. Segundo ele, eram todos homens honrados e sem nenhum conflito prévio com os padres da Companhia. Portanto, não tinham porque mentir sobre o comportamento deles. Segundo o bispo, sempre que alguém tinha algum questionamento ou querela com os padres havia sido dispensado do interrogatório.

A devassa era composta por perguntas iguais que seriam feitas aos depoentes nas diferentes capitanias na América portuguesa. Eram oito perguntas envolvendo vários aspectos sobre o cotidiano dos padres e de suas relações sociais, econômicas e políticas. Eram feitas de maneira a direcionar a resposta, não permitindo muita liberdade para os depoentes. O interrogatório era, portanto, direcionado para a obtenção de determinadas respostas (anexo 1).

Conforme já visto, por diferentes problemas burocráticos, a reforma só teve início na América portuguesa após a prisão dos jesuítas ocasionada pela ordem de expulsão de 1759. Ou seja, a reforma havia perdido o seu objetivo e não serviria de absolutamente nada, pois o monarca já havia decretado a expulsão dos religiosos. Mesmo assim, ela foi realizada. Estavam claramente em curso vários mecanismos visando macular a imagem da Companhia de Jesus. Para tanto foram elaborados inúmeros documentos e, dentre eles, as devassas que procuravam comprovar todas as denúncias de que os jesuítas eram acusados. E aí, reside um dos problemas dessa fonte e, consequentemente, de cuidados em seu uso.

Longe está o tempo em que se acreditava que alguma fonte histórica pudesse ser isenta, neutra ou conter a verdade sobre determinado assunto. Todavia, algumas fontes, por suas próprias características, são mais propensas a ter registrado apenas um dos lados das versões ou ainda, registrar algo pré-determinado definido antes mesmo de sua elaboração. As devassas decorrentes da ordem de reforma da Companhia de Jesus se enquadram nesses parâmetros. Trata-se de uma documentação parcial feita no contexto de desestruturação da Companhia de Jesus e parte de um projeto político

³⁶No dia 14 de março de 1760, os 199 jesuítas embarcaram presos na Nau de Nossa Senhora do Livramento e São José com destino à Europa. O recibo passado pelo comandante da embarcação, Gaspar Pinheiro da Câmara Maciel, informava o embarque de todos os religiosos cujo porto de chegada seria Lisboa.

³⁷AHU. Ofício do Bispo do Rio de Janeiro, D. Antonio do Desterro ao conde de Oeiras, em 14 de março de 1760. Cx 59, doc. 5670.

pombalino para acabar com a influência desses religiosos em Portugal e em suas conquistas. São os próprios conflitos sociais envolvendo os padres, a população e as autoridades que propiciaram e deram subsídios para a documentação. Logo, por trás de toda a discussão sobre fazerem ou não os padres algo proibido pelas leis do reino ou de Deus, complexos processos sociais estavam presentes, demonstrando os conflitos e a pluralidade de vozes envolvidas nesses processos. É uma documentação feita para difamar a imagem da Companhia. Por meio de perguntas direcionadas às testemunhas, os religiosos foram descritos como negociantes, violentos com colonos, índios e negros, corruptos, falsificadores de documentos, ladrões, usurpadores e mantenedores de mancebias e de filhos. Todavia, por outro lado, comparando a devassa feita no Rio de Janeiro com a realizada no Espírito Santo, percebe-se que as respostas são muito próximas e apontam para comportamentos dos padres que não eram aceitos pelas duas sociedades. Além disso, as testemunhas fornecem nomes, sobrenomes, endereços das pessoas envolvidas nas declarações, dando uma possível veracidade ao que era dito.

Conclusão

A análise proposta aqui não buscou responder se os padres foram ou fizeram isso ou aquilo de que eram acusados. Seria impossível, porque cada lado defendia seu ponto de vista, tentando fazer com que a sua verdade aparecesse. Nos momentos que antecederam a expulsão, os jesuítas escreveram documentos, memoriais e cartas tentando demonstrar que não faziam nada de errado segundo os parâmetros cristãos ou de vassalos fieis. Enquanto isso, um exército de funcionários aliados de Pombal, exercitava inúmeras maneiras de desacreditá-los, criando as condições específicas para sua posterior expulsão.

Pela documentação discutida, que foi produzida pela coroa, pelo papa e seus representantes, assim como pelos inacianos, percebe-se que, tanto na batalha para acabar com o poder jesuítico, quanto na sua defesa, todas as partes lançaram mão de argumentos e ferramentas jurídicas, tentando convencer, por meio do direito e do seu feramental particular, da plausibilidade das suas demandas. Entretanto, os rumos dessa história já estavam definidos, restando poucas possibilidades para a Companhia de Jesus levar adiante os seus argumentos. Apesar de ter em seus quadros importantes juristas e teólogos, cujas autoridades poderiam ter contribuído para que prevalecessem os seus pontos de vista, quase nada puderam fazer, uma vez que se tratava de um projeto político que não os incluía, como antigamente.

Anexo

Interrogatório da devassa

Primeiro: Se sabem, ou ouviram dizer que os Religiosos da Companhia de Jesus neste Bispado têm faltado à observância regular dos seus estatutos, e inteiro cumprimento dos seus votos, tanto nos seus Conventos, Colégios, e Casas de residência, como fora deles. Segundo: enquanto ao voto da pobreza, se são comerciantes, fazendo negociações públicas, ou particulares: se compravam por menos para venderem por mais, e se faziam conduzir fazendas, ou outro algum gênero de uma para outra parte por interesses, lucros, ou câmbios, contratando por si, ou por diversas

peçoas, ainda pelos seus mesmos escravos, fazendo fábricas, manufaturas, ou artefatos por intuito meramente de negócio. Terceiro: Se vexavam aos povos, especialmente aos seus vizinhos com demandas injustas, para lhes tirarem as terras, que lhes não pertenciam; e se para terem Sentenças a seu favor nisto, ou em outra qualquer cousa procuravam, e induziam testemunhas falsas, ou se com dinheiro, e dádivas moviam aos Oficiais de justiça, e a outras quaisquer pessoas, que para isso concorressem, conseguindo com falsidades o que lhes não era devido por justiça; ou se para este fim das suas conveniências particulares, e injustas usavam de papéis falsos, como escrituras, ou outros quaisquer documentos falsificados. Quarto: Enquanto ao voto da obediência, se ensinavam, ou praticavam ritos, doutrinas falsas, ou opiniões errôneas contra os Decretos Canônicos, Concílios Gerais, Bulas Pontifícias, e contra as Leis de Sua Majestade Fidelíssima, opondo-se com qualquer pretexto a sua inviolável observância, ou persuadindo, movendo, e aconselhando a alguma pessoa para que os não cumprisse com a devida, e necessária obediência. Quinto: Se eram arrogantes, querendo que todos lhe fossem subordinados, ainda contra o que entendiam; tendo por inimigos da Companhia a todos aqueles, que não condescendiam com as suas vontades, e não lhes obedeciam; e se a estes por vingança procuravam fazer-lhes o mal, que podiam, pretendendo os tais Padres com o seu poder, e malevolência ser de todos temidos, e obedecidos, compelindo-os por estes meios injustos à falta da observância das Leis Divinas, e humanas, e só a cumprirem indefectivamente os preceitos das suas vontades, e os meios dos seus interesses. Sexto: Sobre o voto da castidade: se vivem, ou se viveram castamente nas Cidades, Vilas, Fazendas, e Aldeias que administravam: se tinham, ou tiveram tratos menos lícitos, e continuados com pessoas, que podiam causar algum perigo próximo de pecado; e se nas conversações, e trato comum eram honestos, ou se falavam, e aconselhavam alguma cousa, que causasse escândalo nesta matéria da castidade. Sétimo: Se nas suas Aldeias, em que serviam de Párocos aos Índios, que administravam, cumpriam inteiramente as suas obrigações, não só vivendo com observância regular dos votos, que professavam, mas também no que lhes pertencia pelo Ofício de Pastores, ensinando os rudimentos da Nossa Santa Fé Católica, pregando-lhes as verdades Evangélicas, e preceitos da Igreja, persuadindo-os, e movendo-os a esta indefectível observância, administrando-lhes os Sacramentos, e o demais pasto espiritual sem negligência, e omissão. Oitavo: Se tratavam aos Índios com caridades, sem lhes perturbar, ou impedir o uso das suas liberdades, proibindo-lhes a comunicação com as pessoas brancas, e que estas fossem padrinhos de seus filhos; e se fora necessário para a cônica sustentação dos Padres, que lhes administravam as Aldeias, os compeliavam com castigos a trabalhar, usurpando-lhes os lucros dos seus trabalhos, e rendimentos das suas propriedades; e se com efeito os castigavam com crueldade, prendendo-os, flagelando-os, e degradando-os de uma para outra parte, excedendo nisto os limites de uma paternal correção. Se também exercitavam com eles jurisdição, não só política, e moral, mas também civil, e criminal; sendo seus Legisladores, e Juizes, decidindo as suas controvérsias, e contratos, punindo-lhes os seus delitos sem intervenção de justiça alguma eclesiástica, ou secular.

Fontes

Relação abreviada da república que os religiosos jesuítas das províncias de Portugal e Espanha estabeleceram nos domínios ultramarinos das duas monarquias, e da guerra que neles têm movido e sustentado contra os exércitos espanhóis e portugueses; formado pelos registros das secretarias dos dois respectivos principais comissários e plenipotenciário, e por outros documentos autênticos. Lisboa, 1757.

Instrução que sua majestade fidelíssima mandou expedir em oito de outubro de 1757 a Francisco de Almada de Mendonça, seu ministro na corte de Roma, sobre as desordens que os religiosos jesuítas tinham feito no Reino e no Brasil, para as representar ao santíssimo padre Benedito XIV com a relação abreviada dos insultos que os mesmos religiosos haviam feito no Norte e o Sul da América portuguesa. Belém, oito de outubro de 1757. Dom Luiz da Cunha – Senhor Francisco de Almada de Mendonça. In: *Gabinete histórico que a sua majestade fidelíssima o senhor rei d. Miguel I em os dias de seus felicíssimos anos 26 de outubro de 1828 oferece Fr. Claudio da Conceição*. Tomo XIV, referente ao ano de 1759. Lisboa Impressão Regia, 1829, p. 110 e ss.

Carta dirigida na data de dez de fevereiro de 1758 a Francisco de Almada de Mendonça, Ministro de Sua Majestade Fidelíssima na cúria de Roma, informando-o das desordens que até aquele tempo haviam acumulado os religiosos da Companhia de Jesus, aos muitos absurdos, em que se tinham precipitado nos Domínios Ultramarinos desta Monarquia, quando Sua Majestade se viu obrigado a informar o Santíssimo Padre Benedito XIV dos insultos dos ditos religiosos pela outra carta instrutiva de 8 de Outubro de 1757. In: *Gabinete histórico que a sua majestade fidelíssima o senhor rei d. Miguel I.* p. 123 e ss.

Breve de 1 de abril de 1758 pelo qual o santo padre Benedito XIV sobre as instancias de el rei fidelíssimo, conteúdas nas duas cartas acima indicadas constituiu o eminentíssimo e reverendíssimo cardeal Saldanha, visitador e reformados geral da Companhia de Jesus nesses reinos de Portugal e dos Algarves e todos os seus domínios. Roma, em Santa Maria Maior, debaixo do anel do pescador, em 1 de abril de 1758 e decimo oitavo de nosso pontificado. In: SORIANO, Simão José Luz. *História do reinado de el-rei Dom José e da administração do Marquês de Pombal*. Lisboa: Typ. Universal de Thomaz Quintino Antunes, vol. 2, 1867, p. 371.

Memorial apresentado pelo padre geral da Companhia de Jesus a sua santidade em 31 de julho de 1758. In: SORIANO, Simão José Luz. *História do reinado de el-rei Dom José e da administração do Marquês de Pombal*. Lisboa: Typ. Universal de Thomaz Quintino Antunes, vol. 2, 1867, p. 388-390.

Parecer que deu a congregação sobre o conteúdo no memorial antecedente, tendo-lhe sido remetido por sua santidade para que o examinasse. In: *História do reinado de el-rei Dom José e da administração do Marquês de Pombal*, p. 391.

Arquivo Nacional. Secretaria do Estado do Brasil. Cód 77 Volume: 4, 1693 a 1699. Carta do rei para Dom Pedro Mascarenhas em 25 de junho de 1667; Publicações Históricas, vol. 1 – Catálogo das Cartas Régias, provisões, alvarás, avisos, portarias, etc 1662-1821. Carta do rei para governador da capitania do Rio de Janeiro em 25 de maio de 1667; Arquivo Nacional. Correspondência dos governadores da capitania do Rio de Janeiro. Carta régia para o capitão mor de Cabo Frio em 2 de agosto de 1734. Códice 87, vol. 11 (1734-1735).

Pastoral que Vossa Excelência reverendíssima é servido mandar passar para que os párcos desse bispado não consintam que nas suas igrejas, capelas e oratórios filais pregue ou confesse religioso algum da Companhia de Jesus e proíbe a todos os seus súditos a comunicação com os ditos na forma acima. 8 de novembro de 1759. Disponível em: <https://archive.org/search.php?query=title%3A%28Op%C3%BAsculos%20hist%C3%B3ricos%29>

Edital em que V. Excelência reverendíssima faz patente e publica a carta régia que S. Majestade foi servido escrever lhe sobre os religiosos da Companhia de Jesus e segunda vez proíbe a comunicação com os ditos na forma acima. Disponível em: <https://archive.org/search.php?query=title%3A%28Op%C3%BAsculos%20hist%C3%B3ricos%29>

AHU. Ofício do Bispo do Rio de Janeiro, D. Antonio do Desterro ao conde de Oeiras, em 14 de março de 1760. Cx 59, doc. 5670.

Referências bibliográficas

ACADEMIA BRASILEIRA DE LETRAS. Primeira publicação após 160 anos do manuscrito inédito de José Caetano sobre os Jesuítas do Brasil e da Índia na perseguição do Marquês de Pombal (século XVIII). Bahia, Escola Tipográfica Salesiana, 1936.

ALDEN, Dauril. Aspectos econômicos da expulsão dos jesuítas do Brasil: notícia preliminar. In: Conflito e continuidade na sociedade brasileira. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1970.

ALDEN, Dauril. The Making of an enterprise: The Society of Jesus in Portugal, its Empire and Beyond 1540-1750. California: Stanford University Press, 1996.

ASSIS, Emanuel César Pires de. Atribuição de autoria utilizando análises estatísticas: uma experiência com a Relação Abreviada. Texto Digital, Florianópolis, v9, n. 1, p. 24-53, jan./jul. 2013.

CARVALHO, Marieta Pinheiro de e SARMIENTO, Érica. As reformas borbônicas e josefinas e a expulsão dos jesuítas na Ibéria setecentista. In: AMANTINO, M.; FLECK, E.C.D.; ENGEMANN, C. A Companhia de Jesus na América por seus colégios e fazendas: aproximações entre Brasil e Argentina, século XVIII. Rio de Janeiro: Garamond, 2015.

FRANCO, José Eduardo. O Mito dos Jesuítas: Em Portugal, no Brasil e no Oriente, séculos XVI a XX. Lisboa: Gradiva, 2006.

FRANCO, Eduardo. O “terremoto” pombalino e a campanha de “desjesuitização” de Portugal. Lusitania Sacra, 2ª. Série, 18, 2006, p. 147-218.

HESPANHA, Antonio Manuel e SUBTIL, José Manuel. Corporativismo e Estado de polícia como modelos de governo das sociedades euro-americanas do Antigo Regime. In: FRAGOSO, João e GOUVEIA, Maria de Fátima. Brasil colonial. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2014.

GOLIN, Tau. A Guerra Guaranítica (1750-1756). Porto Alegre: Ed. da Universidade; Passo Fundo: UPF Editora, 1998.

___ A Guerra Guaranítica; o levante indígena que desafiou Portugal e Espanha. São Paulo: Terceiro Nome, 2014.

LEITE, Serafim. História da Companhia de Jesus no Brasil. São Paulo: Edições Loyola, 2004, vol. 6, p. 443.

MAR, García Arenas. Los antecedentes de un exilio: la expulsión de los jesuitas de Brasil y su llegada a los estados pontificios (1759-1760). Trocadero, nº 25 (2013), ISSN 0214-4212, pp. 1-18.

SOUZA, Evergton Sales. D. José Botelho de Mattos, arcebispo da Bahia, e a expulsão dos jesuítas (1758-1760). Varia História, Belo Horizonte, vol. 24, nº 40: p.729-746, jul/dez 2008.



RECEPCIÓN JURÍDICA NOVOHISPANA: LA CONCIENCIA DEL JUEZ EN LA OBRA DE JERÓNIMO MORENO (SIGLO XVII)

Oscar Hernández Santiago

Resumen

Este artículo examina o problema da consciência do juiz através do manual de confesores, escrito pelo religioso dominicano Jerónimo Moreno. Pretende-se mostrar a circulação de uma literatura religiosa específica na Nova Espanha que, paralelamente às obras jurídicas, normava a conduta dos súbditos na Monarquia Católica.

Palabras-chave

Consciência, Jerónimo Moreno, Nova Espanha

Abstract

This article examines the problem of the conscience of the judge in a manual for confession written by the dominican religious Jerónimo Moreno. It pretends to show the circulation in the New Spain of a religious literature, besides the legal books, ruled the behavior of the subjects in the Catholic Monarchy.

Keywords

Conscience, Jerónimo Moreno, New Spain.

1. Introducción

Hace algunos años, Jorge Malem lanzaba una sugerente pregunta a la comunidad jurídica: ¿pueden las malas personas ser buenos jueces?¹ El cuestionamiento no era nada trivial, pues señalaba, con oportuno tino, un tema poco estudiado hasta ese momento en la literatura legal: la deontología de los jueces.

Aun con la originalidad de la pregunta, Malem no era el primero en plantear ese dilema, con anterioridad, otros juristas habían cuestionado las virtudes que debía poseer quien aspirara a la judicatura, una profesión cuyo sustrato cultural más profundo la identificaba con un *sacerdos iuris*, una metáfora que resumía unas funciones cercanas a lo divino: "*cuium merito quis nos sacerdotes apellet*".²

En ese pasado jurídico del Antiguo Régimen, la pregunta era aún más válida, ya que el juez era un auténtico forjador del derecho, es decir, no se encontraba subordinado, como en la modernidad, a las exigencias de la ley, sino que poseía un margen de

¹ MALEM, Jorge. ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? *Doxa*. n. 24. 2001, pp. 379-403.

² JACOB, Robert. *La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente*. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017; LAINGUI, André. *L'ordo iudiciarius selon Saint Thomas*. GIULIANI, Alessandro y PICARDI, Nicolà (coords.). *Modelli storici della procedura continentali*. Milán: Edizione Scientifiche Italiane. 1994, pp. 37-47.

discrecionalidad para decidir (ante la ausencia de una ley o una antinomia), sustentado en su arbitrio judicial, una facultad creativa y ponderativa que tenía límites racionales en la equidad y la ley natural.³

Sobre las vicisitudes judiciales acaecidas en las Indias, juristas y teólogos disertaron en diversos trabajos sobre estos asuntos, con las mismas preguntas que sus homólogos europeos pero desde la singularidad de la realidad americana. En especial, uno de los temas de gran resonancia en el orbe indiano, y de conocida raigambre medieval, fue el de la conciencia del juez.⁴

Las siguientes líneas se proponen explorar los cuestionamientos sobre la conciencia del juez en el manual para confesores *Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros de justicia de las Indias*, del religioso Jerónimo Moreno, cuyas páginas reflejaban un hondo rechazo a los jueces ímprobos que con sus conductas deshonestas afectaban a la comunidad cristiana, especialmente a los indios. El tema permite así advertir cómo los debates castellanos y europeos encontraban eco en los territorios indios, adaptados a una realidad diversa y particular, pues, como ha afirmado Clifford Geertz, “el derecho es un conocimiento local, local no únicamente por lo que hace al lugar, tiempo clase y variedad de resultados, sino en referencia a sus acentos”.⁵

La obra que se analiza es fruto de una literatura de contenido religioso pero de claras consecuencias jurídicas. Sus objetivos iban dirigidos al disciplinamiento de los oficiales de justicia en su *forum internum*, una cuestión de vital trascendencia en la Nueva España, como lo testimonia la amplia variedad de confesionarios y catecismos impresos durante el siglo XVI en lenguas indígenas y castellana y de gran circulación en América.⁶

Aunque en el siglo XVII las instituciones castellanas habían sido ya consolidadas, existían innumerables protestas sobre las correctas actividades de los oficiales de justicia de la Monarquía, quienes eran los encargados de mover la “maquinaria judicial”, la cual, expresaba Benito Jerónimo Feijoo, era imprescindible para entender el adecuado funcionamiento de Thémis: “[el tribunal] es una máquina, en que si falta, falsea o afloja el más menudo muelle, todos los movimientos serán desordenados”.⁷

³ SCHNAPPER, Bernard. *Les peines arbitraires*. París: Libraririe Générale de Droit et de Jurisprudence. 1975; BRAVO LIRA, Bernardino. Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación. *Revista de Historia del Derecho*. n. 28. 1991, pp. 7-22; MECCARELLI, Massimo. *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*. Milán: Giuffré Editore. 1998.

⁴ CARBASSE, Jean-Marie y DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (eds.). *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*. París: PUF. 2008; PADOA-SCHIOPPA, Antonio. *Italia ed Europa nella storia del diritto*. Milán: Il Mulino. 2003; WHITMANN, James. *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*. New Haven: Yale University Press. 2008; DECOCK, Wim. The judge’s conscience and the protection of the criminal defendant: moral safeguards against judicial arbitrariness. MARTJIN, G. *et al* (eds.). *From the judge’s arbitrium to the legality principle*. Berlín: Duncker und Humblot. 2013, pp. 69-94.

⁵ GEERTZ, Clifford. *Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas*. Barcelona: Paidós. 1994, p. 242.

⁶ CORCUERA DE MANCERA, Sonia. *Del amor al temor. Borrachez, catequesis y control social en la Nueva España (1555-1771)*. México: FCE. 1994; DANWERTH, Otto. La circulación de literatura normativa pragmática en Hispanoamérica (siglos XVI-XVII). DUVE, Thomas (coord.). *Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano*. Madrid: Dykinson. vol. I. 2017, pp. 359-391; FARRIS, Nancy. *Tongues of Fire. Language and Evangelization in Colonial Mexico*. Oxford: Oxford University Press. 2018.

⁷ FEIJOO, Jerónimo Benito. *Teatro crítico universal o discursos varios en todo género de materias, para desengaño de errores comunes*. Madrid: Real Compañía de Impresores. 1775, p. 263.

Por lo tanto, la obra de Jerónimo Moreno se desplegaba dentro de un amplio cúmulo de obras normativas requeridas no sólo como fuentes subsidiarias del derecho, sino que por sí mismas constituían una veta inestimable para el disciplinamiento de los súbditos novohispanos.

2. Conciencia y pecado

Desde el *big-bang* jurídico del siglo XIII, el naciente estamento de juristas inició el estudio sistematizado de la jurisprudencia, lo que derivaría en un proceso judicial racional que prescindió casi totalmente de las ordalías, fortaleció las cargas probatorias y afianzó al juez como la figura central.⁸

A partir de ese momento, los jueces serían escudriñados a detalle, pues eran los encargados de impartir el *ius suum cuique tribuere* (como lo ejemplificaba la conocida frase de las *Institutiones*) entre los súbditos. Cuando actuaban, lo hacían siempre a imagen y semejanza del rey, cuyos límites soberanos estaban delimitados por el derecho, tal y como lo indicaba el *Fuero Juzgo*: “mas aquel non regna piadosamente, quien non a misericordia. Doncas haciendo derecho el rey, debe aver nomne de rey; et haciendo torto, pierde nomne de rey. Onde los antigos dicen tal proverbio: rey seras, si ficieres derecho, et si non ficieres derecho, non seras rey”.⁹

Las *Siete Partidas*, cúmulo de la sapiencia jurídica medieval, también fueron respetuosas de ese conocimiento sedimentado en la tradición castellana con suficiente fuerza: “el rey debe guardar las leyes a su hechura y a su forma, porque recibe poder y razón para hacer justicia”.¹⁰ Sin embargo, el rey no podía desdoblarse en esta importante tarea y precisaba de auxiliares, es decir, de jueces, cuyo nombre “quiere decir como hombres buenos que son puestos para mandar y hacer derecho”.¹¹

Pero no sólo las leyes castellanas expresaban las condiciones para ser juez, los tratadistas hispanos insistían en la misma postura. Por ejemplo, para Jerónimo Castillo de Bobadilla quienes elegían a los jueces (entiéndase corregidores y alcaldes) debían tener sumo cuidado en la decisión, pues elegir de manera errada acarrearía la ira de Dios. Enumeraba también una gran cantidad de aptitudes para ser consagrado juez: amar a Dios y a la verdad, aborrecer a la avaricia, no ser soberbio ni hablador, tener templanza en la comida y en la bebida, ser honesto y recatado, ser manso y de buena conciencia.¹²

Él no era el único en solicitar que estos cargos fueran depositados en buenas conciencias. Unas décadas más tarde, esta representación permanecía vigente en el pensamiento de Lorenzo de Guardiola, quien destacaba las virtudes judiciales: “no soberbios, ni banderos: justicieros, esto es, amantes de la justicia, rectos y constantes en

⁸ BERMAN, Harold J. **La formación de la tradición jurídica de Occidente**. México: FCE. 1996, capítulo 3; VAN CAENEGEM, R. C. Reflexions on rational and irrational modes of proof in medieval Europe. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*. v. 58. 1990, pp. 263-279; The modernity of medieval law. *Tijdschrift voor rechtsgeschiedenis*. v. 68. 2000, pp. 313-329.

⁹ *Fuero Juzgo*. I, 1, 2. Sobre la imagen del rey justiciero véase: MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Faustino. Ecos crónísticos del rey-juez medieval. *Cuadernos de Historia del Derecho*. volumen extra. 2010, pp. 303-356.

¹⁰ *Siete Partidas*. I, 1, 15.

¹¹ *Siete Partidas*. III, 4, 1.

¹² CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. **Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de Paz, y de Guerra, y prelados en lo espiritual, y temporal entre legos, Jueces de Comisión, Regidores, Abogados y otros oficiales Públicos: y de las Jurisdicciones, Preeminencias, Residencias, y salarios de ellos: y de lo tocante á las Órdenes, y Caballeros de ellas**. Madrid: Imprenta de Joaquín Ibarra. 1759, p. 22.

administrarla conforme a las leyes: esto es, fuertes y animosos, no pusilánimes o de poco espíritu, aliento y brío para hacer justicia a todos, y perseguir los malhechores: leales, de buena fama, sin codicia, no avarientos, ni amigos de dádivas, presentes ni cohechos: sabios, prudentes, veraces o amantes de la verdad, y sobre todo temerosos de Dios y del Rey”.¹³

Por lo tanto, el juez, en su quehacer cotidiano, debía ser cauteloso y tener presente siempre la máxima bíblica: “No juzgues para no ser juzgado”.¹⁴ Esta frase, que se hallaba entonces en el epicentro de su actividad, lo obligaba a recordar las secuelas de sus actos en el juicio final. Para evitarlo, los jueces y sus subalternos debían seguir una senda recta en la que velaran por la correcta administración de justicia, pero no siempre acontecía así. Las mismas *Partidas* establecían graves penas para quienes cometieran actos deshonestos.¹⁵ Y si bien este derecho positivo los castigaba puntualmente, ¿qué sucedía con el *forum internum* de estos oficiales que no sólo incurrían en crímenes sino también en pecados?

Desde el siglo XIII, y después del Concilio de Letrán de 1215, surgió una literatura que indagaba en la conciencia de la feligresía, en los diversos motivos de los pecados y en las penitencias necesarias para lograr la expiación y alcanzar la vida eterna.¹⁶ En este preciso momento, las fronteras entre la teología y el derecho no habían sido completamente asentadas,¹⁷ por lo que el sujeto criminal del Antiguo Régimen guardaba múltiples similitudes con la figura del pecador.¹⁸

En la legislación alfonsí las diferencias también resultaban tenues, pues los crímenes eran identificados como pecados: “crimen en latín tanto quiere decir como pecado de género, que los homes facen errando la carrera por do deben ir para clamar amor a Dios et haciendo las cosas que a el peçan”.¹⁹

El pecado, al igual que el crimen, representaba el rompimiento del orden, de la ley humana y natural, era un acto que atacaba directamente a los mandamientos de

¹³ GUARDIOLA Y SANZ, Lorenzo de. **El corregidor perfecto, y juez dotado de las calidades necesarias**. Madrid: Imprenta Real. 2ª ed. 1796, p. 57.

¹⁴ Mateo 7:1

¹⁵ **Siete Partidas**. II, 22, 24.

¹⁶ DELUMEAU, Jean. **La confesión y el perdón**. Madrid: Alianza. 1992; GODMAN, Peter. **Paradoxes of Conscience in the High Middle Ages**. Cambridge: Cambridge University Press. 2009; MURRAY, Alexander. **Conscience and Authority in the Medieval Church**. Oxford: Oxford University Press. 2015; POTTS, Timothy C. **Conscience in Medieval Philosophy**. Cambridge: Cambridge University Press. 1980.

¹⁷ BOUREAU, Alain. Droit et théologie au XIIIe siècle. **Annales**. no. 6. Noviembre-Diciembre de 1992, p. 1113; EVANS, G. R. **Law and Theology in the Middle Ages**. Londres: Routledge. 2002; SEELMANN, Kurt. **Theologie und Jurisprudenz an der Schwelle zur Moderne. Die Geburt des neuzeitlichen Naturrechts in der iberischen Spätscholastik**. Nomos: Baden-Baden. 1997.

¹⁸ LAINGUI, André. Theologie morale, casuistique et droit pénal. Le juge criminel dans la Somme Theologique de Saint Thomas d'Aquin. **Houd voet bij Stuk**. Lovaina: F. Stevens-D. Van den Auweele. 1990, p. 481; CLAVERO, Bartolomé. Delito y pecado. Noción y escala de transgresiones. Bartolomé CLAVERO, Bartolomé y HESPANHA, Antonio Manuel. **Sexo barroco y otras transgresiones premodernas**. Madrid: Alianza. 1990, pp. 57-89; TRASLÓSHEROS HERNÁNDEZ, Jorge. El pecado y el delito. Notas para el estudio de la justicia criminal eclesíástica en la Nueva España del siglo XVII. **Alegatos**. no. 58. Septiembre-Diciembre de 2004, pp. 369-378. Para Alejandro Agüero la religión en el derecho del Antiguo Régimen, y más en específico en las Indias Occidentales: “[...] proporcionaba no sólo las bases doctrinales de mayor capacidad parenética (desde los textos sagrados hasta los catecismos y manuales para confesores, pasando por el prestigioso saber de los teólogos) sino también las formas institucionales más comunes de socialización y los medios más potentes de difusión (i. e. los sermones) y de control ideológico (i. e. la actividad represora del Santo Oficio)”. AGÜERO, Alejandro. Disciplina y control social: la justicia penal de los siglos XIII-XVIII. LORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús (coords.). **Manual de historia del derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012, p. 131.

¹⁹ **Siete Partidas**. I, 4, 64. Para un entendimiento de la noción de pecado en las *Partidas* véase: CRADDOCK, Jerry R. Los pecados veniales en las Partidas y en el Setenario: dos versiones de Graciano, Decretum D.25 c.3. **Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo**. no. 3. 1992, pp. 103-116.

Dios. Santo Tomás lo explicaba de este modo: “el pecado no es otra cosa que un acto humano malo”, es decir, se convierte en malo “por carecer de la debida medida”. Y esta medida del acto era doble: una próxima (la razón humana) y la ley eterna (la razón de Dios).²⁰

El binomio pecado-crímen debe ser entendido en relación con la capacidad volitiva de los individuos para actuar, es decir, la intención del hombre para decidir sobre sus acciones. Sin embargo, esta voluntad no necesariamente era exteriorizada, fue así como los tratadistas de la época distinguieron entre el *forum externum*, en el que determinados hechos con escándalo pertenecían a las penas corporales, del *forum internum*, que daba lugar a la penitencia sacramental. Esto es, la materialidad del delito, su exteriorización en el mundo externo, lo diferenciaría (pero no siempre) del pecado. Pedro Murillo se adhería a esta opinión y expresaba: “un delito puramente interno, nunca es castigado en el fuero externo [...] porque éste sólo tiene a Dios como vengador. Pero, el intento expresado ya con alguna acción externa debe ser castigado”.²¹

Mientras que la salvación en el foro externo se lograba a través de la pena, es decir, de la expiación de los crímenes, el foro interno quedaba a salvo del castigo corporal ya que no se objetivaba, sólo bajo la atenta mirada de Dios era sancionado. Esta aparente invisibilidad de los pecados no era un obstáculo para que la feligresía dejara de acudir a la confesión, pues, como bien ha explicado Andrés Lira haciendo referencia a la Nueva España, “una sociedad regida por el orden religioso, atormentada por la posibilidad de condenación eterna, hacía de los pecadores menesterosos sedientos de perdón, de la recuperación de la gracia por medio de la confesión y la penitencia, deseos del convencimiento del perdón y de la disminución de las penas que debían purgar después de la muerte corporal”.²²

Fue así como la confesión se convirtió en una herramienta indispensable dentro del arsenal normativo de la Corona castellana para normar algo intangible como la conciencia de los súbditos, pues no sólo regulaba la conducta, sino que además la construía. Más aún, la figura del confesor alcanzó gran relevancia para los reyes mismos, quienes recurrieron a sus servicios con bastante frecuencia como consejeros reales.²³

El problema para los jueces pecadores se agravaba en América, en donde existieron prolíficas notas sobre sus abusos a los indios, primeramente en las Antillas y posteriormente en el continente. Desde 1511, en el conocido discurso de fray Alonso de Montesinos en La Española, hasta la conocida controversia de Valladolid de 1551 entre

²⁰ AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. v. II. 1994, pp. 558-559. La obra del aquitanense fue vasta en intentar explicar el acto humano y su voluntad en relación con el pecado. Para él, el origen del pecado se encontraba en la voluntad del acto porque: “[...] la facultad por la cual somos dueños de nuestros actos es la voluntad, todo lo que ha sido puesto en nuestro poder se llama voluntario. Por este motivo, todo pecado es necesariamente voluntario, en la medida en que se identifican el pecado y la culpa, puesto que, si el pecado se toma en una acepción más amplia, se encuentra en todas las cosas que obran por un fin, ya sea que obren por voluntad, ya sea que obren por necesidad de la naturaleza, cuando su acto se desvía del bien debido”. AQUINO, Santo Tomás de. **Comentario a las sentencias de Pedro Lombardo**. Pamplona: EUNSA. 2005, p. 580.

²¹ MURILLO VELARDE, Pedro. **Curso de derecho canónico hispano e indiano [1743]**. México: Facultad de Derecho de la UNAM-El Colegio de Michoacán. v. IV. 2005, p. 237.

²² LIRA, Andrés. Dimensión jurídica de la conciencia. Pecadores y pecados en tres confesionarios de la Nueva España, 1545-1732. **Historia Mexicana**. vol. LV. no. 4. 2006, p. 1142.

²³ Véase MINOIS, Georges. **Le confesseur du roi: Les directeurs de conscience sous la monarchie française**. París: Fayard. 1988; REINHARDT, Nicole. **Voices of conscience. Royal Confessors and Political Counsel in Seventeenth-Century Spain and France**. Oxford: Oxford University Press. 2016.

fray Bartolomé de las Casas y Juan Ginés de Sepúlveda, juristas y teólogos expusieron con energía su rechazo a sus condiciones de explotación.²⁴

Y aunque estos debates se dieron en pleno corazón del siglo XVI, ya bien entrado el siglo XVII continuaban las noticias sobre las vejaciones a los indios, tal cual lo indicaba Juan de Solórzano y Pereyra, para quien “cuanto más se frecuenta el injuriarlos y maltratarlos [a los indios], tanta mayor necesidad hubo de que la ley se pusiese de su parte y mandase castigar con mayor rigor a los que en esto excediesen”.²⁵

Las querellas judiciales de la época también aportan información sobre los excesos de los oficiales de justicia, como aconteció en el pueblo de Chiapa de Mota en 1640, cuando los habitantes denunciaron al alcalde, al gobernador y a otros principales de la comarca por sus vejaciones, pues “entraban en sus casas y llevaban las gallinas y pollos contra su voluntad, sin pagar su valor y si no los hallaban en sus casas cuando los buscaban para enviar alguna parte les llevaban las mantas”, pero lo hacían de una manera violenta en la que recibían golpes e insultos.

También, indicaban en su querrela, las autoridades se llevaban sus bueyes para bajar madera de los montes sin ningún pago a cambio y los forzaban a trabajar gratuitamente en sus milpas y sementeras, con el pretexto de que lo hacían para “aderezar” la iglesia. Finalmente, tenían tres años sin convocar a elecciones de alcaldes y fiscales, aun cuando eran obligación realizarlas cada año.²⁶ Precisamente estas imágenes de vejaciones y hurtos, serían el eje central de la narrativa de Jerónimo Moreno, tal y como se apreciará en la siguientes líneas.

3. La obra de Jerónimo Moreno

En el cuadro antes descrito es en donde se encuentra inserta la obra de Jerónimo Moreno, un dominico sevillano que llegó en 1595 a la Nueva España para habitar en la ciudad de Oaxaca de Antequera, en el sureste de México, una región de población mayoritariamente indígena, con la que desarrollaría una intensa labor de tutela y una fecunda obra escrita.²⁷

El libro que se analiza *Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros de justicia de las Indias*²⁸ fue publicado originariamente en 1637 y vuelto a imprimir en 1732. Aunque se le adjudica enteramente al dominico, Alejandro Mayagoitia señala algunas posibles discrepancias entre la primera y la segunda parte, lo que lo induce a pensar que podría haber sido escrita por dos plumas distintas.²⁹

Sobre las fuentes y autores citados en las *Reglas*, se aprecia una predilección por los autores jesuitas como Luis de Molina, Tomás Sánchez y Francisco Suárez. Esta inclinación era natural en aquel momento, pues desde el siglo XVI la orden había

²⁴ PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho**. Madrid: Trotta. 2ª ed. 1995.

²⁵ Citado por CUENA BOY, Francisco. El castigo de las injurias causadas a los indios. Una página característica de Diego de Avendaño. **Cuadernos de Historia del Derecho**. n. 19. 2012, p. 11.

²⁶ Archivo General de la Nación, Criminal. 179, 31, fs. 414-453.

²⁷ Sobre su biografía véase MAYAGOITIA, Alejandro. Notas sobre las Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros... de Fray Jerónimo Moreno, O. P. **Anuario Mexicano de Historia del Derecho**. no. 8. 1996, pp. 309-336.

²⁸ MORENO, Jerónimo. **Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros de justicia de las Indias, y para sus confesores**. Puebla de los Angeles: Viuda de Miguel Ortega y Bonilla. 1732.

²⁹ MAYAGOITIA, Alejandro. Op. cit. p. 316.

consolidado una literatura jurídico-política cuyos fines iban encaminados no sólo a combatir a la Reforma Protestante, sino también a la construcción de una monarquía benévola con sus súbditos apoyada en la prudencia y la moralidad.³⁰

Su tema central es una crítica implacable a la forma en que los oficiales de justicia (jueces, alcaldes y alguaciles) desempeñaban sus funciones. El autor, desde su praxis como confesor, había percibido los abusos a los que eran sometidos los indios, por lo que en su manual escudriñaba “los pecados que vemos por experiencia que cometen las justicias, y sus ministros en esta Nueva España”. Y la imagen que ofrecía era desoladora: “lo primero que hacen el corregidor o alcalde mayor, que viene a un cargo es informarse del que acaba, de los géneros, en que puede granjear, el cual le advierte de todo, y del modo en que ha de proceder: y tómallo también de memoria, que si el predecesor fue injusto, el que le sucede es injustísimo”.³¹

La forma en que operaba Moreno en su manual era a través de la casuística, un método bastante común en los tratados teológicos y jurídicos de la época que recurrían a su uso para esclarecer, de forma minuciosa, los casos de difícil solución que acontecían en el taller de la praxis. De esta forma, se presentaban los argumentos a favor y en contra del asunto sometido a escrutinio, se descartaban contradicciones y finalmente se llegaba a una conclusión. En todos estos razonamientos, el peso del argumento de autoridad era importante.³²

Para Moreno, al igual que los demás religiosos de su época, la gravedad del pecado era dada por la propia entidad del acto en el que intervenían una gran cantidad de circunstancias: quién, qué, dónde, por medio de quiénes, cuántas veces, por qué, de qué modo y cuándo. Fue así como elaboró veintisiete reglas generales y una particular (destinada a los eclesiásticos) en las que describía los pecados en que incurrían los jueces y sus subalternos, los cuales, de manera sucinta, eran los siguientes: ocultar información a los confesores; costos excesivos de escribanos e intérpretes; testimonios falsos; pagar menos a los indios por sus manufacturas; revender a los indios sus productos; el acaparamiento de maíz y trigo; engaños en medidas y pesos; monopolios comerciales; apropiación indebida del trabajo de los indios; y golpes y azotes.

Como puede apreciarse, esta imagen de abusos es muy similar a la delineada anteriormente. Recuértese que Moreno componía sus líneas desde la praxis cotidiana de décadas en estos menesteres, las cuales le habían exhibido la forma en que actuaban estos insolentes oficiales, quienes incluso llegaban al extremo de vanagloriarse por sus ofensas, tal y como lo contaba en un pasaje:³³

Aunque por la mayor parte los tales jueces, y ministros de justicia, no suelen confesarse, ni hacer escrupulo de estas trampas del demonio (que ellos tienen por niñerías) diciendo que no les remuerde la conciencia, no por ser buena y sana, sino por ser tan mala, y estar tan ciega, y encarcelada, que ya no ve ni frente los yerros, y males que tiene hecho, y hace, sino los que deja de hacer,

³⁰ FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, JOSÉ A. **Razón de Estado y política en el pensamiento español del Barroco (1595-1640)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1986, pp. 81-117; HÖPFL, Harro. **Jesuit Political Thought. The society of Jesus and the State, c. 1540-1640**. Cambridge: Cambridge University Press. 2004, pp. 164-185.

³¹ MORENO, Jerónimo. Op. cit. p. 4.

³² TAU ANZOATEGUI, Víctor. **Casuismo y sistema. Indagación histórica del espíritu del Derecho Indiano**. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1992.

³³ MORENO, Jerónimo. Op. cit. p. 133.

no porque se les puede ninguno de voluntad, ni por descuido, sino por más no poder aunque todo lo pueden, pues hacen todo cuanto quieren, sin que haya quien les vaya a la mano, sino quien les ayude a que se vayan por su pie al infierno, y así se condenen unos, y otros por su propia y ciega voluntad [...]

Sin embargo, aun cuando los jueces y sus subalternos concurrieran al sacramento de la confesión, ésta no se perfeccionaba pues se precisaba, además de la contrición natural a este acto, que los daños fueran compensados mediante la *restitutio* o restitución, sólo cuando esta se lograba, el penitente podía ser absuelto de sus pecados.

La restitución, que tenía sus fundamentos en las Sagradas Escrituras³⁴ y en el *Decretum*,³⁵ tuvo un uso muy extendido en América, tal y como ha insinuado Vincenzo Lavene, quien apunta que desde el siglo XVI se observa en los libros jurídicos y teológicos amplias páginas dedicadas a su estudio, pero no sería hasta la obra de Juan de Medina, *De poenitentia, restitutione et contractibus*, cuando sería abordada de manera central.³⁶

Para Enrique de Villalobos, un teólogo contemporáneo a Moreno, la restitución era una figura proveniente del derecho civil (en específico de la posesión), en la cual el poseedor restituía al legítimo dueño el bien que le pertenecía. Él la definía como “el acto de justicia por el cual se restituye el daño próximo realizado”. Además, agregaba, era un acto contrario a la lesión, ya que está quitaba, mientras que la restitución “regresaba lo que se quitó”.³⁷

En el caso de Moreno, no aportaba una definición al respecto pero sí soluciones, las cuales variaban en sus veintiocho reglas, mas siempre atendiendo a la magnitud del daño y en proporción directa de lo que había sido despojado, aunque en la mayoría de los casos se obligaba a los oficiales de justicia a restituir *in totum*. Sin embargo, aclaraba, la simple devolución de los bienes hurtados no suprimía al pecado, para lo cual recurría a la historia de Judas, quien tras haberse arrepentido por su traición a Jesucristo decidió devolver el dinero que le había sido pagado y suicidarse. Aun con esta aparente acción final de contrición, no alcanzó el perdón porque no esperó la misericordia de Dios y, además, sólo se dolió de este último pecado pero no de los otros realizados anteriormente. En consecuencia, concluía, “no basta con sentir y llorar unos pecados, y complacerse y quedarse muy seguro y contento con otros, o con las ocasiones y raíces de ellos. Y así no basta que la restitución y satisfacción sea media, sino entera”.³⁸

Jerónimo Moreno rescataba otro tema de singular valía para la época y era el relativo a las leyes meramente penales: ¿qué obligaba a los súbditos a obedecer a las

³⁴ Lucas 19:2-10: “Pero Zaqueo dijo resueltamente: —Mira, Señor: Ahora mismo voy a dar a los pobres la mitad de mis bienes y, si en algo he defraudado a alguien, le devolveré cuatro veces la cantidad que sea. —Hoy ha llegado la salvación a esta casa —le dijo Jesús—, ya que este también es hijo de Abraham. Porque el Hijo del hombre vino a buscar y a salvar lo que se había perdido”.

³⁵ *Decretum*, XIV, 9, 6.

³⁶ LAVENE, Vincenzo. *Restituire, condonare. Lessico giuridico, confessione e pratiche sociale nella prima età moderna*. HÄRTER, Karl y NUBOLA, Cecilia. **Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardomedioevo ed età contemporánea**. Bolonia: Il Mulino. 2011, pp. 389-411; RODRÍGUEZ-PENELAS, Horacio. *La restitución, pena económica del delito en la realidad hispanoamericana. La visión de un teólogo (Mercado) y de un jurista (Albornoz)*. CRUZ CRUZ, Juan (ed.). **Delito y pena en el siglo de oro**. Pamplona: EUNSA. 2010, pp. 111-124.

³⁷ VILLALOBOS, Enrique de. **Summa de la Theología moral y canonica. Segunda parte**. Barcelona: Sebastián de Cormellas. 1636, p. 164.

³⁸ MORENO, Jerónimo. Op. cit. p. 131.132.

leyes penales? Las leyes humanas, de acuerdo con la doctrina de la época, basaban su obligatoriedad en su derivación del derecho natural, es decir, en su conformidad con él. De esta forma, para que una ley fuera justa precisaba de cuatro causas: final, eficiente, material y formal. Por lo que respecta a la materia penal, los tratadistas distinguían tres tipos de leyes: las morales, las leyes penales y las leyes mixtas. Las primeras, mandaban o prohibían sin pena; las segundas, no prohibían ninguna conducta y sólo imponían una pena; finalmente, las terceras, prohibían la realización de un comportamiento y castigaban a quien no realizare ese mandamiento.³⁹

En este sentido, la principal duda residía en determinar si las leyes meramente penales obligaban juntamente a culpa y a pena. Para Jerónimo Moreno no había duda al respecto: “no empero es verdad de la ley que es justamente penal, y, preceptiva, porque por la parte que es penal obliga a la pena, y por la parte preceptiva obligue en conciencia a pecado mortal, o venial, según la materia grave, o leve [...] y las leyes alegadas a esta regla son penales, y preceptivas”.⁴⁰

En sus páginas finales, Moreno encaminaba su crítica en contra de los jueces que alejaban a los indios de la doctrina cristiana por considerar que no eran cristianos, un argumento muy utilizado para dañarlos y robarlos. Este razonamiento era rebatido por el religioso, quien afirmaba que si bien a veces los indios no eran lo suficientemente conscientes de sus acciones, esto no impedía que la misericordia de Dios supliera sus faltas y perdonara sus pecados. En consecuencia, concluía, los oficiales pecaban mortalmente.⁴¹

De esta forma, el dominico se adhería a la opinión de considerar a los indios como personas miserables, no en el sentido peyorativo moderno, sino desde la carga semántica de la época, en la que encajaban todas aquellas personas que por su ignorancia o rusticidad incurrieran en una ignorancia originaria que impedía a las autoridades una aplicación estricta del derecho.⁴² Ante este panorama, los jueces debían en todo momento ser dirigidos por la justicia, a la cual consideraba “como grana teñida dos veces; una en el amor de Dios, y otra en el amor del prójimo”.⁴³

4. Conclusiones

La obra de Jerónimo Moreno aquí estudiada es un ejemplo claro de uno de los variados dispositivos normativos utilizados por la Corona castellana para custodiar el adecuado funcionamiento de la justicia en Indias, no sólo desde el foro externo, sino atendiendo también al foro interno, es decir, a la conciencia de sus numerosos oficiales.

³⁹ CONDORELLI, Orazio. Le origini teológico-canonistiche della teoria delle leges mere poenales (secoli XIII-XVI). SCHMOECKEL Mathias et al. **Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur**. Colonia: Böhlau. vol. III. 2012, pp. 55-98; CONTRERAS, Sebastián. Obligatoriedad de la ley humana y leyes puramente penales en Domingo de Soto y Francisco Suárez. **Revista Direito GV**. vol. XII. no. 1. 2016, pp. 87-101.

⁴⁰ MORENO, Jerónimo. Op. cit. p. 17.

⁴¹ Ibidem, p. 129.

⁴² DUVE, Thomas. *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum 'ius singulare' und den 'privilegia miserabilium personarum, senum' und 'indorum' in Alter und Neuer Welt*. Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann. 2008; HESPANHA, Antonio Manuel. *Imbecillitas. As bem-aventuradas da inferioridade nas sociedades de Antigo Regime*. Sao Paulo: UFMG. 2008.

⁴³ MORENO, Jerónimo. Op. cit. p. 125.

Este tratamiento debe entenderse en el marco de una cultura jurídica de matriz católica que precisaba no sólo de castigos corporales, sino de la interiorización de las normas en la conciencia de los individuos y, en el caso de su incumplimiento, de un castigo consistente en la penitencia espiritual y la restitución de los bienes dañados.

En el caso de este manual para confesores, se procuraba la vigilancia de la conciencia judicial, pues los jueces, junto con sus subalternos, constituían la base sobre la cual descansaba el andamiaje institucional que resguardaba los múltiples equilibrios políticos sobre los cuales se asentaba la abigarrada corporación monárquica.

Y aunque este género literario procuraba salvar las conciencias de esos jueces, siguiendo el modelo de virtud descrito en la legislación y la doctrina, las medidas no siempre resultaban infalibles, porque, como afirmaba Domingo de Soto: “la ley humana, por justa que sea, no es otra cosa que una criba con que se limpia el trigo: no puede separar lo justo de lo injusto tan exactamente que alguna vez no se escape algún grano entre las inmundicias”.

5. Referencias

AGÜERO, Alejandro. *Disciplina y control social: la justicia penal de los siglos XIII-XVIII*. LORENTE, Marta y VALLEJO, Jesús. **Manual de historia del derecho**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2012, pp. 128-138.

AQUINO, Santo Tomás de. **Suma Teológica**. Madrid: Biblioteca de Autores Cristianos. v II. 1994.

AQUINO, Santo Tomás de. **Comentario a las sentencias de Pedro Lombardo**. Pamplona: EUNSA. 2005.

BRAVO LIRA, Bernardino. Arbitrio judicial y legalismo. Juez y derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación. **Revista de Historia del Derecho**. n. 28. 1991, pp. 7-22.

CARBASSE, Jean-Marie y DEPAMBOUR-TARRIDE, Laurence (eds.). **La conscience du juge dans la tradition juridique européenne**. París: PUF. 2008.

CASTILLO DE BOBADILLA, Jerónimo. **Política para corregidores y señores de vasallos, en tiempos de Paz, y de Guerra, y preladados en lo espiritual, y temporal entre legos, Jueces de Comisión, Regidores, Abogados y otros oficiales Públicos: y de las Jurisdicciones, Preeminencias, Residencias, y salarios de ellos: y de lo tocante á las Órdenes, y Caballeros de ellas**. Madrid: Imprenta de Joaquín Ibarra. 1759.

CONDORELLI, Orazio. Le origini teológico-canonistiche della teoria delle leges mere poenales (secoli XIII-XVI). SCHMOECKEL Mathias et al. **Der Einfluss der Kanonistik auf die Europäische Rechtskultur**. Colonia: Böhlau. vol. III. 2012, pp. 55-98.

CONTRERAS, Sebastián. Obligatoriedad de la ley humana y leyes puramente penales en Domingo de Soto y Francisco Suárez. **Revista Direito GV**. vol. XII. no. 1. 2016, pp. 87-101.

CORCUERA DE MANCERA, Sonia. **Del amor al temor. Borrachez, catequesis y control social en la Nueva España (1555-1771)**. México: FCE. 1994.

CRADDOCK, Jerry R. Los pecados veniales en las Partidas y en el Setenario: dos versiones de Graciano, Decretum D.25 c.3. **Glossae. Revista de Historia del Derecho Europeo**. no. 3. 1992, pp. 103-116.

CUENA BOY, Francisco. El castigo de las injurias causadas a los indios. Una página característica de Diego de Avendaño. **Cuadernos de Historia del Derecho**. n. 19. 2012, pp. 9-25.

DANWERTH, Otto. La circulación de literatura normativa pragmática en Hispanoamérica (siglos XVI-XVII). DUVE, Thomas (coord.). **Actas del XIX Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano**. Madrid: Dykinson. vol. I. 2017, pp. 359-391.

DECOCK, Wim. The judge's conscience and the protection of the criminal defendant: moral safeguards against judicial arbitrariness. MARTJIN G. et al (eds.). **From the judge's arbitrium to the legality principle**. Berlín: Duncker und Humblot. 2013, pp. 69-94.

DELUMEAU, Jean. **La confesión y el perdón**. Madrid: Alianza. 1992.

FARRIS, Nancy. **Tongues of Fire. Language and Evangelization in Colonial Mexico**. Oxford: Oxford University Press. 2018.

FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, JOSÉ A. **Razón de Estado y política en el pensamiento español del Barroco (1595-1640)**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. 1986.

FEIJOO, Jerónimo Benito. **Teatro crítico universal o discursos varios en todo género de materias, para desengaño de errores comunes**. Madrid: Real Compañía de Impresores. 1775.

GEERTZ, Clifford. **Conocimiento local. Ensayos sobre la interpretación de las culturas**. Barcelona: Paidós. 1994.

GUARDIOLA Y SANZ, Lorenzo de. **El corregidor perfecto, y juez dotado de las calidades necesarias**. Madrid: Imprenta Real. 2ª ed. 1796.

HÖPFL, Harro. **Jesuit Political Thought. The society of Jesus and the State, c. 1540-1640**. Cambridge: Cambridge University Press. 2004.

JACOB, Robert. **La gracia de los jueces. La institución judicial y lo sagrado en Occidente**. Valencia: Tirant lo Blanch. 2017.

LAINGUI, André. L'ordo iudiciarius selon Saint Thomas. GIULIANI, Alessandro y PICARDI, Nicolà (coords.). **Modelli storici della procedura continentali**. Milán: Edizione Scientifiche Italiane. 1994, pp. 37-47.

LAINGUI, André. Theologie morale, casuistique et droit pénal. Le juge criminel dans la Somme Theologique de Saint Thomas d'Aquin. **Houd voet bij Stuk**. Lovaina: F. Stevens-D. Van den Auweele. 1990, pp. 481-502.

LAVENE, Vincenzo. Restituire, condonare. Lessico giuridico, confessione e pratiche sociale nella prima età moderna. HÄRTER, Karl y NUBOLA, Cecilia. **Grazia e giustizia. Figure della clemenza fra tardomedioevo ed età contemporánea**. Bolonia: Il Mulino. 2011, pp. 389-411.

LIRA, Andrés. Dimensión jurídica de la conciencia. Pecadores y pecados en tres confesionarios de la Nueva España, 1545-1732. **Historia Mexicana**. vol. LV. no. 4. 2006, pp. 1139-1178.

MAYAGOITIA, Alejandro. Notas sobre las Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros... de Fray Jerónimo Moreno, O. P. **Anuario Mexicano de Historia del Derecho**. no. 8. 1996, pp. 309-336.

MALEM, Jorge. ¿Pueden las malas personas ser buenos jueces? **Doxa**. n. 24. 2001, pp. 379-403.

MECCARELLI, Massimo. **Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune**. Milán: Giuffrè Editore. 1998.

- MORENO, Jerónimo. **Reglas ciertas y precisamente necesarias para jueces y ministros de justicia de las Indias, y para sus confesores.** Puebla de los Ángeles: Viuda de Miguel Ortega y Bonilla. 1732.
- MURILLO VELARDE, Pedro. **Curso de derecho canónico hispano e indiano [1743].** México: Facultad de Derecho de la UNAM-El Colegio de Michoacán. v. IV. 2005.
- PADOA-SCHIOPPA, Antonio. **Italia ed Europa nella storia del diritto.** Milán: Il Mulino. 2003.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique. **La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho.** Madrid: Trotta. 2ª ed. 1995.
- SCHNAPPER, Bernard. **Les peines arbitraires.** París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 1975.
- SOTO, Domingo de. **Tratado de la justicia y el derecho.** Madrid: Reus. 1922.
- TAU ANZOÁTEGUI, Víctor. **Casuismo y sistema. Indagación histórica del espíritu del Derecho Indiano.** Buenos Aires: Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1992.
- VILLALOBOS, Enrique de. **Summa de la Theología moral y canonica. Segunda parte.** Barcelona: Sebastián de Cormellas. 1636.
- WHITMANN, James. **The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial.** New Haven: Yale University Press. 2008.



CONSCIÊNCIA E IMPÉRIO: POLÍTICA E TEOLOGIA MORAL NO MUNDO PORTUGUÊS DA IDADE MODERNA

*Giuseppe Marcocci**

Resumo

Este artigo apresenta a primeira reconstrução da relação entre consciência e império no mundo português entre 1500 e 1650. Ele mostra em que grau a fundação da Mesa de Consciência, um conselho régio de teólogos dedicado a questões como guerra, comércio, conversão e escravidão, moldou a ideologia imperial. Neste contexto, “consciência” emergiu como uma palavra-chave no vocabulário político, refletindo a importância da teologia moral para a linguagem política em que se concebeu o império. Ela não apenas reforçou a hegemonia dos teólogos, mas também encorajou a emergência de uma casuística missionária, a qual se tornou crescentemente independente de autoridades centrais do Reino e de Roma. Sob o domínio dos Habsburgo (1580-1640), esse sistema foi desmantelado, e os teólogos perderam a sua centralidade na corte. Depois da Restauração em 1640, algumas das antigas instituições foram recuperadas no nome, mas a antiga interconexão entre política e teologia moral não foi reinstalada.

Palavras-chave

Império Português; ideologia imperial; teologia moral; Mesa da Consciência e Ordens; casuística missionária.

Abstract

This article presents the first reconstruction of the relationship between conscience and empire in the Portuguese World between 1500 and 1650. It shows to what extent the foundation of the *Mesa da Consciência* (“Board of Conscience”), a royal council of theologians devoted to issues like war, commerce, conversion, and slavery, shaped the imperial ideology. In this context, “conscience” emerged as a keyword in the political vocabulary, reflecting the importance of moral theology for the political language in which the empire was conceived. It not only bolstered the hegemony of theologians but also encouraged the emergence of a missionary casuistry, which became increasingly independent of the central authorities in the kingdom and in Rome. Under the Habsburg domination (1580-1640) this system was dismantled and theologians lost their centrality at court. After the Restoration of 1640 some of the old institutions were recovered in name, but the old interconnection between politics and moral theology was not reinstalled.

* Tradução realizada pelo Prof. Dr. Gustavo César Machado Cabral.

Keywords

Portuguese Empire – imperial ideology – moral theology – Mesa da Consciência e Ordens – missionary casuistry

Quam novas maneiras [Dom João III] busca pera que em nenhuma cousa que toque à sua consciência ofender a vontade de Deus. João de Barros (1533)¹

1. Introdução

Um leitor não especializado que quiser, tendo como base a produção historiográfica recente sobre impérios ultramarinos europeus na Idade Moderna, ter uma ideia geral sobre o Império Português provavelmente errará ao acreditar que o extraordinariamente persistente protótipo português foi fruto de uma experiência acidental ou aleatória, desacompanhada de reflexão política sistemática; colocando de forma provocativa, que os portugueses inventaram o império ultramarino europeu sem perceber isso.² Essa impressão se deve a uma tradição acadêmica de longa data que retratou a expansão portuguesa como o resultado de uma condução essencialmente econômica e como uma resposta a impulsos materiais que juntaram os interesses de investidores e mercadores de toda a Europa com os da nobreza e da Coroa Portuguesa³. Conseqüentemente, o caso português geralmente é negligenciado nos estudos sobre a dimensão ideológica dos impérios ultramarinos: a observação de Richard Tuck de que “é surpreendentemente a pouca pesquisa sobre as ideias portuguesas de império” ainda se aplica⁴. Este artigo se oferece para alterar este estado de coisas e para contribuir para uma melhor compreensão histórica da formação do pensamento imperial português e das suas características. Uma das melhores formas de alcançar isso é trazer novamente à tona outra imagem que também é largamente associada ao império português: a de uma empresa militante missionária em escala planetária⁵. Como podemos conciliar esse intenso fervor religioso com a visão de império como uma mera operação comercial? Minha conjectura é que foi o empenho para responder questões desse tipo que estava no centro do pensamento imperial português. Por isso, focarei na interação entre política,

¹ Biblioteca Nacional de Portugal (Lisboa), Cod. 3.060, BARROS, João de. **Ao mui alto e muito poderoso Rey de Portugal D. João 3o. deste nome Panegirico**, fol. 34rv.

² De acordo com alguns historiadores, os portugueses só aspiraram a construir um império. Cf. CARDIM, Pedro. La aspiración imperial de la monarquía portuguesa (siglos XVI y XVII). SABATINI, Gaetano (Org.). **Comprendere le monarchie iberiche: Risorse materiali e rappresentazione del potere**. Roma: Viella, 2010, p. 37-72. Para um controverso estudo da visão jurídica portuguesa de império, cf. SALDANHA, António de Vasconcelos. **Iustum Imperium: Dos tratados como fundamento do império dos portugueses no Oriente**. Lisboa: Fundação Oriente; Instituto Português do Oriente, 1997.

³ Esta interpretação tem sido predominante desde a publicação de GODINHO, Vítorino Magalhães. **Os descobrimentos e a economia mundial**. 2 ed. 2 v. Lisboa: Presença, 1981-1982.

⁴ TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant**. Oxford-New York: Clarendon Press, 1999, p. 72. Uma exceção é ARMITAGE, David (Org.). **Theories of Empire, 1450-1800**. Aldershot: Routledge, 1998.

⁵ O clássico estudo sobre o tema é: BOXER, Charles Ralph. **The Church Militant and Iberian Expansion, 1440-1770**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1978. Entre os trabalhos mais recentes, cf. ZUPANOV, Ines G. **Missionary Tropics: The Catholic Frontier in India, 16th-17th Centuries**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005; METCALF, Alida. **Go-Betweens and the Colonization of Brazil, 1500-1600**. Austin: University of Texas Press, 2005; AGNOLIN, Adone; ZERON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro; WISSENBACH, Maria Cristina Cortez; SOUZA, Marina de Mello e (Org.). **Contextos Missionários: Religião e Poder no Império Português**. São Paulo: Hucitec, 2011.

teologia moral, império e consciência no âmbito jurídico-religioso para resolver as dúvidas e questões que permearam completamente o mundo moderno português.

Poucos estudos foram dedicados às fortes ligações entre política e religião no Império Português. Isso é um paradoxo considerando que foi o papado que autorizou do ultramar, por meio das bulas do século XV que garantiram os direitos de conquista, monopólio comercial e navegação em contrapartida à expansão da fé católica⁶. Historiadores exploraram apenas aspectos limitados, como a prosopografia dos confesores da família real, o controle real sobre a indicação dos bispos e de outras autoridades eclesiásticas, ou o funcionamento do padroado espiritual da Coroa sobre as suas possessões imperiais⁷.

Apesar da atenção conferida por pesquisadores como António Manuel Hespanha à história do direito, a interconexão entre política e consciência tem sido mais investigada na França, na Espanha e na Península Itálica do que em Portugal e no seu Império⁸. Isso deve ser explicado, em parte, como uma rejeição a tópicos que foram particularmente privilegiados sob o regime de Salazar (1932-1974), que sempre esteve ávido por ressaltar a inspiração espiritual da expansão portuguesa⁹. Entretanto, longe de ser um império sem ideologia, o Império Português definiu a sua natureza política em estreitas relações com a teologia moral, a ponto de consagrar um conselho real à consciência: a Mesa da Consciência. Ela dirigia as escolhas e delimitava o escopo de ação do governo do rei em matérias de guerra, comércio, monopólios, navegação, escravidão e missões, afetando todos os níveis políticos.

A literatura foi marcadamente rápida em refletir as mudanças que precederam a criação desse novo órgão político. O famoso dramaturgo Gil Vicente (1465-1536), por exemplo, detectou em suas peças muitas das tensões políticas, religiosas e sociais, assim como a transformação radical que acompanhou a expansão imperial. No seu *Auto da Lusitania*, encenado pela primeira vez na corte portuguesa em 1532, a troca mordaz entre os demônios Dinato e Berzabu resumiu o encontro entre o típico caráter do cavaleiro-mercador português Todo-Mundo e o indigente Ninguém, como se seque.

⁶ Um estudo útil é DE WITTE, Charles-Martial. Les bulles pontificales et l'expansion portugais au XVe siècle. *Revue d'histoire ecclésiastique*, v. 48, 1953, p. 693-718; v. 49, 1954, p. 438-461; v. 51, 1956, p. 413-453 e 809-836; v. 53, 1958, p. 5-46 443-471.

⁷ MARQUES, João Francisco. Os jesuítas confesores da corte portuguesa na época barroca, 1550- 1700. *Revista da Faculdade de Letras (Universidade do Porto)*, s. 2, v. 12, 1995, p. 231-270; PAIVA, José Pedro. *Os bispos de Portugal e do Império, 1495-1777*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2006; Idem. El Estado en la Iglesia y la Iglesia en el Estado: Contaminaciones, dependencias y disidencia entre la monarquía y la Iglesia del reino de Portugal, 1495-1640. *Manuscrits*, v. 25, 2007, p. 45-57; HERNÁNDEZ, Angel Santos. *Las misiones bajo el patronato portugués*. Madrid: Eapsa, 1977.

⁸ O mais representativo trabalho de António Manuel Hespanha ainda é *As Vésperas do Leviathan: Instituições e Poder Político: Portugal, séc. XVII*. Coimbra: Almedina, 1994; sobre o Império Português, cf. Idem, *Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa. Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, v. 41, 2012, p. 101-135. Sobre política e consciência, cf. BRAUN, Harald E.; VALLANCE, Edward (Org.). *Contexts of Conscience in Early Modern Europe, 1500-1700*. Houndmills, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2004; LAVENIA, Vincenzo. *L'infamia e il perdono: Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*. Bologna: Il Mulino, 2004; POUTRIN, Isabelle. Cas de conscience et affaires d'Etat: le ministère du confesseur royal en Espagne sous Philippe III. *Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine*, v. 53, n. 3, 2006, p. 7-28; REINHARDT, Nicole. Spin Doctor of Conscience? The Royal Confessor and the Christian Prince. *Renaissance Studies*, v. 23, 2009, p. 568-590; BROGGIO, Paolo. *La teologia e la politica: Controversie dottrinali, Curia romana e monarchia spagnola tra Cinque e Seicento*. Florence: Olschki, 2009.

⁹ Cf., por exemplo, ALBUQUERQUE, Martim de. *A consciência nacional portuguesa: Ensaio de história das ideias políticas*. Lisboa: 1974.

Dinato: Que escreverei, companheiro?

Berzabu: Que ninguém busca consciência,

E Todo-Mundo dinheiro¹⁰.

Interesses morais e econômicos se apresentam aqui como opostos. Reelaborando uma duradoura tradição literária, a dupla Todo-Mundo e Ninguém se presta perfeitamente a expressar criticismo moral. Gil Vicente provavelmente foi o primeiro a colocá-los no palco, mas posteriormente esse par se difundiu para o início da era jacobina inglesa (*), como claramente demonstram a peça anônima *No-body and Some-Body* (1606) e a referência à figura de Ninguém em *A Tempestade* (1610-1611) de William Shakespeare¹¹. O público de cortesãos e clérigos que viram a première do *Auto da Lusitania* devem ter compreendido a alusão irônica à instável relação entre política e consciência no Portugal renascentista nas bem-humoradas observações do demônio. Seja como for, alguns teólogos na corte portuguesa ficaram perplexos com a “caprichosa desordem” do Auto¹². Uma das razões para isso quase certamente foi que eles entenderam a ironia de Gil Vicente como um ataque à atmosfera moralista desenvolvida na corte desde o final da década de 1520 e que culminou com o estabelecimento da Mesa da Consciência em 1532, o mesmo ano da primeira performance do *Auto da Lusitania*.

O próprio nome de Mesa Consciência indicava uma institucionalização da esfera da consciência nos mais altos níveis do governo português¹³. Isso foi o resultado de uma mudança política de um imperialismo milenarista para uma expansão mais limitada e regulada depois da morte do rei D. Manuel I (1521), em cuja sequência a influência de canonistas e teólogos cresceu na corte¹⁴. Estes dominaram a Mesa, que não teve paralelo na Europa católica desse tempo¹⁵. Sua intenção era resolver e liquidar todos os possíveis conflitos entre o poder secular e a teologia moral. O conselho geralmente, mas nem sempre, intervinha em benefício do rei de Portugal quando a sua decisão arriscava um conflito com a Igreja, assim como nas decisões papais concernentes à Coroa.

¹⁰ BUESCU (Org.). Maria Leonor Cavilhão. **Copilaçam de totalas obras de Gil Vicente**. v. 2. Lisboa: INCM, 1984, p. 573.

¹¹ CALMANN, Gerta. The Picture of Nobody: An Iconographical Study. **Journal of the Warburg and Courtauld Institutes**, v. 23, 1960, p. 60-104. ARCHDEACON, Anthony. The Publication of No-body and Some-body: Humanism, History and Economics in the Early Jacobean Public Theatre. **Early Modern Literary Studies**, v. 16, 2012. Disponível em: <https://www.questia.com/library/journal/1P3-3039356381/the-publication-of-no-body-and-some-body-humanism>. Último acesso: 10/10/2019. Essa tradição teatral foi influenciada pela peça moralista inglesa *The Somonyng of Everyman*, do final do século XV.

¹² VASCONCELOS, Carolina Michêalis de. **Notas Vicentinas**: Preliminares duma edição crítica das obras de Gil Vicente. Lisboa: Edição da Revista Ocidente, 1949, p. 32.

¹³ Pesquisadores analisaram muito brevemente a Mesa de Consciência. Cf. ALBUQUERQUE, Martim de. Política, moral e direito na construção do conceito de Estado em Portugal. **Estudos de cultura portuguesa**, v. 1. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1984, p. 152-248; CRUZ, Maria do Rosário Sampaio Temudo Barata de Azevedo. A Mesa da Consciência e Ordens, o Padroado e as perspectivas de missionação. In: **Missionação portuguesa e encontro de culturas**: Actas do congresso internacional. v. 3. Braga: Universidade Católica Portuguesa, 1993, p. 627-647.

¹⁴ THOMAS, Luís Filipe F. R. L'idée imperiale manueline. In: AUBIN, Jean (Org.). **La Découverte, le Portugal et l'Europe**: actes du colloque. Paris: Fondation Calouste Gulbenkian, Centre Culturel Portugais, 1990, p. 35-103.

¹⁵ Na Espanha do início do século XVI, as juntas teológicas sobre as Américas foram frequentemente convocadas, mas elas eram temporárias e limitadas a pontos específicos. Cf. PAGDEN, Anthony. **The Fall of Natural Man**: The American Indian and the Origins of Comparative Ethnography. Cambridge: Cambridge University Press, 1986, p. 27-29 e 47-50.

Meu ponto de partida é a distinção entre “consciencialização” e “consciência”, duas noções que as línguas romances, entretanto, tornaram uma palavra, descendendo do latim *conscientia*. Particularmente, tentarei responder à opinião comum de que os portugueses não tinham uma consciencialização imperial, já que eles estariam meramente interessados em negócios ou proselitismo¹⁶. Esta opinião é uma das mais importantes razões para que o seu caso tenda a ser deixado de lado na história comparada dos impérios ultramarinos da Europa moderna¹⁷. Por outro lado, eu argumento que, já que os teólogos das cortes começaram a supervisionar a moralidade do governo português, a palavra portuguesa *consciência* produziu um duplo e entrelaçado significado, e que a centralidade da consciência criou uma política de consciencialização do império. Estudar a interação entre consciência e império é um meio de explorar como os portugueses conceberam a sua própria expansão ultramarina. De fato, a reação das implicações morais do império é um forte indicador da existência de uma consciência imperial.

O papel central da religião e da teologia na legitimação dos impérios – sobretudo os católicos – que surgiram no crepúsculo do Sacro Império Romano Germânico é largamente reconhecido¹⁸. Nas páginas seguintes, extraíndo inspiração do trabalho de Adriano Prospero sobre a conquista das almas italianas pelos poderes eclesiásticos na Idade Moderna, eu pretendo superar a lacuna entre a noção abstrata de consciência e a história de instituições concretas, focando na Mesa da Consciência¹⁹. Apesar de muitos dos seus documentos originais terem sido perdidos, tomando por base cópias confiáveis, é possível esboçar as instituições e as figuras que formataram o seu desenvolvimento, criando a ligação entre política e consciência que foi característica do mundo português, incluindo a evolução da relação entre o reino e as possessões imperiais. Mostrar-se-á que, enquanto agentes políticos, mercadores e elites missionárias refletiram sobre o risco de pecar que pode colocar em risco a segurança moral das suas decisões sobre guerra, administração, comércio e conversão, eles refletiram e moldaram o seu contexto e cenário imperial.

A estrutura cronológica da minha análise é dividida em cinco períodos: as origens (até 1532); a fundação da Mesa e as suas primeiras atividades (1532-cerca 1560); a predominância dos Jesuítas (cerca 1560-1580); os efeitos da dominação espanhola em Portugal (1580-1640); e finalmente a reconfiguração depois da restauração independência portuguesa (depois de 1640), que levou a um declínio definitivo da consciência e da teologia moral no espaço institucional de tomada de decisão e ação política.

2. Sigilo, consciência e poder régio

Portugal foi uma monarquia cuja fundação ganhou força graças à sanção papal no século XII. Aproximadamente três séculos depois, já que a legislação real portuguesa estabeleceu a primazia do direito canônico sobre o direito imperial, era natural para a

¹⁶ DIAS, José Sebastião da Silva. **Os descobrimentos e a problemática cultural do século XVI**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1973, p. 342.

¹⁷ PAGDEN, Anthony. **Lords of All the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France, c. 1500-1800**. New Haven: Yale University Press, 1995.

¹⁸ MULDOON, James. **Order and Empire: the Concept of Empire, 800-1800**. Houndsmills, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 1999.

¹⁹ PROSPERI, Adriano. **Tribunali della coscienza: Inquisitori, confessori, missionari**. Turin: G. Einaudi, 1996.

Coroa que se voltasse para a Cúria Romana quando precisasse resolver as disputas entre os poderes europeus sobre a expansão ultramarina e a aprovação da jurisdição que os portugueses reclamavam sobre a África atlântica e as rotas marítimas para as Índias (*usque ad Indos*)²⁰. As fundações do futuro império incluíam o direito de travar guerra contra não-cristãos, pleno senhorio (*dominium*) sobre terra e mar, assim como os poderes de escravizar seres humanos. Essa concessão sem precedentes foi justificada em nome da fé e da sua propagação. Assim, a consciência régia foi sobrecarregada com um grande dever moral e legal²¹.

Uma atmosfera de segredo e confidencialidade rodeou essa dimensão da política portuguesa, não tanto relacionada à informação geográfica e às rotas marítimas quanto em definir estratégias jurídicas e diplomáticas, assim como o gerenciamento dos seus efeitos. Ao tomarem conselhos de matérias relacionadas a exploração e conversão, os reis de Portugal e os seus parentes poderiam contar com os seus confessores. O frade dominicano Afonso Velho, confessor do príncipe D. Henrique (1394-1460), por exemplo, foi comissionado para negociar em Roma, em meados do século XV, as bulas papais sobre a expansão marítima portuguesa. De modo similar, o frade dominicano Jorge Vogado, confessor do rei Dom Manuel I, estimulou a carta para expulsar judeus e mulçumanos do Reino em 1496, como um ato de consciência em nome da pureza da fé²². A importância política do papel de confessor real emerge claramente em uma carta enviada em 1525 pelo bispo de Algarve, Fernando Coutinho, ao frade franciscano João de Chaves, confessor do jovem rei D. João III (1502-1557), filho de D. Manuel I e seu sucessor a partir de 1521. Neste tempo, o Império Português já era realidade e envolvia ilhas e arquipélagos no Oceano Atlântico, redutos no Marrocos, postos de comércio nas costas do oeste e do leste da África e fortalezas, fábricas e possessões de terra no sul da Ásia de Ormuz a Malaca. Uma missão diplomática para a China por Tomé Pires – ao mesmo tempo que a vitoriosa expedição para o México de Hernán Cortés (1519-1521) – havia falhado recentemente, enquanto a costa do Brasil, descoberto em 1500, ainda permanecia inexplorada²³. Governar um império composto envolvia uma variedade de decisões e ações em escala global, para a qual, de acordo com o Bispo Coutinho, o rei precisava do apoio e do aconselhamento do seu confessor. Ele então propôs reformar instituições centrais seguindo o modelo espanhol, incluindo o estabelecimento de um “Conselho da Índia”, cujas matérias “sam de tanta substancia que deles pende a paz e a guerra”. O confessor real deveria ter assento em todos os conselhos régios e apoiar D. João III, firme e pacientemente, como um pai a seu filho. Essa era a única forma de fazer o rei ter certeza do “amor que lhe tem”. Coutinho lembra Chaves que ele deveria usar

²⁰ COSTA, Mário Júlio de Almeida; NUNES, Eduardo Borges (Org.). *Ordenações Afonsinas*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984, Liv. 2, 9, 1. Essa coleção régia de leis foi concluída entre 1446 e 1447. A expressão “usque ad indos” foi utilizada na bula papal *Inter cetera*, de 13 de março de 1456, publicada em: DINIS, António Joaquim Dias (Org.). *Moumenta Henricina*, v. 12 (1454-1456). Coimbra: Atlântida, 1971, doc. 17, para especificar a extensão da jurisdição que cabia à Coroa de Portugal pela bula anterior *Romanus Pontifex*, de 8 de janeiro de 1455. *Ibid*, doc. 36.

²¹ MULDOON, James. *Popes, Lawyers and Infidels: The Church and the Non-Christian World, 1250-1550*. Liverpool: Liverpool University Press, 1979.

²² Príncipe D. Henrique para o Papa Nicola V, 29 de julho de 1450. DINIS, António Joaquim Dias (Org.). *Moumenta Henricina*, v. 10 (1449-1451). Coimbra: Atlântida, 1969, doc. 213, e MACHADO, Diogo Barbosa. *Bibliotheca Lusitana*. v. 3, Coimbra: Atlântida, 1966, p. 819. O papel de Vogado não é mencionado em SOYER, François. *The Persecution of the Jews and Muslims of Portugal: King Manuel I and the End of Religious Tolerance, 1496-7*. Leiden: Brill, 2007.

²³ GRUZINSKI, Serge. *L'Aigle et le Dragon: Démesure européenne et mondialisation au XVIe siècle*. Paris: Fayard, 2012.

sermões e o espaço íntimo da confissão como armas capazes de penetrar na consciência do rei para reconciliar sua visão política com regras teológicas²⁴.

Que uma reflexão tenha sido feita tão cedo pode-se explicar por uma crescente presença de religiosos na corte portuguesa. Na segunda metade da década de 1520, D. João III colocou o Bispo de Viseu e humanista erasmiano Miguel da Silva como encarregado do tradicional ofício de escrivão da puridade. O ofício era distinto do de Secretário de Estado, que fora ocupado por pai e filho por mais de cinquenta anos (António Carneiro, 1515-1531 e Pêro de Alcçova Carneiro, 1531-1567). O escrivão da puridade era um dos ministros mais próximos ao rei: ele escrevia e selava as cartas de D. João III, tinha assento no Conselho Régio e tinha a responsabilidade de manter em segredo os mais importantes negócios da monarquia²⁵. Como o ofício tocava indiscriminadamente em todos os aspetos da política e da religião, a abertura cultural de Silva e as suas fortes ligações com a Cúria Romana, onde ele havia sido embaixador português (1515-1525), provocaram a hostilidade de um grupo de teólogos escolásticos e canonistas. Entre esses teólogos hostis estavam o deão da capela real, Diego Ortiz de Villegas, o capelão do rei e Bispo de Lamego, Fernando de Meneses Coutinho e Vasconcelos, e Pedro Margalho.

Esses teólogos ascenderam à corte durante a controvérsia de D. João III com Roma sobre o padroado espiritual do império, incluindo o controle sobre os dízimos e o direito de escolher bispos. Como, ao contrário da Espanha, onde a doutrina do teólogo dominicano Francisco de Vitoria e o poder militar de Carlos V levaram a melhor, a única fonte de legitimidade da Coroa Portuguesa para a sua expansão marítima era a autoridade papal, os teólogos régios deram ao rei argumentos para apoiar um conflito jurisdicional com a Cúria Romana: eles endossaram as decisões de D. João III de descarregar a sua consciência no caso de possíveis ofensas contra o poder espiritual do Papa²⁶. Essa foi a verdadeira origem da Mesa de Consciência (1532). Ao penetrar a esfera secreta do poder real, os teólogos da corte iniciaram o que podemos chamar de uma nova direção para a consciência na vida política e cultura de Portugal e do seu império. O estabelecimento subsequente da Inquisição (1536), a reabertura e a renovação da Universidade de Coimbra (1537) e a criação da censura inquisitorial (1540) devem ser vistas neste contexto²⁷. Entretanto, o agostiniano João Soares, que era presidente da Mesa de Consciência e que apoiou essa decisão, também se tornou confessor de D. João III, enquanto Silva, o antigo escrivão da puridade, caiu em desgraça. Essa rápida mudança na ordem cultural e religiosa desafiou clérigos e humanistas. Em nome do primado da consciência, a Mesa não demorou a expandir as suas atividades em assuntos imperiais. Mais de um oficial régio em Ásia foi suspenso por imoralidade, enquanto a longa distância piorou o problema da responsabilidade por decisões administrativas que geralmente tinham consequências judiciais depois que os oficiais

²⁴ Fernando Coutinho para João de Chaves, 30 de abril de 1525. SANCEAU, Elaine (Org.). **Colecção de São Lourenço**. v. 1. Lisboa: Centro de Estudos Históricos Ultramarinos da Junta de Investigação do Ultramar, 1973, p. 329-333.

²⁵ DESWARTE-ROSA, Sylvie. **Il "Perfetto Cortegiano" D. Miguel da Silva**. Trad. Benedetta Sforza. Roma: Bulzoni, 1989. Sobre o erasmismo existente na corte de D. João III, cf. BATAILLON, Marcel. *Erasmus et la Cour de Portugal. Études sur le Portugal au Temps de l'Humanisme*. Paris: Fundação Calouste Gulbenkian; Centro Cultural Português, 1974, p. 35-69.

²⁶ Sobre esse grupo de teólogos da corte, cf. MARCOCCI, Giuseppe. **A consciência de um império: Portugal e o seu mundo, sécs. XV-XVII**. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012, p. 129-133.

²⁷ MARCOCCI, Giuseppe; PAIVA, José Pedro Paiva. **História da Inquisição Portuguesa, 1536-1821**. Lisboa: Esfera dos Livros, 2013, p. 30-33.

retornassem a Portugal. Em 1535, Francisco de Sousa Tavares, capitão de Cannanore (Índia), escreveu uma carta de denúncia ao rei D. João III. Ele relatou a “novidade” dos “assinados” “que os governadores qua pedem aos capytães e fidallguos de seus pareceres em os conselhos que qua tem”. Essa precaução era uma evidência do compartilhamento de responsabilidade entre governadores e oficiais perante a corte régia. Como reclamou Sousa Tavares, “os taes asynados são como humas emdulygemcias plenarias que os asollve de toda culpa e pena, e asy podem fazer tudo o que querem sem nenhuma contradição”²⁸. Era o sinal de uma preocupação emergente para questões morais e consciência ao longo do império.

A corte àquele tempo era itinerante, e a Mesa de Consciência a seguia a todo lugar. Entre as décadas de 1530 e 1540, um novo sistema de governo central emergiu: a maior parte das decisões régias concernentes ao império foi submetida ao veredito da Mesa. Política e teologia moral ficaram mais e mais entrelaçadas, enquanto o núncio papal em Portugal paradoxalmente censurava a hegemonia no reino daqueles “que têm o capuz nas suas cabeças”²⁹. Parece que, em seu primeiro período de atividade, a Mesa – um “conselho” que atuava “com grande prejuízo da jurisdição ordinária e apostólica”, como o novo núncio Girolamo Capidiferro praguejou em 1538 – lidava com a venda de cobre europeu na Índia (1538), o abandono das cidades marroquinas de Safi e Azemmour (1541) e mesmo a paz secreta com o Império Otomano³⁰. A permanente tensão com representantes papais levou a Mesa a formular um aviso contra a entrada do núncio Luigi Lippomano no Reino em 1542³¹. Enquanto isso, um agente anônimo informou Lippomano sobre “um modo novo de violar a jurisdição eclesiástica” que fora recentemente inventado na corte de Portugal: “o rei criou uma audiência ou parlamento, a que chamam Mesa da Consciência, regido por padres e leigos, frades e prelados, que tratam de qualquer assunto, contanto que se possa dizer que é coisa de consciência”, ele reclamou e paralelamente, “a Mesa não faz nada, salvo absolver o rei do que lhe foi pedido, dizendo que não tem obrigação na consciência, ou que por consciência não podia permitir tais coisas”. O autor desses relatos criticou severamente os teólogos da corte, que “transformados em tiranos daquele reino em virtude das suas confissões e prédicas”. Significativamente, eles possuíam o mesmo tipo de armas que aqueles que o Bispo Coutinho havia recomendado ao confessor régio Chave uma década antes. Essa atmosfera moralística, taxada como hipócrita pelo agente papal, parece ter infectado até mesmo o Vedor da Fazenda, o Conde de Castanheira: “Este homem é terrível, mas procura dar aparência de ser consciencioso e de santidade, para se harmonizar com os frades, que

²⁸ Francisco de Sousa Tavares para D. João III, 14 de janeiro de 1535. RÊGO, António da Silva. **As Gavetas da Torre do Tombo**. v. 10. Lisboa: Centro de Estudos Históricos Ultramarinos da Junta de Investigações Científicas do Ultramar, 1974, p. 610.

²⁹ Marco Vigerio della Rovere para Ambrogio Ricalcati, 2 de setembro de 1535. DE WITTE, Charles-Mar-tial de (Org.) **La correspondance des premiers nonces permanents au Portugal, 1532-1553**. v. 2. Lisboa: Academia Portuguesa de História, 1980-1986, doc. 40.

³⁰ Girolamo Capodiferro para Ambrogio Ricalcati, 18 janeiro de 1538, *ibid.*, vol. 2, doc. 65; anônimo para Luigi Lippomano, ca. 1542. **Corpo Diplomático Português contendo os actos e relações políticas e diplomáticas de Portugal com as diversas potencias do mundo desde o século XVI ate aos nossos dias**. v. 5. Lisboa: Typ. Da Academia Real das Sciencias, 1862-1959, p. 135-140. Não existe nada mais do que contatos em direção à paz com o Império Otomano. Cf. ÖZBARAN, Salih. An Imperial Letter from Süleyman the Magnificent to Dom João III concerning Proposals for an Ottoman Armistice. In: ÖZBARAN, Salih. **The Ottoman Response to European Expansion: Studies on the Ottoman Portuguese Relations in the Indian Ocean and Ottoman Administration in the Arab Lands During the Sixteenth Century**. Istanbul: Isis Press, 1994, p. 111-118.

³¹ Arquivo Nacional da Torre do Tombo (Lisboa), Coleção Moreira, caixa única, cad. 11, fol. 10rv.

falam continuamente ao rei³². Independentemente do que pensemos sobre essa descrição, em algumas vezes a Mesa também deu vereditos que foram contra a vontade de D. João III. Quando ele pediu, em 1538, a permissão para mandar os primogênitos de famílias nobres para a Índia para que pudessem servir ao exército, os deputados afirmaram que “que ElRey não podia obrigar os morgados a ir à Índia; porque como aquella terra fora descoberta pera comercio e trato, não tinham os morgados obrigação de acudir a ella”³³.

3. A propagação da consciência pelo Império

A interpenetração entre política e teologia moral alcançou o seu clímax em meados do século XVI. Príncipes e nobres, conselheiros reais e oficiais, advogados e teólogos, mercadores e missionários, todos tomaram parte em um sistema imperial que tinha na consciência o seu coração. Isso significava que, sempre que os portugueses lidassem com questões como guerra, comércio, escravidão ou conversão, eles tinham que resolver uma questão moral. O recurso à teologia se tornou uma característica constante quando se lidava com o império, causando intermináveis batalhas sobre a definição de questões de consciência. Pelo menos três gerações de teólogos da corte esforçaram-se para manter as consequências disso sob controle, e, ao fazerem isso, eles produziram uma consciência imperial e um espaço em que se ergueram os debates e as teorias do império.

Primeiramente, os vereditos da Mesa de Consciência ganharam validade legal, ou seja, eles foram considerados como leis e geralmente antecipavam ordens régias. Ademais, o conselho estabeleceu as diretrizes para a ação missionária ao longo do império. Na década de 1540, eles prepararam “regimento para os cathecumenos” para serem impressos, a fim de enviarem cópias para a Índia³⁴. A relação entre a Mesa e o império não era uma via de mão única, entretanto. Em 1551, o frade dominicano Diego de Bermúdez escreveu de Goa ao presidente da Mesa, Bernardo da Cruz (na verdade, ele não era mais o presidente, mas Bermúdez não poderia saber disso), para informá-lo da situação da sua ordem (recém-chegada à Índia) e muitos outros aspectos da vida política e religiosa do Império Português na Ásia. A sua conclusão foi direcionada ao problema da venalidade de ofícios e da fraude endêmica: “Digo esto a V.S. porque tiene cargo de la conçiencia delRey, que olle por esta tierra y mande a ella personas que estan ya pagas, o las page por outra via, porque aviendo de ser pagas con este cargo no tienen cuentaas mas de con esto pagarse en tres años del arrendamiento por no perder”³⁵.

A importância da Mesa era evidente mesmo para alguns convertidos distantes que sentiram que foram maltratados. Pode-se questionar quem teria sugerido ao antigo sultão das Maldivas, Hassan IX, a escrever uma carta de Cochin aos “senhores da Coms-cença” em 1556. Num relato tocante, Hassan IX, agora Manuel, descreveu o seu estado de abandono depois de ser capturado e movido das Maldivas para a Índia e batizado

³² Carta citada na nota de rodapé 30.

³³ COUTO, Diogo do. **Década quinta da Ásia**. Lisboa: Pedro Crasbeeck, 1612, Liv. 3, 8.

³⁴ Este documento perdido é referido em alguns conselhos teológicos sobre a missão na Índia, novembro de 1545, publicado em: RÉGO, António da Silva (Org.). **Documentação para a História das Missões do Padroado Português do Oriente**: Índia. v. 3. Lisboa: Fundação Oriente, 1991-2000, doc. 53.

³⁵ Diego de Bermudez para Bernardo da Cruz, 31 de dezembro de 1551, *ibid.*, v. 5, doc. 12.

pelo jesuíta Francisco Xavier. Ele estava “morrendo a fome” porque o Governador da Índia, Francisco Barreto, disse-lhe friamente que ele “que não era eu pera guovernar as ylhas, nem pera guovernar huma aldea”³⁶. O fato surpreendente de que a carta, que claramente combinou protestos religiosos e ambições políticas, foi endereçada à Mesa, entretanto, confirma o crescimento da sua autoridade e a sua crescente aderência à consciência ao longo do império.

Durante a década de 1550, a Mesa se preocupou com grande variedade de matérias, que foram da venda de piques, cavalos e outros produtos a não-cristãos à sujeição de indígenas americanos ao batismo de negros africanos³⁷. Cada uma dessas intervenções específicas correspondeu a uma estratégia mais geral, como a conversão do comércio imperial em um sistema menos centralizado na Coroa, o início de uma nova política colonial no Brasil sob o governador Mem de Sá (1557-1572) ou a reorganização do tráfico de escravos. Significante, mesmo que os ensinamentos de Francisco de Vitória tenham sido bem conhecidos em Portugal, ele não era abertamente citado nesses debates teológicos – possivelmente porque ele criticou o uso de bulas papais como a fundamentação dos impérios ultramarinos ibéricos. Ademais, é notório que os vereditos da Mesa geralmente se originavam de questões de consciência, que missionários, confessores e vicários locais de diferentes áreas do império colocaram para as autoridades metropolitanas. Suas dúvidas, ao chegarem a Portugal, se transformavam em preocupações gerais que eram debatidas pelos conselheiros, o alto clero, teólogos e juristas, incluindo o Doutor Navarro (Martín de Azpilcueta), professor de Direito Canônico na Universidade de Coimbra, cujo manual de confessores listou os mais sérios pecados do príncipe secular³⁸:

E se desejou ganhar, ou ganhou ou reynos e senhorios contra direito divino, ou humano; ou não restituyo os mal ganhados, sem ter causa justa, que disso ho escusasse; ou se governou notavelmente mal os bem possuídos. (...) Se fez guerra injusta ou por falta de autoridade, ou de justa causa, com obrigação de restituyr. E se fez guerra de seu justa, porem com animo injusto, sem obrigação de restituyr, segundo S. Thomas e seu comentador³⁹

Absolvendo a consciência do rei, como a Mesa simulou, era então uma oportunidade de melhorar e revisar o sistema imperial como um todo. A partir de 1551, a Mesa estendeu a sua jurisdição às ordens militares (de Cristo, de Avis e de Santiago) e mudou o seu nome para Mesa da Consciência e Ordens. Assim, o conselho real veio a controlar

³⁶ Hassan IX, de alcunha Manuel, para a Mesa da Consciência, 23 de janeiro de 1551, *ibid.*, v. 5, doc. 12.

³⁷ Eu reconstruí o caso do comércio proibido no meu artigo: *Trading with the Muslim World: Religious Limits and Proscriptions in the Portuguese Empire* (ca. 1480-1570). In: TRIVELLATO, Francesca; ANTUNES, Cátia; HALEVI, Leor (Org.). **Religion and Trade: Cross-Cultural Exchange in World History, 1000-1900**. New York: Oxford University Press, 2014, p. 91-107. Sobre a sujeição de nativos americanos, cf. Arquivo Nacional da Torre do Tombo (Lisboa), Gavetas, 11, 8, 3, **Tratado sobre a guerra que será justa** (provavelmente de António Pinheiro, ca. 1556). Sobre os escravos africanos negros, veja as sentenças de 1559 e de 22/02/1560. Biblioteca Nacional de Portugal (Lisboa), Cod. 10.890, ARANHA, Lázaro Leitão de. **Meza das tres Ordens Militares de Cristo, S. Thiago e Aviz**, 1731, t. 3.

³⁸ Cf., por exemplo, AZPILCUETA, Martín de. **Relectio cap. Ita quorundam. De Iudaeis, in qua de rebus ad Sarracenos deferri prohibitis & censuris ob id latis non segniter disputatur**. Coimbra: Ioannes Barrerius et Ioãnes Aluarus typographi regij excudebant, 1550.

³⁹ AZPILCUETA, Martín de. **Manual de confessores & penitentes**. Coimbra: João Barreira e João Alves, 1552, p. 606 e 610.

uma ferramenta vital de riqueza, privilégio e prestígio social no que foi chamado de economia da mercê⁴⁰. O crescente poder da Mesa também é atestado pelos primeiros regimentos que se conhecem (1558). Eles reafirmaram a sua natureza anti-Romana ao estabelecerem a sua competência sobre as bulas papais relacionadas a Portugal e ao seu império, “pera se verem logo que vierem e se dar ordem ao effeito dellas”⁴¹. Alguns anos depois, o problema de um veredito favorável à escravização e à venda de nativos brasileiros (1565-1566) deu ensejo a uma celebrada disputa sobre a escravidão, na Bahia, entre os jesuítas Manuel da Nóbrega e Quirício Caixa (1567)⁴². A ambivalência da Mesa sobre o tráfico de escravos no Atlântico logo resultou na amarga ironia de um tratado do dominicano espanhol Tomás de Mercado (1569)⁴³.

É difícil exagerar a importância da consciência no contexto do período moderno português, e isso atingiu novos níveis quando, durante a década de 1560, os jesuítas ganharam influência política ao tomaram controle da consciência régia. Isso aconteceu largamente graças ao suporte do príncipe Cardeal D. Henrique (Inquisidor Geral de Portugal desde 1539 e Regente entre 1562 e 1568) durante os anos de menoridade do novo monarca, D. Sebastião, que sucedeu D. João III em 1557. Foi também D. Henrique que impôs o líder do setor rigorista dos jesuítas portugueses, Padre Luís Gonçalves da Câmara, como preceptor de D. Sebastião em 1560, antes de que ele finalmente se tornasse seu confessor, em 1566⁴⁴. Os jesuítas passaram a monopolizar o ofício de confessores dos membros da família real, e o retrato estava completo com a indicação do irmão de Câmara, o teólogo secular Martim, como Presidente da Mesa de Consciência (provavelmente em 1565) e como escrivão da puridade (1569). A fusão entre política e religião, assim como entre consciência e sigilo, foi completa. A rainha-mãe, Catarina da Áustria, viúva de D. João III, protestou que os irmãos Câmara eram “absolutos Señores del Reyno y del Rey”⁴⁵.

Sob Martim Gonçalves da Câmara, que gradualmente substituiu os deputados na Mesa por pessoas da sua confiança, o conselho também adotou uma linha mais agressivas. Uma intensa e crescente circulação entre reino e império aumentou a influência da Mesa sobre os processos decisórios em diferentes contextos geográficos. Por exemplo, repetidas requisições originárias de Goa, capital do império português na Ásia, levaram a Mesa a autorizar a inquisição local a atuar contra hindus e mulçumanos em uma variedade de casos envolvendo o crime de dissuadir a conversão ao catolicismo

⁴⁰ OLIVAL, Fernanda. **As Ordens Militares e o Estado Moderno: Honra, Mercê e Venalidade em Portugal, 1641-1789**. Lisboa: Estar, 2001. Cf. também: HESPANHA, António Manuel. Os bens eclesiásticos na época moderna: benefícios, padroados e comendas. **Anais de História de Além-Mar**, v. 1, 2000, p. 59-76.

⁴¹ DE WITTE, Charles Martial. Le ‘regimento’ de la ‘Mesa da Consciência’ du 24 novembre 1558. **Revista Portuguesa de História**, v. 9, 1969, p. 10.

⁴² Para os materiais concernentes a essa disputa, cf. NÓBREGA, Manuel da. **Cartas do Brasil e mais escritos**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1955, doc. 41. Cf. também: ZERON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro. **Ligne de foi: La Compagnie de Jésus et l’esclavage dans le processus de formation de la société coloniale en Amérique portugaise, XVIe -XVIIe siècles**. Paris: Honoré Champion, 2009, p. 77-155.

⁴³ MERCADO, Tomás de. **Tratos y contratos de mercaderes y tratantes discididos y determinados**. Salamanca: Matías Gast, 1569, fols. 63v-68.

⁴⁴ CRUZ, Maria do Rosário Sampaio Temudo Barata de Azevedo. **As regências na menoridade de D. Sebastião: Elementos para uma história estrutural**. v. 1. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1992, p. 96-99.

⁴⁵ Biblioteca da Ajuda (Lisboa), Cod. 54-XIII-12, **Catarina de Áustria a Francisco de Borja, Superior Geral da Companhia de Jesus, 08/06/1571**, doc. 113 (cópia).

(1569)⁴⁶. No ano seguinte, a Mesa abriu uma segunda sede em Goa, mas sabemos muito pouco sobre ele⁴⁷.

Como regra geral, podemos supor que apenas a Mesa da Consciência metropolitana era competente para julgar matérias delicadas como guerras e conquistas. Um novo padrão emergiu durante o predomínio jesuíta, quando também testemunhamos os primeiros sinais do uso da doutrina de Francisco de Vitória. A expedição contra o Reino Shona de “Monomotapa”, no sudeste da África, é um caso em questão. No início de 1569, a Mesa emitiu o seu veredito a favor de um ataque a essa terra, descrita como repleta de ouro. As instruções do governador Francisco Barreto, chefe da expedição, incluíram os três pontos essenciais do veredito, todos baseados nos justos títulos de conquista listados por Vitório no seu famoso *Relectio de Indis* (1539): compensação por abusos sofridos por cristãos, punição por leis tirânicas e crimes contra a natureza e a defesa de missionários. Os soldados portugueses estavam vinculados em consciência a obedecerem ao veredito, como os jesuítas que estavam no seu comboio constantemente os lembravam durante a confissão⁴⁸. Então, alguns anos depois, em uma disputa sobre a soberania portuguesa sobre os oceanos e o seu direito exclusivo de navegarem para as ilhas sob a sua jurisdição, o jesuíta Pedro Simões, docente na Universidade de Évora, contestou que, se para Vitória havia sete justos títulos “pelos quais os índios ocidentais puderam vir na potestade dos espanhóis”, “o mesmo se deve entender dos orientais na dos portugueses”⁴⁹. O senso de confiança dos teólogos em tratarem a dimensão política-moral alcançou o nível de, mesmo incluindo os argumentos de Vitória no arsenal de justificações jurídicas para o império, sem se incomodarem com a inconsistência dos seus principais mandatos, continuaram a ser precisamente as bulas papais cuja autoridade os dominicanos espanhóis haviam abolido.

4. Casuística missionária no mundo português

A centralidade que a consciência adquiriu na esfera política em meados do século XVI nos ajuda a entender a presença marcante de questões conectadas com o funcionamento do sistema imperial entre os casos de consciência discutidos pelos missionários, tanto durante as lições de teologia e em resposta para as dúvidas morais que emergiam nos mais vários lugares, da Bahia a Goa, e de Macau a Nagasaki. Apesar de circulação de questões, opiniões e respostas a oficiais, problemas isolados como esse das condições de absolvições a serem dadas em confissão se converteram em debates conduzidos em escala global, criando um patrimônio cultural compartilhado por todo o mundo português na forma da casuística missionária que pode se encontrar em vários manuscritos de mosteiros americanos e asiáticos e nos colégios. Foi um ponto decisivo de interação da nova noção de consciência ao longo do império, o que acabou por afetar

⁴⁶ Veredito de 02/03/1569. MENESES, Manuel de. **Chronica do muito alto e muito esclarecido D. Sebastião decimosexto Rey de Portugal ... Segunda Parte**. Lisboa Occidental : Na Officina Ferreyriana, 1730, p. 87-88.

⁴⁷ SANTOS, Catarina Madeira. “Goa é a chave de toda a Índia”: perfil político da capital do Estado do Índia, 1505-1570. Lisboa: CNCDP, 1999, p. 188-191.

⁴⁸ O veredito pode ser encontrado como apêndice ao relato da expedição de Barreto feito pelo jesuíta Francisco Monclaro, por volta de 1574. WICKI, Josef (Org.). **Documenta Indica**. v. 8 (1569-1573). Romae: Monumenta Historica Soc. Iesu, 1964, doc. 100.

⁴⁹ Biblioteca Nacional de Portugal (Lisboa), Cod. 3.858, SIMÕES, Pedro. **Annotationes in materiam de bello**, 1575, fol. 304.

não apenas os nativos que se converteram ou que foram convertidos, mas também mercadores e navegadores, colonos e oficiais da coroa. Todos eles participaram em um cenário compartilhado e preocupado com o controle e proteção das almas que pode ser discernido a partir de meados do século XVI e que é bem expresso na recomendação do jesuíta Francisco Xavier ao frei Kaspar Berzé, então missionário em Ormuz (Pérsia): o cuidado era requerido em confissões “particularmente com mercadores honrados e ricos”, e eles devem ser autorizados “dois ou três dias a pensar sobre os pecados da sua vida pregressa”, depois do que, se questionados “sobre usura, formas de barganha, compra e venda” – assim como monopólios e, no caso de ofícios régios, fraudes – eles geralmente confessavam “muitos crimes”⁵⁰.

Das décadas de 1560 e 1570 em diante, os padres jesuítas eram os mais ágeis em converter as várias regiões do Império Português com uma casuística que dialogava profundamente com questões de teologia moral e que mostraram evidências de independência dos interesses da Coroa e das autoridades centrais na Europa em geral. A diferença na posição jesuítica, que autorizou a violação de regulamentos régios previamente protegidos pela restrição da consciência, é clara se compararmos o debate sobre livre comércio que se deu em Goa na presença do Governador da Índia, João de Castro, em Novembro de 1545, e a atuação nos monopólios pelo Padre Francisco Rodrigues, professor de casos de consciência no colégio local por volta de 1570. A comissão presidida por Castro e composta principalmente por oficiais da Coroa e por outros membros da elite imperial de Goa (nenhum deles era padre) examinou a reforma proposta sobre o comércio de especiarias: enquanto mantinham o monopólio sobre a rota marítima entre Índia e Portugal (rota do Cabo), sugeriu-se a abertura comercial na região a mercadores privados, autorizando-os a revender especiarias em Ormuz e todo o acesso no comércio europeu de pimenta de Malabar nos portos dos reinos de Bengala e Pegu. O Provedor Fiscal Bastião Luís, um dos fundadores da Confraria da Conversão da Fé, era contrário a essa ideia e reivindicou que “em caso de tanta importância, como é a saída e trato da pimenta separado da via do regno, tão sagrado havia de ser que té o falar se poderia haver por defeso”⁵¹.

Mal se passaram vinte e cinco anos e esses pressupostos estavam completamente superados, como se pode ver na proposta do jesuíta Rodrigues, cuja explicação do monopólio do comércio regional foi pretendida para os confessores na Índia. Ele tomou a linha geral segundo a qual o respeito pela “igoaldade” obrigava a todos em consciência que estipularam um contrato comercial, mesmo se “no demais fossem tam diferentes quanto são príncipe com qualquer vasalo”. Ele indicou que, apesar de, em alguns casos, se tenha permitido que, “pera o bem comum”, o príncipe ou a comunidade pudessem dispor de matérias como reservar comércio de itens específicos para alguns mercados, onde os capitães que reivindicavam limitar a liberdade dos comerciantes locais de venderem e adquirirem “se ve desigualdade antre os contrahentes, ve-se mais força e coaccam, vem-se monopólios, ve-se iniusticia fazendo que os que querem comprar ou vender o não facam em todo ho tempo e lugar. Polo que são obrigados os taes capitães

⁵⁰ As instruções para Berzé se tornaram um padrão a ponto de terem sido publicadas como apêndice à primeira história publicada dos jesuítas no Oriente, da qual eu cito. MAFFEI, Giampietro. **Historiarum Indicarum Libri XV**. Coloniae Agrippinae: sumptibus A. Mylii, 1589, p. 338.

⁵¹ THOMAZ, Luís Filipe F. R. **A questão da pimenta em meados do século XVI: um debate político do governo de d. João de Castro**. Lisboa: Centro de Estudos de Povos e Culturas de Expressão Portuguesa, Universidade Católica Portuguesa, 1998.

a restituir todo o dano que a quaisquer partes darem com as ditas proibições como o consilio goense o declarou⁵². Eloquentemente, Rodrigues também estendeu o seu apoio aos interesses das elites locais a matérias de navegação afirmando que “não he licito aos ditos capitais defenderem aos mercadores que não navegem livremente pera onde quizerem nem entrem nos portos quando lhe aprouver⁵³. Ele também interveio na questão da obrigação de restituir os recursos derivados de jornadas marítimas sem licença em direção a regiões que fossem restritas a certos sujeitos pelo rei ou vice-rei. “Me parece não aver obrigação alguma”, ele respondeu, “e isto pela duvida que ha se se podem fazer as taes proibições en tais lugares, e principalmente por vermos em as provisões que se dão a eses providos comunmente se goarda mal a iusticia distributiva”. Ele reconheceu que razões válidas podem existir para os representantes da coroa na Ásia para garantir tais privilégios a alguns indivíduos, mas as suas conclusões eram claras: “não nego todavia ser grande ocasião de mal que nesta parte se daa pelas tães provisões que devião muito ser ponderadas quando se consedem pera ver se pesa mais o bem que da provisão se segue⁵⁴”.

Rodrigues também foi repetidamente consultado na China e no Japão, e ele formulou respostas para dúvidas sobre muitas questões, incluindo o comércio de escravos chineses e a venda de armas e produtos proibidos⁵⁵. Foi dessas mesmas regiões que, alguns anos depois, a latente resistência à casuística missionária se tornou mais vigorosa – não apenas contra a legislação régia e as conclusões de teólogos em Portugal, mas sobretudo contra o crescente papel de Roma no processo decisório, o que ao mesmo tempo ameaçou o padroado espiritual português. De uma escala diferente, a controvérsia sobre a jurisdição régia que motivou a criação da Mesa de Consciência em 1532 emergiu novamente: foi um prelúdio para as tensões com Roma que contribuíram para a criação da Congregação da Propaganda Fide em 1622. O jesuíta Alessandro Valignano expressou do Japão uma impaciência generalizada com constrictões distantes e excessivamente rígidas da consciência em 1592, como ele discordou da longa sombra que as doutrinas de Navarro lançaram em todas as matérias definidoras da teologia moral do Portugal imperial desde meados do século XVI: “[se] o doutor Navarro, duplamente celebrado e experto em casos, mudou tantas ideias simplesmente por ter ido de Portugal para Roma, podemos imaginar muito bem o quanto ele teria mudado se tivesse ido ao Japão e tivesse tido uma experiência direta com o que acontece lá⁵⁶”.

A teologia moral foi até então um fator decisivo de unidade política no império, mas a emergência de um catolicismo local para o qual a casuística missionária estabeleceu os fundamentos, eventualmente erodiu a ligação constitutiva que existiu entre a

⁵² Arquivo Nacional da Torre do Tombo (Lisboa), Manuscritos da Livraria, Cod. 805, RODRIGUES, Francisco. **Cazos diversos e varios que correm pelas partes da India**, fol. 62v-63v. A referência é ao primeiro Conselho de Goa (1567). Cf. RIVARA, Joaquim Heliodoro da Cunha (Org.). **Arquivo Portuguez-Oriental**. v. 4. New Dehli: Asian Educational Services, 1992, doc. 1 (act. 4, 27). Os decretos do Conselho valiam como direito real na Arquidiocese de Goa, mas esse ponto foi contraditado nas instruções oficiais para o novo Vice-Rei da India, Luís de Ataíde (1568), em que a efetividade do monopólio das especiarias foi reiterado. Cf. *Ibid.*, vol. 3, doc. 1.

⁵³ RODRIGUES, *Cazos diversos*, fol. 62.

⁵⁴ *Ibid.*, fol. 101v-102 (essas respostas são parte de uma seção intitulada “Cazos correntes pela India”).

⁵⁵ *Ibid.*, fols. 96-101v (essas respostas são parte de uma seção intitulada “Cazos diversos e varios que correm pelas partes da India com suas resolluções”). Veja também: PINTO; Ana Fernandes; PIRES, Silvana Remédio. The Resposta que alguns padres de Japão mandaram perguntar: A Clash of Strategies? **Bulletin of Portuguese/Japanese Studies**, v. 10-11, 2005, p. 9-60.

⁵⁶ Biblioteca da Ajuda (Lisboa), Cod. 49-IV-56, VALIGNANO, Alessandro. Adiciones del Sumario de Japon, 1592, fol. 133 (cópia do século XVIII).

consciência e o poder imperial central. Depois da fratura ocasionada pela perda da independência em 1580, essa crise não poderia mais ser ocultada em Portugal.

5. Consciência entre o domínio espanhol e a restauração portuguesa

A consciência perdeu a sua centralidade no sistema político português depois da trágica expedição ao Marrocos, durante a qual o rei D. Sebastião morreu com a idade de vinte e quatro anos na batalha de Alcácer-Quibir (1578). Os primeiros sinais de declínio datam de meados da década, com o falecimento de Martim Gonçalves da Câmara (1575) e a queda política do seu irmão Luís (1576). Assim, o escrivão da puridade desapareceu, enquanto a Mesa da Consciência sobreviveu à crise dinástica que se seguiu à morte de D. Sebastião (1578-1580), bem como à anexação da Coroa Portuguesa por Felipe II da Espanha (1580-1581). Esse evento ocasionou mudanças radicais na vida política e institucional do mundo português. O rei da Espanha deixou Lisboa “quase viúva” e a corte se mudou para Castela⁵⁷. A Mesa seguiu a corte, mas perdeu a maior parte do seu poder. Ela se reduziu a uma mera corte de apelação para as ordens militares. Para o império, ela oficialmente ficou separada da espanhola, ainda que as duas acabassem formando um “império composto” global⁵⁸. Os efeitos dessa conjuntura se tornaram plenamente evidentes na expressão das doutrinas imperiais, quando os argumentos espanhóis e portugueses passaram a ser misturados. Para acompanhar a transferência de poder de Portugal para a Espanha, o antigo sistema, centrado na Mesa, foi dissolvido. Mantidos à distância por um rei estrangeiro, os teólogos da corte portuguesa foram excluídos das novas instituições régias, como o Conselho de Portugal, cujos assentos foram ocupados por nobres leais à Coroa Espanhola. Em 1604, um Conselho da Índia, de curta duração e que compartilhou algumas áreas de competência com as da Mesa antes de 1580, foi estabelecido. Entretanto, não houve teólogos entre os seus membros, e a consciência tampouco desempenhou um papel relevante nela. Mas havia uma memória das antigas funções da Mesa, bem como uma sensação de rivalidade entre esses dois conselhos. Foi o ciúme da Mesa que fez o Conselho da Índia desaparecer em 1614⁵⁹.

A reformulação da Mesa poderia ser interpretada como uma tentativa de direcionar a autonomia da consciência imperial portuguesa em uma esfera de consciência controlada por Madrid. Uma teoria integrada do império daria agora suporte ao que vem sendo chamado de “globalização ibérica”⁶⁰. Isso certamente não significa que houvesse um declínio absoluto da teologia nem que figuras como Luis de Molina ou Francisco Suárez tenham perdido a sua centralidade cultural: vivendo em Portugal na virada para o século XVII, eles ocuparam prestigiadas cátedras universitárias. Os seus escritos circularam amplamente e enfrentaram matérias de grande importância – uma que merece menção foi a discussão sobre escravidão, uma questão moral e social de

⁵⁷ ÁLVAREZ, Fernando Bouza. Lisboa Sozinha, Quase Viúva: A Cidade e a Mudança da Corte no Portugal dos Filipes. **Penélope. Fazer e Desfazer a História**, v. 13, 1994, p. 71-94

⁵⁸ SUBRAHMANYAM, Sanjay. Holding the World in Balance: The Connected Histories of the Iberian Overseas Empires, 1500-1640. **American Historical Review**, v. 112, 2007, p. 1359-1385.

⁵⁹ LUZ, Francisco Paulo Mendes da. **O Conselho da Índia: Contributo ao Estudo da História da Administração e do Comércio do Ultramar Português no Princípio do Século XVII**. Lisboa: Agência Geral do Ultramar, 1952.

⁶⁰ GRUZINSKI, Serge. **Les quatre parties du monde: histoire d'une mondialisation**. Paris: La Martinière, 2004.

importância fundamental no mundo português deste período, em *De Iustitia et Iure* (1593-1609) de Luis de Molina⁶¹. Entretanto, enquanto o impacto da teologia moral no pensamento imperial ibérico continuou a ser significativo, na era da dominação espanhola, os arbitristas e juristas vieram substituir os teólogos portugueses como conselheiros políticos. O longo debate sobre a colonização de Angola confirma essa tendência⁶². Não é coincidência que uma refutação tardia do ataque de Hugo Grotius à jurisdição ultramarina portuguesa, intitulada *De Iusto Imperio Lusitanorum Asiatico* (1625), tenha ficado a cargo do canonista português e frade mercedário Serafim de Freitas, que foi professor da Universidade de Valladolid⁶³.

Nem mesmo o retorno da independência em 1640 recolocou a consciência e a teologia moral no seu lugar. A hierarquia institucional anterior a 1580 foi dissolvida em uma multiplicidade de entidades competindo, incluindo ordens religiosas e universidades. Logicamente, os confessores reais tiveram uma posição especial na corte dos Bragança, assim como em outras monarquias católicas da Europa de meados do século XVII. Mas o conflito entre o rei D. João IV (1603-1665) e a Inquisição, ou entre esta e a Companhia de Jesus, provaram que era impossível recriar a ordem anterior. Exceto por alguns bispos, a turbulência política e a instabilidade interna dos primeiros tempos da Restauração, em que o reconhecimento tardio pelo papado (1668) da reconquistada independência foi um importante fator, evitaram teólogos e religiosos em geral de preencherem postos oficiais no novo sistema de governo. Enquanto império, a coroa se proveu com uma nova instituição, o Conselho Ultramarino. Estabelecido em 1643, os seus membros foram recrutados entre a nobreza⁶⁴.

Um retorno aparente a modelos tradicionais aconteceu no reinado de D. Afonso VI (1643-1683). Em 1662, ele assumiu diretamente o poder graças à ajuda do astuto Luís de Vasconcelos e Sousa, o Conde de Castelo Melhor. Subsequentemente, este se tornou valido de Afonso, que imediatamente o nomeou escrivão da puridade, ressuscitando então um antigo título que havia caído em desuso depois da morte de Martim Gonçalves da Câmara no século XVI. Graças ao novo “Regimento do Escrivão da Puridade”, o seu poder foi quase absoluto, mas, crucialmente, ele estava claramente separado da esfera da consciência⁶⁵. Com Castelo Melhor, o ofício perdeu a sua dimensão sacra e se tornou um equivalente ao de primeiro-ministro de uma monarquia absoluta⁶⁶.

Ainda que Castelo Melhor tenha sido Escrivão da Puridade apenas entre 1662 e 1667, o seu governo de Portugal e do seu império marcou um ponto de virada na história portuguesa, não apenas devido à sua contribuição decisiva para a vitória final na Guerra de Restauração contra a Espanha, mas também no que diz respeito à

⁶¹ HESPAÑA, António Manuel. Luis de Molina e a escravização dos negros. *Análise Social*, v. 35, 2001, p. 937-960; ZERON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro, op. cit., p. 271-294.

⁶² CURTO, Diogo Ramada. Remédios ou árbitros. In: CURTO, Diogo Ramada. *Cultura Imperial e Projetos Coloniais, séculos XV a XVIII*. Campinas: UNICAMP, 2009, p. 177-193.

⁶³ PAGDEN, Anthony. Commerce and Conquest: Hugo Grotius and Serafim de Freitas on the Freedom of the Seas. *Mare Liberum*, v. 20, 2000, p. 35-55.

⁶⁴ BARROS, Edval de Souza. *Negócios de Tanta Importância: O Conselho Ultramarino e a disputa pela condução da guerra no Atlântico e no Índico, 1643-1661*. Lisboa: Centro de História de Além-Mar, Universidade Nova de Lisboa, 2008.

⁶⁵ Biblioteca Nacional de Portugal (Lisboa), Cod. 8.202: Regimento do Escrivão da Puridade.

⁶⁶ Sobre a figura de Luís Vasconcelos e Sousa, cf. BLACK, Maria Luísa de Bivar. *Um Escrivão da Puridade no Poder: O Conde de Castelo Melhor, 1662-1667*. Lisboa: S.P.B. Editores e Livradores, 1995. Observações muito úteis podem ser encontradas em XAVIER, Angela Barreto; CARDIM, Pedro. *D. Afonso VI*. Lisboa: Temas & Debates, 2008, p. 175-179.

controvérsia sobre o seu poder. As repercussões religiosas deste debate podem ser traçadas nas declarações de clérigos que tomaram parte. Em 1666, o frei carmelita descalço Francisco do Santíssimo Sacramento publicou um tratado sobre o ofício de Escrivão da Pureza. O seu propósito foi justificar a adoção deste título Castelo Melhor e apresentar a sua função como um fenômeno perfeitamente normal. Como afirmado na dedicatória a Castelo Melhor, “se a proeminência e a recompensas do seu posto o elevaram com uma excelência superior, os dons e a graça que estão associadas ao ministro o aplaudem como o mais valoroso”. Apesar de Francisco do Santíssimo Sacramento ter remetido as origens do seu título à Bíblia, não houve espaço para a consciência no seu trabalho⁶⁷. O tratado de Santíssimo Sacramento provocou hostilidade e as suas visões foram rejeitadas em uma carta atribuída a António Vieira (1608-1697), um famoso missionário jesuíta muito influente na corte. O Carmelita Descalço comparou a intimidade do rei como o seu Escrivão da Pureza com a relação do sol com os seus planetas: “Ele [o Escrivão da Pureza] produz certos efeitos por si enquanto causa universal ao receber a virtude diretamente do sol; e outros efeitos graças a causas secundárias, que sempre dependeram de suas contribuições nas suas ações, como a causa que é superior”. Vieira, entretanto, usou a mesma metáfora solar para ressaltar uma clara distinção entre o Escrivão da Pureza e o rei: “duas cabeças em um corpo sempre foram uma monstruosidade”, ele comentou, rejeitando a imagem de Santíssimo Sacramento⁶⁸. Desenvolvendo mais a fundo a metáfora de Vieira, podemos dizer que a distância que separava a consciência da cabeça descreve a trajetória do sistema de governo português da centralidade renascentista da teologia política ao absolutismo; uma trajetória com consequências para o seu império, também⁶⁹.

6. Conclusão

A história da interdependência entre consciência e o Império Português é um capítulo importante no entendimento da conexão entre política e religião durante a Idade Moderna. O papel central que a teologia moral católica exerceu neste contexto bem além dos confins da Europa é um de seus traços mais originais. A sua institucionalização precoce na Mesa da Consciência, que precedeu todos os outros “conselhos de consciência” europeus, explicam parcialmente como e por que ela foi capaz de criar um cenário comum que foi compartilhado pela corte e pelas universidades, monastérios e palácios da nobreza, cidades do império e centros missionários remotos. Mesmo poderosos mercadores sentiram os seus efeitos, e por grande parte do século XVI praticamente não houve grande questão concernente ao império que não fosse comentada pelos seus teólogos. Isso não pode ser ignorado se nós quisermos entender completamente a vida política de Portugal e do seu império ultramarino, assim como a sua dimensão ideológica.

⁶⁷ SACRAMENTO, Francisco do Santíssimo. **Epitome Unico da Dignidade, e Mayor Ministro da Pureza, e de Sua Muita Antiguidade, & Excellencia**. Lisboa: Officina de Ioam da Costa, 1666.

⁶⁸ Apud: XAVIER; CARDIM, op. cit., p. 178.

⁶⁹ AMES, Glenn J. Pedro II and the Estado da Índia: Braganzan Absolutism and Overseas Empire, 1668-1683. **Luso-Brazilian Review**, v. 34, n. 2, 1997, p. 1-13. Veja também: Idem, **Renascent Empire? The House of Braganza and the Quest for Stability in Portuguese Monsoon Asia, ca. 1640-1683**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2000.

Logicamente, o peso da consciência não foi sempre o mesmo, nem ele manteve características idênticas. O importante papel da teologia moral na política imperial foi uma reação a circunstâncias contingentes, mas ela rapidamente resultou na moldagem das características marcantes das fundações jurídicas do império. Ela selou uma nova direção decisiva na cultura portuguesa, mas a sua centralidade política também acabou limitando a sua longevidade, como está claro, sobretudo, nos territórios imperiais, onde o crescimento da casuística missionária logo começou a mostrar sinais de marcante impaciência quanto ao domínio metropolitano. Por volta de meados do século XVI, uma doutrina oficial se impôs, a de mostrar algumas falhas apenas um pouco antes da coroa portuguesa passar para Felipe II, quando um novo poder e uma nova tradição imperial pôs um fim ao modelo português, enquanto ao mesmo tempo herdava algumas de suas características. Depois da Restauração de 1640, parecia que alguns aspectos poderiam florescer novamente, mas foi apenas uma ilusão. A monarquia portuguesa estava a ponto de embarcar em uma nova fase da sua história, em que a religião continuou a ser extremamente importante, mas não havia mais lugar para um monopólio sobre a teologia moral e o império.

7. REFERÊNCIAS

Fontes Manuscritas

- Arquivo Nacional da Torres do Tombo (Lisboa)

Manuscritos da Livraria: Códice 805: RODRIGUES, Francisco. **Cazos diversos e varios que correm pelas partes da Índia**, fol. 62v-63v.

Gavetas: 11, 8, 3: **Tratado sobre a guerra que será justa.**

Colecção Moreira: Cx. Única, cad. 11.

- Biblioteca da Ajuda (Lisboa)

Códice 49-IV-56: VALIGNANO, Alessandro. **Adiciones del Sumario de Japon**, 1592, (cópia do século XVIII).

Códice 54-XIII-12: **Catarina de Áustria a Francisco de Borja, Superior Geral da Companhia de Jesus**, 08/06/1571 (cópia).

- Biblioteca Nacional de Portugal (Lisboa)

Códice 3.060: BARROS, João de. **Ao mui alto e muito poderosó Rey de Portugal D. João 3o. deste nome Panegirico.**

Códice 3.858: SIMÕES, Pedro. **Annotationes in materiam de bello**, 1575.

Códice 8.202: **Regimento do Escrivão da Puridade.**

Códice 10.890: ARANHA, Lázaro Leitão de. **Meza das tres Ordens Militares de Cristo, S. Thiago e Aviz**, 1731, tomo 3.

Fontes Impressas

Anônimo para Luigi Lippomano, ca. 1542. **Corpo Diplomatico Portuguez contendo os actos e relações politicas e diplomaticas de Portugal com as diversas potencias do mundo desde o século XVI ate aos nossos dias**. v. 5. Lisboa: Typ. Da Academia Real das Sciencias, 1862-1959, p. 135-140.

AZPILCUETA, Martín de. **Manual de confesores & penitentes**. Coimbra: João Barreira e João Alves, 1552.

_____. **Relectio cap. Ita quorundam. De Iudaeis, in qua de rebus ad Sarracenos deferri prohibitis & censuris ob id latis non segniter disputatur**. Coimbra: Ioannes Barrerius et Ioãnes Aluarus typographi regij excudebant, 1550.

COSTA, Mário Júlio de Almeida; NUNES, Eduardo Borges (Org.). **Ordenações Afonsinas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1984.

COUTO, Diogo do. **Década quinta da Ásia**. Lisboa: Pedro Crasbeeck, 1612

DINIS, António Joaquim Dias (Org.). **Monumenta Henricina**, v. 12 (1454-1456). Coimbra: Atlântida, 1971, doc. 17.

Fernando Coutinho para João de Chaves, 30 de abril de 1525. SANCEAU, Elaine (Org.). **Colecção de São Lourenço**. v. 1. Lisboa: Centro de Estudos Históricos Ultramarinos da Junta de Investigação do Ultramar, 1973, p. 329-333.

Francisco de Sousa Tavares para D. João III, 14 de janeiro de 1535. RÊGO, António da Silva. **As Gavetas da Torre do Tombo**. v. 10. Lisboa: Centro de Estudos Históricos Ultramarinos da Junta de Investigações Científicas do Ultramar, 1974, p. 610.

MAFFEI, Giampietro. **Historiarum Indicarum Libri XV**. Coloniae Agrippinae: sumptibus A. Mylii, 1589.

Marco Vigerio della Rovere para Ambrogio Ricalcati, 2 de setembro de 1535. DE WITTE, Charles-Martial (Org.) **La correspondance des premiers nonces permanents au Portugal, 1532-1553**. v. 2. Lisboa: Academia Portuguesa de História, 1980-1986, doc. 40.

MENESES, Manuel de. **Chronica do muito alto e muito esclarecido D. Sebastião decimosexto Rey de Portugal . . . Segunda Parte**. Lisboa Occidental: Na Officina Ferreyriana, 1730.

MERCADO, Tomás de. **Tratos y contratos de mercaderes y tratantes discidos y determinados**. Salamanca: Matías Gast, 1569.

NÓBREGA, Manuel da. **Cartas do Brasil e mais escritos**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1955.

Príncipe D. Henrique para o Papa Nicola V, 29 de julho de 1450. DINIS, António Joaquim Dias (Org.). **Monumenta Henricina**, v. 10 (1449-1451). Coimbra: Atlântida, 1969, doc. 213.

RÊGO, António da Silva (Org.). **Documentação para a História das Missões do Padroado Português do Oriente: Índia**. v. 3-5. Lisboa: Fundação Oriente, 1991-2000.

RIVARA, Joaquim Heliodoro da Cunha (Org.). **Arquivo Portuguez-Oriental**. v. 4. New Dehli: Asian Educational Services, 1992.

Romanus Pontifex, de 8 de janeiro de 1455. DINIS, António Joaquim Dias (Org.). **Monumenta Henricina**, v. 12 (1454-1456). Coimbra: Atlântida, 1971, doc. 36.

SACRAMENTO, Francisco do Santíssimo. **Epitome Unico da Dignidade, e Mayor Ministro da Puridade, e de Sua Muita Antiguidade, & Excellencia**. Lisboa: Officina de Ioam da Costa, 1666.

WICKI, Josef (Org.). **Documenta Indica**. v. 8 (1569-1573). Romae: Monumenta Historica Soc. Iesu, 1964.

Literatura

AGNOLIN, Adone; ZERON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro; WISSENBACH, Maria Cristina Cortez; SOUZA, Marina de Mello e (Org.). **Contextos Missionários: Religião e Poder no Império Português**. São Paulo: Hucitec, 2011.

ALBUQUERQUE, Martim de. **A consciência nacional portuguesa: Ensaio de história das ideias políticas**. Lisboa: 1974.

_____. Política, moral e direito na construção do conceito de Estado em Portugal. **Estudos de cultura portuguesa**, v. 1. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1984, p. 152-248;

ÁLVAREZ, Fernando Bouza. Lisboa Sozinha, Quase Viúva: A Cidade e a Mudança da Corte no Portugal dos Filipes. **Penélope. Fazer e Desfazer a História**, v. 13, 1994, p. 71-94

AMES, Glenn J. Pedro II and the Estado da Índia: Braganzan Absolutism and Overseas Empire, 1668-1683. **Luso-Brazilian Review**, v. 34, n. 2, 1997, p. 1-13.

_____. **Renascent Empire? The House of Braganza and the Quest for Stability in Portuguese Monsoon Asia, ca. 1640-1683**. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2000.

ARCHDEACON, Anthony. The Publication of No-body and Some-body: Humanism, History and Economics in the Early Jacobean Public Theatre. **Early Modern Literary Studies**, v. 16, 2012. Disponível em: <https://www.questia.com/library/journal/1P3-3039356381/the-publication-of-no-body-and-some-body-humanism>. Último acesso: 10/10/2019.

ARMITAGE, David (Org.). **Theories of Empire, 1450-1800**. Aldershot: Routledge, 1998.

BARROS. Edval de Souza. **Negócios de Tanta Importância: O Conselho Ultramarino e a disputa pela condução da guerra no Atlântico e no Índico, 1643-1661**. Lisboa: Centro de História de Além-Mar, Universidade Nova de Lisboa, 2008.

BATAILLON, Marcel. Erasme et la Cour de Portugal. **Études sur le Portugal au Temps de l'Humanisme**. Paris: Fundação Calouste Gulbenkian; Centro Cultural Português, 1974, p. 35-69.

BLACK, Maria Luísa de Bívar. **Um Escrivão da Puridade no Poder: O Conde de Castelo Melhor, 1662-1667**. Lisboa: S.P.B. Editores e Livreiros, 1995.

BOXER, Charles Ralph. **The Church Militant and Iberian Expansion, 1440-1770**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1978.

BRAUN, Harald E.; VALLANCE, Edward (Org.). **Contexts of Conscience in Early Modern Europe, 1500-1700**. Houndmills, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2004;

BROGGIO, Paolo. **La teologia e la politica: Controversie dottrinali, Curia romana e monarchia spagnola tra Cinque e Seicento**. Florence: Olschki, 2009.

BUESCU (Org.). Maria Leonor Cavilhão. **Copilaçam de todas as obras de Gil Vicente**. v. 2. Lisboa: INCM, 1984.

CALMANN, Gerta. The Picture of Nobody: An Iconographical Study. **Journal of the Warburg and Courtauld Institutes**, v. 23, 1960, p. 60-104.

CARDIM, Pedro. La aspiración imperial de la monarquía portuguesa (siglos XVI y XVII). SABATINI, Gaetano (Org.). **Comprendere le monarchie iberiche**: Risorse materiali e rappresentazione del potere. Roma: Viella, 2010, p. 37-72.

CRUZ, Maria do Rosário Sampaio Temudo Barata de Azevedo. A Mesa da Consciência e Ordens, o Padroado e as perspectivas de missão. In: **Missionação portuguesa e encontro de culturas**: Actas do congresso internacional. v. 3. Braga: Universidade Católica Portuguesa, 1993, p. 627-647.

_____. **As regências na menoridade de D. Sebastião**: Elementos para uma história estrutural. v. 1. Lisboa: Imprensa Nacional-Casa da Moeda, 1992.

CURTO, Diogo Ramada. Remédios ou arbítrios. In: CURTO, Diogo Ramada. **Cultura Imperial e Projetos Coloniais, séculos XV a XVIII**. Campinas: UNICAMP, 2009, p. 177-193.

DE WITTE, Charles Martial. Le 'regimento' de la 'Mesa da Consciência' du 24 novembre 1558. **Revista Portuguesa de História**, v. 9, 1960, p. 277-284.

_____. Les bulles pontificales et l'expansion portugaise au XVe siècle. **Revue d'histoire ecclésiastique**, v. 48-53, 1953-1958.

DESWARTE-ROSA, Sylvie. **Il "Perfetto Cortegiano" D. Miguel da Silva**. Trad. Benedetta Sforza. Roma: Bulzoni, 1989.

DIAS, José Sebastião da Silva. **Os descobrimentos e a problemática cultural do século XVI**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1973.

GODINHO, Vitorino Magalhães. **Os descobrimentos e a economia mundial**. 2 ed. 2 v. Lisboa: Presença, 1981-1982.

GRUZINSKI, Serge. **L'Aigle et le Dragon**: Démesure européenne et mondialisation au XVIe siècle. Paris: Fayard, 2012.

_____. **Les quatre parties du monde**: histoire d'une mondialisation. Paris: La Martinière, 2004.

HERNÁNDEZ, Angel Santos. **Las misiones bajo el patronato portugués**. Madrid: Eapsa, 1977.

HESPAÑA, António Manuel. **As Vésperas do Leviathan**: Instituições e Poder Político: Portugal, séc. XVII. Coimbra: Almedina, 1994.

_____. Luis de Molina e a escravização dos negros. **Análise Social**, v. 35, 2001, p. 937-960.

_____. Modalidades e limites do imperialismo jurídico na colonização portuguesa. **Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno**, v. 41, 2012, p. 101-135.

_____. Os bens eclesiásticos na época moderna: benefícios, padroados e comendas. **Anais de História de Além-Mar**, v. 1, 2000, p. 59-76.

LAVENIA, Vincenzo. **L'infamia e il perdono**: Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna. Bologna: Il Mulino, 2004.

LUZ, Francisco Paulo Mendes da. **O Conselho da Índia**: Contributo ao Estudo da História da Administração e do Comércio do Ultramar Português no Princípio do Século XVII. Lisboa: Agência Geral do Ultramar, 1952.

MACHADO, Diogo Barbosa. **Bibliotheca Lusitana**. v. 3, Coimbra: Atlântida, 1966.

MARCOCCI, Giuseppe; PAIVA, José Pedro Paiva. **História da Inquisição Portuguesa, 1536-1821**. Lisboa: Esfera dos Livros, 2013.

_____. **A consciência de um império: Portugal e o seu mundo, sécs. XV-XVII.** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2012.

_____. Trading with the Muslim World: Religious Limits and Proscriptions in the Portuguese Empire (ca. 1480-1570). In: TRIVELLATO, Francesca; ANTUNES, Cátia; HALEVI, Leor (Org.). **Religion and Trade: Cross-Cultural Exchange in World History, 1000-1900.** New York: Oxford University Press, 2014, p. 91-107.

MARQUES, João Francisco. Os jesuítas confessores da corte portuguesa na época barroca, 1550-1700. **Revista da Faculdade de Letras (Universidade do Porto)**, s. 2, v. 12, 1995, p. 231-270.

METCALF, Alida. **Go-Betweens and the Colonization of Brazil, 1500-1600.** Austin: University of Texas Press, 2005.

MULDOON, James. **Order and Empire: the Concept of Empire, 800-1800.** Houndsmills, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 1999.

MULDOON, James. **Popes, Lawyers and Infidels: The Church and the Non-Christian World, 1250-1550.** Liverpool: Liverpool University Press, 1979.

OLIVAL, Fernanda. **As Ordens Militares e o Estado Moderno: Honra, Mercê e Venalidade em Portugal, 1641-1789.** Lisboa: Estar, 2001.

ÖZBARAN, Salih. An Imperial Letter from Süleyman the Magnificent to Dom João III concerning Proposals for an Ottoman Armistice. **The Ottoman Response to European Expansion: Studies on the Ottoman Portuguese Relations in the Indian Ocean and Ottoman Administration in the Arab Lands During the Sixteenth Century.** Istanbul: Isis Press, 1994, p. 111-118.

PAGDEN, Anthony. Commerce and Conquest: Hugo Grotius and Serafim de Freitas on the Freedom of the Seas. **Mare Liberum**, v. 20, 2000, p. 35-55.

_____. **Lords of All the World: Ideologies of Empire in Spain, Britain and France, c. 1500-1800.** New Haven: Yale University Press, 1995.

_____. **The Fall of Natural Man: The American Indian and the Origins of Comparative Ethnography.** Cambridge: Cambridge University Press, 1986..

PAIVA, José Pedro. El Estado en la Iglesia y la Iglesia en el Estado: Contaminaciones, dependencias y disidencia entre la monarquía y la Iglesia del reino de Portugal, 1495-1640. **Manuscripts**, v. 25, 2007, p. 45-57.

_____. **Os bispos de Portugal e do Império, 1495-1777.** Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2006).

PINTO; Ana Fernandes; PIRES, Silvana Remédio. The Resposta que alguns padres de Japão mandaram perguntar: A Clash of Strategies? **Bulletin of Portuguese/Japanese Studies**, v. 10-11, 2005, p. 9-60.

POUTRIN, Isabelle. Cas de conscience et affaires d'État: le ministère du confesseur royal en Espagne sous Philippe III. **Revue d'Histoire Moderne et Contemporaine**, v. 53, n. 3, 2006, p. 7-28.

PROSPERI, Adriano. **Tribunali della coscienza: Inquisitori, confessori, missionari.** Turin: G. Einaudi, 1996.

REINHARDT, Nicole. Spin Doctor of Conscience? The Royal Confessor and the Christian Prince. **Renaissance Studies**, v. 23, 2009, p. 568-590.

SALDANHA, António de Vasconcelos. *Iustum Imperium*: Dos tratados como fundamento do império dos portugueses no Oriente. Lisboa: Fundação Oriente; Instituto Português do Oriente, 1997.

SANTOS, Catarina Madeira. “Goa é a chave de toda a Índia”: perfil político da capital do Estado do Índia, 1505-1570. Lisboa: CNCDP, 1999, p. 188-191.

SOYER, François. **The Persecution of the Jews and Muslims of Portugal**: King Manuel I and the End of Religious Tolerance, 1496-7. Leiden: Brill, 2007.

SUBRAHMANYAM, Sanjay. Holding the World in Balance: The Connected Histories of the Iberian Overseas Empires, 1500-1640. *American Historical Review*, v. 112, 2007, p. 1359-1385.

THOMAS, Luís Filipe F. R. L'idée imperiale manueline. In: AUBIN, Jean (Org.). **La Découverte, le Portugal et l'Europe**: actes du colloque. Paris: Fondation Calouste Gulbenkian, Centre Culturel Portugais, 1990, p. 35-103.

_____. **A questão da pimenta em meados do século XVI**: um debate político do governo de d. João de Castro. Lisboa: Centro de Estudos de Povos e Culturas de Expressão Portuguesa, Universidade Católica Portuguesa, 1998.

TUCK, Richard. **The Rights of War and Peace**: Political Thought and the International Order from Grotius to Kant. Oxford-New York: Clarendon Press, 1999.

VASCONCELOS, Carolina Michéalis de. **Notas Vicentinas**: Preliminares duma edição crítica das obras de Gil Vicente. Lisboa: Edição da Revista Ocidente, 1949.

XAVIER, Ângela Barreto; CARDIM, Pedro. **D. Afonso VI**. Lisboa: Temas & Debates, 2008.

ZERON, Carlos Alberto de Moura Ribeiro. **Ligne de foi**: La Compagnie de Jésus et l'esclavage dans le processus de formation de la société coloniale en Amérique portugaise, XVIe -XVIIe siècles. Paris: Honoré Champion, 2009.

ZUPANOV, Ines G. **Missionary Tropics**: The Catholic Frontier in India, 16th-17th Centuries. Ann Arbor: University of Michigan Press, 2005.

DOCTRINA ESTRANGEIRA



LA VIVIENDA, UN DERECHO HUMANO, INDICADOR DE BIENESTAR E INCLUSIÓN SOCIAL

Rafael Arredondo Quijada

Resumen

Este artículo aborda aspectos económicos, políticos y sociales que han rodeado el acceso a la vivienda en España, un derecho humano por consolidar, no sólo en este país sino en la gran mayoría de países, incluso en aquellos considerados como más desarrollados.

La crisis iniciada en 2008 hizo saltar por los aires no sólo una burbuja financiera, sino la imposibilidad de hacer cumplir un derecho fundamental como es el acceso a una vivienda digna y adecuada. Donde aquellos sectores de población con mayores riesgos de vulnerabilidad para su acceso, como son: las mujeres, los jóvenes, los mayores, las personas con discapacidad, los gitanos, los migrantes y las personas sin hogar (Kothari, 2008), quedaron y se encuentran cercanos a la exclusión. Dichos grupos, a nivel europeo son objeto de las políticas de vivienda social en la actualidad, con un enfoque más amplio y global teniendo en cuenta la diversidad de la estructura familiar que existe en estos momentos (García y Arends, 2012).

El acceso a la vivienda en la actualidad afecta a millones de personas que tienen muy lejano el conseguir un espacio habitacional, ya que su utilización como bien mercantilizado y especulativo lo ha venido impidiendo. Por lo que esta situación de manera urgente debiera de ser incorporada en las agendas políticas para garantizar su habitabilidad, acceso y reconocimiento de derecho, de lo contrario se seguirá generando más desigualdad y bolsas de población cada vez mayores, en exclusión residencial.

Palabras claves

Vivienda, Inclusión, Exclusión, Bienestar social, Derecho fundamental

HOUSING, A HUMAN RIGHT, INDICATOR OF WELFARE AND SOCIAL INCLUSION

Abstract

This article addresses economic, political and social aspects that have surrounded access to housing in Spain, a human right to consolidate, not only in this country but in the great majority of countries, even those considered more developed.

The crisis that began in 2008 blew up not only a financial bubble, but the impossibility of enforcing a fundamental right such as access to adequate and dignified housing. Where those sectors of the population with the greatest risk of vulnerability for their access, such as: women, youth, the elderly, people with disabilities, Roma, migrants and the homeless (Kothari, 2008), were left and They are close to exclusion. These groups, at European level, are currently the object of social housing policies, with a broader and more global approach, taking into account the diversity of the family structure that exists at the moment (García and Arends, 2012).

Access to housing now affects millions of people who have very far to get a housing space, since its use as commodified and speculative goods has been preventing. So this situation

urgently should be incorporated into the political agendas to ensure their habitability, access and recognition of rights, otherwise they will continue to generate more inequality and pockets of increasing population, in residential exclusion.

Keywords

Housing, Inclusion, Exclusion, Social Welfare, Fundamental Right

1. Introducción

El modelo social en el que convivimos nos sitúa ante la necesidad constante de adquirir diferentes medios materiales, consumir cuanto más mejor sin entrar a valorar en la mayoría de las ocasiones su utilidad, necesidad, costes naturales y/o medioambientales. Una serie de comportamientos que se han ido normalizando en el conjunto de la sociedad de cara a conseguir mayores cotas de bienestar, en respuesta a un sistema imperante que genera “necesidades y desigualdades, el sistema capitalista, y en concreto su máximo exponente, el sistema financiero”, (Barrera en García, García y Sarasola-Sánchez, et al., 2015, p. 3)

Este sistema hace del consumo la pieza clave para su supervivencia, en la que el bienestar trasciende elementos personales y se encuentra centrado en la obtención de beneficios económicos (Navarro, Torres y Garzón, 2011). Esta máxima viene marcando el comportamiento y las decisiones que, de manera directa o indirecta, se han venido tomando en los diferentes ámbitos que afectan al bienestar de las personas, entre ellos poder disponer de una vivienda en un país como España, situado en los puestos de cabecera a nivel mundial en cuanto a desarrollo y economía.

El disponer de una vivienda en nuestros días no sólo es un derecho, sino que se ha convertido en una necesidad, es un “bien necesario” (Cortés, 2000, p. 298). Acceder a una es parte del proyecto de vida en el que cada ciudadano se encuentra inmerso (Malagón, 2008), jugando un papel fundamental en su desarrollo y realización personal, a la vez que estando presente en el proceso de socialización (Paniagua, 2015). Se considera un objetivo para alcanzar la felicidad, pero si además se adquiere la vivienda en propiedad, el ciudadano se siente “triunfador” (Jiménez y Fernández, 2014, p. 148). En consecuencia, la vivienda se constituye como espacio clave tanto a nivel personal como familiar, y para la propia comunidad.

Las siguientes líneas quieren mantener vivo y constante el debate y la reivindicación del derecho a la vivienda, que en la actualidad no sólo afecta a España, sino que trasciende fronteras. Un derecho que se está viendo atropellado y no cumplido por parte de los diferentes responsables gubernamentales, donde las personas más vulnerables son las que lo tienen mucho más difícil. Cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recogido en sentencia, que “... la pérdida del hogar es la forma más extrema de injerencia en el derecho al respeto del hogar” (2008, p. 14). Sin que se pueda olvidar que este derecho es incorporado por primera vez en 1948 en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Audefroy, 1994).

El formar parte del derecho internacional de los derechos humanos “obliga a los Estados a establecer un marco regulador que proteja el derecho de las personas a una vivienda adecuada frente a la intromisión injustificada de terceros, incluidos actores privados como los acreedores en los contratos hipotecarios” (Amnistía Internacional,

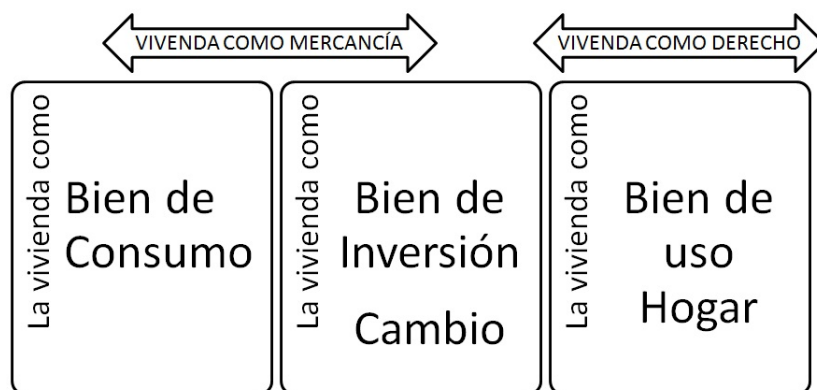
2015, p.5). Esta incorporación supone a la vez una mayor visualización de este derecho, así como un primer paso para formar parte de otros textos internacionales de diferente índole, relacionados con colectivos de población con una especial vulnerabilidad, sobre todo ante la falta de recursos económicos, pero también en cuanto al género, la edad, el origen étnico o nacional.

2. La función social de la vivienda, un derecho social básico

La vivienda juega un papel clave y central para la convivencia familiar, la transmisión de valores y los comportamientos sociales (Aguirre, 2011), y como instrumento para la seguridad (Flores, Gómez y Renes, 2016) individual y colectiva. Esta normalmente se relaciona con el concepto de hogar, vinculado a las personas que la ocupan, aunque cada vez más dicho concepto queda ampliado a nuevas y cambiantes formas familiares donde se han superado los modelos tradicionales. De ahí que el acceso a una vivienda genera una mayor calidad de vida, tanto en el bienestar emocional como físico de quienes la alcanzan. De hecho, es “uno de los bienes básicos que determina el bienestar de los ciudadanos” (Navarro, 2005, p. 187). También condiciona las relaciones con la familia, así como una mayor integración social desde el incremento de las actividades comunitarias y en el entorno vecinal. De esta forma la vivienda juega una función clara de salud pública con efectos beneficiosos (Allen, 2006). Su relación con la salud se constata en la interrelación de: la estructura física como refugio, el hogar compuesto por todos los individuos que conviven bajo el mismo techo, el medio y los espacios tanto interno como externos (Bonney, et al., 2003).

Más allá de estas consideraciones, la vivienda puede ser tenida en cuenta como una mercancía, un simple bien de consumo (Vicente, Rubio y Martínez, 2013), o como un derecho para el desarrollo personal, familiar y comunitario (Kothari, 2008), como se describe en la Figura 1.

Figura 1. Consideración sobre el concepto de vivienda



Fuente: Elaboración propia

Desde la primera de las concepciones el acceso se centra en la obtención de beneficios que da valor de inversión-cambio (Vázquez y Relinque, 2016). Desde este enfoque la vivienda se define como un activo (García-Montalvo, 2007) que genera “grandes plusvalías a quien lo posee, y la envidia de quien no lo posee” (Leralta, 2005, p. 159) y se convierte en un “mercado perverso que se basa en la especulación sobre un bien de uso básico” (Leralta, 2005, p. 169). Así entendido, “quienes sólo buscan ganar más

dinero no compran casas para disfrutarlas sino para volver a vender sus títulos de propiedad a precios más elevados” (Navarro, Torres y Garzón, 2011, p. 23). Por el contrario, quienes consideran y tratan la vivienda como derecho, asumen ésta desde un concepto que supera lo material y su prioridad se sitúa en su función social.

Si se centra el foco en la evolución de la preocupación por la vivienda en España, es el abordaje de los problemas de salubridad e higiene relacionados con la misma, los que originan en el siglo XIX que se inicie el compromiso de la administración con su construcción, generando espacios sanos y encomendando dichas tareas a las Juntas locales y provinciales de Sanidad (Candau, 2005). Y será en 1853, con la Real Orden del 9 de septiembre (Gaceta de Madrid, 13 de septiembre), la que se considere la primera norma de carácter exclusivo respecto a la vivienda en España (González, 2013).

Esta norma, aun cuando se hace desde un enfoque asistencialista, pone en primer lugar la necesidad de vivienda y el esfuerzo que debe realizar la Administración de cara a conseguir el bienestar de las clases “desvalidas”. En este contexto son los médicos los que alertan de esta necesidad con la aparición del “higienismo”, derivado de las pésimas condiciones habitacionales que presentaba buena parte de la población urbana española y las estadísticas municipales de hacinamiento y enfermedades, principalmente la tuberculosis (Avendaño y De las Heras, 2008). Las normas posteriores, de principio del siglo XX, seguirán haciendo hincapié en el aspecto sanitario como elemento a tener en cuenta a fin de fomentar la construcción fundamentalmente de vivienda protegida.

Las diferentes actuaciones a partir de aquí han ido evolucionando de un modelo de protección-sanitario a un modelo de bienestar-derecho, en el que se incorporan los conceptos de exclusión social ligados a los de acceder a una vivienda, así como los recursos para abordar la pobreza e incrementar la calidad de vida. En paralelo, se ha ido convirtiendo en un instrumento para impulsar el desarrollo económico del país, más que en una obligación de los poderes públicos para satisfacer necesidades y mejorar el bienestar y los derechos de las personas (Hernández, 2013b). Aunque si se haya considerado e incorporado este último objetivo en la literatura de las políticas a desarrollar e implementar. Como definen Delgado y Escorihuela (2016), “El derecho a la vivienda se configura como un derecho social básico” (p. 12).

El acceso a la vivienda a nivel internacional ha sido abordado desde diferentes perspectivas y de cara a diferentes sectores de población, a través de declaraciones, pactos, convenios y cartas internacionales. Entre ellos los siguientes:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)
- Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950)
- Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1954)
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)
- Convención Internacional sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1969)
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)

- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1981)
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989)
- Convención Internacional sobre la protección de los Derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)
- Carta Social Europea (revisada 1996)
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre los asentamientos humanos – Habitat II (1996)
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000)
- Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (2000).
- Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (2006)
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2007)
- Carta-Agenda Mundial de Derechos Humanos en la Ciudad (2011)

Estos acuerdos internacionales, tal como señalan Vicente, Rubio y Martínez (2013) “genera obligaciones para los gobiernos de tomar ciertas medidas de manera inmediata en aras de la promoción de éste derecho (...)” (p. 29).

En el recorrido de los diferentes textos, se puede comprobar cómo la vivienda no solo se establece como derecho de las personas, sino también como herramienta de cara a combatir la exclusión y la pobreza, quedando explícitamente recogido en la Carta Social Europea (revisada) de 1996 o en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000. Esta última, en su artículo 34.3, recoge la posibilidad de facilitar ayuda social y de vivienda a aquellas personas que no dispongan de recursos suficientes.

Aun cuando todos estos acuerdos tienen proyección nacional, es preciso destacar otros más recientes formulados de manera directa por importantes ciudades del planeta junto a entidades colaboradoras y redes internacionales, en los que el derecho a la vivienda es asumido a nivel local. Tal es el caso del grupo de Ciudades y Gobiernos Locales Unidos (CGLU), al que pertenecen ciudades europeas como Roma, Londres o Barcelona, que firmaron en el año 2000 la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad. Y más recientemente, la Carta-Agenda Mundial de Derechos Humanos en la Ciudad de Florencia (Italia), firmada en diciembre de 2011, en la que se recoge en su apartado X el Derecho a la vivienda y al domicilio.

1. Todas las personas que habitan en la ciudad tienen derecho a:
 - a) Una vivienda digna y salubre en un entorno de centralidad urbana.
 - b) La seguridad del título jurídico sobre su vivienda y sobre el lote de terreno.
 - c) La domiciliación en el padrón sin condiciones.
 - d) Los nómadas tienen derecho a espacios de implantación adaptados a sus necesidades.

Aunque más allá de los enfoques jurídicos no se puede perder de vista el elemento central de la cuestión, el acceso a una vivienda digna y adecuada como un derecho de las personas, que vendrá a garantizar algo tan sumamente importante como son los Derechos Humanos.

3. La desigualdad social y la pobreza, como base para la exclusión residencial

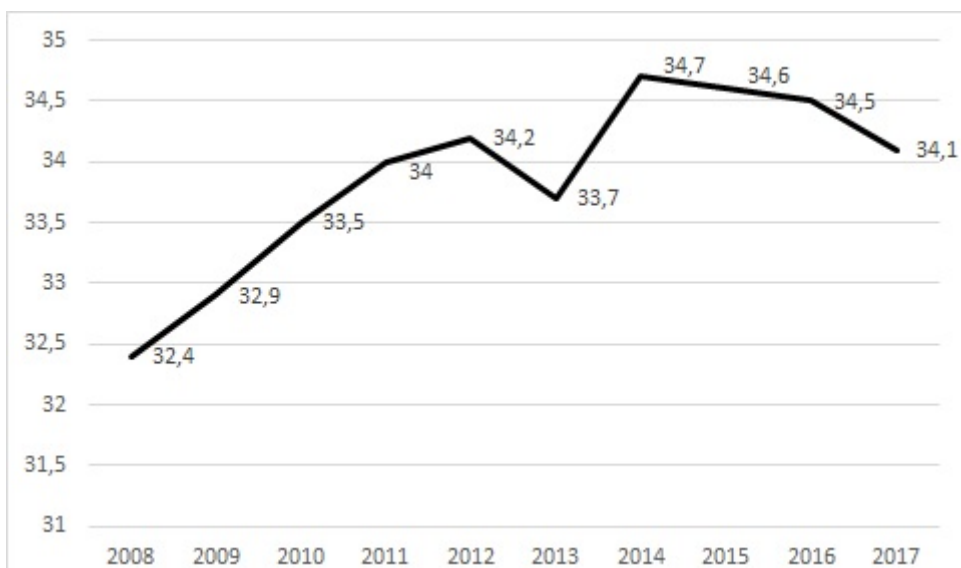
La desigualdad va unida a la desventaja o pérdida de derechos ciudadanos en un conjunto de variables que posibilitan una mayor exclusión social. Estas variables se relacionan con los “ingresos, trabajo, educación, salud, participación, relaciones sociofamiliares y -por supuesto- en materia residencial” (Hernández, 2013a, p. 120-121). Por ello, “el concepto de exclusión residencial es cercano al de exclusión social, entendidos ambos como pérdida progresiva de derechos fundamentales de ciudadanía en las sociedades occidentales” (Hernández, 2013a, p. 121). De ahí que la desigualdad, supera las circunstancias de cubrir y limitarse a las necesidades básicas de las personas, sino que alcanza tanto al desarrollo personal, como a las estructuras de protección.

En la actualidad la desigualdad social, más allá de afectar a los de siempre, los considerados pobres, está alcanzando índices y situaciones de riesgo hasta el momento desconocidos. Donde la cohesión social se pone en juego a la vez que el mismo sistema democrático, al no ser capaz de dar respuesta a las necesidades de las personas, siendo el germen para otro tipo de opciones políticas en muchas de las ocasiones de calado totalitario y populista, con todo lo que ello significa.

A raíz de la crisis financiera de 2008, con repercusiones económicas a nivel global, se ha producido un retroceso en los índices de bienestar económico y de derechos humanos de muchos países. Estos efectos están siendo denunciados por diferentes instancias internacionales, principalmente de Naciones Unidas. Y en concreto desde la Relatora Especial Rolnik (2012), con relación a la vivienda, mostrando su preocupación ante las consecuencias presentes y futuras que esta situación conlleva.

En España, la desigualdad existente ha quedado patente en numerosos informes y datos estadísticos publicados tanto por organismos nacionales e internacionales como por entidades sociales. La evolución del coeficiente GINI (ver Figura 2), es un ejemplo empírico que lo constata, donde se comprueba como la desigualdad se ha situado en el 34,1 en el año 2017, según la Encuesta de Condiciones de Vida (INE). Con un incremento desde el inicio de la crisis económica del 5,24%, y aunque desde el año 2014 se mantiene una tendencia descendente, ésta solo se ha disminuido en 0,6 puntos a diferencia del período 2008 a 2014, que se incrementó en 2,3 puntos, con lo que de seguir a este ritmo de disminución, tendrán que transcurrir 12 años para volver a los índices previos a la crisis, o lo que es lo mismo, en el año 2029 se podría volver a la situación que existía en 2008, veintiún años después.

Figura 2. Evolución del índice GINI desde el año 2008 al 2017



Fuente: Elaboración propia a partir de la Encuesta de Condiciones de Vida (INE)

Otro de los factores muy relacionado con la desigualdad se encuentra en la disponibilidad de renta y la distribución de la riqueza. El informe de la Fundación FOESSA (Lorenzo, 2014), ya indicaba que en términos reales la renta media de los españoles es inferior a la que había en el año 2000. Una renta que acumula el 20% más rico sobre la del 20% más pobre, que ha crecido más del 30% desde 2007. Esta disminución de la renta se confirma también desde el módulo de Carencia Material que publica el Instituto Nacional de Estadística, en cuanto a los hogares que tuvieron algún tipo de dificultad para llegar a fin de mes durante el año 2017, situando el dato en el 52%, lo que en valores absolutos se eleva a más de nueve millones de hogares (9.264850).

Pero también el número de hogares que tienen retrasos en los pagos relacionados con la vivienda principal es un indicador, a tener en cuenta, alcanzando al 7,4% de los hogares en 2017, sobre el 5,2% que representaban en el año 2007 (INE). Cuando la exclusión residencial mantiene una estrecha relación con los ingresos en el hogar, así como “con la posición en el mercado de trabajo del sustentador principal” (Navarro, 2005, p. 189). Y cuando se hace necesario que “el porcentaje de los gastos relacionados con la vivienda se corresponda con los niveles de ingresos y no amenace ni comprometa la satisfacción de otras necesidades básicas” (Rolnik, 2012, p. 7).

5. Conclusiones

Las previsiones de necesidad de vivienda para el año 2030 por parte de Naciones Unidas es que alcance a tres mil millones de personas, o lo que es lo mismo al 40% de la población mundial. Y en estos momentos existen 1.200 millones de personas que habitan una vivienda precaria (ONU-HABITAT, 2016). De esta forma, la habitabilidad y el acceso a una vivienda, ambos ejes centrales para el bienestar de las personas se presentan como objetivos primordiales que han de ser incorporados en las agendas políticas. Junto a ellos, cabe añadir un tercer objetivo, la constante consideración y defensa de la vivienda como derecho para todas las personas, formulado por primera vez en el año 1948 tras la aprobación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (Vicente, Rubio y Martínez, 2013) y aún pendiente de ser globalmente garantizado. Los

interventores y defensores sociales deberían ser fieles a sus principios de acción, a fin de exigir el derecho a la vivienda como derecho humano, sin olvidar la inmediatez necesaria en facilitar una atención lo más integral posible a las personas afectadas y a su entorno, por esta o cualquier otra problemática, desde su empoderamiento y haciéndolos partícipe de su solución (Lima, 2013).

Para McChesney (1990) será el abordaje de la pobreza y la generación de viviendas lo que hará posible una disminución de la realidad de personas sin hogar. Este abordaje ha de incorporar también a las personas que están en un proceso de pérdida de vivienda, reduciendo con ello sus probabilidades de formar parte del concepto de espiral de la pobreza planteado por Flores, Gómez y Renes (2016), al ser precisamente la falta de vivienda uno de los elementos que genera mayor riesgo de entrar en esta espiral. En estos momentos se puede hablar de consenso respecto a cómo el acceso a la vivienda posibilita el bienestar social para el conjunto de la sociedad (Cortés, 2000).

El no disponer de una vivienda o ser expulsado de la misma, actúa como factor de riesgo y sitúa a las personas en un grado de vulnerabilidad, llegando a ser generadoras de exclusión (Subirats, Gomá y Brugué, 2005). Estas afirmaciones se pueden ejemplarizar en cuestiones como el acceso al empleo, al sistema sanitario o educativo, así como desde el ámbito social por parte de grupos de población más vulnerables, cuando se ejecuta un desahucio o la pérdida de la vivienda. En estas situaciones es muy posible que se produzca una desconexión hacia aquellos profesionales y entornos que, de manera normalizada y sostenida en el tiempo, le vienen atendiendo. De igual forma la pérdida de vivienda puede conllevar conflictos familiares e intergeneracionales, así como la desaparición de redes sociales que muchas de estas familias necesitan para subsistir. Todo ello no viene sino a dificultar el acceso a derechos sociales, por lo que, si no se fortalecen otras áreas sociales y personales, el resultado final se puede acercar a la exclusión.

En la actualidad se puede estar ante una realidad en la que miles de ciudadanos que no disponen de acceso a una vivienda, se encuentren inmersos en procesos de exclusión social, sin que ellos tengan esa perspectiva o sentimiento. Sin esta percepción es probable que no hayan acudido a ningún recurso, que no generen procesos de reivindicación y/o concienciación aceptando la situación sin cuestionarla, lo que puede estar produciendo la invisibilización de esta problemática, en la que la exclusión acecha como un fantasma a numerosas personas sin que se estén aportando soluciones.

Todo ello nos sitúa ante una tormenta perfecta, en la que continua la utilización de la vivienda, dentro del sector de la construcción, como instrumento para generar mejoras en la macroeconomía y, por tanto, para afianzar su uso mercantilista. Esto unido al incremento de la desigualdad, y a la inexistente inversión en vivienda de protección por parte de las administraciones públicas de cara a los sectores más vulnerables, y a la población en general, marca un escenario resultante de exclusión residencial para gran parte de la sociedad española y mundial, a las que se les hace especialmente imposible acceder a una vivienda, que además sea digna y adecuada.

Bibliografía

- Aguirre, P. (2011). Nuevas alternativas de vivienda social. *Revista de Servicios Sociales y Política Social*, 97, pp. 21-35
- Allen, T. (2006). Improving housing, improving health: the need for collaborative working. *British Journal of Community Nursing*, 11(4), pp. 157-161
- Amnistía Internacional (2015). Derechos desalojados. El derecho a la vivienda y los desalojos hipotecarios en España. Recuperado de https://grupos.es.amnesty.org/uploads/media/informe_vivienda_jun_15_Derechos_desalojados.pdf
- Audefroy, J. (1994). Eviction trends worldwide and the role of local authorities the right to housing. *Environment and Urbanization*, 6(1), pp. 8-24
- Avendaño, Fco. J. y De las Heras, M. (2008). Evolución hitórica de la vivienda de protección pública en Madrid. Recuperado de http://oa.upm.es/4196/1/INVE_MEM_2008_58987.pdf
- Bonnefoy, X., Braubach, M., Moissonnier, B., Monolbaev, K. & Röbbel, N. (2003). Housing and health in Europe: preliminary results of a pan-European study. *American Journal of Public Health*, 93, pp. 1559-1563
- Candau, M. (2005). Acercarse a la política de vivienda en la provincia de Valladolid: El fondo documental de la Delegación Provincial del Ministerio de la Vivienda del Archivo Histórico Provincial de Valladolid". *Investigaciones Históricas: época moderna y contemporánea* 25, pp. 265-280.
- Ciudades y Gobiernos Locales Unidos (CGLU). (2011). Carta-Agenda Mundial de Derechos Humanos en la Ciudad. Recuperado de http://www.uclg-cisd.org/sites/default/files/Carta_Agenda_Mundial_DDHH_Ciudad_CGLU_0.pdf
- Cortés, L. (2000). La vivienda como factor de exclusión social en la ciudad. *Documentación Social*, 119, pp. 295-312
- Delgado, L. y Escorihuela, I. (Coordinadoras) (2016). Exclusión residencial en el mundo local. Plataforma de Afectados por la Hipoteca (PAH) de Barcelona y Observatorio DESC. Recuperado de <http://afectadosporlahipoteca.com/wp-content/uploads/2016/11/Informe-exclusi%C3%B3n-residencial-en-el-mundo-local.pdf>
- Flores, R. (Coordinador), Gómez, M. y Renes, V. (2016). *La transmisión intergeneracional de la pobreza: factores, procesos y propuestas para la intervención*. Madrid: Fundación FOESSA y Cáritas Española. Editores.
- García, C. M^a., García, G. y Sarasola-Sánchez, J. L. (2015), *Problemática de la Vivienda para el Trabajo Social: Desahucios, Dación en pago y otras situaciones*, Sevilla: Universidad Pablo de Olavide.
- García, P. y Arends, L. (2012). Vivienda Social en la Unión Europea. Brcelona: Universitat Politècnica de Catalunya. Recuperado de http://upcommons.upc.edu/bitstream/handle/2117/18210/report1_LENIMAR_VIVIENDA%20SOCIAL%20EN%20LA%20UNI%20N%20EUROPEA.pdf;jsessionid=EC206EAECAB483B5DD0C12808969E62E?sequence=1
- García-Montalvo, J. (2007). Algunas consideraciones sobre el problema de la vivienda en España. *Papeles de Economía Española*, 113, pp. 135-153
- González, M^a J. (2013). *El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo*. Madrid: Editorial Dykinson

Hernández, M. (2013a). Exclusión residencial. En Hernández, M. (Coordinador), *Vivienda y exclusión residencial*, pp. 109-139. Murcia: Universidad de Murcia.

Hernández, M. (Coordinador) (2013b). *Vivienda y exclusión residencial*. Murcia: Universidad de Murcia.

INE. Encuesta de Condiciones de Vida. Coeficiente de GINI (2017). Recuperado de <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=9966&L=0>

INE. Encuesta de Condiciones de Vida. Módulo Carencia Material. Hogares por dificultades para llegar a fin de mes (2017). Recuperado de <http://www.ine.es/jaxiT3/Tabla.htm?t=9992&L=0>

INE. Encuesta de Condiciones de Vida (2017). Resultados definitivos. Recuperado de http://www.ine.es/prensa/ecv_2017.pdf

Jiménez, C. y Fernández, C. (2014). Casas sin gente, gente sin casas: el fracaso del modelo inmobiliario español. *Revista INVI*, 29(82), 133-155. Recuperado de <http://revistainvi.uchile.cl/index.php/INVI/article/view/816/html>

Kothari, M. (2008), *Informe del Relator Especial sobre la vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado y sobre el derecho de no discriminación a este respecto*. New York: Naciones Unidas. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6084.pdf>

Leralta, O. (2005). Ser inmigrante: <<Factor de riesgo>> en el acceso a la vivienda. *Documentación Social*, 138, pp. 157-171

Lima, A. (Coordinadora). (2013). *Trabajo Social e Intervención en situaciones de riesgo de pérdida de vivienda*. Madrid: Consejo General del Trabajo Social.

Lorenzo, Fco. (Coord.) (2014). VII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España. Madrid: Fundación FOESSA. Recuperado de https://www.foessa2014.es/informe/uploaded/descargas/VII_INFORME.pdf

Malagón, S. (2008). La vivienda y los procesos de exclusión social. *Trabajo Social Hoy*, Segundo Semestre 2008, pp. 101-113

McChesney, K. Y. (1990). Family Homelessness: A Systemic Problem. *Journal of Social Issues*, 46(4), pp. 191-205 Recuperado de <https://doi.org/10.1111/j.1540-4560.1990.tb01806.x>

Naciones Unidas-Habitat. Viviendas y mejoramiento de asentamientos precarios. Recuperado de <http://es.unhabitat.org/temas-urbanos/viviendas/>

Navarro, C. (2005). Indicadores de vivienda y exclusión. *Documentación Social*, 138, pp. 173-190

Navarro, V., Torres, J. y Garzón, A. (2011). *Hay alternativas. Propuestas para crear empleo bienestar social en España*. Madrid: Ediciones Sequitur y ATTAC España.

Paniagua, J. L. (2015). Política de ciudad y política de vivienda. *Documentación Social*, 176, pp. 153-176

Rolnik, R. (2012). Informe de la Relatora Especial: El derecho a una vivienda adecuada. Naciones Unidas. Recuperado de https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Housing/A-67-286_sp.pdf

Subirats, J., Gomá, C. y Brugué, J. (2005). *Análisis de los factores de exclusión social*. (Documentos de Trabajo 4). Generalitat de Catalunya: Fundación BBVA.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos. McCann c. Reino Unido, 2008, párr. 50. Recuperado de <https://hudoc.echr.coe.int/app/conversion/pdf/?library=ECHR&id=001-139402&filename=001-139402.pdf&TID=ihgdqbxnfi>

Vázquez, O. y Relinque, F. (Coordinadores) (2016). *Vivienda e intervención social*. Madrid: Dykinson.

Vicente, T., Rubio, E. y Martínez, J. (2013). El Derecho a la vivienda. En Hernández, M. (Coordinador), *Vivienda y exclusión residencial*, pp. 23-50 Murcia: Universidad de Murcia.

ⁱ ANA CLARISSA MASUKO DOS SANTOS ARAUJO

Pós-doutoranda (UCB). Doutora em Direito (USP). Mestre em Direito (PUC/SP). Graduação em Direito com habilitação em Direito Empresarial (USP). Professora em Cursos de Pós-Graduação em Direito Tributário. Advogada e Consultora.

LIZIANE ANGELOTTI MEIRA

Doutora e Mestre em Direito Tributário (PUC/SP). Mestre em Direito com concentração em Direito do Comércio Internacional e Especialista em Direito Tributário Internacional (Universidade de Harvard). Auditora-Fiscal da Receita Federal. Conselheira do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário do Instituto Brasiliense de Direito Público. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário da Escola de Administração Fazendária. Professora do Curso de Pós-Graduação em Direito Tributário Universidade Federal do Rio Grande do Sul. Professora Conferencista do Instituto Brasileiro de Estudos Tributários e de vários outros cursos de pós-graduação.