

Caderno Virtual, Brasília, VOLUME 1, Nº 53
Janeiro/ Abril 2022 ISSN: 1981-3759

idp

REVISTA

CADERNO VIRTUAL

Direito, Cultura e
Literatura

**Caderno Virtual, Brasília, v. 1, n.
53, Janeiro/Abril 2022**

ISSN: 1981-3759

Editores Chefes

Prof^a. Janete Ricken Lopes de Barros, IDP
Prof^a. Eduarda Toscani Gindri, IDP

Conselho Editorial

Prof. José dos Santos Carvalho Filho, IDP
Prof^a. Luciana Silva Garcia, IDP
Prof. Atalá Correia, IDP
Prof. Raphael Peixoto de Paula Marques, IDP
Prof^a. Olívia Rocha Freitas, IDP
Prof. Fábio Lima Quintas, IDP
Prof Marcelo Proença, IDP
Prof^a. Marilda Silveira, IDP
Prof. Ulisses Schwarz Viana, IDP
Prof. Felipe Cortês, IDP
Prof. Pedro Palotti, IDP
Prof. Leandro do Nascimento Rodrigues, IDP
Prof. Mário Augusto Carboni, IDP
Prof. Bruno Magalhães D'Abadia, IDP
Prof. Daniel Falcão, IDP
Prof. Guilherme Pupe, IDP
Prof. Paulo Mendes, IDP
Prof. Rodrigo Mendonça, IDP
Prof. José Henrique Mouta, IDP
Prof^a, Olivia Freitas, IDP
Prof. Daniel Falcão, IDP
Prof. Leonardo Estrela, IDP
Prof. Leandro Gobbo, IDP
Prof. Ivan Allegretti, IDP
Prof. Lahis da Silva Rosa, IDP
Prof. Flávio José Roman, IDP
Prof. Paulo Castro, IDP
Prof. Mathias Schneid Tessmann, IDP
Prof. Rodrigo Becker, IDP
Prof. Milton de Souza Mendonça Sobrinho, IDP
Prof. Alessandro De Oliveira Gouveia Freire, IDP
Prof. Marcio Camargo Cunha Filho, IDP
Prof. Fernando Natal, IDP

Comitê Executivo

Alessandro Freire
Renan Silveira Holtermann
Matheus Brito Fachine

REVISTA

**CADERNO
VIRTUAL**

SUMÁRIO

Carta Editorial

Janete Ricken Lopes de Barros, Eduarda Toscani Gindri

Artigos Acadêmicos

OS IMPACTOS DA DECLARAÇÃO DE TAXATIVIDADE DO ROL DA AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO ECOSISTEMA DA SAÚDE SUPLEMENTAR

Ana Luísa Araújo Machado

OS PROBLEMAS DA POLÍTICA INTEGRACIONISTA DO ESTATUTO DO ÍNDIO NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS INDÍGENAS

Arthur Pereira de Jesus

A APLICABILIDADE DA LEI DO SEAC (LEI DO SERVIÇO DE ACESSO CONDICIONADO) AOS VEÍCULOS DE STREAMING LINEARES NO CONTEXTO DA PÓS-CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA A PARTIR DO CASO CLARO VS FOX

Emidio Monteiro Júnior

LIMITES DA SINDICÂNCIA PATRIMONIAL NA INVESTIGAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Ana Paula Veras Carvalho Menezes

GILBERTO FREYRE POR JOSÉ LINS DO RÊGO, AS TRADUÇÕES HEGEMÔNICAS E SUAS INVERSÕES

Henrique Palmeira Dias de Souza

A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EDUCAÇÃO INFANTIL: ARE 639.337 AGR SP

Gustavo Warzocha Fernandes Cruvinel

**AS ASSISTÊNCIAS EDUCACIONAL E LABORAL PARA AS PESSOAS
CUSTODIADAS NO PRESÍDIO DO DISTRITO FEDERAL E SEU PAPEL PARA
A RESSOCIALIZAÇÃO**

Marcelo Pereira Moreira

REVISTA
CADERNO
VIRTUAL

Carta Editorial

A presente edição da revista Caderno Virtual (CV) - publicação oficial do Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa (IDP) - traz aos seus leitores um conjunto de artigos produzidos por acadêmicos integrantes de programas nacionais de graduação, pós-graduação, mestrado e doutorado, aprovados pelo sistema *duplo blind review* com o tema: "Direito, Cultura e Literatura".

A 53ª edição da revista Caderno Virtual (CV) traz artigos acadêmicos produzidos por alunos da Escola de Direito e de Administração Pública – EDAP, bem como trabalhos produzidos por autores, professores e alunos, integrantes de outros programas nacionais de pós-graduação, mestrado e doutorado, aprovados pelo sistema *duplo blind review*.

Nessa linha, a presente edição visa proporcionar um espaço de divulgação de teses e de ideias no âmbito do Direito, da Economia e da Administração Pública, promovendo o debate qualificado acerca de temas relevantes da pesquisa científica envolvendo temas interdisciplinares. Trata-se de uma revista com periodicidade quadrimestral destinada a publicar trabalhos de qualidade científica para fomentar o debate acadêmico.

O Caderno Virtual objetiva, ainda, ser um espaço de atualização bibliográfica constante para a comunidade acadêmica do IDP e do país. O escopo editorial da revista passa a contemplar as seguintes linhas de pesquisa: a) Processo, Jurisdição Constitucional, Direitos e Garantias Fundamentais; b) Direito Privado e Constituição; c) Gestão Governamental e Políticas Públicas e d) Economia, Finanças e Desenvolvimento.

A fim de adequar-se aos quesitos estabelecidos pela regulação do Qualis Periódico, o CV conta com Equipe Editorial definida, por meio de Conselho Editorial, Comitê Executivo e Editores Chefes, que se organizam para garantir o processo avaliativo sob o sistema do *duplo blind review* e ao convite para publicação de autores estrangeiros e pesquisadores de renome nacional e internacional.

É com grande satisfação que o Centro de Pesquisa (CEPES) em conjunto com as Coordenações dos Cursos de Graduação, Pós-Graduação *Lato Sensu* e Pós-Graduação *Stricto Sensu*, apresentam a presente a 53ª edição do Caderno Virtual.

Diante de todo o material qualificado reunido na presente edição, esperamos que a revista contribua para promover discussões, debates e divulgação de conhecimento científico qualificado.

Profª. Janete Ricken Lopes de Barros
Profª. Eduarda Toscani Gindri

Editoras Chefes

**OS IMPACTOS DA DECLARAÇÃO DE TAXATIVIDADE DO ROL DA AGÊNCIA
NACIONAL DE SAÚDE PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA NO
ECOSSISTEMA DA SAÚDE SUPLEMENTAR**

Ana Luísa Araújo Machado¹

Resumo

O trabalho analisou os impactos da possível declaração de taxatividade do rol da Agência Nacional de Saúde Suplementar pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça e, a partir de uma leitura consequencialista, concluir pela natureza taxativa ou exemplificativa do rol. Buscou-se, inicialmente, explicar o surgimento, regulação, cenário econômico-financeiro e judicialização da saúde suplementar. Na sequência, foi apresentado qual o posicionamento da Corte Especial a respeito da natureza do rol, considerando o histórico do entendimento e o nascimento da divergência. Posteriormente, foram trazidos quais os argumentos abordados pelas Turmas para fundamentação dos seus posicionamentos divergentes sobre o tema. Finalmente, com base nas conclusões desta pesquisa, objetivou-se definir qual o melhor entendimento no que toca à natureza do rol, considerando como régua a manutenção da sustentabilidade da saúde suplementar e a redução da judicialização desse setor.

Palavras-chaves: Saúde suplementar. Judicialização. Entendimento do STJ. Natureza do rol.

***THE IMPACTS OF THE DECLARATION OF TAXATION OF THE NATIONAL HEALTH
AGENCY'S ROLL BY THE HIGHER COURT OF JUSTICE ON THE SUPPLEMENTARY
HEALTH ECOSYSTEM***

Abstract

The present work aimed to analyze the impacts of the possible declaration of the list of the National Supplementary Health Agency by the Special Court and, based on this consequential analysis, conclude by the exhaustive or exemplary nature of the list. Initially, we sought to explain the emergence, regulation, economic-financial scenario and judicialization of supplementary health. Next, the position of the Special Court regarding the nature of the list

¹ Advogada. Graduada em Direito pelo IDP. Graduanda em Gestão de Políticas Públicas pela UnB. E-mail: analuisamachadoa@gmail.com.

was presented, considering the history of understanding and the birth of the divergence. Next, the arguments addressed by the Classes to substantiate their divergent positions on the subject were brought up. Finally, based on the conclusions of this research, the objective was to define the best understanding regarding the nature of the list, considering as a ruler the maintenance of the sustainability of supplementary health and the reduction of judicialization in this sector.

Keywords: *Supplementary health. Judicialization. Understanding of the STJ. Nature of role.*

INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 não conferiu exclusividade ao Poder Público no que se refere ao fornecimento de serviços de saúde. Sendo assim, além da prestação desses serviços pelo Estado, existe um mercado composto por operadoras e planos de saúde que também prestam serviços à saúde. No entanto, elas não detêm liberdade absoluta de atuação, sendo submetidas à fiscalização e regulamentação realizada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS) por determinação da lei 9.656/98.

A agência em referência, ligada ao Ministério da Saúde, é a responsável por elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, atualizado a cada dois anos, que, atualmente, é considerado pela jurisprudência dominante como exemplificativo, ou seja, é apenas uma referência mínima à prestação de serviços pela saúde suplementar. Em outras palavras, significa dizer que, ainda que o procedimento ou medicamento não esteja previsto na lista, ele deve ser fornecido pelo plano de saúde aos seus beneficiários.

No entanto, é possível perceber o surgimento, desde 2019, de uma divergência jurisprudencial no âmbito do Superior Tribunal de Justiça (STJ). Essa divergência se estabeleceu entre julgados da 3ª e da 4ª Turmas e se mantém de modo reiterado até os dias atuais. A 3ª Turma, historicamente, se posiciona de modo a declarar o rol meramente exemplificativo e a 4ª Turma, desde o ano em evidência, passou a entender que o rol é taxativo. A 2ª seção do referido tribunal, responsável por uniformizar os entendimentos da Corte, ainda não afetou o caso como repetitivo, o que pode ser feito a qualquer momento.

Tendo a situação fático jurídica sido esclarecida, cumpre elucidar que este estudo se propõe a avaliar, a partir da perspectiva da análise econômica do direito, quais são os impactos da possível declaração de taxatividade do rol da ANS pelo STJ, em especial, para a judicialização desse setor. A partir dessa análise de consequências, pretende-se estabelecer um

posicionamento favorável ou não à taxatividade, considerando como régua a manutenção da sustentabilidade da saúde suplementar e a redução da judicialização do referido setor.

Segundo dados da ANS de janeiro de 2021, 24,5% da população brasileira está coberta por plano privado de saúde², porcentagem esta expressiva, que fomenta a ideia de que a saúde suplementar é relevante, pois é responsável, paralelamente ao Estado, pela prestação de saúde a uma parcela significativa da população.

É possível notar a relevância do estudo do tema a partir da porcentagem apresentada acima, por se tratar do direito de acesso à saúde, direito este caro ao ordenamento brasileiro, e que há divergência de entendimento na Corte Especial a respeito da taxatividade rol da ANS. Ademais, o entendimento em torno da taxatividade ou não do rol é relevante para todo o ecossistema da saúde suplementar, em especial, porque esta é uma das causas de maior judicialização desse setor no Brasil, haja vista dizer respeito aos tratamentos que o plano deve ou não cobrir.

A pesquisa que embasa a realização deste trabalho consiste na leitura aprofundada da jurisprudência da Corte Especial e os argumentos trazidos por ela e, além disso, toda literatura produzida por diversos ramos do conhecimento que contribuem para apontar qual o melhor entendimento a respeito do rol da ANS a partir da consideração de quais são os possíveis impactos ao setor da saúde suplementar a declaração de taxatividade ou não do referido rol.

1. Saúde Suplementar

1.1 Surgimento e regulação

A saúde, no Brasil, pode ser prestada de três formas distintas e não excludentes, são elas: a) saúde pública, que é universal, regionalizada, hierarquizada, descentralizada, de atendimento integral e com gestão participativa, orientada pelas diretrizes estabelecidas pelo SUS; b) saúde complementar, que assegura ao Poder Público a possibilidade de prestar serviços de saúde por intermédio de uma pessoa jurídica de direito privado, mas que atue de acordo com as diretrizes do sistema público e, finalmente, c) a saúde suplementar, que consiste nos serviços

² BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais**. Brasília: ANS. Geral. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 3 de maio de 2021.

de saúde prestados diretamente por profissionais da iniciativa privada ou por intermédio de operadoras de planos privados de assistência à saúde³.

Contudo, esse desenho institucional de acesso à saúde nem sempre foi assim. O atendimento médico-hospitalar começou a se organizar nos anos 20. Neste momento, surgiram as Caixas de Aposentadorias e Pensões (CAPs). Estas eram entidades geridas pelos trabalhadores de determinadas empresas e ofereciam aos associados aposentadoria, remédios e assistência médica. Tempos depois as CAPs se transformaram no Instituto de Aposentadorias e Pensões (IAPS), que além das contribuições dos empregados e das empresas, eram financiados pelo governo⁴.

As operadoras de saúde surgiram no Brasil nos anos de 1950 diante de um cenário de descontentamento com o atendimento ofertado pelo IAPS. Neste período, as empresas públicas passaram a usar recursos próprios e dos empregados para financiar a assistência à saúde, fazendo nascer a saúde suplementar, que, até então, não era alvo de qualquer forma de regulação pelo Estado.

Em 1988, a Carta Magna então promulgada passou a garantir saúde pública para todos os cidadãos por meio do SUS e admitiu a possibilidade de prestação de serviços de saúde pela iniciativa privada, desde que, regulada pelo Estado, dada a relevância deste direito. Apesar da previsão constitucional, não se elaborou de modo imediato nenhuma legislação que garantisse a regulação do setor, gerando como consequência significativo volume de queixas perante os órgãos de defesa do consumidor que demonstravam conflitos entre usuários e planos de saúde, principalmente no que se refere aos reajustes das mensalidades, exclusão de procedimentos e abusividade do contrato.

Apenas durante a década de 90, em razão do fenômeno da agencificação surgido no Brasil, que propôs um redesenho das funções do Estado, criou-se um cenário favorável à regulação do setor da saúde suplementar, que já vinha sendo demandado pelos usuários, entidades médicas, órgãos de defesa do consumidor e até mesmo por instâncias governamentais.

³ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos**. São Paulo: Saraiva, 2020.

⁴ DISTRITO FEDERAL. Senado Federal. **Antes do SUS, saúde era pra poucos**. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saude/contexto/antes-do-sus-saude-era-para-poucos>. Acesso em: 14 jul. 2021.

Diante desse contexto, nasce o marco regulatório do mercado de planos privados de saúde com a promulgação da lei 9.656 que entrou em vigência no ano de 1998 e iniciou uma nova era, consolidando as disposições que já se encontravam na Constituição Federal, no que se refere à regulação pelo Poder Público, especialmente pela ANS, agência criada dois anos depois pela lei 9.961/2000 para fiscalização e regulamentação da saúde suplementar.

A ANS, segundo Daniel de Macedo Alves Pereira, consiste em:

“Autarquia sob regime especial vinculada ao Ministério da Saúde que possui autonomia administrativa, financeira, patrimonial e de gestão de recursos humanos, além de autonomia nas decisões técnicas e mandato fixo de seus dirigentes. É responsável pela regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde. Tem por finalidade institucional a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde, regulando as operadoras setoriais, inclusive quanto às suas relações com prestadores e consumidores, cooperando para o desenvolvimento das ações de saúde”.⁵

Dessa maneira, desde o ano 2000 o mercado da saúde privada passou a ser regulado pela agência em referência porque percebeu-se que havia a necessidade de garantir o direito à saúde da população sem interferências de interesses privados específicos. A utilização da regulação como instrumento de gestão pode se tornar um potente equalizador social do sistema de saúde para reduzir a desigualdade relacional entre os entes público e privado - além da desigualdade entre o segurado e a seguradora. Além disso, a regulação é capaz de atenuar a relação de necessidade, demanda e oferta, tornando-a coerente, compatível e sem grandes distorções⁶.

Para o melhor desempenho da sua função, a ANS foi dividida internamente em 5 áreas, são elas: Diretoria de Normas e Habilitação das Operadoras (Diope), Diretoria de Normas e Habilitação dos Produtos (Dipro), Diretoria de Fiscalização, Diretoria de Desenvolvimento Setorial (Dides) e Diretoria de Gestão (Diges). Dentre todas essas citadas, merece destaque a Dipro, Diretoria que é responsável pela revisão do Rol de Procedimentos que se dá de modo

⁵ PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. op., cit., p. 65.

⁶ VILARINS, G. C. M. et al. **A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais**. Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 36, n. 95, p. 640-647, out./dez. 2012.

periódico a cada 2 anos com a objetivo de manter os medicamentos e serviços prestados pelas operadoras de saúde sempre atualizados. O referido rol, segundo a ANS:

(...) “Garante e torna público o direito assistencial dos beneficiários dos planos de saúde, válida para planos de saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 1999, contemplando os procedimentos considerados indispensáveis ao diagnóstico, tratamento e acompanhamento de doenças e eventos em saúde, em cumprimento ao disposto na Lei 9.656/98.

(...)

Na saúde suplementar, a incorporação de novas tecnologias em saúde, bem como a definição de regras para sua utilização, regulamentada pela Resolução Normativa nº 439/2018, é definida pela ANS por meio dos sucessivos ciclos de atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde, que ocorrem a cada dois anos. O ciclo de atualização do Rol se inicia com ato de deliberação da Diretoria Colegiada da ANS, que define um cronograma, fixando prazo para apresentação das propostas de atualização, mediante o preenchimento do formulário eletrônico FormRol.”⁷

Sendo assim, para o procedimento de atualização do Rol, é definido um calendário com prazo para apresentação de sugestões de atualização através do preenchimento do formulário acima citado. Pessoas físicas e jurídicas podem encaminhar propostas para o Fórum que contará com o Comitê Permanente de Regulação da Atenção à Saúde – COSAÚDE, de caráter consultivo, para estabelecer um diálogo permanente entre as operadoras de saúde e a sociedade⁸.

Após todo este procedimento, é deliberado pela Agência quais são os procedimentos que deverão ser incluídos no rol e que, por consequência, passarão a ser de obrigatória cobertura pelas operadoras de saúde. Portanto, é desta maneira que ocorre o controle realizado pela agência em relação aos procedimentos de fornecimento obrigatório aos usuários dos planos de saúde.

1.2 Cenário econômico-financeiro dos planos de saúde

⁷ BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Espaço do consumidor**. Brasília: ANS. Geral. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos>> Acesso em: 12 abril de 2021.

⁸ Ibid.

É necessário que se elucide qual o atual cenário econômico-financeiro em que o setor da saúde suplementar está submetido para que, adiante, seja mais bem compreendido o contexto da alta judicialização desse setor e a conseqüente relação deste fato com a taxatividade ou não do rol da ANS.

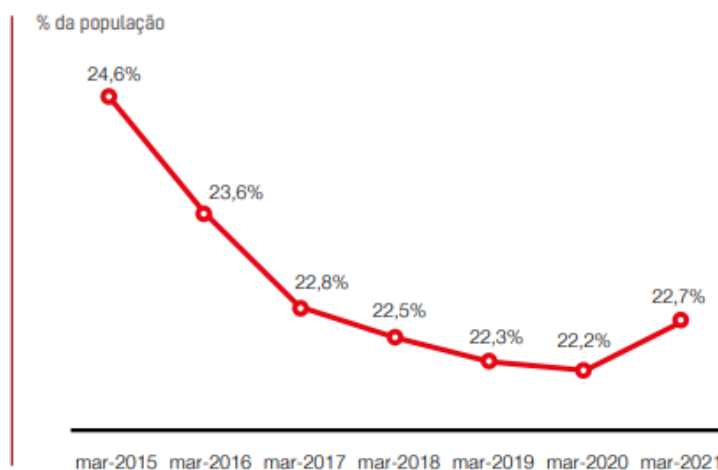
Segundo dados da Pesquisa Cenário Saúde, o primeiro Trimestre de 2021 foi assim caracterizado:

“O 1º trimestre de 2021 foi marcado pela retomada do crescimento do mercado de planos médico-hospitalares após um período de cinco anos de queda ou crescimento inexpressivo. O número de beneficiários cresceu 1,8% em comparação com o 1º trimestre do ano anterior, atingindo 48,0 milhões de pessoas cobertas. Apenas entre janeiro e março de 2021 foram registrados 326,5 mil novos beneficiários.”⁹

A partir das informações da pesquisa, é possível compreender que o mercado da saúde suplementar nos últimos cinco anos apresentou quedas sucessivas que evidenciaram os efeitos da crise econômica para o setor, tendo o seu crescimento retomado a partir do surgimento da pandemia da COVID-19 no ano de 2020. Veja-se o seguinte gráfico:

Gráfico 3 - Taxa de cobertura de Planos Médico-Hospitalares

Fonte: Elaborado por ABRAMGE/SINAMGE/SINOG com base em informações da ANS e IBGE.



A pesquisa indica que essa melhora de cenário ocorreu porque as pessoas passaram a demandar mais segurança no que se refere à saúde, sentimento causado pelo medo instaurado em razão da epidemia mundial.

⁹ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PLANOS DE SAÚDE (São Paulo). Abramge. **Cenário Saúde**. 2. ed. São Paulo, 2021. 6 v. Disponível em: <https://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/biblioteca-abramge/biblioteca-cenario-saude/1231-cenario-saude-volume-6-n-2-de-2021>. Acesso em: 12 ago. 2021.

Segundo dados da ANS na pesquisa que identificava qual o perfil das reclamações recebidas pela agência de acordo com o tema, 68,02% das reclamações recebidas diziam respeito a cobertura, 22,27% tratavam sobre contratos e regulamentos, 8,97% eram sobre mensalidades e reajustes e 0,73% correspondiam a outros assuntos¹⁰.

Nota-se, a partir dos resultados da pesquisa, o que o assunto “cobertura” lidera o ranking de reclamações à agência, assunto este que mantém relação direta com os medicamentos e procedimentos previstos no rol da ANS e, por consequência, de modo esperado, também está entre os assuntos mais recorrentes nas demandas judiciais contra os planos de saúde, conforme será demonstrado a seguir.

Tendo esses dados sido demonstrados, de modo breve, para a elucidação do contexto atual econômico-financeiro e até mesmo jurídico que engloba a saúde suplementar, se faz necessário registrar, neste momento, a relevância da manutenção da sustentabilidade do ecossistema da saúde suplementar, haja vista o seu protagonismo junto com o SUS na oferta de saúde à população como um todo.

Nesse sentido, Renato Luís Dresch ressalta a relevância do mercado da saúde suplementar para a garantia de acesso à saúde, a partir de disposição prevista na Constituição Federal:

“O artigo 199, § 1º, da Constituição Federal reconhece que os serviços de saúde serão prestados diretamente pela administração pública ou pela saúde complementar, através de entidades privadas credenciadas. Ao lado disso, reconhecendo a incapacidade de atender a promessa de universalidade de acesso e atendimento integral, a Constituição Federal autoriza o livre acesso à saúde privada nos serviços de saúde, instituindo a saúde suplementar que está regulada pela Lei nº 9.656/98.”¹¹

Isto porque, o caráter híbrido de fornecimento de saúde à população autorizada pela Constituição Federal, que permite a participação de uma multiplicidade de atores, gerou na prática uma relação muito próxima entre o setor público e privado no Brasil. É possível perceber, conforme apontam Ramiro Sant’ana e Candice Jobim que “é no setor privado que o

¹⁰ DISTRITO FEDERAL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Consolidados da Saúde Suplementar**. Brasília, 2021. 54 p. Disponível em: http://ftp.dadosabertos.ans.gov.br/FTP/PDA/Dados_Consolidados_da_Sa%c3%bade_Suplementar/. Acesso em: 12 ago. 2021.

¹¹ DRESCH, Renato Luís. **As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas**. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 124).

SUS contrata grande parte dos serviços de saúde ofertados à população”¹². Sendo assim, o mercado privado tem assumido importante função de suporte à seara pública no fornecimento de saúde¹³.

2. Judicialização da saúde suplementar

O sistema de assistência à saúde brasileiro é abrangente e complexo, abarcando dentro de si atores públicos e privados, assim como entidades reguladoras e diversos dispositivos legais, dada a importância do direito de acesso à saúde. Além da sua abrangência e multiplicidade enquanto sistema, a saúde é um tema que gera frequentes conflitos judiciais.

A chamada judicialização da saúde consiste em um fenômeno de alta complexidade, assim como o próprio sistema de assistência à saúde híbrido garantido pela Constituição Federal. Este fenômeno tem ocupado cada vez mais espaço no debate jurídico e político nacional e internacional, refletindo uma tendência no Brasil e no mundo.¹⁴

Sara Randazzo afirma em *“Leveling the playing field? litigant success rates in health-care policy cases in the u.s. courts of appeals”*¹⁵ que as políticas de saúde apresentam uma oportunidade para os menos favorecidos em relação aos mais favorecidos nos EUA, gerando, por consequência, suas chances de permanecer em litígios:

“Though previous research on party capability demonstrates that the ‘haves’ win more often in litigation than the “have-nots,” this conclusion contradicts the conventional wisdom among the general populace that views the judiciary as the institution most likely to protect individual rights. This raises the question whether an area of the law exists where the courts tend to favor the have-nots over the haves. Using data from the Courts of Appeals Database, our results demonstrate that health-care policy cases present an opportunity for the have-nots to offset advantages typically possessed by the haves, thereby increasing their chances to prevail in litigation. Whether one

¹² JOBIM, Candice; SANT’ANA, Ramiro. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. In: BOAS, Marco Villas (org.). **Judicialização de Planos de Saúde: Conceitos, Disputas e Consequências**. Brasília: Esmat, 2020. Cap. 7. p. 153-178. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/portal/images/esmat/publicacoes/iess_copedem/LIVRO_COLETANEA_ARTIGOS_COPEDEM_2021.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

¹³ COLOMBO, F.; TAPAY, N. **Private Health Insurance in OECD Countries: The Benefits and Costs for Individuals and Health Systems**. OECD Health WorkingPaper, OECD Publishing, Paris, n. 15., 2004, p. 14.

¹⁴ YAMIN, A. E.. **Promoting equity in health: What role for courts?** Health & Human Rights, v. 16, n. 2, 2014, p. 01

¹⁵ “Nivelando o campo de jogo? Taxas de sucesso de litigantes em casos de política de saúde nos EUA. Tribunais de apelação”

examines average success rates for appellants, the "net advantage" for litigants, or a more sophisticated statistical model, the data indicate that individuals (i.e., the have-nots) typically enjoy larger success rates than either state and local government or the federal government"¹⁶.

Na esfera pública, a judicialização repercute inquestionavelmente na formulação de políticas públicas pelo Estado que são custeadas por recursos escassos e limitados. Isso porque, conforme defende Virgílio Afonso da Silva em "Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights"¹⁷, há uma crença generalizada entre os operadores do direito brasileiros de que o cidadão estará mais protegido se os juízes puderem interferir e dar a palavra final quando se trata de questões relativas à políticas públicas:

"There is a widespread belief among Brazilian legal scholars, lawyers and judges that citizens are always better protected if judges can always interfere and have the last word when it comes to public policies issues. The argument is very simple: since the Brazilian constitution guarantees social rights, if someone does not have full access to a social benefit (education, health etc.), this means that the government and legislators have not done their job properly; only judges can correct this state of affairs, granting individuals access to benefits they did not receive directly from the government, such as medicine or medical treatments etc. Most important: in doing this, judges would be an instrument of social and distributive justice."¹⁸

¹⁶ RANDAZZO, Sara. **LEVELING THE PLAYING FIELD? LITIGANT SUCCESS RATES IN HEALTH-CARE POLICY CASES IN THE U.S. COURTS OF APPEALS.** THE JUSTICE SYSTEM JOURNAL. Estados Unidos: Harvard Law School Library, v. 30, 18 jun. 2017.

"Embora pesquisas anteriores sobre a capacidade do partido demonstrem que os "ricos" vencem com mais frequência em litígios do que os "pobres", essa conclusão contradiz a sabedoria convencional entre a população em geral, que vê o judiciário como a instituição com maior probabilidade de proteger os direitos individuais. Isso levanta a questão de saber se existe uma área do direito em que os tribunais tendem a favorecer os despossuídos em detrimento dos ricos. Usando dados do Banco de Dados de Tribunais de Apelação, nossos resultados demonstram que os casos de apólices de saúde apresentam uma oportunidade para os despossuídos compensarem as vantagens normalmente possuídas pelos ricos, aumentando assim suas chances de prevalecer no litígio. Independentemente de se examinar as taxas médias de sucesso para os recorrentes, a "vantagem líquida" para os litigantes ou um modelo estatístico mais sofisticado, os dados indicam que os indivíduos (ou seja, os despossuídos) normalmente desfrutam de taxas de sucesso maiores do que o governo estadual e local ou o governo federal".

¹⁷ "Tirando dos pobres para dar aos ricos: a aplicação individualista dos direitos sociais"

¹⁸ SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights.** 19 f. Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

"Há uma crença generalizada entre juristas, advogados e juízes brasileiros de que os cidadãos estão sempre mais protegidos se os juízes sempre puderem interferir e dar a última palavra quando se trata de questões de políticas públicas. O argumento é muito simples: como a constituição brasileira garante

Este capítulo do trabalho, entretanto, se propõe a discorrer a respeito desse fenômeno e seus impactos no universo da saúde suplementar, no qual a judicialização tem crescido mais intensamente, segundo afirmam Candice Jobim e Ramiro Sant’ana no artigo “Judicialização da Saúde”.¹⁹

A esfera privada, assim como a pública, tem as suas relações contratuais entre operadoras e beneficiários de modo igualmente impactado, isto porque muitas das demandas pleiteiam por procedimentos não previstos em contrato, gerando repercussão nos custos dos planos e na segurança jurídica. Além da interferência na assistência à saúde como um todo, a judicialização tornou-se relevante também para o próprio Poder Judiciário que tem de lidar com centenas de milhares de processos que dizem respeito a assuntos relacionados à saúde.

O estudo “Judicialização da saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução” formulado pelo Instituto de Ensino e Pesquisa (Insper) em 2019 a pedido do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) considerou o período compreendido entre os anos de 2008 e 2017 e constatou, a partir do que se verifica ano a ano, que houve um crescimento de 130% no número de demandas de primeira instância relativas ao direito à saúde:

“A LAI permitiu a identificação de 498.715 processos de primeira instância, distribuídos entre 17 justiças estaduais³, e 277.411 processos de segunda instância, distribuídos entre 15 tribunais estaduais⁴, no período entre 2008 e 2017. Considerando o ano de distribuição dos processos, verifica-se que há um crescimento acentuado de aproximadamente 130% no número de demandas anuais de primeira instância (Justiça Estadual) relativas ao direito à saúde de 2008 para 2017. Para o mesmo período, os relatórios “Justiça em Números” do CNJ apontam um crescimento de 50% no número total de processos em primeira instância. O crescimento das demandas sobre saúde foi, portanto, muito superior ao crescimento das demandas em geral do Judiciário, reforçando a relevância do tema.”²⁰

direitos sociais, se alguém não tem pleno acesso a um benefício social (educação, saúde etc.), isso significa que o governo e os legisladores não têm feito seu trabalho de maneira adequada; somente os juízes podem corrigir esse estado de coisas, garantindo aos indivíduos acesso a benefícios que não receberam diretamente do governo, como remédios ou tratamentos médicos etc. O mais importante: fazendo isso, os juízes seriam um instrumento de justiça social e distributiva”

¹⁹ JOBIM, Candice; SANT’ANA, Ramiro. op., cit., p. 156.

²⁰ Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER (Brasil). Conselho Nacional de Justiça. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PERFIL DAS DEMANDAS, CAUSAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO**. Brasília, 2019. p. 15.

Ainda segundo o mesmo estudo, os assuntos mais discutidos nos processos são: “Plano de Saúde”, “Seguro” e “Saúde”, seguidos de “Tratamento Médico-Hospitalar e/ou Fornecimento de Medicamentos”. É possível perceber, em particular, uma presença significativa dos assuntos “plano de saúde” e “seguro”, evidenciando a importância da litigância judicial no ecossistema da saúde suplementar.²¹

Clênio Schulze em seus levantamentos anuais apurou que no ano de 2015 foram 293.449 ações²², em 2016 foram 427.267²³, em 2017 foram 564.090²⁴ e, finalmente, em 2018 foram 677.897²⁵. Observa-se, portanto, um crescimento exorbitante de 231% em 4 anos.

Dentre os assuntos mais recorrentes nas demandas judiciais estão as questões ligadas a extensão, limites e negativas de cobertura assistencial²⁶, temas que estão intrinsecamente ligados ao rol da ANS, que, segundo a atual jurisprudência, funciona como uma referência exemplificativa de quais os procedimentos devidos pelas seguradoras de saúde.

Mário Scheffer e Daniela Trettel afirmam que “As súmulas sobre urgência e emergência e sobre o rol de coberturas obrigatórias da agência são os maiores exemplos disso, posto que grande parte das discussões judiciais se concentra em tais temas”²⁷.

As decisões proferidas pelos magistrados e tribunais em resposta a essas demandas vão no sentido de conceder o que é requerido pelo beneficiário, refletindo o entendimento que prevalece na jurisprudência dominante da Corte especial, que é de que o rol da ANS é exemplificativo, conforme será demonstrado a seguir.

3. Entendimento do STJ quanto à natureza do rol da ANS

²¹ Ibid.

²² SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS NÚMEROS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. 2016. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/novos-numeros-sobre-a-judicializacao-da-saude-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²³ SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS NÚMEROS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. 2017. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-atualizados-da-judicializacao-dasaude-no-brasil-por-clenio-jair-schulze>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁴ SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS NÚMEROS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-nov-10/opiniao-numeros-judicializacao-saude2018>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁵ SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS NÚMEROS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. 2019. Disponível em: <https://emporiiodireito.com.br/leitura/numeros-de-2019-da-judicializacao-dasaude-no-brasil>. Acesso em: 18 ago. 2021.

²⁶ JOBIM, Candice; SANT’ANA, Ramiro. op., cit., p. 169.

²⁷ TRETTEL, Daniela Batalha; SCHEFFER, Mário César. op., cit., p. 425-445.

3.1 Histórico

Historicamente e de modo majoritário, a Corte Especial se posiciona no sentido de entender que o rol da ANS é meramente exemplificativo, ou seja, consiste em uma referência mínima básica à prestação de serviços pela saúde suplementar. Isso implica dizer que, ainda que o procedimento ou medicamento não esteja previsto no rol, a operadora tem a obrigatoriedade de fornecer.

Após pesquisa feita na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme será melhor detalhado no capítulo seguinte, foi possível identificar que 116 acórdãos versam sobre a discussão em torno da taxatividade ou não do rol da ANS. O primeiro acórdão a afirmar que o rol é exemplificativo, e formar a jurisprudência dominante nesse sentido, foi de relatoria da Ministra Maria Isabel Gallotti, integrante da 4ª Turma do referido Tribunal, no julgamento do Agravo em Recurso Especial 750.941/MG no dia 01.09.2015.

A partir de então, as decisões da Corte Especial nas duas turmas passaram a ser no mesmo sentido: o rol da ANS é meramente exemplificativo. A fundamentação utilizada pelos ministros do STJ para embasar tal entendimento consistem basicamente na ideia de que o beneficiário do plano de saúde, enquanto consumidor, ocupa posição de completa vulnerabilidade e possui uma legítima expectativa de ser atendido em qualquer demanda de saúde por não prever quais procedimentos irá precisar e não poder assumir os riscos da atividade econômica, já que esta é uma função do fornecedor. Ademais, argumenta-se que a partir do momento que o consumidor não é atendido pelo plano de saúde, procura o SUS, gerando maior sobrecarga no sistema público.

3.2 Metodologia da pesquisa

Conforme prometido anteriormente, imperioso se faz o esclarecimento de como se deu a metodologia deste estudo. Para a concretização deste trabalho, foi realizada pesquisa jurisprudencial no Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de se avaliar em que momento se deu a divergência de entendimento entre as Turmas do referido Tribunal, se ela se mantém até a atualidade e quais são os argumentos abordados por cada uma das Turmas para defender seus respectivos posicionamentos.

A identificação dos acórdãos relacionados com o tema foi possível a partir do uso dos operadores fornecidos pela ferramenta de busca do site do STJ. A partir disso, foi elaborada a seguinte fórmula de pesquisa “rol e ANS e (exemplificativo ou taxativo)”. Dessa forma, em

todos os acórdãos em que existe a discussão a respeito da taxatividade ou natureza exemplificativa do rol da ANS, apareceram como resultado da pesquisa.

Conforme dito anteriormente, foram encontrados 116 acórdãos à época da pesquisa, que ocorreu em maio deste ano. Não foi delimitado um intervalo de tempo para a pesquisa dos acórdãos, sendo assim, todos os que foram encontrados são de toda a história do STJ.

Dentre todos os acórdãos analisados, apenas 14 se mostraram a favor da taxatividade do rol, sendo 13 advindas da 4ª Turma. Todos os outros que julgaram o rol exemplificativo provieram da 3ª Turma. Pode-se concluir, a partir deste estudo, que existe divergência de entendimento entre as Turmas do Tribunal, conforme será abordado no capítulo seguinte.

Para a análise dos argumentos que fundamentam os entendimentos contrários das Turmas, foram considerados especialmente dois acórdãos como representativos da controvérsia, o REsp. 1.733.013/PR oriundo da 4ª Turma e o REsp. 1.876.630/SP proveniente da 3ª Turma.

O REsp 1.733.013/PR foi escolhido porque inaugurou a controvérsia e trouxe a participação de diversos amicus curiae, enriquecendo a decisão com diversos pontos de vistas diferentes de várias instituições ligadas ao tema. Por sua vez, o REsp 1.876.630/SP foi selecionado porque foi um dos acórdãos mais recentes da 3ª Turma que resume e reitera todos os argumentos já defendidos por ela ao longo da história de toda a discussão relacionada ao assunto.

3.3 Divergência na Corte Especial

A divergência jurisprudencial entre as Turmas merece ser objeto de estudo porque desde quando foi inaugurada, ocorre de modo sistemático e reiterado, haja vista a ausência de consenso entre os ministros da Corte Especial, demonstrando a problemática que envolve o tema analisado.

Desde dezembro de 2019 no julgamento do Recurso Especial 1.733.013/PR de relatoria do Ministro Luis Felipe Salomão, a 4ª Turma passou a se posicionar de modo diverso e reiterado da 3ª Turma, aplicando a tese de taxatividade do rol da ANS por unanimidade, que é, inclusive, defendida pela própria agência reguladora no art. 2º da Resolução Normativa nº 465 de 24 de fevereiro de 2021:

“Art. 2º Para fins de cobertura, considera-se taxativo o Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde disposto nesta Resolução Normativa e seus anexos, podendo as operadoras de planos de assistência à saúde oferecer cobertura maior do que a obrigatória, por sua iniciativa ou mediante expressa previsão no instrumento contratual referente ao plano privado de assistência à saúde.”²⁸

A 2ª seção do STJ, responsável por uniformizar o entendimento do Tribunal, diante da divergência jurisprudencial evidenciada acima, ainda não afetou o caso como recurso repetitivo para a definição da tese, o que pode ser feito a qualquer momento. Nota-se a relevância do estudo do tema, haja vista tratar do direito de acesso à saúde, direito este caro ao ordenamento brasileiro, e que há divergência de entendimento na Corte Especial a respeito da taxatividade rol da ANS.

Para o julgamento do REsp 1.733.013/PR figuraram como *amicus curiae* no julgamento a Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), o Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor (IDEC), o Conselho Federal de Medicina (CFM), o Conselho Federal de Farmácia (CFF), O Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, o Instituto Brasileiro de Atuária - IBA, a Associação Brasileira de Planos de Saúde (Abramge), a Federação Nacional de Saúde Suplementar (FenaSaúde), a Associação de Defesa dos Usuários de Seguros, Planos e Sistemas de Saúde (ADUSEPS), o Conselho Nacional de Saúde (CNS) e a Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil.

Ressalta-se que a grande quantidade de *amicus curiae* ocorreu nesse caso em específico porque a 4ª Turma tinha o interesse de enriquecer o debate e fundamentar de modo maciço o novo posicionamento dessa parcela do Tribunal.

Dentre todos os *amicus curiae* expostos acima, se manifestaram a favor da natureza exemplificativa do rol o IDEC, o CNS e a ADUSEP. O IDEC e a ADUSEP argumentam, principalmente, que é impossível cobrar do consumidor a previsão dos procedimentos que pode

²⁸ BRASIL. Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021. Distrito Federal, DF, 1 abr. 2021.

vir a precisar e criticam o período de 2 anos para a atualização do rol porque alegam não acompanhar as evoluções tecnológicas.

Por sua vez, o CNS defende que considerar o rol como taxativo, “ou seja, apenas o que está previsto na lista que deverá ser oferecido”²⁹, gera o risco do SUS ficar sobrecarregado, aumentando inclusive a judicialização da saúde pública. A respeito do posicionamento deste Conselho faz-se necessário esclarecer que a natureza taxativa do rol não impede que os planos de saúde ofertem para além do que está previsto na lista, assim como afirma a Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil quando defende a taxatividade:

“Ademais, na resposta ao ofício enviado, o CNJ destacou o Enunciado nº 21, aprovado na I Jornada de Direito da Saúde, em que resta claro que a cobertura mínima obrigatória nos contratos firmados ou adaptados à Lei 9.656/98 é aquela disposta no rol de procedimentos da Agência Nacional de Saúde Suplementar, sendo que o contrato celebrado entre as partes pode prever cobertura adicional.”³⁰

Todos os outros *amicus curiae* defenderam a taxatividade do rol sob argumentos que foram utilizados pelo Min. Salomão, relator do REsp, que serão elucidados no capítulo a seguir.

4. Argumentos abordados pelas Turmas do STJ

Tanto para a manutenção do entendimento de que o rol é exemplificativo quanto para a declaração de sua taxatividade, existem questões basilares que rodeiam a discussão e que aparecem com frequência como fundamento nas decisões proferidas pela 3ª e 4ª Turmas do STJ. Sendo assim, os argumentos mais recorrentes receberão especial destaque nesta pesquisa para que, a partir do cotejo e ponderação de todos eles, se aponte qual o entendimento jurídico mais adequado para a resolução da problemática instaurada na Corte Especial.

²⁹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. CNS, *amicus curiae*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

³⁰ Op. Cit. Comissão Especial de Saúde Suplementar do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, *amicus curiae*.

Para tanto, conforme explicado anteriormente, foram considerados como objeto de estudo desta pesquisa, em especial, o REsp. 1.733.013/PR oriundo da 4ª Turma e o REsp. 1.876.630/SP proveniente da 3ª Turma como representativos da controvérsia.

Antes de se adentrar efetivamente nos argumentos abordados pelas Turmas, se faz imperioso destacar que é sabido pelas Turmas do STJ que há a necessidade de uniformização do entendimento da Corte, haja vista a segurança jurídica ser afetada pela jurisprudência divergente relacionada à matéria, que se propaga para além da terceira instância e reverbera para as decisões de segundo e primeiro grau. O Ministro Luis Felipe Salomão assinala no REsp. nº 753.159/MT e reitera no REsp nº 1.733.013/PR, do qual é relator, que:

“Dispersão jurisprudencial deve ser preocupação de todos e, exatamente por isso, tenho afirmado que, se a divergência de índole doutrinária é saudável e constitui importante combustível ao aprimoramento da ciência jurídica, todavia o dissídio jurisprudencial é absolutamente indesejável.”³¹

Portanto, existe uma preocupação quanto a divergência de posicionamento dentro da Corte e que deverá ser solucionada pela 2ª Seção do Tribunal em breve. Para tanto, é imprescindível que se faça um estudo aprofundado das razões envolvidas para que se produza uma decisão bem fundamentada.

4.1 Atribuição da ANS

Conforme dito anteriormente neste trabalho, a ANS tem por finalidade institucional a promoção da defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde por meio da regulação do setor e da cooperação no desenvolvimento das ações de saúde.

Dessa forma, foi concedida à ANS a atribuição legal de considerar os interesses de todos os envolvidos na relação contratual para que se estabeleça um equilíbrio relacional. Essa ponderação de interesses se reflete no resultado do Rol elaborado pela agência.

Faz parte dos argumentos adotados pela 4ª Turma a relevância da ANS, como agência especializada nos assuntos da saúde suplementar e o quanto o Poder Judiciário interfere

³¹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

no trabalho atribuído e desempenhado pela ANS a partir do momento em que decide que determinado procedimento ou medicamento, ainda que não previsto no rol elaborado pela agência, deve ser fornecido. Sendo assim, o relator do REsp. nº 1.733.013/PR afirma que:

“não cabe ao Judiciário se substituir ao legislador, violando a tripartição de poderes e suprimindo a atribuição legal da ANS ou mesmo efetuando juízos morais e éticos, não competindo ao magistrado a imposição dos próprios valores de modo a submeter o jurisdicionado a amplo subjetivismo”³²

Depreende-se desse raciocínio que o Judiciário pode estar, a partir dessa postura, a desconsiderar a existência de uma agência reguladora criada exatamente para desempenhar esta função e, portanto, especializada para tanto.

Ademais, é sabido que existe subjetividade médica na indicação de um determinado procedimento ou medicamento ao paciente. No entanto, esta subjetividade não pode guiar a elaboração do rol elaborado pela agência, considerando que esta segue diretrizes técnicas relevantes de alta complexidade, como a utilização dos princípios de Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS) e observância aos preceitos da Saúde Baseada em Evidências (SBE), assim como se observa no direito comparado. Veja-se um trecho do voto do Min. Salomão no REsp 1.733.013/PR:

“Outrossim, não se pode descuidar da realidade das coisas, posto que mesmo o correto e regular exercício profissional da Medicina, dentro das normas deontológicas da profissão, usualmente possibilita ao profissional uma certa margem de subjetividade, que, por vezes, envolve convicções pessoais ou melhor conveniência, mas não podem nortear a elaboração do rol, como, por exemplo: a) predileção por determinado procedimento ou mesmo maior domínio técnico/especialização a envolver a prática; b) familiaridade maior com o manejo de determinado exame, sendo, por exemplo, notório que a interpretação de cada tipo usualmente abrange complexidade e requer preparação específica do profissional da área.”³³

Isto porque compete à agência reguladora fazer um estudo aprofundado sobre quais dos diversos procedimentos e/ou medicamentos existentes merecem estar no rol, a partir de critérios criados conforme dito anteriormente.

³² Op. cit.

³³ Op. cit.

Por outro lado, a corrente que defende a natureza exemplificativa do rol, representada pela 3ª Turma nesta oportunidade, argumenta o que é defendido pela Ministra Nancy Andrighi, relatora do REsp 1.876.630/SP, sobre a atuação da ANS:

“7. Quando o legislador transfere para a ANS a função de definir a amplitude das coberturas assistenciais (art. 10, § 4º, da Lei 9.656/1998), não cabe ao órgão regulador, a pretexto de fazê-lo, criar limites à cobertura determinada pela lei, de modo a restringir o direito à saúde assegurado ao consumidor, frustrando, assim, a própria finalidade do contrato.

8. O que se infere da leitura da Lei 9.656/1998 é que o plano-referência impõe a cobertura de tratamento de todas as doenças listadas na CID, observada a amplitude prevista para o segmento contratado pelo consumidor e excepcionadas apenas as hipóteses previstas nos incisos do art. 10, de modo que qualquer norma infralegal que a restrinja mostra-se abusiva e, portanto, ilegal, por colocar o consumidor em desvantagem exagerada.”³⁴

Em outras palavras, para esta corrente, o “plano-referência” ao qual faz menção o art. 10 da lei 9.656/98 impõe a cobertura de todas as doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID), excepcionados apenas os tratamentos e procedimentos previstos nos incisos do próprio art. 10 da referida lei. Sendo assim, o rol elaborado pela ANS, por ser norma infralegal, não pode criar limites que restrinjam a lista de procedimentos indicados pela lei por colocar o consumidor em desvantagem acentuada.

Ainda nesse sentido, argumenta-se que “o poder normativo atribuído às agências reguladoras deve ser exercitado em conformidade com a ordem constitucional e legal de regência”³⁵, razão pela qual os atos normativos redigidos pela ANS além de ter o dever de estar compatíveis e submetidos à lei 9.656/98 e a lei 9.961/00, devem estar compatíveis com a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor (CDC).

³⁴ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.876.630/SP. Relatora: Nancy Andrighi – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001255040&dt_publicacao=11/03/2021. Acesso em: 15.09.2021.

³⁵ Supremo Tribunal Federal. ADI 2.095/RS. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751470444>. Acesso em: 30.09.2021.

Não obstante o art. 35-G da lei 9.656/98 que impõe a aplicação subsidiária do direito do consumidor aos contratos celebrados entre beneficiários e operadoras, a doutrina especializada defende a aplicação complementar à lei especial, pois o CDC é norma principiológica e de raiz constitucional.

Portanto, para a 3ª Turma, a referência dos procedimentos e medicamentos não deve ser o rol criado pela ANS, assim como defende a 4ª Turma, deve ser o da lista estabelecida pela Lei 9.656/98 que considera todas as doenças previstas na CID.

4.2 Equilíbrio econômico-financeiro

A tese que defende a taxatividade do rol argumenta que se coloca em risco o equilíbrio econômico-financeiro do ecossistema da saúde suplementar quando se entende que ele é exemplificativo. Isto porque esse entendimento leva ao aumento exponencial das possibilidades de cobertura de procedimentos não previstos, gerando imprevisibilidade do que se deve cobrir, o que, por consequência, impossibilitaria a inclusão do risco no cálculo atuarial e a aferição adequada do impacto econômico diante do cenário de incerteza, que não pode ser confundida com risco.

A atividade seguradora está fundamentada em risco, não em incerteza. Se esta atividade fosse baseada neste último elemento, teria como alicerce apenas um julgamento subjetivo, sem considerar cálculos matemáticos e estatísticos. Por sua vez, o risco pode ser investigado, analisado e mensurado ao ponto de ser previsto em todas as situações até a sua exaustão.³⁶

Ademais, a base do financiamento da saúde suplementar é o mutualismo, isso implica dizer que o setor é financiado a partir da contribuição de todos os usuários por meio do pagamento das mensalidades, tornando possível a assistência médica para aqueles que, eventualmente, podem estar em exposição. Dessa forma, se viabiliza o risco sem comprometer, de modo desmedido, o equilíbrio contratual.³⁷

³⁶ POLIDO, Walter A. Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13 e 17.

³⁷ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. ANS, amicus curiae. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

Sendo assim, pode-se compreender que a formação do preço do plano de saúde depende de uma criteriosa estimativa a respeito da frequência de ocorrências no setor e todas as despesas relacionadas à própria prestação de serviços de saúde para que se projete uma receita e a fixação de um valor de mensalidade que mantenha o equilíbrio atuarial. Nota-se, inclusive, que a acessibilidade aos planos de saúde também é afetada, conforme será dito nos capítulos seguintes.

O Ministro Marco Aurélio Mello salienta, em âmbito doutrinário, que em situações que desbordam das coberturas contratuais, entender que as operadoras tem o dever de fornecer qualquer serviço que o cliente necessite, acaba por levar à ruptura do equilíbrio econômico financeiro dos referidos contratos, pois, muito embora favoreça o indivíduo que teve sua demanda judicial deferida, prejudica o universo de beneficiários do plano caso a seguradora não possua condições financeiras de arcar com todos os custos não previstos.³⁸

Portanto, alega-se que existe risco não desprezível de desequilíbrio econômico-financeiro-atuarial em razão da imprevisibilidade que a manutenção da flexibilização do rol traz consigo, gerando impactos nos preços dos planos e, por consequência, prejudicando os consumidores, excluindo grupos do atendimento e sobrecarregando o sistema público de saúde.

Em contrapartida, a favor da tese que considera o rol exemplificativo aduz-se que a ANS considera os riscos assumidos pelos planos de saúde, mas desconsidera que a taxatividade do rol transferiria o risco aos consumidores que não tem condições de antevê-la e que acreditam estar protegidos em razão da existência do contrato.

Ademais, a Ministra Nancy Andrighi no REsp 1.876.630/SP argumenta em relação ao equilíbrio econômico-financeiro, de forma indissociável ao argumento da precificação e acessibilidade que será abordado no capítulo seguinte, que:

“Igualmente não impressiona a afirmação quanto à impossibilidade de precificação adequada, pois, a par dos cálculos atuariais que permitem que as operadoras busquem o equilíbrio entre receitas e despesas, a ANS autoriza os reajustes visando à atualização da mensalidade, com o objetivo de evitar o desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos e, por conseguinte, de manter a satisfatória prestação do serviço contratado. Assim, são previstos o reajuste anual, para compensar a variação

³⁸ MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança jurídica e Equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira; SILVA, Marcos Paulo Novais; LEITE, Francine (Orgs.). Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

de custos médico-hospitalares e/ou a sinistralidade, além do reajuste por variação de faixa etária do beneficiário.”³⁹

A partir deste argumento, é possível concluir que o chamado “desequilíbrio econômico-financeiro” alegado e rechaçado pela 4ª Turma, seria compensado por meio da autorização dada pela ANS para implementação do reajuste anual cobrado pelas operadoras, segundo a 3ª Turma.

4.3 Precificação e acessibilidade

Como consequência do desequilíbrio econômico-financeiro apontado pelo capítulo anterior, argumenta-se pela corrente a favor da taxatividade que os preços das mensalidades dos planos de saúde são afetados e, por conseguinte, se tornam cada vez menos acessíveis para parte da população.

A ANS, enquanto *amicus curiae* no julgamento do REsp 1.733.013/PR, afirma:

“Ao se admitir o caráter meramente exemplificativo do rol de cobertura definido pela ANS, descortina-se quadro de absoluta incerteza sobre os riscos que, de fato, estão sendo assumidos pela operadora de plano de saúde, do que decorre invariavelmente a impossibilidade de precificação adequada e, logo, de oferta de produto. De todo modo, não se pode ignorar que a flexibilização do rol de cobertura definido pela ANS traz consigo razoável risco de elevação exponencial do preço dos produtos, tornando as mensalidades mais caras.”⁴⁰

Em outras palavras, é possível compreender que se não existe uma cobertura mínima, torna-se impossível mensurar os custos associados a tal cobertura e, portanto, inviabiliza o estabelecimento de parâmetros claros de precificação individual ou coletiva para os beneficiários. Portanto, o rol propicia a previsibilidade econômica necessária à precificação dos planos de saúde.

³⁹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.876.630/SP. Relatora: Nancy Andrighi – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001255040&dt_publicacao=11/03/2021. Acesso em: 15.09.2021.

⁴⁰ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. ANS, *amicus curiae*. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

José Luiz Toro da Silva afirma em “Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde”:

“tais aspectos bem como a própria imposição pelos juízos de coberturas que não têm amparo na legislação vigente geram, muitas vezes, externalidades positivas para os consumidores e negativas para as operadoras de planos privados de assistência à saúde, resultando em distorções nos custos dos planos e, principalmente, nos seus cálculos e estudos atuariais, impondo o oferecimento ao mercado de planos mais caros, que acabam restringindo o acesso de muitos consumidores a este mercado”⁴¹

A partir das elucidações feitas acima, é possível compreender como o desequilíbrio econômico-financeiro gerado pela ausência de cobertura mínima gera impactos na precificação e acessibilidade dos planos de saúde, segundo fundamentos apresentados pela 4ª Turma.

Em relação a este tópico, a 3ª Turma afirma o que foi abordado no capítulo anterior a respeito da permissão fornecida pela ANS às operadoras de planos de saúde para a implementação do reajuste anual e, assim, manter a devida correção da precificação.

4.4 Direito consumerista

Para o entendimento de que o rol é taxativo, a 4ª Turma explica que o direito consumerista deve ser interpretado de acordo com disposto no art. 4º do Código de Defesa do Consumidor que orienta quais são os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo e prevê que as disposições do referido Código devem estar voltadas teleologicamente e finalisticamente para a concretização da harmonia e do equilíbrio na relação entre consumidores e fornecedores.

Alega-se que ignorar o desequilíbrio econômico-financeiro gerado pela ausência de um rol mínimo gera na prática prejuízo aos interesses coletivos dos consumidores, que terão mais dificuldade de acesso aos planos em razão da tendência de aumento dos preços.

⁴¹ SILVA, José Luiz Toro da. Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 168.

Ressalta-se, inclusive, que a corrente favorável a taxatividade do rol entende que o rol da ANS impõe procedimentos mínimos obrigatórios, no entanto, caso o consumidor deseje contratar planos com cobertura superiores que incluem tratamentos e medicamentos que vão além da cobertura mínima, isso faz parte da sua liberdade de escolha.

O Min. Salomão destaca em seu voto no REsp 1.733.013/PR:

“Diante desse cenário, por um lado, não se pode deixar de observar que o rol mínimo e obrigatório de procedimentos e eventos em saúde constitui relevante garantia do consumidor para assegurar direito à saúde, em preços acessíveis, contemplando a camada mais ampla e vulnerável da população. Por conseguinte, considerar esse mesmo rol meramente exemplificativo representaria, na verdade, negar a própria existência do "rol mínimo" e, reflexamente, negar acesso à saúde suplementar à mais extensa faixa da população. Lamentavelmente, salvo os planos de saúde coletivo empresariais, subvencionados pelo próprio empregador, em regra, os planos de saúde, hoje em dia, são acessíveis apenas às classes média alta e alta da população.”⁴²

Eros Roberto Grau esclarece como devem ser compreendidos os objetivos e os princípios adotados pelo CDC, especialmente em seu art. 4º:

[...] “eu diria que o art. 4º do Código de Defesa do Consumidor é uma norma-objeto, porque define os fins da política nacional das relações de consumo, quer dizer, ela define resultados a serem alcançados. Todas as normas de conduta e todas as normas de organização, que são as demais normas que compõem o Código do Consumidor, instrumentam a realização desses objetivos, com base nos princípios enunciados no próprio art. 4º. Para que existem, por que existem essas normas? Para instrumentar a realização dos fins definidos no art. 4º. Assim, todas as normas de organização e conduta contidas no Código do Consumidor, devem ser interpretadas teleologicamente, finalisticamente, não por opção do intérprete, mas porque essa é uma imposição do próprio Código.”⁴³

⁴² DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

⁴³ GRAU, Eros Roberto. Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais, v. I), pp. 165-166.

Por outro lado, a 3ª Turma defende que não é razoável que se exija do consumidor, no momento em que ele contrata um plano de saúde, o conhecimento de todos os procedimentos que estão e que não estão previstos no contrato firmado com a operadora, inclusive porque a linguagem do rol do ANS é técnica científica, completamente inteligível para o leigo, especialmente para o consumidor por ocupar uma posição de vulnerabilidade.

Além disso, argumenta-se que um regulamento não pode restringir o direito de acesso à saúde do consumidor, tendo em vista que se trata de um direito resultante de um contrato que obedece aos termos estabelecidos em lei, no caso a 9.656/98.

4.5 Direito obrigacional

Os contratos de seguro e planos de assistência à saúde possuem como uma de suas maiores dificuldades a manutenção do equilíbrio das prestações no tempo. Assim, exige-se uma adequada divisão de ônus e benefícios, assim como os estudos sobre contratos relacionais vem fazendo, dos sujeitos do contrato como parte de um mesmo contexto de interesses, objetivos e padrões. Isto impacta tanto na adequada transferência dos riscos quanto na identificação de deveres do fornecedor para garantir a sustentabilidade da relação contratual.⁴⁴

A alteração da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB), especialmente os arts. 20 a 30, evidenciam a cobrança em relação aos operadores do direito em interpretar as normas jurídicas por meio de um viés consequencialista, que considere os impactos das suas decisões no universo jurídico e, sobretudo, no mundo fático, antes de proferir as suas decisões.⁴⁵

É por esse motivo que a tese defensora da taxatividade do rol argumenta que o fato dos contratos de saúde suplementar se sujeitarem ao Código de Defesa do Consumidor não implica na conclusão de que a cobertura deve extrapolar os limites do acordo, sob o risco de

⁴⁴ MIRAGEM, Bruno. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Orgs.). Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência. São Paulo: Atlas, 2018, p. 299-310

⁴⁵ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

comprometimento do equilíbrio econômico-financeiro da saúde suplementar, tese esta liderada e elucidada pelo Desembargador Renato Luís Dresch.⁴⁶

Ainda no mesmo sentido e acrescentando mais elementos, Rodrigo Toscano de Brito defende em sua tese de doutorado que a ideia de equilíbrio é a base ética das obrigações, rememorando Miguel Reale. Sendo assim, para o autor, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato consiste na base ética de todo o direito obrigacional:

“Sabendo que as obrigações se realizam primordialmente por meio dos contratos, fácil é notar que a idéia de equivalência, de equilíbrio, é a base ética das obrigações, como aliás deve-se frisar, a partir das lições de Miguel Reale.

(...)

Aliás, Miguel Reale, em seu tradicional trabalho sobre a visão geral do Código Civil, é incisivo sobre o assunto, ao dizer: "O Código é um sistema, um conjunto harmônico de preceitos que exige a todo instante recurso à analogia e a princípios gerais, devendo ser valoradas todas as consequências da cláusula rebus sic stantibus. Nesse sentido, é posto o princípio do equilíbrio econômico dos contatos como base ética de todo o direito obrigacional".

(...)

pode o magistrado, em dada discussão contratual, perquirir sobre o que é justo e procurar o equilíbrio da contratação que esteja, eventualmente, arrebatada por um desequilíbrio, beneficiando uma das partes e prejudicando a outra.

(...)

É de igual forma importante dizer que os princípios sociais da equivalência material, da função social e da boa-fé objetiva não podem ser vistos de modo estanque, como se cada um partisse para o fronte em campanha solitária.”⁴⁷

Sendo assim, a 4ª Turma ressalta no REsp 1.733.013/PR a importância da manutenção do equilíbrio, enquanto base ética do direito obrigacional, nas relações contratuais.

5. Definição quanto a natureza do rol

⁴⁶ DRESCH, Renato Luís. As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 122-126

⁴⁷ BRITO, Rodrigo Toscano de. Equivalência material dos contratos. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-16.

Tendo sido esclarecidos os principais argumentos abordados pelas Turmas do STJ para classificar o rol da ANS como exemplificativo ou taxativo, neste momento torna-se necessário o arremate ao qual esta pesquisa se propôs a cumprir que consiste no posicionamento sobre qual o melhor entendimento a respeito do rol diante de toda a pesquisa realizada, considerando como régua a manutenção da sustentabilidade da saúde suplementar e o objetivo de diminuição da judicialização desse setor.

A respeito da discussão sobre o papel da ANS, a 3ª Turma defende que a lei 9.656/98 estabeleceu como plano-referência, ou seja, como rol mínimo e de obrigatório fornecimento pelas operadoras de saúde, as doenças previstas na CID, excepcionados os procedimentos previstos nos incisos do art. 10 da referida lei. Veja-se:

Art. 10. É instituído o plano-referência de assistência à saúde, com cobertura assistencial médico-ambulatorial e hospitalar, compreendendo partos e tratamentos, realizados exclusivamente no Brasil, com padrão de enfermagem, centro de terapia intensiva, ou similar, quando necessária a internação hospitalar, das doenças listadas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde, da Organização Mundial de Saúde, respeitadas as exigências mínimas estabelecidas no art. 12 desta Lei, exceto: (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

I - tratamento clínico ou cirúrgico experimental; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

II - procedimentos clínicos ou cirúrgicos para fins estéticos, bem como órteses e próteses para o mesmo fim;

III - inseminação artificial;

IV - tratamento de rejuvenescimento ou de emagrecimento com finalidade estética;

V - fornecimento de medicamentos importados não nacionalizados;

VI - fornecimento de medicamentos para tratamento domiciliar, ressalvado o disposto nas alíneas 'c' do inciso I e 'g' do inciso II do art. 12; (Redação dada pela Lei nº 12.880, de 2013) (Vigência)

VII - fornecimento de próteses, órteses e seus acessórios não ligados ao ato cirúrgico; (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

VIII - procedimentos odontológicos, salvo o conjunto de serviços voltados à prevenção e manutenção básica da saúde dentária, assim compreendidos a pesquisa, o tratamento e a remoção de focos de infecção dentária, profilaxia de cárie dentária, cirurgia e traumatologia bucomaxilar; (Vide Medida Provisória nº 1.685-5, de 1998) (Revogado pela Medida Provisória nº 2.177-44, de 2001)

IX - tratamentos ilícitos ou antiéticos, assim definidos sob o aspecto médico, ou não reconhecidos pelas autoridades competentes;

X - casos de cataclismos, guerras e comoções internas, quando declarados pela autoridade competente.⁴⁸

No entanto, a recente Medida Provisória (MP) 1.067 de 2 de setembro de 2021, que alterou a lei 9.656/98 para dispor sobre o processo de atualização das coberturas no âmbito da saúde suplementar, acrescentou parágrafos ao art. 10 e incluiu o art. 10-D na lei em questão.

A MP citada deixa evidente a intenção do legislador de conceder mais poder para a agência reguladora, em especial pelo disposto nos parágrafos 4º e 5º, incluídos no art. 10:

§ 4º A amplitude das coberturas no âmbito da saúde suplementar, inclusive de transplantes, de procedimentos de alta complexidade e das dispostas nas alíneas “c” do inciso I e “g” do inciso II do caput do art. 12, será estabelecida em norma editada pela ANS.

§ 5º As metodologias utilizadas na avaliação de que trata o § 3º do art. 10-D, incluídos os indicadores e os parâmetros de custo-efetividade utilizados em combinação com outros critérios, serão estabelecidas em norma editada pela ANS, assessorada pela Comissão de Atualização do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde Suplementar.⁴⁹

Nota-se, por conseguinte, que existe notória intenção do legislador de fomentar a atribuição fornecida à ANS enquanto agência competente para determinar, por meio de seu regulamento, quais são os procedimentos e medicamentos que devem fazer parte da cobertura obrigatória mínima ofertada pelas operadoras de saúde.

⁴⁸ BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Brasília, DF.

⁴⁹ BRASIL. Medida Provisória nº 1.067, de 10 de setembro de 2021. Brasília, DF.

A partir dessa recente MP, é possível perceber que a tendência legislativa é de considerar que o rol elaborado pela ANS deve ser a referência mínima considerada pelos planos de saúde. Dessa forma, nota-se um alinhamento maior do entendimento da 4ª Turma com a intenção do legislador ao passo que o entendimento da 3ª Turma torna-se mais disforme em relação à tendência.

Há de se ressaltar que a ANS, enquanto agência especializada em questões relativas à saúde suplementar, adota instrumentos de alta complexidade, que são inclusive utilizados recorrentemente em países como a Austrália, Canadá, Reino Unido, Estados Unidos e Argentina, para elaborar o rol, considerando os interesses tanto do beneficiário quanto da operadora⁵⁰.

Sendo assim, quando o Poder Judiciário suprime a atribuição legal fornecida à ANS, substituindo o legislador e violando a tripartição de poderes, submete o jurisdicionado ao subjetivismo⁵¹, causa distorções em todo o ecossistema da saúde suplementar e enseja a judicialização nas demandas relacionadas à saúde.

Quanto à discussão relativa ao equilíbrio econômico-financeiro, foi discutido e comprovado nos argumentos trazidos no capítulo referente a esse tópico que quando não se há uma referência mínima obrigatória sobre quais são os medicamentos e serviços devidos pelo plano de saúde, se gera a possibilidade de fornecimento de todos os procedimentos existentes, causando incertezas e, por consequência, o desequilíbrio econômico-financeiro do ecossistema da saúde suplementar.

Argumenta-se, por outro lado, que o desequilíbrio é corrigido pela autorização que a ANS fornece para a implementação do reajuste anual, que, em tese, compensaria toda a incerteza absorvida pelas operadoras de saúde. No entanto, deve-se ressaltar que a agência

⁵⁰ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Departamento de Proteção e Defesa do Consumidor da Secretaria Nacional do Consumidor, amicus curiae. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

⁵¹ DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

reguladora autoriza os reajustes nos planos individuais e familiares e acompanha os reajustes nos planos coletivos.

Tanto na autorização, que demanda interferência mais ativa da ANS, quanto no acompanhamento, que demanda maior vigilância, a agência se mantém atenta para impedir práticas comerciais abusivas. Isto porque o motivo de existência da ANS não é o de proteger os interesses das operadoras de saúde preocupando-se apenas com a correção dos impactos em suas finanças. O papel da agência, no entanto, é o de defender o interesse público que inclui, por óbvio, o interesse do consumidor.

O debate em torno da precificação e acessibilidade dos planos de saúde decorre da discussão relativa ao desequilíbrio econômico-financeiro. O caráter meramente exemplificativo do rol causa incerteza em relação aos riscos assumidos pelos planos de saúde, fato que impacta inevitavelmente na precificação desses.

A partir do momento que se desconhece quais seriam os procedimentos e medicamentos possivelmente devidos pelas operadoras, a incerteza se evidencia e, assim, os preços tendem a aumentar. A consequência de preços mais altos de planos de saúde é a inacessibilidade cada vez maior a eles, tornando-o um produto restrito às classes mais altas da população.

No que concerne à discussão em torno do direito do consumidor, alega-se pela 4ª Turma que o CDC deve ser interpretado de acordo com as orientações do art. 4ª do referido Código porque ele prevê quais são os objetivos da Política Nacional das Relações de Consumo, dispondo que elas devem estar voltadas teleologicamente e finalisticamente para a materialização da harmonia e do equilíbrio na relação entre consumidores e fornecedores. Ademais, aduz-se que a natureza exemplificativa do rol prejudica os próprios consumidores que teriam mais dificuldades de arcar com custos elevados.

Sob a perspectiva da 3ª Turma, não é razoável que se exija do consumidor que ele tenha ciência de todos os procedimentos cobertos e não cobertos pelos planos de saúde previstos no rol da ANS porque este tem linguagem técnico científica, inacessível para o leigo, especialmente em posição de vulnerabilidade. Nesse sentido, ainda, a Ministra Nancy Andrighi destaca que um regulamento de agência reguladora não pode restringir o direito do consumidor regulado em lei.

Foi possível compreender a partir desta pesquisa que o direito consumerista inquestionavelmente deve proteger o consumidor que ocupa posição de vulnerabilidade. No entanto, não é desejável que se cause um desarranjo no equilíbrio-financeiro do ecossistema da saúde suplementar em decorrência de incertezas, inclusive porque o próprio consumidor é afetado financeiramente, por isso a necessidade de uma interpretação teleológica voltada para a harmonia da relação entre os contratantes.

Ademais, de fato o rol da ANS possui linguagem técnico científica de difícil interpretação para o consumidor. Contudo, cabe à operadora de saúde facilitar a compreensão no momento da celebração do contrato, fornecendo clareza a respeito dos procedimentos e medicamentos cobertos.

Outrossim, com a vigência da MP 1.067/21 demonstrada anteriormente neste trabalho, foi possível perceber que o legislador deseja fomentar a autonomia e poder da agência reguladora, indicando que o rol elaborado por ela deve ser referência para os planos de saúde, em razão da sua especialidade e expertise para tanto, contrariando o argumento da 3ª Turma de que o regulamento da ANS não deve receber tanta importância.

Finalmente e ainda no mesmo sentido, o Ministro Luis Felipe Salomão acrescenta em seu voto que a LINDB, especialmente os arts. 20 a 30, trouxe a demanda para os operadores do direito de interpretar as normas jurídicas por meio de um viés consequencialista, que considere os impactos das suas decisões no universo jurídico e, sobretudo, no mundo fático, antes de proferir as suas decisões.

Por isso deve-se interpretar o CDC considerando o equilíbrio da relação contratual, já que a finalidade da existência do contrato é a manutenção dos interesses das partes envolvidas. Inclusive, o autor Rodrigo Toscano de Brito acredita que a ideia de equilíbrio é a base ética das obrigações, rememorando Miguel Reale, conforme dito anteriormente. Portanto, para ele, o equilíbrio econômico-financeiro do contrato consiste na base ética de todo o direito obrigacional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Carta Magna de 1988 atribuiu ao poder público o dever de garantir saúde pública à população. No entanto, este não detém exclusividade na prestação de serviços de saúde, cabendo também à iniciativa privada o fornecimento desses serviços. O mercado da saúde

suplementar é regulado pela ANS, que tem como finalidade institucional garantir a defesa do interesse público na assistência suplementar à saúde por meio da regulação das operadoras, incluindo a relação entre consumidores e prestadores, com o objetivo de contribuir com o desenvolvimento das ações de saúde.

A ANS recebeu a atribuição legal de elaborar o Rol de Procedimentos e Eventos em saúde, atualizado a cada dois anos, que historicamente é considerado pela jurisprudência dominante como exemplificativo. No entanto, desde dezembro de 2019 surgiu na Corte Especial divergência sobre a natureza do rol da ANS, sendo a 4ª Turma favorável à taxatividade e a 3ª Turma defensora da natureza exemplificativa.

Diante da divergência jurisprudencial reiterada e, portanto, relevante, tornou-se necessário o estudo a respeito desse tema, haja vista a saúde suplementar desempenhar papel considerável na prestação de saúde à população brasileira e o nível de judicialização desse setor ser cada vez mais alto, conforme dados elucidados ao longo desta pesquisa.

A partir do estudo dos argumentos trazidos pelas Turmas do STJ e de conhecimentos produzidos por outras ciências sociais indispensáveis e indissociáveis para a tomada de decisões pelo Judiciário, esta pesquisa concluiu pela taxatividade do rol da ANS, sendo este posicionamento o ideal, considerando como régua a manutenção da sustentabilidade do ecossistema da saúde suplementar e o objetivo de diminuição da judicialização desse setor.

Até o momento, não há uniformização de entendimento na Corte Especial a respeito da natureza do rol. No entanto, espera-se que tão logo esta controvérsia seja julgada pela Corte Especial, que seja decidida pela taxatividade do Rol de Procedimentos e Eventos em Saúde da Agência Nacional de Saúde Suplementar para a manutenção da sustentabilidade de todo o ecossistema e para a diminuição de judicialização deste mercado.

REFERÊNCIAS:

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE PLANOS DE SAÚDE (São Paulo). Abramge. **Cenário Saúde**. 2. ed. São Paulo, 2021. 6 v. Disponível em: <https://abramge.com.br/portal/index.php/pt-BR/biblioteca-abramge/biblioteca-cenario-saude/1231-cenario-saude-volume-6-n-2-de-2021>. Acesso em: 12 ago. 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Gerais**. Brasília: ANS. Geral. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/perfil-do-setor/dados-gerais>> Acesso em: 3 de maio de 2021.

BRASIL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Espaço do consumidor**. Brasília: ANS. Geral. Disponível em: <<http://www.ans.gov.br/index.php/planos-de-saude-e-operadoras/espaco-do-consumidor/737-rol-de-procedimentos>> Acesso em: 12 abril de 2021.

BRASIL. Lei nº 9.656, de 3 de junho de 1998. Brasília, DF.

BRASIL. Medida Provisória nº 1.067, de 10 de setembro de 2021. Brasília, DF.

BRASIL. Resolução Normativa nº 465, de 24 de fevereiro de 2021. Distrito Federal, DF, 1 abr. 2021.

BRITO, Rodrigo Toscano de. **Equivalência material dos contratos**. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 6-16.

COLOMBO, F.; TAPAY, N. **Private Health Insurance in OECD Countries: The Benefits and Costs for Individuals and Health Systems**. OECD Health WorkingPaper, OECD Publishing, Paris, n. 15,. 2004, p. 14.

DISTRITO FEDERAL. Agência Nacional de Saúde Suplementar. **Dados Consolidados da Saúde Suplementar**. Brasília, 2021. 54 p. Disponível em: [http://ftp.dadosabertos.ans.gov.br/FTP/PDA/Dados Consolidados da Sa%c3%bade Suplem_entar/](http://ftp.dadosabertos.ans.gov.br/FTP/PDA/Dados_Consolidados_da_Sa%c3%bade_Suplem_entar/). Acesso em: 12 ago. 2021.

DISTRITO FEDERAL. Senado Federal. **Antes do SUS, saúde era pra poucos**. 2014. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/emdiscussao/edicoes/saude/contexto/antes-do-sus-saude-era-para-poucos>. Acesso em: 14 jul. 2021.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.733.013/PR. Relator: Luis Felipe Salomão – Quarta Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencia_l=1901347&num_registro=201800740615&data=20200220&peticao_numero=-1&formato=PDF Acesso em: 06.09.2021.

DISTRITO FEDERAL. Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 1.876.630/SP. Relatora: Nancy Andrighi – Terceira Turma. Diário de Justiça Eletrônico. Disponível em: https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=202001255040&dt_publicacao=11/03/2021. Acesso em: 15.09.2021.

DISTRITO FEDERAL. Supremo Tribunal Federal. ADI 2.095/RS. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, julgado em 11/10/2019, DJe de 26/11/2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=751470444>. Acesso em: 30.09.2021.

DRESCH, Renato Luís. **As medidas de otimização da judicialização: o Nat-jus e as Câmaras Técnicas**. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 124.

JOBIM, Candice; SANT´ANA, Ramiro. JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE. In: BOAS, Marco Villas (org.). **Judicialização de Planos de Saúde: Conceitos, Disputas e Consequências**. Brasília: Esmat, 2020. Cap. 7. p. 153-178. Disponível em: http://esmat.tjto.jus.br/portal/images/esmat/publicacoes/iess_copedem/LIVRO_COLETANA_ARTIGOS_COPEDEM_2021.pdf. Acesso em: 19 ago. 2021.

GRAU, Eros Roberto. **Direito do consumidor: fundamentos do direito do consumidor**. Cláudia Lima Marques e Bruno Miragem (org.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011 (Coleção doutrinas essenciais, v. I), pp. 165-166.

Instituto de Ensino e Pesquisa - INSPER (Brasil). Conselho Nacional de Justiça. **JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE NO BRASIL: PERFIL DAS DEMANDAS, CAUSAS E PROPOSTAS DE SOLUÇÃO**. Brasília, 2019. p. 15.

MELLO, Marco Aurélio. Saúde Suplementar, Segurança jurídica e Equilíbrio econômico-financeiro. In: CARNEIRO, Luiz Augusto Ferreira; SILVA, Marcos Paulo Novais; LEITE, Francine (Orgs.). **Planos de Saúde: aspectos jurídicos e econômicos**. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 3-15.

MIRAGEM, Bruno. SALOMÃO, Luis Felipe; TARTUCE, Flávio (Orgs.). **Direito civil: diálogos entre a doutrina e a jurisprudência**. São Paulo: Atlas, 2018, p. 299-310.

PEREIRA, Daniel de Macedo Alves. **Planos de Saúde e a Tutela Judicial de Direitos**. São Paulo: Saraiva, 2020.

POLIDO, Walter A. **Contrato de seguro e a atividade seguradora no Brasil: Direito do Consumidor**. São Paulo: Roncarati, 2015, p. 13 e 17.

RANDAZZO, Sara. **LEVELING THE PLAYING FIELD? LITIGANT SUCCESS RATES IN HEALTH-CARE POLICY CASES IN THE U.S. COURTS OF APPEALS**. THE JUSTICE SYSTEM JOURNAL. Estados Unidos: Harvard Law School Library, v. 30, 18 jun. 2017.

YAMIN, A. E.. **Promoting equity in health: What role for courts?** Health & Human Rights, v. 16, n. 2, 2014, p. 01.

SCHULZE, Clenio Jair. **NOVOS NÚMEROS SOBRE A JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE**. Disponível em: emporiododireito.com.br

SILVA, José Luiz Toro da. **Os limites ao poder de regular os planos privados de assistência à saúde**. Revista de Direito da Saúde Suplementar. São Paulo: Quartier Latin. Ed. n. 1, 2017, p. 168.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Taking from the Poor to Give to the Rich: the individualistic enforcement of social rights**. 19 f. Curso de Direito, Ciências Jurídicas, Universidade de São Paulo, São Paulo.

VILARINS, G. C. M. et al. **A regulação em saúde: aspectos conceituais e operacionais**. Saúde em Debate. Rio de Janeiro, v. 36, n. 95, p. 640-647, out./dez. 2012.

OS PROBLEMAS DA POLÍTICA INTEGRACIONISTA DO ESTATUTO DO ÍNDIO NO RECONHECIMENTO DOS DIREITOS INDÍGENAS

Arthur Pereira de Jesus¹

Resumo

Este trabalho teve como objetivo analisar qual foi o impacto da política de integração do indígena, baseada no Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), no reconhecimento dos direitos indígenas. Para tal, buscou-se o entendimento do conceito de cultura e o motivo de ser a cultura indígena diversa das demais manifestações culturais, bem como, analisou-se o processo de formação do Estado brasileiro, que ocorreu tendo por base uma cultura eurocêntrica, a qual tornava obrigatória a integração do indígena na sociedade e tendo como fim o abandono cultural e a violação dos direitos humanos do índio. Chegando então, a conclusão, que os direitos culturais do índio se confundem com quem estes o são, pois, se entender como coletividade e não como seres individuais, e por esse motivo é que aos indígenas deve ser reconhecido o seu direito de ser diferente.

Palavras-chave: Política de integração; Estatuto do Índio; Cultura Indígena; Direitos Humanos.

SUMÁRIO: Introdução; 1 Domínio cultural na formação do povo brasileiro; 1.1 O paradigma da integração da ocupação do território nacional; 2 Críticas à lei 6.001/1973 e a integração do índio à sociedade; 3 O indígena na perspectiva do outro e o direito à diferença; 3.1 A necessária visualização do indígena como o “outro” que é; Conclusão; Referências.

THE PROBLEMS OF THE INTEGRATION POLICY OF THE INDIGENOUS STATUTE IN THE RECOGNITION OF INDIGENOUS RIGHTS

Abstract

¹ Mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pelo IDP/DF, Especialista em Direito Processual Civil pela Universidade Estácio de Sá/RJ, Bacharel em Direito pela Faculdade Cathedral de Ensino Superior/RR, Advogado inscrito na OAB/RR nº 1685.

This work aimed to analyze the impact of the indigenous integration policy, based on the Indigenous Statute (Law nº 6.001/1973), on the recognition of indigenous rights. To this end, we sought to understand the concept of culture and why indigenous culture is different from other cultural manifestations, as well as analyzing the process of formation of the Brazilian State, which occurred based on a Eurocentric culture, the which made the integration of the indigenous person into society mandatory and aimed at cultural abandonment and the violation of the human rights of the indigenous person. Then, reaching the conclusion that the cultural rights of the Indian are confused with who they are, therefore, they are understood as a collectivity and not as individual beings, and for this reason, the indigenous people must be recognized as having their right to be different.

Keywords: *Integration policy; Indigenous Statute; Indigenous Culture; Human rights.*

SUMMARY: *Introduction; 1 Cultural domain in the formation of the Brazilian people; 1.1 The integration paradigm in the occupation of the national territory; 2 Criticisms of law 6.001/1973 and the integration of the Indian into society; 3 The indigenous person from the perspective of the other and the right to be different; 3.1 The necessary visualization of the indigenous as the “other” that they are; Conclusion; References.*

INTRODUÇÃO

Este trabalho procura entender como o processo de colonização do povo brasileiro e a ocupação do território nacional, influenciaram na legislação brasileira sobre os Direitos Indígenas, bem como, utilizando-se de conceitos antropológicos e narrativas históricas para entender o porquê da necessidade de se olhar o indígena como ele o é, de acordo com sua própria cultura e tradições.

A formação do Estado brasileiro e a ocupação do território nacional se deu por meio do isolamento do índio, a sua exclusão e esquecimento, o que pode ter influenciado na visão do legislador e na maneira com que os direitos indígenas passaram a ser reconhecidos no decorrer dos anos.

Para tal, observa-se em específico a história da ocupação do território nacional e o tratamento dado aos povos indígenas desde o Brasil colonial, até a República, buscando

entender a insistente política integracionista e os seus efeitos na perda de direitos e tradições dos povos indígenas.

Posteriormente, abordaremos a Lei 6.001/1973 (Estatuto do Índio), buscando entender minimamente como os povos indígenas são vistos pelo Direito e o quanto a escassez de legislações e a prevalência de leis arcaicas podem ter prejudicado os povos indígenas.

De certo que a Constituição Federal de 1988 foi a primeira Carta Constitucional brasileira a tratar dos direitos indígenas, separando capítulo próprio para que, em seus artigos 231 e 232 fossem reconhecidos aos indígenas sua organização social, costumes, crenças, tradições e os direitos originários sob as terras tradicionalmente por eles ocupadas. (BRASIL, 1988).

Assim, este trabalho buscará responder qual o impacto da política de integração do indígena à sociedade no respeito e reconhecimento dos direitos indígenas, bem como, se essa mesma política integracionista influencia no modo como o indígena é visto e no modo como ele se vê dentro de um ordenamento jurídico que tardou a lhes dar o devido reconhecimento.

Por fim, busca entender a diferenciação cultural entre os povos indígenas e a cultura dominante, e o motivo e necessidade de tutela dos direitos ao uso, costume e tradição, utilizando-se de meios para entender o que é a cultura e os costumes como essência de formação para os indígenas, como eles enxergam o mundo e como o mundo os vê na perspectiva do “outro”.

1 DOMÍNIO CULTURAL NA FORMAÇÃO DO POVO BRASILEIRO.

Existe há tempos no Brasil a tendência popular de refutar tradições indígenas salutaras para manutenção daquela cultura. A Constituição Federal de 1988 garante os direitos indígenas, como princípio fundamental, quanto à manutenção de sua cultura, tradições, costumes, propriedades e afins. Isto, presente em seu artigo 231, que dispõe que:

“São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam,

competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.”.
(BRASIL, 1988).

E assim, desde o período colonial, passou-se à evolução normativa dos direitos indígenas e até reguladores, como por exemplo, a missão de proteger e promover os direitos dos povos indígenas em âmbito nacional coube à Fundação Nacional do Índio - FUNAI, criado por meio da lei n. 5.371 de 5 de dezembro de 1967.

Entretanto, durante o período colonial e por grande tempo posterior à Proclamação da República a situação fora tratada de forma diversa, de modo que por muitas vezes o índio deveria ser integrado ao pleno convívio da sociedade dominante, sem que a eles fosse considerado o direito mínimo de posse de suas terras, de manutenção de seus costumes, tradições e afins.

Lopes e Mattos (2006) destacam que, quando do início do século XVI, não existia órgão específico responsável pela problemática indigenista, mas, já existiam publicações de cartas régias, ordens e afins, que objetivavam dar recomendações acerca deste tema.

Em 1548, período de governo de Tomé de Souza, primeiro governador-geral do Brasil, foi outorgado por D. João III, um regimento que tratava das primeiras disposições legais acerca dos povos indígenas. Destacou-se a justificativa de que a necessidade de povoamento da colônia se devia à necessária catequese dos nativos. (SANTOS JUNIOR, 2012).

Ponto de interesse para reforçar o objetivo da coroa portuguesa durante o período colonial é o fato de que, no ano de 1611, lei chancelada pela coroa portuguesa, durante o governo-geral de D. Diogo de Menezes, confirmava o retorno da escravidão dos povos indígenas, sob olhos de reconhecida “liberdade”, porém, prevendo punições aos infratores (GILENO, 2007).

Assim, conforme Perrone-Moisés (2000), apesar de as normativas descritas nos alvarás e cartas régias apontarem para o índio como Senhor de suas terras, nota-se que não se tratava das terras de sua posse originária, mas sim de terras de aldeamentos, doadas pela Coroa portuguesa, em sesmarias.

Ainda, assinala que, “O projeto da Coroa portuguesa, (...), era convencê-los, pacificamente a ‘descerem’ do interior (...) Lá, junto aos portugueses, os índios seriam aldeados, sob a administração (inicialmente) de missionários” (PERRONE-MOISÉS, 2000).

Os índios eram então “descidos” das serras para os aldeamentos que a eles eram doados pela coroa portuguesa, iniciando sobre eles processo de imposição da cultura europeia, ao passo que eram “domesticados” e forçados a adotar modelos produtivos e sociais a eles impostos. (BRAGA, 2005).

Importa dizer que, o modo genérico com que foram tratados os diversos povos que originalmente ocupavam o território brasileiro, influiu na descaracterização de quem eram, eis que foram reduzidos ao termo “índios”, independente do seu povo, língua ou costumes.

Dentre a tônica da colonização do Brasil indígena, sempre esteve presente o debate acerca da posse das terras já habitadas pelos povos indígenas. Isto se dava basicamente sob o olhar dominante da Coroa Portuguesa, que apesar de legislarem quanto a garantia do direito do índio sobre a terra, o faziam de modo a limitar tal direito.

O processo de migração do índio de suas terras, para terras que lhes eram destinadas pela Coroa Portuguesa, já tinha um caráter disciplinador, objetivando-se nas entrelinhas “domar” àqueles povos indígenas, mantendo-os sob os olhos da Coroa e doutrinando-os segundo costumes alheios a sua cultura e identificação.

Passando pelo período colonial, é apontado também que durante o governo imperial o processo de ocupação das terras não foi diferente. Deu-se então continuidade, conforme Silva Filho (2007) à “política de miscigenação, esbulho territorial, presença constante de não indígenas nos aldeamentos” e como consequência do processo migratório forçado, desfez-se às inúmeras terras originalmente ocupadas pelos povos indígenas.

Silva Filho (2007), aponta que após o início da administração pombalina, momento em que o trabalho indígena passou de servil para assalariado, foi iniciada no Brasil a aplicação da tutela organológica dos índios. Isto porque, por meio de Leis e Alvarás, foi proibida a escravidão do índio, porém, estabeleciam numerosa série de restrições à capacidade civil do índio.

Assim, Souza e Barbosa (2014) aduzem que:

“(…), o que se institucionalizou foi uma política de integração dos considerados como silvícolas (aquele que vive na selva, estranho à civilização, à comunhão nacional), ou seja, o modo próprio de organização, crença e costumes das populações tradicionais não constituía parte integrante da identidade nacional do país, devendo os integrantes

destas populações se adequarem a um modelo de sociedade imposto, renegando suas identidades em nome de sua inserção à nação brasileira.”. (SOUZA, M.N; BARBOSA, E.M, 2014).

Em meados de 1757, como já falado anteriormente, de acordo com o Diretório Pombalino, a ordem era de que os índios fossem integrados ao modo civilizado do Europeu e sua cultura, com o objetivo primeiro de marcar o domínio português e para que, em possíveis confrontos contra estrangeiros e/ou índios não integrados, estes já integrados seriam “aliados” em possível retaliação. (SANTOS; GODOY, 2011).

Conforme Oliveira (1979), existiram duas frentes de expansão que iam de encontro à cultura e vivência indígena, quais sejam, a ideológica (religiosa) e a econômica, perfazendo-se por modos e objetivos com os quais eram forçados aos povos originários a padronização da cultura dominante, com fins de dominação de terras e integração dos povos indígenas, como fora dito anteriormente.

Então, essas duas frentes de expansão estariam por exercer papel de expressão no processo de “destribalização e deculturação dos indígenas, fazendo com que os índios perdessem cada vez mais sua auto-suficiência”. Ainda, segundo Oliveira, na visualização da problemática indigenista à época, narra o fato de que os índios da etnia *Baniwa*², alvo de suas pesquisas, encontravam-se em processo de integração à sociedade, o que se tratava de um processo irreversível. (OLIVEIRA, 1979).

Completa por apontar solução para as consequências daquela integração irreversível, nos seguintes termos:

“Como sabemos que as resultantes desse processo são a miséria, a prostituição, a perda de terras e a descaracterização tribal inclusive com consequências psicológicas graves, desejamos chamar a atenção para o fato de que embora realisticamente não possamos colocá-los dentro de redomas e salvuardá-los, revertendo o processo, o Governo pode, pelo menos, dar-lhes a garantia de suas terras e uma assistência médica permanente a fim de que possam sobreviver”. (OLIVEIRA, 1979, p. 30).

² O povo *Baniwa*, autodenominado por *Walimani*, vive na fronteira do Brasil com a Venezuela e Colômbia, à margem do Rio Içanas e seus afluentes. Possuem talento para a confecção de cestaria *arumã*, que lhes fora repassada por heróis criadores e que hoje tem sido comercializada no mercado brasileiro.

Basicamente a visão do indígena como espécie de ser desprovido de cultura e sendo obrigado a integrar-se ao convívio dos “civilizados” era o que constituía a ideia colonizadora da Coroa portuguesa e assim, tal pensamento fora sendo passado no decorrer dos anos.

Este ponto, muito se deve a construção política do Estado brasileiro, que, persistiu no domínio e formação territorial, visando a expansão e controle de territórios que hoje formam o Brasil, e que de certa forma continua por acontecer internamente tendo em vista o domínio exercido sobre espaços ocupados por povos tradicionais, a exemplo do indígena. (LOUREIRO, 2010).

Conforme aponta Carvalho (2004), o desrespeito à cultura e diferença dos povos indígenas era característica comum à época, porém, ressalta que tal processo se intensificou no decorrer da “Era moderna”, em decorrência de um “intenso processo de homogeneização das identidades culturais, de silenciamento de saberes e práticas alternativas”, além de padronização de discursos impostos versando sobre uma suposta verdade única e universal.

No Estado de Roraima, mais especificamente na bacia do Rio Branco, trabalho publicado pelo Centro de Informação da Diocese de Roraima - CIDR, em 1989, citado por Raimundo Nonato Gomes dos Santos (2015), então professor chefe do departamento de história da Universidade Federal de Roraima, possível notar a evolução do processo de colonização das terras ao norte do país e que eram habitadas por diversas tribos indígenas de etnias diversas.

Anterior ao citado, temos que, segundo narram Santos e Godoy (2011), no século XVIII foi que se intensificaram incursões de exploração na região da bacia do Rio Branco. Mas, apesar disso, nota-se a escassez de descrições de tais expedições que exploram características dos povos indígenas que ali habitavam, sem descrição quanto ao modo de vida, organização social e suas tradições.

É citado, por exemplo, que foi possível observar alteração em documentos oficiais sobre a região, diminuindo a referência aos índios e massificação de notícias sobre a criação de gado, de modo que era dado às terras o tratamento de que caso ali houvesse criação de gado, a terra tinha proprietário, caso naquela terra não houvesse criação de gado, ainda que habitada por índios, não teria dono e seria passível de apropriação. (SANTOS, 2015).

O autor continua citando que, apesar de inicialmente a violência ter sido bastante empregada na ocupação do território, esse cenário passou a mudar em decorrência do processo

de ocupação da área por fazendeiros, quando passou-se a ver o indígena como possível investimento de “clientelismo”, eis que buscou-se estabelecer relação de compadrio e aliança. Isto não pela vontade de coabitação, mas com a intenção de dominação da região. (*idem*, 2015).

O abandono da cultura e tradição dos povos indígenas, tendo como exemplo o Estado de Roraima, tem como exemplo o silêncio quanto à presença destes povos, nas páginas do Jornal Boa Vista, que era de propriedade do Governo do Território Federal de Roraima, com edições semanais publicadas durante a década de 1970 (SANTOS, 2015).

Sobre tal silêncio, Santos (2015) aduz que a não referência da presença de indígenas no processo de ocupação do Território Federal de Roraima, significava que a presença do índio não era significativa e isto reforçava a ideia de serem apenas ajudantes desqualificados sem papel de importância para o desenvolvimento dos planos de ocupação que ao Governo do Território era desejado.

A ocupação do Estado de Roraima, desde o período colonial, é reflexo do processo de colonização de toda a América portuguesa e espanhola. A disputa de terras entre índios e portugueses, índios e fazendeiros, garimpeiros e empresários, ainda refletem no ser índio, trazendo à tona toda uma problemática de relevância cultural sofrida pelo abandono e esquecimento do índio.

Para Loureiro (2010), ponto de interesse para a construção deste trabalho, a problemática ocupação do Estado de Roraima intensificou-se a partir de uma nova corrente migratória vinda do nordeste do Brasil e do Rio Grande do Sul, durante a década de 1980, quando o avanço sobre terras indígenas ofereceu grande impacto na vida do Estado de Roraima, colocando a atividade econômica em clara oposição aos seres “primitivos” que habitavam a região.

1.1 O paradigma da integração na ocupação do território nacional.

O fenômeno da ocupação do território brasileiro como um todo, baseado na política de dominação territorial como objeto de busca pelo desenvolvimento e progresso da economia, foi pautado pelo fator de esquecimento e descuido para com aqueles que aqui já estavam, de modo que, conforme amplamente discutido por historiadores e antropólogos acima citados, ao passo

que o domínio territorial avançava e que as políticas econômicas iam ao seu encontro, a integração dos povos indígenas era dada como obrigação.

Exemplo disso, voltando ao período colonial, é que a precificação do índio escravizado se dava em consonância ao fator da sua “adaptação” e o período em que era retirado do sertão e levado ao povoado. Chegando, a serem chamados de “negros da terra”, aconteceu de, em um dos casos citados por Monteiro (1994), conforme registros, vinte índios do sertão, teriam sido dados como moeda de troca por doze índios já “integrados”.

Como resultado, os “negros da terra” precisaram sofrer ajustamentos por parte de seus senhores, processo de mudança, para adequação ao trabalho e ao convívio, que, segundo Monteiro (1994), a identidade do índio que passava a ser escravizado era mudada quando os senhores exigiam que fossem batizados, perdendo seus nomes de origem e recebendo nomes dados a eles após o batismo.

A marginalização do índio combinado com a forçada política integracionista, que como já visto, era tratada como parte da “adaptação” do índio ao trabalho escravo, refletiu-se no abandono dos direitos culturais desses povos de serem e se verem como são, sem as amarras da necessária integração e adaptação a cultura do seu colonizador, processo que tanto influencia na identidade dos povos.

A antropologia divide a “identidade” em duas dimensões, quais sejam, a dimensão pessoal e a dimensão social, que se conectam, porém, tem sua realização pautada em níveis diferentes. A dimensão pessoal, seria o alicerce para a construção da identidade de um todo/grupo, pois, para que seja identificado o outro, é necessário que se identifique o “eu”, sendo esta dimensão a base para a identidade étnica, social e profissional. Enquanto, a dimensão social, se dá pelo reconhecimento por indivíduos partes desse todo como semelhantes, unindo os que estão em comunhão, diferenciando quem pertence ou não aquele grupo/povo (BRAGA, 2005).

Sobre isso, Braga (2005) alerta para o fato de que, apesar das várias tentativas empregadas pela coroa portuguesa, pelo governo imperial e republicano de sobreposição de uma cultura única sobre os saberes culturais indígenas, a perda dessa identidade nunca foi totalmente concluída e que traços identitários dos povos indígenas permaneceram, tendo por consequência despertado interesse ou uma mínima aceitação por parte do colonizador.

Assim, tal ideia tende a concordar com o que aponta Barreto (2003), quando diz que na corrente dominante da antropologia durante o século XIX, denominada evolucionismo unilinear, predominava a ideia de que o desenvolvimento cultural se daria de maneira uniforme e que cada sociedade percorreria as mesmas etapas de evolução, justificando então uma escala hierárquico-evolutiva.

Os efeitos desse desprestígio combinado com o paradigma da cultura dominante são que, “(...), populações nativas relegadas à pobreza, à desagregação com suas respectivas comunidades, além da violência imposta por setores econômicos e latifundiários, (...)” (PEREIRA, 2018, p. 261).

Ainda, Pereira (2018), relata que no ano de 1981 a UNESCO (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura) reconheceu a existência do genocídio cultural como etnocídio, e esse seria um importante passo para o reconhecimento da destruição de grupos humanos por razões étnicas como genocídio cultural passível de julgamento perante o Tribunal Penal Internacional.

O autor ainda cita que os exemplos históricos do genocídio sofrido pelos povos Namas e Hereros, somando-se aos armênios, pelo Império Alemão, tem o condão de comprovar que o extermínio cultural se perfaz de método eficaz quando o resultado objetivado é o desaparecimento de um povo, pois assim, a sua cosmologia deixa de ser visível (*ib*, 2018).

A dominância de uma cultura sobre a outra, pautada então pelo que chamou Barreto (2003) de “paradigma da integração”, não obstante aos casos mais graves, se reflete na sociedade brasileira, que, apesar de multicultural, tende a elevar-se a um padrão superior quando em comparação aos povos indígenas.

Esse caminho, percorrido durante anos, determina o padrão de aceitação da cultura indígena como ainda não superado, refletindo no dia a dia do brasileiro. Exemplo disso, é o que relata Aluizio Vieira Ferreira (2016), Juiz de Direito, de origem indígena, titular da vara da fazenda pública da comarca de Boa Vista/RR, em sua dissertação de Mestrado, vejamos:

“Recordo-me que ouvia muitas estórias de mortes sangrentas oriundas dos conflitos entre indígenas e garimpeiros, o que naturalmente recrudescia o preconceito contra quem tivesse traços indígenas. Assim, já na escola do ensino fundamental, ouvir as “piadinhas” atinentes às expressões indígenas dirigidas a mim e a outros era fato recorrente.” (VIEIRA, 2016, p. 13).

2 CRÍTICAS À LEI 6.001/1973 E A INTEGRAÇÃO DO ÍNDIO À SOCIEDADE.

A legislação indígena no Brasil tem sido construída pautada nos valores de unidade e comunhão nacional que buscava a integração do indígena, sem que se diversificasse a multiculturalidade de povos indígenas, de modo que o tratamento dado aos povos indígenas era como se povo uno fossem.

Foi assim que ainda em 1910 foi editado o Decreto-Lei nº. 8.072, que criava o Serviço de Proteção aos Índios com o fim de proteger os indígenas ao passo que buscava a ocupação territorial. Posteriormente, após a extinção do Serviço de Proteção ao Índio, a Lei nº. 5.371/1967 criou a Fundação Nacional do Índio, durante a ditadura militar (SILVA, 2013).

Ressalta-se ainda, como já exposto anteriormente quanto ao processo de colonização e ocupação territorial da América Latina, que a ideia de integração dos povos indígenas não era exclusividade do Brasil, ao passo que a própria Organização Internacional do Trabalho, na Convenção nº. 107 (1957), traz em sua Ementa que se tratava de seu objetivo ser, “Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes.”

Segundo Marcos Pereira da Silva (2013), o Estatuto do Índio (1973), “divulgara e respeitara as normas da Convenção 107 da OIT”, no sentido de integrar o Índio à comunhão nacional e à cultura dominante.

É possível notar esse pensamento logo no artigo 1º, que, ao tratar do objeto da referida legislação, logo diz que, “Esta Lei regula a situação jurídica dos índios ou silvícolas e das comunidades indígenas, com o propósito de preservar a sua cultura e integrá-los, progressiva e harmoniosamente, à comunhão nacional.” (BRASIL, 1973).

A contradição trazida no artigo 1º é também o motivo pelo qual o respeito ao direito e às diferenças não se aplica, pois, não há como preservar a integralidade da cultura, a identidade dos povos indígenas, se o objetivo é forçar assimilação, de modo que os dois ideais não convivem em simultânea reciprocidade. (LOUREIRO, 2010).

Apesar de ter o texto constitucional, em 1988, trazido novidades quanto aos Direitos dos povos indígenas e resultando na não recepção de grande parcela dos artigos do Estatuto, e,

por não ter havido revogação expressa, o Estatuto continua vigente, de modo que dele devem ser considerados apenas o que não for incompatível com a carta magna.

Passando adiante, percebesse que, segundo Barreto (2003), o Estatuto define o indígena sob três critérios, quais sejam, o genealógico que se refere a origem e ascendência pré-colombiana, o critério cultural, quando menciona suas características e os distingue da sociedade nacional e por último o critério do que chamou de “pertença étnica” quando se identifica ou é identificado como parte de determinado grupo étnico.

Surge então a problemática separação de povos e membros, quando encaixados dentro de um povo ou comunidade indígena, levando-nos a crer que todo silvícola e comunidade indígena deverão ser integrados à comunhão nacional, enquanto ao Estado cabe resguardá-los para que essa integração aconteça.

O último critério apontado por Barreto (2003), qual seja, a pertença étnica, vislumbra necessário cuidado pois levaria ao imbróglio da “desindianização”, inclusive de grupos e comunidades indígenas, pois, conforme o inciso II, do artigo 3º do Estatuto do Índio, a comunidade ou grupo indígena se caracteriza, também, pelo fator isolamento ou comunhão intermitente ou permanente junto à comunhão nacional, porém, sem que seja integrada a esta. Desse modo, a descaracterização do indígena, atrelada a imposição de necessária integração aos costumes dominantes, acabaria por definir o fim de uma comunidade indígena.

Com efeito, Loureiro (2010), destaca ser clara a integração forçada do indígena à sociedade nacional, buscando o mito de um povo único, a não aceitação da multiculturalidade e, na década de 1970, atrelou-se a esta motivação a vislumbrada ideia de progresso e desenvolvimento.

Ademais, no artigo 4º, o Estatuto trata por denominar as fases de integração do indígena, em isolados, em vias de integração e integrados, sendo isolados os que vivem em grupos desconhecidos e de pouco conhecimento ou contatos eventuais com elementos da comunhão nacional, em vias de integração aqueles que conservam menor ou maior parte das suas condições como indígena e aceitam algumas práticas comuns à comunhão nacional e integrados seriam aqueles já incorporados à comunhão nacional, podendo exercer plenamente direitos civis.

Ainda, Barreto (2003), afirma que o enfoque dado pelo Estatuto do Índio é de ser o indígena aquele ser primitivo e que ou está evoluindo para se tornar um ser civilizado ou está em processo de integração à comunhão nacional, ao passo que quando estiver integrado, perderá o sistema de “especial proteção que o envolvia”.

Em crítica a legislação em comento, o autor acima referido, cita Manuela Carneiro da Cunha, antropóloga, para confirmar sua ideia de que quando o Estatuto do Índio traz a ideia de “características culturais”, incorre-se na possibilidade de erro quanto a quem é ou não indígena, pois, segundo a Antropóloga os traços de cultura de determinado povo ou ser pertencente àquele grupo poderá variar no decorrer do tempo e espaço e mesmo assim, isto não afetará a identidade daquele grupo, esclarecendo ainda que só é imutável culturas de sociedades mortas. (CUNHA *apud* BARRETO, 2003).

Além disso, Souza Filho (1998) cita, por exemplo, as dificuldades para o reconhecimento de direitos coletivos, e que as Constituições latino-americanas omitiam a questão indígena e tratavam por definir uma nação como dona de uma única cultura, reconhecendo a todos direitos iguais, sem distinção quanto a etnia ou cultura.

Ainda, a exemplo da Bolívia, que, apesar de ser o país de maior percentual indígena em todo a América (e, aqui, subentende-se que sua fala se refere a América Latina), após o advento de dezenove constituições, somente na sua Constituição de 1994 foram introduzidos os direitos indígenas ao texto constitucional. (SOUZA FILHO, 1998).

Então, quanto a capacidade dos indígenas, o Estatuto do Índio, como já mencionado, os divide em isolados, em vias de integração e integrados, e, conforme é apontado por Castilho e Costa *apud* Silva (2013), os que se enquadram como isolados ou em vias de integração devem ser assistidos pelo órgão indigenista (FUNAI), porém, essa classificação seria incompatível com a Constituição Federal de 1988.

Ainda, a divisão imposta pelo Estatuto do Índio inferioriza o indígena e o coloca como alvo da assimilação, e ao contrário do novo tratamento dado pela CF/88, o Estatuto do Índio torna os indígenas suscetíveis ao entendimento de serem, então, seres realmente inferiores e passíveis de tutela específica.

Souza Filho (1998) aponta para uma dificuldade preexistente em proteger os direitos coletivos, mas, cita que para tanto, a defesa do individual se sobressai e que a partir daí é que se deixa a tutela dos direitos indígenas de lado, uma vez que se perfazem pela coletividade.

A opinião do autor citado, quanto a existência de lacunas jurídicas de tutela dos direitos indígenas na América Latina, teria como motivação o fato de que, “(...) o individualismo é festejado no ocidente como nova fronteira da civilização, novo marco da liberdade, portanto nada mais razoável do que extinguir toda a fenomenologia coletiva” (SOUZA FILHO, 1998, p. 85).

Há época da edição do Estatuto do Índio, com sua concepção infantilizada do ser indígena, a Fundação Nacional do Índio (FUNAI) era incumbida da missão de representar judicialmente os povos indígenas, bem como, a tutela de seus bens e patrimônios. (SILVA FILHO, 2007).

Prova disso é que, o art. 7º do Estatuto, ao afirmar que “os índios e as comunidades indígenas ainda não integrados à comunhão nacional ficam sujeitos ao regime tutelar estabelecido nesta lei” (BRASIL, 1973), fortaleceu o entendimento de serem os indígenas incapazes e somente poderiam exercer seus direitos através da FUNAI, quando estivesse lhe assistindo. (AMADO, 2015).

Amado (2015), conta que os caciques anciãos relatam ainda as lembranças do período em que necessitavam de autorização da FUNAI para poder viajar, e que sem essa autorização não poderiam sequer sair da comunidade.

Isso mudou com o advento da Constituição Federal de 1988, que no art. 232, dispôs que os índios, comunidades indígenas e suas organizações, são partes legítimas para ingressar em juízo para defender seus direitos e interesses e a obrigatória intervenção do Ministério Público em todos os atos do processo. (BRASIL, 1988).

Além do mais, a convenção nº. 169 da OIT, ratificada pelo congresso nacional em 2002, diz em seu artigo 12, que, os povos interessados deverão ter proteção contra a violação do seu direito e poderão iniciar procedimentos legais, pessoalmente ou por meio de seus organismos de representação, para o fim de defender seus direitos.

A CRFB/1988 ao reconhecer a organização social dos povos indígenas, reconheceu também a possibilidade de sua organização social ser diferente da sociedade que visa tutelar

estes povos, entrando então num paradoxo, que conforme Wagner (2018), se perfaz por atos contraditórios de tratamento desigual que ora se dá pelo “reconhecimento e apreço, ora de despreço, intolerância e desrespeito”.

A distinção dada pelo art. 4º, como identificador da capacidade do indígena como consequência da sua integração, reflete também no Direito Penal, que, conforme Dias (1996) *apud* Torres (2015), o modelo de entendimento dado pelo Estatuto do Índio termina por considerá-los imputáveis ou não, dependendo do grau em que estivessem integrados por meio de processo educativo.

Torres (2015), continua dizendo que a imputabilidade dos indígenas seria, para os adeptos dessa corrente, inerente ao estágio de aculturação, sendo então os indígenas isolados inimputáveis, os integrados imputáveis e os em vias de integração, a depender de laudo pericial, poderiam ser considerados imputáveis ou não.

Wagner (2018), criticando a corrente da imputabilidade indígena, que afirma que a imputabilidade ou não, depende da divisão de indígenas entre isolados, em vias de integração e integrados, relata que, “inicialmente é perquirida a identidade do indígena, num aparente reconhecimento de sua distinção”.

Ao contrário do que aponta Wagner (2018), Baines (2015), em pesquisa sobre a situação carcerária de Indígenas no Estado de Roraima, afirma que o tratamento dado aos indígenas no processo criminal, desde o inquérito policial reforça o negacionismo da etnicidade, chegando ao ponto de que os próprios indígenas chegam a se identificar com o discurso dos agentes policiais, por vezes negando sua identidade indígena.

Pelo caráter da diferença, pelo aspecto cultural e entendimento do indígena como povo, o caminho a ser utilizado atualmente, seria o apontado pelo art. 10, inciso I, da Convenção 169 (OIT, 1989), que diz que, na medida da compatibilidade com o sistema jurídico nacional e com os direitos humanos reconhecidos internacionalmente, deverão ser respeitados os métodos tradicionalmente utilizados pelos povos indígenas e tribais para a repressão de delitos causados por membros daquele povo.

Diferente, pois, do que diz o art. 57 do Estatuto do Índio quando diz que será tolerada a aplicação de sanções penais ou disciplinares pelos grupos tribais. E, apesar da ideia de respeito,

o ato de “tolerar”, continua por reduzir o indígena e seus costumes, sem que seja reconhecido o que a eles é inerente, ou seja, a sua diferença.

Tentou-se avançar no ordenamento jurídico pátrio quanto a legislação indigenista, quando por meio do Projeto do Estatuto das Sociedades Indígenas (Projeto de Lei 2.057, de 1991), foram trazidas novidades, que segundo Barreto (2003) apesar de também ser merecedor de críticas, se diferencia do atual Estatuto do Índio por não ter sido elaborado em período de autoritarismo e exclusão por parte de amplos setores da sociedade.

Segundo Barreto (2003), o projeto de lei 2.057 de 1991, Estatuto das Sociedades Indígenas, abandonava os critérios de caracterização da “indianidade” do indígena contidos no art. 4º do EI, e, ainda que utilizando uma única vez o termo “índios isolados”, foi para dar-lhes a garantia de proteção à sua integridade física e cultural, bem como, o direito de permanecerem como são, senão, vejamos:

“Não cogita da ‘incapacidade’ porque ‘a nova concepção constitucional’ supera totalmente o entendimento de que os índios são relativamente incapazes para a realização de atos da vida civil. No entanto, ‘face à reconhecida diversidade cultural’, exige que seja dada proteção especial aos seus direitos”. (BARRETO, 2003, p. 40).

Daí seria então a premissa objeto do projeto do Estatuto das Sociedades Indígenas, ao ser apresentado ao plenário da Câmara dos Deputados, no dia 23 de outubro de 1991, eis que já eram passados 3 anos desde a promulgação da Constituição Federal de 1988. O projeto de Lei em questão, PL nº. 2.051/1991³, sofreu 51 emendas, e, ainda encontra-se em tramitação, porém, desde o ano de 2009 não sofre nenhum andamento, estando, conforme disposto no sítio eletrônico da Câmara dos Deputados, pronto para pauta em plenário.

Posteriormente, foi apresentado no Senado Federal o projeto de Lei nº. 169/2016, que conforme ementa, dispõe sobre o Estatuto dos Povos Indígenas, ainda em tramitação, porém, seu primeiro e último andamento é datado em 25 de fevereiro de 2021, conforme consta do sítio eletrônico do Senado Federal, e, ainda aguarda designação de relator.

³ Conforme, disposto em:

<<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>>.

Ponto interessante ao objeto do presente trabalho é que o PL n.º. 169/2016 dispõe, entre seus 175 artigos, o reconhecimento do Direito Consuetudinário Indígena para celebração de contratos entre indígenas, reconhecimento a sua organização social conforme seus costumes e tradições; e, diferente do disposto no art. 57 do EI, o art. 150 do PL em comento, afirma que deverão ser respeitadas a aplicação de sanções de natureza coercitiva ou disciplinar pelas comunidades indígenas quando do julgamento de crimes em que seus membros forem autor e réu, ainda possibilitando à comunidade indígena o direito de optar por ser o fato julgado pela Justiça Federal.

Com efeito, a Constituição Federal de 1988 rompeu com o modelo anterior, que fora estampado no Estatuto do Índio, pois, segundo o que afirma Braga (2019), toda a legislação vigente no Brasil anterior a carta magna impulsionava a construção de políticas públicas que tinham o objetivo de tutelar os povos indígenas, não reconhecendo-os como sujeitos de direitos. Ainda, segundo Braga (2019), a carta magna vigente reconheceu a diversidade cultural que fora pilar para a construção e formação do povo brasileiro.

Porém, os possíveis efeitos da política integracionista e do ser indígena como povo inferior, sendo possuidores ilegítimos de suas terras, infere também no que, conforme Loureiro (2010), seria contrário ao já descrito desejo “nacional” de evolução e modernização do Estado brasileiro.

Loureiro (2010), cita que, no conflito entre indígenas e fazendeiros durante o período de demarcação da terra indígena “raposa serra do sol”, no Estado de Roraima, houve protestos, queima de pontes, obstrução de estradas e ameaças armadas por parte dos fazendeiros que buscavam legitimar sua posse. Os atos precursores da decisão de homologação da terra indígena Raposa Serra do Sol, a revolta e ameaças por parte de fazendeiros que ocupavam a região, ainda era reflexo do contexto com qual os povos indígenas e seus direitos foram tratados desde o período colonial.

Souza filho (1998), relata o fato de que, aos povos indígenas, toda a imposição da cultura dominante com viés integracionista, forçou-os a se adaptarem, transformando-os em cidadãos, deixando de ser índios, ou mantiveram-se em vida coletiva, conforme seus costumes, religião e cultura, e, segundo o autor, com direitos mais ou menos simulados dentro da sociedade.

Dentro desse contexto, se faz necessário analisar o fato de que, apesar da vasta gama de tratados e convenções sobre os Direitos Indígenas dos quais o Brasil é signatário, mesmo após o advento da Constituição Federal de 1988, a cultura integracionista como fenômeno colonial, de absorção obrigatória aos povos indígenas quanto a cultura dominante, ainda se faz presente.

Além do que, ao citar o período colonial, o período do governo Getúlio Vargas, a ditadura civil-militar de 1964 e o período da Nova República, destaca-se o fato de que o desenvolvimento da sociedade brasileira se baseou, como já dito anteriormente, em um viés econômico, teve como base a opressão e violência contra os povos tratados como inferiores (PEREIRA, 2018).

E, justamente por isso, a integração do indígena, pelo viés praticado no decorrer da formação do Estado brasileiro, ainda que o Estado em sua Constituição garanta o direito à diferença, foi e continua sendo prejudicial, pois, as diferenças entre culturas e costumes não devem justificar a destinação de tratamento como se fossem incapazes, nem deve ter em comparação uma cultura perante outra para determinar qual cultura e costume deve dominar, afinal, para que tal fato seja determinado é necessário que se olhe para o outro, e por isso a análise do outro, pela sua própria perspectiva é tão importante.

3 O INDÍGENA NA PERSPECTIVA DO OUTRO E O DIREITO À DIFERENÇA.

Dentro de todo o contexto já apresentado, com o qual os povos indígenas foram no decorrer do processo ocupacional e de construção do Brasil, referente ao abandono cultural e forçada integração à cultura dominante, seria difícil entender o contexto de como os povos indígenas se veem utilizando apenas o contexto histórico.

Ponto de significativa observação, é a figura do *Canaimé*⁴, presente na cultura dos indígenas do norte do país, parte de sua crença religiosa, em suas variadas etnias, que estão localizados no norte do país, e neste caso, principalmente no Estado de Roraima.

⁴ Para melhor entendimento do tema, indica-se a seguinte leitura: CARVALHO, Agnaldo Teixeira de. *Canaimé: a personificação do mal*. 2016. 80 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Letras, Programa Pós-Graduação em Letras, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufr.br:8080/jspui/handle/prefix/279>. Acesso em: 23 jun. 2021.

O *Canaimé*, segundo Carvalho (2016), citando texto de Ivônio Solon Wapichana (2009), seriam *pajés*⁵ que quando morriam, suas almas ficavam vagando pela terra sem conseguir ir para o céu, iam para as serras e lá adormeciam dentro de uma planta que os indígenas chamam de *tajá*, que possuía propriedades de cura e enfeitiçamento, e esses *pajés* utilizavam essas plantas e seus poderes para tornarem-se invisíveis, ou para se transformar nas mais variadas formas de animais, cujo único objetivo é matar, sem motivo, mas por pura crueldade.

Segundo o autor, os ataques de um *Canaimé*, são identificados por um padrão de prática e ritual de ataque, mesmo *modus operandi*, vez que o ataque nem sempre ocasionará a morte da vítima, porém, suas consequências envolvem a vítima em forte febre e que após poucos dias ela morrerá, momento em que, após o enterro, o *Canaimé* voltará a sua cova, para se alimentar dos restos mortais da sua vítima.

Carvalho (2016) ainda aponta para a pesquisa de Koch-grunberg (2006) para dispor sobre a referência dada por um indígena àquele autor, na tentativa de ensiná-lo sobre quem é o *Canaimé* e o motivo de terem tanto medo dessa entidade, senão, vejamos:

“O conceito de Kanaimé desempenha um papel muito importante na vida desses índios. Designa, de certo modo, o princípio mau, tudo é sinistro e prejudica o homem e de que ele mal consegue se proteger. O vingador da morte, que persegue o inimigo anos a fio até matá-lo, esse ‘faz kanaimé’. Quase toda morte atribuída ao kanaimé. [...] Kanaimé, porém, é sempre o inimigo oculto, algo inexplicável, algo sinistro. ‘Kanaimé não um homem’ diz o índio”. (KOCH-GRUNBERG, 2006, *apud*, CARVALHO, 2016, p. 19).

O *Canaimé* nos serve, por exemplo, para tentar entender o motivo pelo qual somente o Direito não conseguiria, por si só, lidar com a perspectiva indígena, sob seu próprio olhar, sem que antes seja possível verificar sobre o que se trata a cultura indígena e ainda tentar entender o que seria na prática a cultura apontada pelo art. 231 da Constituição Federal de 1988 como alvo de proteção.

⁵ O *Pajé* é líder espiritual de um povo ou comunidade indígena, detentor da responsabilidade e dos saberes do manejo de plantas para realização de curas e rituais, além de ser o responsável pelo ensinamento das tradições e culturas de um povo.

Segundo Laraia (2001), o termo cultura se deu pela sintetização de *Kultur*, de origem germânica, que se referia ao simbolismo de aspectos espirituais de uma comunidade, com a palavra *Civilization*, do francês, que se referia a realizações materiais de um povo, e, portanto, o termo cultura trataria por abranger todas as possibilidades de realização do homem por meio do aprendizado, opondo-se à ideia anterior de aquisição cultural por meio biológico.

Laraia (2011), com relação ao desenvolvimento do conceito de cultura, destaca que a década de 60 do século XIX proporcionou a massificação de estudos a respeito da teoria do evolucionismo unilinear, já citado anteriormente por Cunha *apud* Barreto (2003), e segundo o autor, a ideia do evolucionismo unilinear era presente na grande maioria dos estudos, senão, vejamos:

“Por detrás de cada um destes estudos predominava, então, a idéia de que a cultura desenvolve-se de maneira uniforme, de tal forma que era de se esperar que cada sociedade percorresse as etapas que já tinham sido percorridas pelas ‘sociedades mais avançadas’.”
(LARAIA, 2001, p. 33).

Sobre o conceito de cultura nos parece um bom caminho o entendimento de que, “o homem é resultado do meio cultural em que foi socializado”, herdando extenso processo acumulado no decorrer da formação de um povo, e isto reflete nas experiências e conhecimentos que foram adquiridos geração após geração. (LARAIA, 2001).

Segundo Kroeber (1949) *apud* Laraia (2001), a cultura não é advinda de herança genética, pois determina o comportamento do homem e justifica seus feitos, além de que o homem age em acordo com o que se espera de seus padrões culturais, ao passo que seus instintos são quase que anulados em decorrência do processo de formação daquela cultura, e a cultura então se formaria através de processo de acumulação através de gerações, pelo qual experienciaram em suas construções históricas.

Utilizando o estudo de Roger Keesing, Laraia aponta para duas divisões de teorias modernas⁶ sobre o que viria a ser cultura, que, segundo Keesing (1974) *apud* Laraia (2001), são, a teoria de ser a cultura um sistema adaptativo, que enxergam a cultura como mescla de

⁶ Não sendo o aprofundamento no tema o objetivo deste trabalho, eis que buscamos ajuda perante a antropologia apenas para entender minimamente o que vem a ser a cultura e o que torna cada uma diferente, indica-se, portanto, para maior aprofundamento do tema, a leitura de: “LARAIA, Roque de Barros. **Cultura**: um conceito antropológico. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. 120 p.”.

padrões de comportamentos transmitidos socialmente com o fito de adaptar as comunidades aos seus alicerces biológicos, e, a teoria idealista de cultura, que, se divide em três correntes, que são os que consideram a cultura como sendo um sistema de conhecimento, outros que consideram como um sistema estrutural e por último, os que consideram a cultura como um sistema de símbolos.

Passando então pela ideia primária da teoria da cultura unilinear, quando acreditava-se que todos os povos se desenvolveriam paulatinamente até chegar a um denominador comum, percebe-se que tampouco a antropologia possui uma definição exata do conceito de cultura, porém, pode ser possível entender que, pela superação da teoria unilinear, cada povo ou comunidade, indígena ou não, possuem culturas diversas e que não necessariamente irão se igualar para que se defina qual povo ou nação, pessoa ou grupo, possui cultura superior ao outro.

Laraia (2001), ainda aponta para o fato de que a cultura de cada povo deve ser analisada pela sua própria ótica, afinal, “Homens de culturas diferentes usam lentes diversas e, portanto, têm visões desencontradas das coisas”, pois, um indígena tem uma noção do que é o seu espaço diferente de quem olha de fora, pois, segundo o autor, quem vê de fora, enxerga a floresta amazônica como um amontoado de árvores, enquanto para um indígena, cada árvore possui um significado de local e espaço diversos e únicos em sua visão, pelo resultado de sua herança cultural.

Alerta ainda, para o fato de que quando a cultura do outro, é vista sob a ótica de quem a ela está alheio, o resultado poderá ser a consideração de valorar qual modo de vida é o correto, e com isso, a mesma ideia de que a cultura tida como correta, deve sobrepor a outra. Eis que, aí, surge a necessidade de entender quem é o outro.

3.1 A necessária visualização do indígena como o “outro” que é.

Vieira (2011), diz que a figura central para a estruturação dos Direitos Humanos é a figura do “outro”, ao passo que o ato de enxergar o outro, de entendê-lo, depende do fator cultural. Portanto, de acordo com o fator cultural de quem enxerga o outro, implica em saber que, segundo o autor, a história deixa clara que apesar de gradual, lenta e presa ao padrão

contextual de quem olha e, portanto, reconhecer o “outro” como ele é, jamais se dará de maneira completa, afinal, conforme diz o autor citado, temos que,

“Em termos de Direitos Humanos, um bom início é compreender o outro como todo aquele que não faz parte do processo de construção desses direitos e que sofrem uma profunda dificuldade em ter reconhecidas as suas práticas ‘despadronizadas’.”.
(VIEIRA, 2011, p. 109).

Dessa forma, o preço a se pagar para reconhecer e garantir a presença da multiculturalidade dentro de um mesmo ordenamento jurídico, encontra óbice não somente no que diz respeito à Lei dizer que tal cultura é garantida e/ou que a sua manutenção, proteção e garantia são deveres do Estado, porque aí se entra em um aspecto que a Lei não poderá tratar.

A diferenciação do “Eu” e do “Outro” traz em seu bojo a diferença cultural, os costumes, a forma com que o outro vê o mundo, de modo que para sua interação e entendimento é necessário basear bem mais ao aspecto sociológico, antropológico e doutrinário do que sob o aspecto jurídico dos Direitos Humanos. (VIEIRA, 2011).

Adiante, tratando da socialização e formação do indivíduo, Vieira (2011), aponta que o processo de socialização, que seria a maneira a qual o indivíduo aprende a ser membro de uma sociedade, sustenta-se pela junção de características particulares a cada local, de maneira que o entendimento social de um indivíduo nascido no oriente médio se diferencia da maneira que um indivíduo nascido no Brasil entende por sociedade.

Isso permite ainda que um indígena do povo *Wapichana*⁷, que vive no extremo norte do país, possua características sociais, organizacionais, costumes e crenças diversas do povo *Guarani*⁸, que vive mais ao sul e sudeste do Brasil, reforçando, portanto, a impossibilidade de o direito por si só lidar com a causa indígena.

⁷ O povo *wapichana* habita entre o Rio Branco e o Rio Rupununi, na fronteira entre Brasil e Guiana, e, em solo brasileiro, localizam-se na região conhecida como Serra da Lua. Possuem uma população de aproximadamente 13 mil indivíduos, sendo a língua desse povo oriunda da língua *Aruak*, falada por povos indígenas da Venezuela, Guiana, Suriname e algumas ilhas antilhanas. (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2008).

⁸ O povo *guarani* habita em território amplo que compreende regiões do Brasil, Bolívia, Paraguai e Argentina, possuindo internamente diversos grupos semelhantes quanto à cultura e organização sociopolítica. Sendo falantes do idioma guarani, possuem diferenças linguísticas a depender de cada grupo, sendo os que vivem no Brasil os *Mbya*, *Kaiowá* e *Nandeva*. (INSTITUTO SOCIOAMBIENTAL, 2011).

Nasce então a problemática apontada por Vieira (2011), quando afirma que a necessidade de reconhecimento de direitos vai além das causas legais, isto porque, as normas de direitos humanos não podem determinar comportamentos individuais, e portanto, reconhecer o Outro em relação ao Eu, depende muito mais de um conjunto de regras sociais e culturais do que pela própria lógica jurídica.

O autor ainda aponta que, em se tratando de Direitos Humanos, não haveria modo de se esperar por resoluções futuras de conflitos sociais e antropológicos, e por isso o mesmo mecanismo adotado desde a revolução Francesa se repete, eis que para fixar uma regra normativa é mais fácil generalizar e abstrair, por não se vislumbrar outra solução. (*idem*, 2011).

Maldonado (2011), aponta para a teoria do liberalismo multicultural como uma hipótese de entendimento dos grupos indígenas e de seus membros, ao passo que explica que para essa corrente, a cultura é um bem social ou primário necessário para o exercício da autonomia.

Segundo ele, os indivíduos não escolhem transformar ou mudar seus projetos de vida dentro de um contexto vazio, mas sim, dentro das opções disponíveis para cada indivíduo dentro de um mesmo contexto cultural, de modo que esse contexto cultural é que permite a construção da personalidade e por isso a cultura seria um bem social ou primário, indispensável.

Entender o que seria a cultura como bem primário ou social se dá pela própria divisão entre os defensores dessa corrente, pois, para uns, protege-se a cultura por se tratar de um bem social, que tem valor em si própria, enquanto para outros deve ser protegida por se tratar de um bem primário para cada indivíduo. (*idem*, 2011).

Com efeito, apesar de não haver consenso entre os defensores do liberalismo cultural quanto ao motivo para o qual a cultura deve ser protegida, há consenso quanto às razões que justificam a sua proteção, pois através desta é que se encontra a formação individual de cada indivíduo e de cada povo. Nessa motivação é que as minorias culturais precisam ser titulares de direitos que lhes permitam proteger sua cultura e costumes, como ferramentas jurídicas para que evitem o perecimento de uma cultura, pois o perecimento desta teria como resultado o desaparecimento de um povo, de indivíduos membros daquele povo e de sua visão de mundo.

Maldonado (2011), afirma que admitir o declive ou desaparecimento de uma cultura deve ser uma decisão própria dos membros de um povo e não o resultado das relações de poder

que dentro do Estado venham a suprimir o direito de cada povo em ter sua cultura, costumes e direitos reconhecidos, tão somente por se tratar de minoria.

Não obstante a isto, Alves e Boas (2010) propõem a figura do diálogo intercultural como forma de socialização de uma cultura a outra, não como forma de sobrepor uma à outra, mas de corroborar com os direitos conquistados por ambas, reconhecendo, portanto, o direito de os povos dialogarem como forma de avaliação de possibilidades de encontrarem uma solução para determinadas demandas.

Ademais, Villares (2009) *apud* Alves e Boas (2010), afirma que por meio desse diálogo intercultural o conceito de que índios são seres humanos de cultura primitiva é abandonado, dando lugar a uma mudança cultural que não resultaria na perda da identidade indígena.

Seria então o art. 231 da CRFB/1988 reconhecedor de um foro judicial indígena, pois, além do já defasado Estatuto do Índio que traz a possibilidade de “tolerância” de julgamentos de fatos típicos penais pela comunidade indígena e suas autoridades, eis que reconhece sua organização social, costumes e tradições.

Afinal, auto-organizar-se, com a intervenção absoluta do Estado sob o direito, teria o condão de contrapor o direito constitucional de manutenção de costumes e tradições, eis que dentro desses dois, existe o que se chama de direito consuetudinário ou costumeiro, que será melhor abordado posteriormente.

O fenômeno de reconhecimento e garantia dos direitos indígenas não ocorreu apenas no Brasil, por meio da Constituição Federal de 1988, mas também na grande maioria dos países latino-americanos, a exemplo do México e da Bolívia.

Sobre isso, Miguel Carbonell (2003), aponta que várias constituições de países da América Latina outorgaram aos povos indígenas autonomia, inclusive para a aplicação de seu próprio sistema jurídico baseado em seus usos e costumes, utilizando como limite para sua aplicação o respeito aos direitos fundamentais que por aqueles textos constitucionais eram reconhecidos.

Sob a ótica da própria Constituição Federal de 1988 vê-se que foi de grande evolução o tratamento dado aos direitos culturais, ao próprio direito indígena, e ainda que salutar a experiência de outros países latino-americanos, acreditamos que a Carta constitucional brasileira cumpre com seu papel de dar garantia a estes direitos indígenas.

Sobre os perigos das respostas buscadas por estes questionamentos, Miguel Carbonell (2003), citando a experiência mexicana sobre o tema, afirma que o que é visto dentro do ordenamento jurídico mexicano é que, quando surgirem dúvidas sobre serem os usos e costumes indígenas compatíveis ou não com os direitos fundamentais, dificilmente poderão ser sanadas pela via judicial de forma legítima, com base nos dispositivos de lei já existentes e que regulam tais fatos.

Saindo da ideia de integração forçada, da perda da identidade e adentrando ao diálogo intercultural, tendo como apoio os direitos fundamentais, é que se passaria a vislumbrar a possibilidade de comunhão de direitos e de limites desses direitos, sem que o reconhecimento dos costumes se dê na via de exclusão da soberania brasileira e da unidade de jurisdição.

CONCLUSÃO

A problemática indígena reside em solo brasileiro desde o princípio da formação e ocupação do território, tendo sido marcada pelo avanço colonial e reprimenda a povos e conseqüentemente reprimenda aos seus costumes, tradições e quem eles o são verdadeiramente como sujeitos coletivos.

Retirados de suas terras e colocados em aldeamentos doados pela coroa portuguesa, forçados a adotarem novos nomes, e precificados pela condição de civilizados ou não, sendo os já integrados aos costumes e trabalhos dos Europeus os com preço mais elevado.

O processo colonial e o ideal de formação de um povo uno ignorando as condições de um Brasil multicultural se deu pelo decorrer dos anos, indo do Brasil-Colônia ao Brasil-República, recaindo não somente na visão da maioria, como na diminuição das características das minorias e refletindo na legislação nacional.

A Lei nº 6.001/1973 é a prova do ideal integracionista e da visão do legislador, representante do povo, de que aos índios somente seria permitido sua capacidade civil plena na medida em que fossem integrados à comunhão nacional, servindo como uma tutela de direitos amarradas aos cordões que os guiavam a andar conforme o Estado sempre os guiava.

A Constituição Federal de 1988 quebrou o paradigma da integração, dando o devido reconhecimento aos direitos indígenas, garantindo a eles por meio do seu art. 231 sua

organização social, manutenção de usos e costumes, além dos direitos originários sobre as terras por eles tradicionalmente ocupadas.

Foi também a CRFB/1988 a primeira constituição brasileira a tratar dos direitos indígenas, bem como dando a devida proteção aos direitos culturais, dispondo sobre estes direitos entre suas garantias e princípios fundamentais, que são merecedores de tutela estatal, que por sua vez, deve garantir sua máxima efetividade.

Porém, apesar de ser o Brasil signatário de diversas normas internacionais que reconhecem e dão melhor tratativa aos direitos dos povos indígenas, e, ainda que o Estatuto do Índio tenha sido apenas parcialmente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, ainda é necessário que o legislador se volte a tratar da problemática indígena para dar maior proteção aos direitos culturais destes povos, abandonando de vez o paradigma da integração que por anos pautou a relação entre Estado brasileiro e povos indígenas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito; BOAS, Márcia Cristina Altvater Vilas. *DIREITO À CULTURA E O DIREITO À VIDA: visão crítica sobre a prática do infanticídio em tribos indígenas*. In: XIX ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. **Anais do XIX Encontro Nacional do CONPEDI**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2010. p. 4962-4973. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional++UFC+Fortaleza+\(09%2C+10%2C+11+e](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XIX+Encontro+Nacional++UFC+Fortaleza+(09%2C+10%2C+11+e). Acesso em: 12 nov. 2021.

ALBUQUERQUE, Isete Evangelista. *O direito das minorias na constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e a situação dos índios enquanto minoria étnica do estado brasileiro / the right of minorities in the constitution of the Republic of Brazil and the situation of 1988 as...* **Revista Quaestio Iuris**, [S.L.], v. 6, n. 02, p. 11-32, 31 dez. 2013. Universidade de Estado do Rio de Janeiro. <http://dx.doi.org/10.12957/rqi.2013.11769>. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/quaestioiuris/article/view/11769>. Acesso em: 10 abr. 2021.

AMADO, Luiz Henrique Eloy. *TERRA INDÍGENA e legislação indigenista no Brasil*. **Caderno de Estudos Culturais**, S.I, v. 07, n. 13, p. 65-84, jan. 2015. Disponível em: <https://desafioonline.ufms.br/index.php/cadec/article/view/3411>. Acesso em: 10 jul. 2020.

ARNAUD, Expedito. *Integração Indígena*. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi**, Belém, v. 7, n. 2, p. 137-147, dez. 1991. Disponível em: <https://repositorio.museugoeldi.br/handle/mgoeldi/466>. Acesso em: 20 maio 2021.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos Indígenas: vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2003. 152 p.

BAINES, Stephen Grant. *A SITUAÇÃO PRISIONAL DE INDÍGENAS NO SISTEMA PENITENCIÁRIO DE BOA VISTA, RORAIMA*. **Vivência: Revista de Antropologia**, Natal, v., n. 46, p. 143-158, jul./dez. 2015. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/vivencia/article/view/8778>. Acesso em: 27 out. 2020.

BRAGA, Gleidy. *O RECONHECIMENTO DA EXISTÊNCIA DE UM DIREITO INDÍGENA SOB UMA PERSPECTIVA PENAL*. **Humanidades & Inovação**, Palmas, v. 6, n. 8, p. 181-197, jul. 2019. Disponível em: <https://revista.unitins.br/index.php/humanidadesinovacao/article/view/1371>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRAGA, Márcio André. *Identidade étnica e os índios no Brasil*. **Métis: HISTÓRIA & CULTURA**, Caxias do Sul, v. 4, n. 7, p. 197-212, jan./jun. 2005. Disponível em: <http://www.ucs.br/etc/revistas/index.php/metis/article/view/1178>. Acesso em: 10 maio 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 6.001, de 21 de dezembro de 1973. **Estatuto do Índio**. Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6001.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei nº 5.051, de 05 de abril de 2004. **Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho - OIT sobre Povos Indígenas e Tribais**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil. Poder Executivo, Brasília, DF, 20 abr. 2004. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Decreto-Lei n° 8.072, de 20 de junho de 1910. **Crêa o Serviço de Protecção aos Índios e Localização de Trabalhadores Nacionaes e aprova o respectivo regulamento.** Rio de Janeiro, RJ, 26 jun. 1910. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1910-1929/d8072.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Lei n° 5.371, de 05 de dezembro de 1967. **Autoriza a instituição da Fundação Nacional do Índio e dá outras providências.** Brasília, DF, 05 dez. 1967. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l5371.htm. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Congresso. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei n° 2057, de 29 de outubro de 1991. **Estatuto das Sociedades Indígenas.** Brasília, DF, 29 out. 1991. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17569>. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. Congresso. Senado. Projeto de Lei n° 169, de 2016. **Estatuto dos Povos Indígenas.** Brasília, DF, 2016. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/125563>. Acesso em: 10 set. 2021.

CARVALHO, Lucas Borges de. *Direito e barbárie na conquista da América indígena.* **Revista Sequência**, [S.L.], v. 25, n. 49, p. 53-70, dez. 2004. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15222>. Acesso em: 05 out. 2020.

CARVALHO, Agnaldo Teixeira de. **Canaimé: a personificação do mal.** 2016. 80 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Letras, Programa Pós-Graduação em Letras, Universidade Federal de Roraima, Boa Vista, 2016. Disponível em: <http://repositorio.ufr.br:8080/jspui/handle/prefix/279>. Acesso em: 23 jun. 2021.

CARBONELL, Miguel. *LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS INDÍGENAS EM AMÉRICA LATINA: una aproximación teórica.* **Boletín Mexicano de Derecho Comparado**, Ciudad de México, v. 36, n. 108, p. 839-861, set./dez. 2003. Disponível em: http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332003000300002#as1. Acesso em: 05 abr. 2021.

GILENO, Carlos Henrique. *A LEGISLAÇÃO INDÍGENA: ambigüidades na formação do estado-nação no brasil.* **Caderno Crh**, Salvador, v. 20, n. 49, p. 123-133, jan./abr. 2007. Disponível em: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=347632171010>. Acesso em: 28 abr. 2020.

LOPES, Ana Maria D'ávila; MATTOS, Karine Rodrigues. *O direito fundamental dos indígenas à terra :do Brasil-Colônia ao Estado Democrático de Direito*. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 43, n. 170, p. 221-234, abr./jun. 2006. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/92744>. Acesso em: 28 abr. 2020.

LOUREIRO, Violeta Refkalefsky. *Desenvolvimento, meio ambiente e direitos dos índios: da necessidade de um novo ethos jurídico*. **Revista Direito Gv**, São Paulo, v. 6, n. 12, p. 503-526, jul./dez. 2010. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/desenvolvimento-meio-ambiente-direitos-indios-necessidade-de-novo-ethos-j>. Acesso em: 05 out. 2020.

LARAIA, Roque de Barros. **CULTURA**: um conceito antropológico. 14. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001. 120 p.

LOPES, Ana Maria D'ávila; UCHOA, Cibele Alexandre. *A GARANTIA DO NE BIS IN IDEM E O RECONHECIMENTO DOS DIREITOS CULTURAIS DOS INDÍGENAS*. **Revista Direito e Liberdade**: RDL, Natal, v. 20, n. 2, p. 11-30, maio/ago. 2018. Disponível em: http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/documentacao_e_divulgacao/doc_biblioteca/bibli_servicos_produtos/bibli_boletim/bibli_bol_2006/Rev-Dir-e-Liberd_v.20_n.02.01.pdf. Acesso em: 27 out. 2020.

MONTEIRO, John Manuel. **Negros da terra**: índios e bandeirantes nas origens de são paulo. São Paulo: Companhia das Letras, 1994. 291 p. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/5816244/mod_resource/content/1/Negros%20da%20terra%20i%CC%81ndios%20e%20bandeirantes%20nas%20origens%20de%20Sa%CC%83o%20Paulo%20by%20John%20Manuel%20Monteiro.pdf. Acesso em: 27 abr. 2021.

MALDONADO, Daniel Bonilla. *Indígenas urbanos y derechos culturales: los límites del multiculturalismo liberal*. **Revista Direito Gv**, [S.L.], v. 7, n. 2, p. 569-604, dez. 2011. FapUNIFESP (SciELO). <http://dx.doi.org/10.1590/s1808-24322011000200009>. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/publicacoes/revista/artigo/indigenas-urbanos-y-derechos-culturales-los-limites-del-multiculturalismo>. Acesso em: 10 mar. 2021.

MARQUES, Heitor Romero; RIBEIRO, Lamartine Santos. *Direito Consuetudinário Indígena: cultura, sociedade, e desenvolvimento local*. **Tellus**, [S.L.], v. 28, n. 15, p. 83-105, 25 jun. 2015. Universidade Católica Dom Bosco. <http://dx.doi.org/10.20435/tellus.v0i28.343>. Disponível

em: <http://www.gpec.ucdb.br/projetos/tellus/index.php/tellus/article/view/343>. Acesso em: 30 abr. 2021.

OLIVEIRA, Adélia Engrácia de. *Depoimentos Baniwa sobre as relações entre índios e "civilizados" no Rio Negro*. **Boletim do Museu Paraense Emílio Goeldi**, Belém, v. 72, n. 72, p. 1-31, 12 jan. 1979. Disponível em: <https://repositorio.museu-goeldi.br/handle/mgoeldi/453>. Acesso em: 28 abr. 2021.

ONU (Organização das Nações Unidas). **Declaração das Nações Unidas sobre Direito dos Povos Indígenas**. Setembro, 2007. Disponível em: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/documents/DRIPS_pt.pdf Acesso em: 21/08/2021.

OEA. Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos. **Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas**, 2016a. Disponível em: <http://www.oas.org/es/sadye/documentos/res-2888-16-es.pdf>. Acesso em: 22 de abril de 2021.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Convenção nº 107 da OIT, de 05 de junho de 1957 Concernente à proteção e integração das populações indígenas e outras populações tribais e semitribais de países independentes**. Disponível em:

[https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20\(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107\).pdf](https://www.oas.org/dil/port/1957%20Conven%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20Povos%20Ind%C3%ADgenas%20e%20Tribais.%20(Conven%C3%A7%C3%A3o%20OIT%20n%C2%BA%20107).pdf) Acesso em: 23 abr. 2020.

PERRONE-MOISÉS, Beatriz. *TERRAS INDÍGENAS NA LEGISLAÇÃO COLONIAL*. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, São Paulo, v. 95, n. , p. 107-120, jan. 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67457>. Acesso em: 28 abr. 2021.

PEREIRA, Flávio de Leão Bastos. *Desenvolvimentismo e ecocídio: causa e (possível) consequência no contexto de ruptura das bases existenciais dos povos originários*. **Boletim Científico Esmpu**, Brasília, v. 51, n. 17, p. 257-281, jan. 2018. Semestral. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/boletim-cientifico/edicoes-do-boletim/boletim-cientifico-n-51-janeiro-junho-2018/desenvolvimentismo-e-ecocidio-causa-e-possivel-consequencia-no-contexto-de-ruptura-das-bases-existenciais-dos-povos-originarios-no->

[brasil#:~:text=%C3%97%20Info%20%2D, Desenvolvementismo%20e%20ecoc%C3%AD.](#)
Acesso em: 20 abril 2021.

Povos indígenas no Brasil. **Instituto Socioambiental**, 2008. Disponível em: https://pib.socioambiental.org/pt/P%C3%A1gina_principal. Acesso em: 10 set. 2021.

SANTOS JUNIOR, Avelar Araujo. *TERRITORIALIZAÇÃO INDÍGENA NO BRASIL: uma análise da legislação indigenista e suas nuances civilizatórias*. **Ateliê Geográfico**, [S.L.], v. 6, n. 1, p. 18-34, 28 maio 2012. Universidade Federal de Goiás. <http://dx.doi.org/10.5216/ag.v6i1.18714>. Disponível em: <https://www.revistas.ufg.br/atelie/article/view/18714>. Acesso em: 28 abr. 2020.

SANTOS, Raimunda Maria Rodrigues; GODOY, Marília Gomes Ghizzi. *A presença indígena em Roraima: da colonização à consolidação do Estado*. **Revista Caminhos da História**, [S.L.], v. 16, n. 1, p. 43-62, jan. 2011. Disponível em: <https://www.periodicos.unimontes.br/index.php/caminhosdahistoria/article/view/3338>. Acesso em: 05 out. 2020.

SANTOS, Raimundo Nonato Gomes dos. *Entre a maloca e a civilização: os indígenas no processo de colonização de roraima no século xx*. **Textos e Debates**, [S.L.], n. 28, p. 13-24, jun./dez. 2015. Universidade Federal de Roraima. <http://dx.doi.org/10.18227/2217-1448ted.v0i28.3383>. Disponível em: <https://revista.ufrb.br/index.php/textosedebates/article/view/3383>. Acesso em: 29 abr. 2021.

SILVA FILHO, José Carlos Moreira da. *A REPERSONALIZAÇÃO DO DIREITO CIVIL EM UMA SOCIEDADE DE INDIVÍDUOS: o exemplo da questão indígena no brasil*. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONSELHO NACIONAL DE PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO, 16., 2007, Belo

Horizonte. **Anais [...]**. [Belo Horizonte]: Conpedi, 2007. p. 2769-2789. Disponível em: [https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVI+Congresso+Nacional++Belo+Horizonte+\(15%2C+16+e+17+](https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVI+Congresso+Nacional++Belo+Horizonte+(15%2C+16+e+17+) Acesso em: 24 nov. 2020.

SILVA, Marcos Pereira da. **A COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL PARA PROCESSAR E JULGAR INDÍGENAS E OS REFLEXOS JURÍDICOS PÓS-CONSTITUIÇÃO DE 1988**. 2013. 124 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Pós-Graduação

em Direito Ambiental, Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, 2013. Disponível em: <http://repositorioinstitucional.uea.edu.br//handle/riuea/1890>. Acesso em: 25 mar. 2020.

SOUZA, Manoel Nascimento de; BARBOSA, Erivaldo Moreira. **Direitos indígenas fundamentais e sua tutela na ordem jurídica brasileira**. 2011. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/direitos-indigenas-fundamentais-e-sua-tutela-na-ordem-juridica-brasileira/>. Acesso em: 02 out. 2020.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. **O Renascer dos povos indígenas para o Direito**. Curitiba: Juruá, 1998. 212 p.

VIEIRA, Aluizio Ferreira. **AS CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE DO DUPLO JUS PUNIENDI À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO**. 2016. 121 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Sociologia e Direito, Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2016.

VIEIRA, Hector Luís C.. **Os entraves de aplicação das normas universais de Direitos Humanos frente às particularidades culturais**. 2011. 217 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, 2011. Disponível em: <https://repositorio.unb.br/handle/10482/11684>. Acesso em: 31 maio 2021.

TORRES, Márcio Andrade. *O lugar da cultura na culpabilidade dos índios*. **Boletim Científico Esmpu**, Brasília, v. 14, n. 46, p. 97-117, jan./dez. 2015. Edição Especial. Disponível em: <http://boletimcientifico.escola.mpu.mp.br/boletins/edicao/o-lugar-da-cultura-na-culpabilidade-dos-in>. Acesso em: 27 out. 2020.

WAGNER, Daize Fernanda. *Identidade étnica, índios e direito penal no Brasil: paradoxos insustentáveis*. **Revista Direito GV**: Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, v. 14, ed. 1, p. 123-147, jan/abril 2018. DOI <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201806>. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/74844>. Acesso em: 8 ago. 2020.

**A APLICABILIDADE DA LEI DO SEAC (LEI DO SERVIÇO DE ACESSO
CONDICIONADO) AOS VEÍCULOS DE *STREAMING* LINEARES NO
CONTEXTO DA PÓS-CONVERGÊNCIA TECNOLÓGICA A PARTIR DO
CASO CLARO VS FOX**

*Emidio Monteiro Júnior*¹

Resumo

O presente artigo visa analisar e compreender a natureza jurídica do Serviço de Acesso Condicionado definido pela lei 12.485/2011 a partir da atuação da Agência Nacional de Telecomunicações do Brasil no contexto da pós-convergência tecnológica, e o seu amoldamento às demais legislações constantes do nosso ordenamento jurídico, bem como aos preceitos constitucionais. A pesquisa parte do estudo de caso de processos administrativos, tramitados na agência e os fundamentos neles apresentados. Ao final é feito uma análise crítica das decisões proferidas e suas possíveis consequências setoriais.

Palavras-Chave: Regulação de telecomunicações; Serviço de Acesso Condicionado; serviços over-the-top.

***THE APPLICABILITY OF THE CONDITIONAL ACCESS SERVICE
LEGISLATION TO LINEAR STREAMING VEHICLES IN THE CONTEXT OF
TECHNOLOGICAL POST-CONVERGENCE FROM THE CLARO VS FOX CASE***

Abstract

This article aims to analyze and understand the legal nature of the Conditional Access Service defined by Federal law 12.485/2011, by assessing the performance of the National Telecommunications Agency of Brazil in the context of technological post-convergence, and its adaptation to the other legislation contained in our legal order, as well as the constitutional precepts. The research starts from the case study of administrative proceedings from the agency and the fundamentals presented in them. At the end, a critical analysis of the decisions and their possible sectorial consequences is carried out.

¹ emidiojunior@gmail.com (instituto de Desenvolvimento e Pesquisa, Distrito Federal, Brasil)

Keywords: *Telecommunications regulation; Conditional Access Service; over-the-top services.*

INTRODUÇÃO

O presente estudo tem o intento de compreender a natureza jurídica de Serviço de Acesso Condicionado a partir da atuação da agência reguladora desse serviço no Brasil, no contexto da pós-convergência, que implica o aumento do debate sobre o enquadramento e adequação das atuais legislações sobre o tema junto aos serviços OTT (*Over the Top*)²; bem como analisar de forma crítica, as interpretações dadas pela agência e suas consequências no regime jurídico desse setor. Essas consequências podem ter efeitos não apenas no mercado dos serviços de telecomunicação, mas também junto à outras normas jurídicas de nosso ordenamento, que podem, a depender da interpretação, ter seu conteúdo esvaziado materialmente. No caso em questão, a consideração de determinadas tecnologias como uma parte de uma dinâmica contínua de consumo de determinado serviço ou uma atividade disruptora que não pode ter relação com atividade anteriormente semelhante, são a motivação desse questionamento.

Como objeto de análise, utilizaremos as decisões da Anatel (Agência Nacional de Telecomunicações) proferidas entre os anos de 2019 e 2020, no caso que ficou conhecido como *Claro vs Fox*, quanto aos serviços de *streaming* lineares transmitidos pela Internet, e que teve por fim o entendimento desse tipo de serviço como serviço de valor adicionado (SVA) e não de telecomunicação, e, portanto, não se enquadrando à Lei do SeAC – Lei do Serviço de Acesso Condicionado, ou Lei 12.485, de 12 de setembro de 2011. Os serviços de valor adicionado são aqueles segundo o artigo 61 da lei 9.472 de 16 de julho de 1997 (LGT - Lei Geral de Telecomunicações) que se adiciona a um serviço de telecomunicação, que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades, e que não são serviços de telecomunicação.

² O conceito de OTT será analisado adiante, ainda nesta introdução.

Os serviços de streaming *on demand* são aqueles em que o consumidor escolhe o produto consumido conforme a sua conveniência, enquanto os serviços de *streaming* linear são aqueles em que há a transmissão dos canais tradicionais, de forma linear e com programação a critério do fornecedor, mas se utilizando da *internet* para tal. O consumo de conteúdo por streaming é feito pelo tráfego de dados da *internet*, sem a necessidade de fazer o *download* integral do conteúdo, ou seja, este é carregado em tempo real³.

Esses tipos de serviços se adequam de forma mais ampla, aos conhecidos como OTT, ou *Over the Top*, sigla e termo em inglês, de origem imprecisa, mas amplamente utilizada pelas agências reguladoras em todo o mundo, inclusive no Brasil, bem como entre os estudiosos e profissionais deste campo. O conceito adotado no presente trabalho será o descrito por Victor Oliveira Fernandes, que seria:

(...) em última análise, uma forma específica de prestação de determinadas atividades econômicas a partir da internet. Embora tal definição se mostre útil sobretudo para identificar particularidades desses modelos de negócios, trata-se de uma categoria “meta-jurídica”, que não encontra correspondência imediata nas leis de telecomunicações vigentes na maioria dos países”.⁴

Nesse sentido, é necessário falar da chamada pós-convergência e seus efeitos sobre as regulações trabalhados por François Bar e Christian Sandvig⁵ para explicar o uso de uma única infraestrutura tecnológica (nesse caso a *internet*) para a aplicação de serviços que anteriormente se utilizavam de diferentes canais de comunicação, equipamentos e padrões diferentes, tornando-os defasados não apenas em relação à tecnologia em si, mas também quanto às normas jurídicas criadas para regulá-los. Nesse

³ “A method of transmitting or receiving data (especially video and audio material) over a computer network as a steady, continuous flow, allowing playback to start while the rest of the data is still being received.” **English Oxford living dictionaries**. Definition of streaming in English. Disponível em: <<https://en.oxforddictionaries.com/definition/streaming>> Acesso em 12 de nov de 2021.

⁴ FERNANDES, Vitor Oliveira. **Regulação de serviços over-the-top (OTT) e pós-convergência tecnológica: uma análise do regime jurídico setorial de serviços OTT de voz nos EUA e no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 2018. P 17.

⁵ BAR, F.; SANDVIG, C. Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 109, n. 2009, pp. 77-109, 2009.

sentido, a maior discussão regulatória quantos aos serviços prestados via *internet* é se a mudança de estrutura de distribuição do serviço alteraria também sua natureza jurídica regulatória, e poderia ou não ser alcançado pelo ordenamento jurídico brasileiro. As decisões da Anatel sobre o tema no decorrer da história têm grandes efeitos na atividade de telecomunicação em questão, pois estes atingem principalmente as áreas fiscais, concorrenciais, e de conteúdo, a depender da sua interpretação.

Com relação à pesquisa em si, a utilização de fonte específica sobre o tema no campo da doutrina jurídica é relativamente escassa, por se tratar de um tema cujas implicações ainda estão em acontecimentos, seja no campo tributário, concorrencial, e com relação às políticas públicas de fomento à produção cultural nacional, de conteúdo, entre outras. Nesse sentido, o foco do trabalho é compreender estas implicações através de uma discussão acerca da natureza jurídica de telecomunicações a partir dos julgamentos dos processos administrativos feitos pela Anatel no contexto de pós convergência onde parte significativa desta atividade está migrando para a internet, à luz principalmente da lei 9.472/1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), da lei 12.485/2011 (Lei do Serviço de Acesso Condicionado – lei do SeAC) e da Resolução nº 581 de 2012 da Anatel⁶, que aprovou o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC), juntamente com os respectivos amoldamentos à Constituição Federal.

O trabalho é portanto, eminentemente uma pesquisa qualitativa de fonte primária, a partir do método indutivo, na medida em que o principal material de pesquisa são as próprias decisões proferidas no caso em questão juntamente com os pareceres de juristas e economistas inclusos nos processos, sem, no entanto, deixar de analisar trabalhos que versam ainda que analogamente sobre a questão regulatória pós-convergência em outras

⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução nº 581 de 26 de março de 2012. Aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) bem como a prestação do Serviço de TV a Cabo (TVC), do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/139-resolucao-581>> Acesso em 12 de nov de 2021.

atividades, onde o advento do oferecimento de determinado serviço ou produto pela internet gerou algum tipo de hiato ou debate dentro do tema de sua regulação.

Ao final se buscará evidenciar algumas consequências e desdobramentos das últimas decisões de nossa agência reguladora sobre o tema. No entanto, este trabalho tem por intuito instigar o debate e problematizar, muito mais do que encerrar uma discussão ou apresentar um ponto de vista definitivo. O que se espera ao final é um maior entendimento da natureza jurídica a partir de decisões administrativas de agências reguladoras e seus impactos na sociedade.

1 Contextualização do dilema: telecomunicação *versus* Serviço de Valor Adicionado (SVA)

A regulação das atividades econômicas tem como premissa a atuação do Estado no funcionamento de determinado mercado. Ela se dá no contexto em que o Estado transfere aos agentes privados o fornecimento de determinado serviço de interesse público, numa lógica liberal, sem, no entanto, deixar de atuar, pois passa a delimitar as condições sob as quais esse mercado deve seguir, de acordo com os interesses políticos e sociais presentes no ordenamento jurídico em que está inserido. O seu sentido e propósito é de grande debate em diversos campos do conhecimento, não se restringindo como pode parecer inicialmente, apenas a economia e ao direito. Isso se dá porque os efeitos da regulação atingem diretamente os agentes envolvidos no mercado regulado, tanto os consumidores quanto os provedores, quando não em outros, com efeitos reflexos.

Algumas teorias apontam a regulação como servindo ao *interesse público*, ou seja, uma forma que o Estado teria para equalizar as falhas de mercado que podem inviabilizar o próprio funcionamento deste, ou mesmo de garantir a continuidade e acesso a determinado serviço considerado essencial; por outro lado, existem argumentos de que a própria ideia de regulação atenderia aos interesses dos grupos dominantes, pois as

regulações seriam o reflexo de seus interesses mercadológicos⁷. Compreendendo a existência de algum grau de razão nesses dois argumentos, e que a própria discussão teórica sobre a natureza da regulação econômica não se encerra aí, o interesse do presente trabalho é adentrar menos na questão teórica do sentido da regulação. Tomando como premissa de que a regulação existente possui um duplo caráter, a saber, o de estabilizar determinado mercado e tornar claras as condições de atuação dos agentes envolvidos por um lado, mas também uma política pública, ou seja, um propósito jurídico-social envolvido; a natureza jurídica de determinado assunto é de extrema relevância para discutir os efeitos que determinadas interpretações nas normativas estabelecidas, pelas agências reguladoras podem ter nesses dois eixos.

Apesar de poder imaginar, pelo fato de estar aqui tratando da relação entre a legislação vigente e o surgimento de novas tecnologias, de um problema dotado de um grande ineditismo. O direito sempre é confrontado de alguma forma com os efeitos do advento de novas tecnologias, guardadas as proporções de cada lugar e tempo, como afirmam Patrícia Baptista e Clara Iglesias Keller:

A velocidade dos avanços tecnológicos, especialmente os da tecnologia digital e de dados, tem posto às administrações públicas, estatais e supraestatais, os desafios de decidir quando, por que e até onde intervir e disciplinar essas inovações. Não que haja propriamente uma novidade aí. De há muito, em praticamente todos os campos da atividade humana, as organizações estatais se veem confrontadas com essas questões. A regulação das novas tecnologias digitais não parece divergir substancialmente das decisões ordinárias da vida do Estado sobre a disciplina das demais atividades humanas. Aliás, como será explorado adiante, há quem aponte, inclusive, que a internet e as plataformas digitais são inovações tecnológicas tanto como, a seu tempo, foram o surgimento dos veículos a motor (em substituição à tração animal) e a invenção do telefone,

⁷ Roman, Flavio José. **Discrecionalidade técnica na regulação econômica** / Flavio José Roman. – São Paulo : Saraiva, 2013., páginas 136 a 138

ou, mais remotamente ainda, as máquinas a vapor que deram início à Revolução Industrial e ao surgimento da imprensa⁸.

No que diz respeito à regulação dos serviços de telecomunicação, a lei que regulamenta a transmissão de conteúdo de audiovisual televisivo é a Lei 12.485/2011, chamada lei do SeAC, ou lei da TV paga, que regulamenta a comunicação audiovisual de acesso condicionado. Esta lei mais específica é abrangida por uma norma geral, que é a lei 9.472/1997, conhecida como Lei Geral de Comunicações, ou LGT.

O marco regulatório que a Anatel se utiliza para decidir se um produto OTT está ou não ao seu alcance é a sua adequação ou não ao artigo 60 e 61 da LGT⁹, que define respectivamente o que é Telecomunicação bem como o chamado Serviço de Valor Adicionado (SVA). Por não serem considerados serviços de telecomunicação, os SVA não se encontram regulados pelas leis específicas para esse tipo de serviço. No entanto, parece haver um conflito normativo, já que os serviços de *streaming* lineares parecem se adequar ao mesmo tempo tanto ao §1º do artigo 60 quanto ao *caput* do artigo 61, tendo, portanto, sua definição imprecisa. Ao mesmo tempo, a LGT parece ser aberta o suficiente

⁸ BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 273, p. 123-163, 2016, p 127.

⁹ Lei 9.472/1997

(...)

Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de telecomunicação.

§ 1º Telecomunicação é a transmissão, emissão ou recepção, por fio, radioeletricidade, meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético, de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza.

§ 2º Estação de telecomunicações é o conjunto de equipamentos ou aparelhos, dispositivos e demais meios necessários à realização de telecomunicação, seus acessórios e periféricos, e, quando for o caso, as instalações que os abrigam e complementam, inclusive terminais portáteis.

Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.

§ 1º Serviço de valor adicionado não constitui serviço de telecomunicações, classificando-se seu provedor como usuário do serviço de telecomunicações que lhe dá suporte, com os direitos e deveres inerentes a essa condição.

§ 2º É assegurado aos interessados o uso das redes de serviços de telecomunicações para prestação de serviços de valor adicionado, cabendo à Agência, para assegurar esse direito, regular os condicionamentos, assim como o relacionamento entre aqueles e as prestadoras de serviço de telecomunicações.

para poder se adequar às novas tecnologias disponíveis e novas formas de distribuição e consumo de telecomunicação, ao passo em que também possui definição que restringe a sua interpretação, o que tem gerado um certo poder de discricionariedade para a agência reguladora em questão, como aponta Victor Fernandes:

O que se faz relevante destacar do modelo brasileiro é a existência de um grau significativo de indefinição normativa no que diz respeito ao limite do que constituem atividades de telecomunicações. Tal grau de indefinição é diuturnamente preenchido pela agência reguladora no exercício das suas funções, o que serve como verdadeira válvula de reconfiguração do espaço regulatório. Daí porque, ainda que a agência não detenha poder ilimitado para ultrapassar o núcleo legal do conceito de serviços de telecomunicações, observa-se que, nos últimos anos, a entidade exerceu papel central na adaptação de regimes de serviços diante de mudanças associadas ao desenvolvimento de novas tecnologias.¹⁰

Quando se trata dos serviços de *streaming*, as decisões recentes mais importantes são quanto à sua adequação ou não enquanto SVA ou enquanto serviço de telecomunicação, pois ela se reflete na aplicação da Lei do SeAC ou não a esses serviços. Desde os surgimentos dos serviços de *streaming* no Brasil, estes vinham sendo tratados pela Anatel como SVA, pois, apesar de se poder fazer paralelo entre o tipo de conteúdo consumido por eles e pelas TVs a cabo¹¹, a estrutura por demanda impunha uma barreira conceitual aos serviços. No entanto, um caso significativo para o debate surgiu quando, em 2018, os canais do grupo FOX¹² ofereceram no País um serviço pago, totalmente distribuído pela internet de acesso a seus canais lineares, ou seja, não por demanda, mas exatamente os mesmos canais, de programação contínua oferecidos também pelas operadoras de TV paga.

¹⁰ FERNANDES, op. cit, p. 110.

¹¹ O conceito de TV a Cabo será apresentado adiante, no item 2 do presente trabalho.

¹² FOX LATIN AMERICAN CHANNELS DO BRASIL LTDA, empresa atuante no mercado de programação e atividades relacionadas à televisão por assinatura.

Para o entendimento do caso, é importante ressaltar que o que se fará aqui é um breve resumo do caso e suas decisões e pareceres mais relevantes com relação ao debate da natureza jurídica dos serviços de OTT e de telecomunicações segundo a legislação atinente, sem deixar de considerar toda a complexidade do processo, mas para extrair de suas movimentações, as argumentações mais relevantes para a finalidade aqui desejada.

2 O caso: Claro *versus* Fox

Para a finalidade do presente trabalho, a análise do caso se concentrará em analisar os 3 momentos de maior relevância quanto à discussão sobre a natureza jurídica dos *streamings* lineares. Esses momentos são: a inicial protocolada pela Claro¹³, juntamente com a réplica oferecida pela Fox; um despacho decisório que produziu cautelarmente um efeito momentâneo; e por fim a decisão final sobre a questão, produzida pelo colegiado de conselheiros da ANATEL. Esses três momentos são importantes pelo fato de que são neles onde acontecem os principais debates e onde são enfrentadas as teses das partes e dos pareceres apresentados.

Em 12 de dezembro de 2018, foi protocolado pela empresa Claro, uma denúncia com pedido de cautelar contra a empresa Fox, com a alegação de que esta estaria oferecendo e prestando serviços de telecomunicações através da disponibilização de canais de conteúdo linear via *internet*, produto denominado Fox+, sem a outorga de SeAC, sendo, segundo a empresa Claro, uma prestação “clandestina” do SeAC, pelo que solicitou: (i) a determinação à Fox para imediata interrupção da oferta do produto mencionado; (ii) o encaminhamento de cópia dos autos ao Ministério Público Federal para investigação acerca da prática do crime tipificado no art. 183 da LGT e (iii) a

¹³ Claro S.A. é uma empresa concessionária de telefonia móvel e fixa, banda larga e TV por assinatura.

determinação à Fox para informar o número de assinantes do produto Fox+, para viabilizar a contabilização dos prejuízos.

As causas apontadas pela autora para a identificação do serviço como de telecomunicação se devem a cinco motivos principais, a seguir destacados:

a) a aplicação oferecida pela Fox disponibilizaria canais ao vivo, com programação linear, sem a necessidade de assinatura de um pacote de TV;

b) o produto em questão caracterizar-se-ia como SeAC, pois: (i) oferta conteúdo audiovisual a assinantes por meio de pacotes; (ii) a Lei no 12.485, de 12 de setembro de 2011 (Lei do SeAC), não faz distinção acerca da tecnologia utilizada para transmissão, podendo ser por meio de rede de terceiros; (iii) a disponibilização é feita mediante remuneração; (iv) o conteúdo é organizado em sequência linear temporal com horário predeterminado; e (v) a Fox mantém relação direta com o consumidor, no que diz respeito à comercialização, faturamento e cobrança;

c) a Lei do SeAC estabeleceria a neutralidade tecnológica, incluindo a possibilidade de utilização da *internet* para distribuição do conteúdo;

d) a plataforma não se enquadraria como Serviço de Valor Adicionado (SVA), pois a Lei do SeAC, posterior à Lei no 9.472, de 16 de julho de 1997 (Lei Geral de Telecomunicações - LGT), estabelece que a oferta de conteúdo audiovisual nas condições por ela indicadas, quaisquer que sejam os meios eletrônicos, caracteriza-se como serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado em regime privado; e

e) a Anatel teria externado entendimento de que a definição do SeAC não restringiria a utilização de novas tecnologias na prestação do serviço, tais como

o IPTV (IP Television)¹⁴, quando da aprovação da Resolução no 581, de 26 de março de 2012, que aprovou o Regulamento do SeAC.¹⁵

A Claro ainda apontou algumas consequências do enquadramento do serviço prestado pela Fox como SVA, tais como (i) a desobrigação quanto às obrigações previstas no SeAC quanto à veiculação de conteúdo audiovisual, notadamente, no que se refere às limitações de controle e titularidade e ao estímulo à produção nacional; (ii) a vulneração dos direitos dos consumidores e (iii) o desequilíbrio concorrencial e prejuízos de ordem tributária.

A manifestação por parte da Fox, em resposta às alegações da denunciante, apresentou como principais argumentos de mérito em sua defesa que¹⁶:

a) a caracterização do SeAC dar-se-ia apenas nos casos em que um prestador execute um conjunto de atividades, dentre as quais se incluem, ao menos, a recepção de canais de programação por assinantes e a distribuição de conteúdo linear, sendo esta última definida como "atividades de transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos [...] por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros";

b) a distribuição de que cuida a Lei do SeAC seria aquela que se dá por intermédio de uma rede de telecomunicações que permite, em lados distintos, a distribuição e a recepção de conteúdos audiovisuais. Tal oferta de telecomunicação poderia ser amparada em tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer;

c) as ofertas acessíveis via Internet operam em lógica de acesso, pelo internauta, a partir do serviço de telecomunicações por ele contratado e remunerado,

¹⁴ IPTV segundo a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura é: "É a tecnologia para transmissão de conteúdo em vídeo digital, incluindo canais de TV, entregue por meio do uso do protocolo IP. Esta distribuição pode ser feita pela internet pública ou por uma rede privada, também via IP." ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Glossário. Disponível em: < <http://www.abta.org.br/glossario.asp#t>> . Acesso em 12 de nov. de 2021.

¹⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Análise nº 163/2020/VA. Voto do Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto. Brasília, DF, 2020, p. 2.

¹⁶ Ibidem, p. 5.

diferindo-se da prestação de SeAC, o qual envolve a figura do assinante passivo, receptor de um conteúdo distribuído;

d) existiriam posicionamentos prévios da Agência com entendimento de que as plataformas disponibilizadas pela Internet teriam a natureza de SVA¹⁷;

e) haveria a necessidade de se avaliarem as consequências práticas da tomada de decisão, inclusive sobre a competição e o bem-estar dos consumidores;

f) não estariam presentes os requisitos necessários para a concessão de medida cautelar.

Esse processo atraiu grande interesse por parte de diversos agentes econômicos desse mercado, bem como como associações de representantes do audiovisual e de radiodifusão, como a ABERT - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE EMISSORAS DE RÁDIO E TELEVISÃO, e a ABRATEL - ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE RÁDIO E TELEVISÃO, Associação Brasileira de Over The Top's - Ott's, TAP BRASIL – ASSOCIAÇÃO DOS PROGRAMADORES DE TELEVISÃO, a MPA - MOTION PICTURE ASSOCIATION AMÉRICA LATINA, entre outras, que adentraram ao processo como terceiras interessadas em defesa do enquadramento dos serviços de streaming lineares como SVA e, portanto, do lado da Fox no processo, com a juntada de pareceres nesse sentido como se verá adiante. Da parte da Claro, foram juntados pareceres de economistas e juristas no sentido de sua tese. A discussão do tema correu em diversos processos administrativos da Anatel, a saber, os de números: 53500.056473/2018-24, 53500.057279/2018-66 e 53500.022573/2019-38 até serem finalmente decididos no processo de número 53500.022476/2019-45 que, por conexão, consolidou a tese ora vigente.

¹⁷ A Anatel classificou os serviços de telefonia disponibilizados por plataformas de internet como SVA. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). ANATEL esclarece uso de VoIP para oferta de serviço de voz. ANATEL Imprensa, 11 nov. 2005. Disponível em: <goo.gl/kCFL6Z>

A ABERT e ABRATEL, apresentaram conjuntamente os pareceres do professor Gustavo Binenbojm e outro dos professores Caio Mario Neto e Ronaldo Lemos, ambos sustentando a rejeição da denúncia apresentada pela Claro.

De início, argumentam que a configuração do SeAC demandaria a participação, da prestadora de serviços, na efetiva entrega do conteúdo por meio de infraestrutura dedicada, sob sua ingerência e responsabilidade, viabilizando assim a recepção do serviço pelo assinante. Assim, sustentam que a oferta de SeAC através da internet não desconfiguraria o serviço, desde que a prestadora o fizesse por infraestrutura de dedicada, como é o caso do IPTV.

Acrescentam que as plataformas em questão estariam enquadradas no conceito legal de aplicações de internet, previsto no art. 5º, inciso VII, da Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet), atraindo a incidência da categoria de Serviço de Valor Adicionado, nos termos do art. 61 da LGT.

Ademais, os pareceristas afirmam que os serviços OTT não se encaixariam na categoria “serviços de telecomunicações”, com fundamento na jurisprudência do STJ – Superior Tribunal de Justiça no sentido de que este enquadramento demandaria que o serviço possibilitasse a emissão, transmissão ou recepção de informações, o que não seria o caso.

Trazem, ainda, argumentos referentes ao âmbito concorrencial, no sentido que a restrição da propriedade cruzada, no caso dos serviços OTT, importaria em asfixia da concorrência, ao invés da sua necessária promoção. Também afirmam que a exigência de promoção do conteúdo nacional prevista na Lei do SeAC não se justificaria no ambiente do OTT, pois haveria maior acessibilidade a diferentes conteúdos, inclusive nacionais e independentes, o que contemplaria o poder de escolha dos usuários em ampla medida.

Rejeitam a competência da Anatel para regular OTTs, por considerarem que a matéria deveria ser disciplinada por Lei, apontando, ainda, para a necessidade de se ter em vista as consequências da classificação dos serviços em análise como SeAC.

Por fim, suscitam o conceito de “neutralidade tecnológica” para afirmar que a sua abrangência seria restrita às tecnologias de prestação do serviço de televisão por assinatura vigentes anteriormente à Lei do SeAC, a exemplo de MMDS, TVA, TVC e DTH¹⁸.

Na mesma linha de raciocínio, foram também apresentadas as razões da TAP Brasil e a MPA-AL, que, em conjunto, acrescentaram alguns argumentos à controvérsia.

Afastam a competência da Anatel para fiscalizar e regular qualquer distribuição de material audiovisual que não seja aquela definida como distribuição na Lei do SeAC, sendo que os aplicativos de conteúdo, sejam em forma linear, ao vivo ou sob demanda, não estariam inseridos nessa atividade, já que o usuário da Internet é que acessaria os serviços disponibilizados. Assim, a agência reguladora estaria regulando atividade alheia à sua área de competência e, ademais, estaria legislando, ao equiparar a disponibilização de conteúdos na internet à distribuição do SeAC.

Acrescentam que o compartilhamento de rede não poderia se confundir com o uso que um SVA faz sobre a rede e arrematam que a neutralidade tecnológica mencionada na

¹⁸ Siglas que significam respectivamente: Multipoint Multichannel Distribution System ou em sua tradução, Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal; Serviço especial de Televisão por Assinatura; TV a cabo e Direct to Home. Estas são modalidades de oferta de conteúdo audiovisual por assinatura existentes à época da criação da lei do SeAC, regulamentadas principalmente pela lei 8.977/1995 que foi parcialmente revogada pela lei do SeAC, bem como pela resolução 581/2012 da Anatel.

As definições, segundo a Associação Brasileira de Televisão por Assinatura, são:

“MMDS - É uma das modalidades de serviços especiais que se utiliza de faixa de microondas para transmitir sinais a serem recebidos em pontos determinados dentro da área de prestação do serviço.”

“TVA - É o serviço de telecomunicações destinado a distribuir sons e imagens a assinantes, por sinais codificados, mediante a utilização de canais do espectro radioelétrico; sendo permitida, a critério do poder concedente, a utilização parcial sem codificação.”

“TV a cabo - é o serviço de telecomunicações que consiste na distribuição de sinais de vídeo e/ou áudio a assinantes, mediante transporte por meios físicos.”

“DTH - É uma das modalidades de serviços especiais que tem como objetivo a distribuição de sinais de televisão ou de áudio, bem como de ambos, através de satélites, a assinantes localizados na área de prestação de serviço.”

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Glossário. Disponível em: <<http://www.abta.org.br/glossario.asp#t>> . Acesso em 12 de nov. de 2021.

Lei do SeAC estaria associada apenas aos meios de prestação de serviços de telecomunicações, o que não seria o caso das OTTs.

Ainda entre os terceiros interessados, a Abott's sustentou que o SeAC se caracterizaria pela entrega, ligação e conexão final do conteúdo contratado, sendo que a entrega e transmissão do sinal seriam uma atribuição da prestadora de serviço de telecomunicações, por meio de uma rede dedicada para tal finalidade.

Nesse sentido, afirmou que as funcionalidades de transmissão de conteúdo audiovisual linear sobre a *internet* seriam apenas as plataformas encarregadas da exibição do conteúdo, cabendo ao usuário final acessar a Internet por meio de uma estrutura dedicada de telecomunicações. Ademais, considerando que a plataforma *online* não teria ingerência sobre a infraestrutura de Internet, não poderia se responsabilizar pela transmissão e recepção ao consumidor final.

Quanto ao ponto, argumenta que a aplicação na *Internet* estaria restrita ao armazenamento, ao tratamento e à disponibilização de conteúdo, pelo que não estaria inserida no escopo do serviço de acesso condicionado.

Aduzem que a natureza jurídica das aplicações de internet que disponibilizam conteúdo audiovisual linear seria de SVA, tendo em vista a sua dependência das infraestruturas de suporte compartilhadas.

Por fim, menciona que as aplicações via Internet não teriam sido suscitadas pelo legislador na justificativa do projeto que deu origem à Lei do SeAC e que a Lei nº 13.874, de 20 de setembro de 2019, Lei de Liberdade Econômica, permitiria a livre comercialização de novas modalidades de produtos e serviços quando fosse constatada a desatualização da legislação infralegal em decorrência do desenvolvimento tecnológico estrangeiro.

Essa questão foi inicialmente analisada em 13/06/2019 no processo nº 53500.022573/2019-38 pela área técnica da Anatel em sede de cautelar, atendendo ao

pedido da autora. A decisão determinava que a Fox passasse a condicionar os seus canais lineares disponibilizados pela internet a autenticação de SeAC até que fosse definitivamente decidido o mérito da questão. Entre as justificativas da cautelar foram elencados o intuito de resguardar o interesse público e evitar danos irreparáveis, visando o não esvaziamento das políticas públicas estabelecidas pela lei 12.485/2011, como os estímulos à produção nacional, tanto do ponto de vista do conteúdo como das obrigações tributárias por ela impostas.

Por fim, a questão foi decidida no processo de número 53500.022476/2019-45¹⁹, no dia 9 de setembro de 2020 pelo colegiado de conselheiros da Anatel. A decisão final foi por enquadrar os Streamings lineares como SVA e não como serviço de telecomunicação, não sendo, portanto, aplicáveis as regulações da lei 12.485/2011 para esse tipo de serviço.

É importante ressaltar que a decisão foi unânime no sentido do enquadramento desse tipo de serviço como SVA, restando as divergências apenas com relação a que medidas seriam necessárias com relação à inclusão desse tema junto ao Ministério das Comunicações ou da agenda regulatória bienal da própria agência, entre outras; e levando em consideração ainda a assimetria regulatória existente, a partir deste entendimento, entre Seac e streamings lineares OTTs e a sua importância para se resguardar o interesse público. O voto vencido²⁰ foi o que sugeriu a tomada desse tipo de ação, enquanto o voto vencedor²¹ foi no sentido de uma maior simplificação regulatória, deixando de propor a adoção de qualquer medida de análise para consulta de eventual alteração regulatória.

Essa atuação por parte da Anatel nos leva a refletir se o regime jurídico da regulação das telecomunicações brasileiro consegue dar conta da dinâmica das atividades

¹⁹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.022476/2019-45. Acórdão nº 472. Brasília, DF, 2020.

²⁰ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Análise nº 163/2020/VA. Voto do Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto. Brasília, DF, 2020.

²¹ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.022476/2019-45. Voto nº 22/2020/EC. Voto do Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira. Brasília, DF, 2020.

econômicas desse tipo de mercado, do ponto de vista não só dos agentes provedores desses serviços e dos consumidores, mas também das políticas públicas desenhadas para o setor, considerando haver toda uma política de estímulo à produção nacional, como o objetivo de promover efeitos culturais e de geração de empregos, previstas na lei do SeAC, com previsão de arrecadação específica para estes fins, entre outros objetivos.

2.1 – A controvérsia jurídica

No caso em questão, as fundamentações jurídicas que embasaram as argumentações de todos os agentes envolvidos no processo, se deu principalmente através dos pareceres juntados no processo administrativo, por meio dos quais se inauguraram o debate efetivo sobre o tema, em termos teóricos e analíticos, visto que por conta de seu ineditismo, carece de doutrina específica sobre o tema, ainda que não seja novidade não apenas o dilema entre os mecanismos jurídicos de regulação em determinado setor e os novos modelos de negócios e serviços, nem mesmo no campo das telecomunicações, visto que a Anatel já havia se debruçado anteriormente com questão semelhante, no caso dos serviços de ligação via *internet*, os chamados VoIP²². No entanto, a questão da regulamentação dos streamings lineares guarda algumas especificidades que só poderão ser melhor compreendidas se analisados os argumentos suscitados nesses pareceres, bem como o posicionamento da Anatel.

²² FERNANDES, op. cit.

VoIP é um acrônimo para Voice over Internet Protocol. Sua definição, segundo o glossário da Associação Brasileira de Telecomunicações é: "VoIP: Voz sobre IP ou Voice Over IP. A tecnologia "Voice-over-IP" (VoIP) permite a transmissão em tempo real de sinais de voz colocados em pacotes de dados sobre redes IP que empregam Transmission Control Protocol (TCP), Real-Time Transport Protocol (RTP), User Datagram Protocol (UDP) e Internet Protocol (IP). Nos sistemas de VoIP, os sinais analógicos de voz são digitalizados e transmitidos como um stream de pacotes sobre uma rede de dados. As redes IP permitem que cada pacote possa encontrar o caminho mais eficiente para chegar a um determinado destino num dado instante, utilizando desta maneira os recursos de uma determinada rede de uma forma eficaz. ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES. Glossário. Disponível em: < https://telebrasil.org.br/component/docman/doc_download/790-glossario-de-siglas?Itemid=> . Acesso em 12 de nov de 2021.

Das teses em defesa do enquadramento dos Streamings lineares como SeAC, inicialmente temos o parecer do professor titular da Fundação Getúlio Vargas – FGV, Carlos Ari Sunfeld²³. No momento de sua contribuição, a área técnica da Anatel havia se posicionado no sentido do enquadramento desse tipo de serviço como SeAC, com o quê de pronto o professor concorda, e inicialmente aponta que apesar de semelhantes a outros debates similares na atualidade, como os já citados serviços de VoIP, ou os serviços de transporte individual de passageiros (Uber²⁴ e outros), existem especificidades que diferenciam de forma marcante a análise deste caso. Em todos esses casos geralmente a regulação do serviço em questão é suscitada para confrontar e impedir a prestação do serviço que possa desestabilizá-la ou até eliminá-la. O professor aponta ainda que a tendência jurídica no Brasil tem sido no sentido de proteger a inovação e a liberdade de iniciativa.

No entanto aponta que a questão posta neste caso não coloca em risco esta proteção, e, assim, afasta o debate da livre iniciativa e inovação como uma questão de peso sobre o tema, indicando não haver contrariedade a tais valores, qualquer que seja a sua interpretação. Seu ponto é justamente a identificação da natureza jurídica da nova atividade perante o segmento de telecomunicações, a partir do que rege a lei do SeAC, e o primeiro ponto de seu argumento é o de que, ao contrário da maioria das situações onde o dilema entre regulação e inovação aparece, a legislação sobre o serviço regulado é anterior e alheia à inovação em questão, e por esse fato, os agentes dos serviços regulados tendem a se utilizar do anacronismo legislativo para tentar impedir atividades inovadoras. No entanto, este não é o caso da lei do SeAC segundo o professor. Ela não é omissa quanto ao problema em questão e já foi criada num ambiente de convergência tecnológica, e, portanto, adaptada a lidar não apenas com o estado de coisas do momento em que foi criada, como com as possibilidades futuras dentro do setor.

Antes da Lei do SeAC, as normas aplicáveis aos serviços de TV pagas eram a Lei da TV a Cabo (Lei 8.977/1995) e a Lei Geral de Telecomunicações (Lei 9.472/1997), que

²³ SUNDFELD, Carlos Ari. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3606767. Brasília, DF, 2018.

²⁴ Quanto ao Uber, vide o RE 1.054.110 e a ADPF 449 do STF- Supremo Tribunal Federal.

se aplicava também aos serviços de TV por assinatura que não necessitavam de cabos em sua distribuição. A lei do SeAC surgiu então com o intuito de uniformizar o tratamento dos serviços de conteúdos audiovisuais ofertados mediante remuneração, e os denominou de “serviços de acesso condicionado”, optando claramente por um conceito desatrelado à infraestrutura de distribuição, como era anteriormente. O objetivo opção por abrangência é claro, segundo o professor, tanto quando apresenta o conceito de distribuição, quanto na própria definição do serviço constante da lei em seu artigo 2º, inciso X e XXIII²⁵.

O parecer enfrenta ainda, a possível argumentação do enquadramento dos *streamings* lineares como SVA, por conta de o serviço não ser distribuído pela empresa contratada, e sim por algum tipo de serviço de internet, assim como ocorre com os serviços de voz sobre IP (Voip), ou seja, aqueles serviços de voz por aplicativos como *WhatsApp, Facetime, Telegram, Skype*, entre outros, que são considerados SVA pela própria Anatel, com base no artigo 61 da LGT. Aqui se argumenta que a mesma análise não pode ser feita no caso em questão, pois a Lei do SeAC (2011) é posterior à LGT (1997) e específica quanto ao tema, e que expressamente afasta a diferenciação entre os serviços que empregam meios de telecomunicação e os próprios serviços de telecomunicação sempre que houver caracterizado a oferta de conteúdo audiovisual nas condições por ela previstas, serão “serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado em regime privado”, e, dessa forma, sujeitas às regulações previstas na Lei do SeAC. Nesse sentido, não seria adequado sujeitar o *streaming* de canais lineares à LGT

²⁵ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

X – Distribuição: atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras;

(...)

XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

para extrair a interpretação de que seria SVA, pois a lei criou um tipo de serviço de telecomunicação específico, o serviço de acesso condicionado.

Quanto ao impedimento do surgimento de novas tecnologias, Carlos Ari Sundfeld aponta que a lei do SeAC não impede o surgimento das mesmas, justamente por ser uma legislação flexível à evolução tecnológica. Ela não impõe nenhum tipo de restrição à quantidade, preços ou inserção de conteúdo, que poderiam ser interpretadas como algum tipo de atentado à liberdade de iniciativa. O que ela faz é tão somente condicionar o serviço aos princípios estabelecidos na Constituição Federal referentes à comunicação social, que foram trazidos pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002, e torná-los exequíveis. As determinações constitucionais trazidas desde então, dizem respeito à comunicação social, que também expressa a sua abrangência a qualquer tipo de meio empregado para alcançá-los, e garantir de forma mais ampla o sentido previsto no artigo 221²⁶.

Ainda com referência a suposta barreira à entrada de novos agentes e do surgimento de tecnologia, o professor aponta que o próprio STF já se manifestou quanto ao caráter aberto da Lei do SeAC, na ADI 4.923-DF, de forma unânime, ao tratar da necessidade de processo licitatório para a outorga de SeAC, afastando esta possibilidade justamente por se tratar de atividade de natureza abrangente e não limitada ao número de prestadores, por conta da ampla possibilidade de meios para a prestação, que se deu por conta da convergência tecnológica.

²⁶ Constituição Federal

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 222. (...)

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. (Incluído pela Emenda Constitucional no 36, de 2002)

O parecer seguinte, de Manoel Rangel Neto²⁷, ex-diretor-presidente da ANCINE – Agência Nacional do Cinema, no período de 2006 a 2017, se propôs a responder a partir de uma interpretação sistemática às questões trazidas pela Claro, principalmente se a distribuição de canais lineares por empresas OTTs configurariam Serviço de Acesso Condicionado – SeAC, nos termos da Lei 12.485/2011, mesmo que no caso do serviço de apenas um canal, e se portanto estariam sujeitas às mesmas obrigações dispostas para o SeAC que são operadas por redes dedicadas.

O parecerista apresenta a neutralidade como ponto central da Lei 12.485/2011 assim como referido no parecer anterior, apontando também o contexto de criação da lei, já num cenário de convergência digital, e apontando a abrangência dos meios utilizados para o fornecimento do serviço, o já citado artigo 2º, inciso XXIII da lei, e sim a relevância da atividade exercida pela empresa, contida no artigo 4º, incisos I a IV²⁸. Mas o parecer não aponta apenas estes fundamentos para justificar esta neutralidade, apontando o fato de que ela aparece permeada por toda a lei, e em seu primeiro artigo²⁹, e continua apontando múltiplas vezes em que a neutralidade é tratada, como nos incisos VI, VII, X, XXIII do artigo 2º e no artigo 32, ao tratar dos canais obrigatórios³⁰.

²⁷ RANGEL, Manoel. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3606768. Brasília, DF, 2018.

²⁸ Art. 4º São atividades da comunicação audiovisual de acesso condicionado:

- I - produção;
- II - programação;
- III - empacotamento;
- IV - distribuição.

²⁹ Art. 1º Esta lei dispõe sobre a comunicação audiovisual de acesso condicionado.

³⁰ Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

VI - Comunicação Audiovisual de Acesso Condicionado: complexo de atividades que permite a emissão, transmissão e recepção, por meios eletrônicos quaisquer, de imagens, acompanhadas ou não de sons, que resulta na entrega de conteúdo audiovisual exclusivamente a assinantes;

VII - Conteúdo Audiovisual: resultado da atividade de produção que consiste na fixação ou transmissão de imagens, acompanhadas ou não de som, que tenha a finalidade de criar a impressão de movimento, independentemente dos processos de captação, do suporte utilizado inicial ou posteriormente para fixá-las ou transmiti-las, ou dos meios utilizados para sua veiculação, reprodução, transmissão ou difusão;

X - Distribuição: atividades de entrega, transmissão, veiculação, difusão ou provimento de pacotes ou conteúdos audiovisuais a assinantes por intermédio de meios eletrônicos quaisquer, próprios ou de terceiros, cabendo ao distribuidor a responsabilidade final pelas atividades complementares de comercialização, atendimento ao assinante, faturamento, cobrança, instalação e manutenção de dispositivos, entre outras;

Há ainda o parecer do economista João Rezende³¹, ex-presidente da Anatel no período entre 2011 a 2016, que de forma sucinta, além de reafirmar os argumentos quanto à neutralidade tecnológica como aspecto central da lei do SeAC, apontou os riscos econômicos e concorrenciais do não enquadramento das OTTs de canais lineares às suas condicionantes, como o desequilíbrio concorrencial gerado pela diferença de carga tributária, menor no caso dos serviços SVA por incidir apenas o ISS, que varia entre 2% e 5%, enquanto ao SeAC incide o ICMS, que varia entre 10% e 15%, fora o fato de que o fato no caso das OTTs de canais lineares serem disponibilizadas pelas mesmas empresas que produzem os programas pode ser prejudicial para a economia, na medida em que favorecerá os grandes grupos, e assim expulsando ou criando uma barreira à entrada aos pequenos.

Por fim, entre os defensores dos *streamings* lineares como SeAC, há o parecer do jurista e ex-ministro do Supremo Tribunal Federal Carlos Ayres Britto³², que tem como foco a caracterização do serviço de acesso condicionado tendo sua substância jurídica definida a partir do conteúdo, a relevância constitucional deste tipo de serviço por se tratar de comunicação social, e portanto regido por ela, a desnecessidade da atuação na distribuição direta, com infraestrutura própria para o seu alinhamento à carta Magna, e à adequação dos serviços de *streamings* lineares ao Marco Civil da Internet.

XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer.

Art. 32. A prestadora do serviço de acesso condicionado, em sua área de prestação, independentemente de tecnologia de distribuição empregada, deverá tornar disponíveis, sem quaisquer ônus ou custos adicionais para seus assinantes, em todos os pacotes ofertados, canais de programação de distribuição obrigatória para as seguintes destinações:

³¹ REZENDE, João. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3700296. Brasília, DF, 2019.

³² BRITTO, Carlos Ayres. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4311042. Brasília, DF, 2019.

Segundo este parecer, não se deve confundir os serviços de valores adicionados, que adicionam alguma funcionalidade à determinado meio de comunicação, que é próprio da natureza criativa humana, da prestação de um serviço em que há uma legislação específica definidora de seu teor, e que afirma expressamente a sua independência à determinado meio tecnológico. E ainda nessa argumentação, é demonstrado que a própria LGT, no mesmo artigo 61 que dispõe sobre os serviços de valor adicionados, confere à Anatel a competência de regular os “condicionamentos” dos usos das redes de comunicação.

Outro ponto apontado é o de que, a lei do SeAC, é justamente aquela que veio dar substância e normatividade aos mandados constitucionais referentes à “Comunicação Social”, por sua vez pertencente ao título “Da Ordem Social”, principalmente os artigos 221 e o §3º do 222³³.

Sendo assim, desde a redação dada pela Emenda Constitucional 36/2002, ao §3º do artigo 222, que os princípios contidos no artigo 221 recaem sobre todos os meios de comunicação social eletrônica, independente do meio empregado para tal. Nesse sentido, a não configuração de um meio de comunicação social, como os *streamings* lineares ao enquadramento da lei específica que concretiza este mandato constitucional tem o condão de esvaziar e tornar sem sentido não apenas a lei do SeAC em si, mas do próprio mandamento constitucional, num cenário de convergência em aceleração constante.

³³ Constituição Federal

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Art. 222

(...)

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na execução de produções nacionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 36, de 2002)

Por outro lado, os pareceres contrários ao enquadramento dos streamings lineares ao SeAC tiveram seus argumentos levantados inicialmente através do parecer do Doutor Gustavo Binembojm³⁴, professor titular da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ. Os principais pontos apresentados neste parecer dizem respeito à de que a Lei do SeAC teria suas definições construídas a partir dos conceitos de serviços de telecomunicações estabelecidos na LGT, e que a transposição das regras do SeAC ao ambiente OTT contraria as regras desta última, pois a partir desta constatação, estes serviços seriam evidentemente SVA.

Como afirmação do primeiro ponto, o primeiro conteúdo normativo analisado, é o já citado inciso XXIII do artigo 2º da Lei do SeAC, mas aqui com o argumento de que o uso de “*serviços de telecomunicações*” nela inserido, só podem ser entendidos a partir do conceito de telecomunicação previsto no também citado artigo 6º da LGT, e não teria criado um novo tipo específico, justificando, portanto, uma coerência sistemática entre ambas as leis. Este é o substrato para se inferir que um serviço só pode ser considerado telecomunicação quando é responsável pelo controle e gestão da infraestrutura comunicacional, ou seja, quando ela é uma rede dedicada a determinado serviço.

O parecer afirma que a coincidência de expressões entre a Lei do SeAC e a LGT - a exemplo das obrigações típicas dos serviços de telecomunicações como “emissão, transmissão e recepção” presentes na conceituação de comunicação social de acesso condicionado (art. 2º, inciso VI) e na “manutenção de equipamentos” no artigo 33, inciso II³⁵, que demonstraria a necessidade do gerenciamento das redes para esta configuração - denotaria que a própria resolução 581/2012 que regulamentou o SeAC, atribui às

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4014256. Brasília, DF, 2019.

³⁵ O artigo 2º inciso VI está descrito anteriormente.

Art. 33. São direitos do assinante do serviço de acesso condicionado, sem prejuízo do disposto na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990 (Código de Defesa do Consumidor), e nas demais normas aplicáveis às relações de consumo e aos serviços de telecomunicações:

(...)

II - contratar com a distribuidora do serviço de acesso condicionado os serviços de instalação e manutenção dos equipamentos necessários à recepção dos sinais;

prestadoras a obrigação de gerenciamento de redes e de evitar interrupções³⁶. A conclusão deste ponto portanto é que não é possível haver serviço de acesso condicionado sem a prestação de serviço de telecomunicações, e que isso significa necessariamente a atuação de um mesmo agente responsável pela entrega e gerenciamento desta infraestrutura de rede, ainda que indiretamente.

Sob o ponto de vista concorrencial, o parecer aponta de que os instrumentos criados na lei do SeAC para limitar a verticalização, restringindo aos distribuidores a possibilidade de também atuarem nas atividades de programação e produção tiveram como objetivo reduzir o potencial de dominação do mercado e estimular a concorrência. Por conta disto seria contraditório uma lei criada com este estímulo seja utilizada agora para restringir o número de atores, pois este seria o efeito da consideração dos Streamings lineares como SeAC. Argumenta ainda que os serviços de OTTs trouxeram benefícios aos consumidores não apenas pela oferta de novos produtos, como a preços reduzidos.

O parecer dos Doutores Caio Mario da Silva Pereira Neto e Ronaldo Lemos³⁷ reforça a ideia de que a assinatura de SeAC está relacionada a um provimento de serviço de telecomunicação, que a lei não contém nenhuma definição de “serviço de telecomunicações” devendo ser portanto considerado o conceito previsto na LGT e que como os serviços oferecidos pela *internet* não detém o gerenciamento das redes de distribuição, este não poderia ser considerado como tal, apontando também que que o

³⁶ Art. Resolução 581/2012 da Anatel

³⁰ Art. 3º Para os efeitos deste Regulamento, aplicam-se as seguintes definições, além de outras adotadas pela legislação e pela regulamentação:

(...)

VIII - Centro de Gerência de Rede: setor da Prestadora responsável por supervisionar e gerenciar o planejamento, o provisionamento, a instalação, a operação e a manutenção da rede da Prestadora;

Art. 9º A Prestadora deverá manter em território nacional infraestrutura que propicie, no mínimo:

(...)

III - gerência da prestação do serviço, que incluirá necessariamente a ativação, a suspensão e o cancelamento do serviço, assim como a possibilidade de alteração de planos de serviço, de monitoração da qualidade, tratamento das interrupções e do restabelecimento do serviço no caso de eventual falha;

³⁷ PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva e LEMOS, Ronaldo. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4407366. Brasília, DF, 2019.

distribuidor tem a responsabilidade pelas atividades relacionadas à fruição desta, como a instalação e manutenção dos equipamentos, conforme o inciso X do artigo 2º da lei do SeAC, o que seria impossível no caso dos serviços feitos por streaming, já que estes não são os responsáveis pela distribuição. Aponta que a Anatel, por ser responsável pela regulação das atividades de distribuição, não poderia alargar o conceito de telecomunicações para abarcar uma atividade prestada fora desta camada de infraestrutura, tendo como base o artigo 29 da mesma lei, e se o fizesse, isto seria teratológico e ilegal, pois estaria regulando conteúdo, e não a infraestrutura.

Quanto ao tema da neutralidade tecnológica inferida pela legislação do SeAC, este parecer aponta que ela não pode ser entendida como toda e qualquer tecnologia empregada para a disponibilização do conteúdo audiovisual, pois o que a lei fez na verdade foi unificar em uma só norma os serviços existentes no momento de sua criação, como as modalidades de transmissão através de cabos, satélite, espectro eletromagnético, todas elas ofertadas a partir de redes diretamente gerenciadas.

Um outro ponto abordado neste parecer diz respeito à necessidade de uma análise consequencialista, à luz do reforço dado pelo Decreto nº 9.830/2019 que regulamentou dispositivos da Lei 13.655/2018 e estabeleceu que as motivações das decisões devem levar em conta a contextualização dos fatos e sua congruência com as normas, assim como as consequências práticas das decisões que possam ser apreendidos diante do caso em questão³⁸, esse argumento é utilizado para justificar que não é possível se constatar uma migração automática e acelerada dos serviços OTTs com relação à TV por assinatura tradicional, que continuam sendo agentes relevantes no mercado, e mesmo que assim fosse, esse argumento não justificaria esse enquadramento pelo fato de que estes serviços se diferenciam no ordenamento jurídico brasileiro, e só poderia ter interpretação diversa

³⁸ Decreto nº 9.830/2019, art. 2º, caput e §1º: “Art. 2º A decisão será motivada com a contextualização dos fatos, quando cabível, e com a indicação dos fundamentos de mérito e jurídicos. § 1º A motivação da decisão conterá os seus fundamentos e apresentará a congruência entre as normas e os fatos que a embasaram, de forma argumentativa”.

Decreto nº 9.830/2019, art. 3º *caput*: “Art. 3º A decisão que se basear exclusivamente em valores jurídicos abstratos observará o disposto no art. 2º e as consequências práticas da decisão”.

a partir de uma nova regra jurídica. Além disto, considerar os serviços de canais lineares OTTs, contrariaria o artigo 170, parágrafo único da Constituição Federal, que preza pela livre iniciativa³⁹, reforçada pela lei 13.874, conhecida como Lei da Liberdade Econômica, que enfatiza a presunção da liberdade em atividades econômicas, sendo a intervenção estatal subsidiária. Este parecer também levanta a possibilidade de imposição de barreiras à entrantes no mercado, logo diminuindo a competitividade e reforçando o poder dos prestadores de SeAC atuais, afrontando os princípios constitucionais da livre concorrência e distorcendo os métodos de interpretação jurídica.

O voto vencedor e produtor do acórdão final foi muito objetivo e sucinto⁴⁰, basicamente apontando que, segundo o inciso XXIII do artigo 2º da lei 12.485/2011, o serviço de acesso condicionado é um serviço de telecomunicação, e que como os streamings lineares demandam a contratação de um serviço de comunicação para o seu uso, este se enquadra ao artigo 61 da lei 9.472/1997 (LGT) e que portanto é um serviço de valor adicionado, e portanto excluídos da legislação do SeAC, além de apontar essa interpretação em linhas com a lei 12.965/2014 (Marco Civil da Internet) e com a Resolução 581/2012 da Anatel que regulamenta o SeAC. Por fim aponta que da decisão em questão não necessita de nenhuma alteração legal ou da regulamentação aplicável ao SeAC.

3 – Análise da questão

³⁹ Constituição Federal. Art. 170, caput. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

(...)

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei. (Vide Lei nº 13.874, de 2019)

⁴⁰ O voto em questão está citado na página 14.

Nesta parte, será feita uma análise crítica não apenas dos breves argumentos dados na decisão final do órgão regulador setorial brasileiro, bem como em demais questões apresentadas no decorrer do processo, e que não foram enfrentadas ao menos no acórdão final, e que poderiam embasar decisão diversa, em diferentes tipos de interpretação jurídica, ainda à luz das mesmas legislações analisadas.

A lei do SeAC é uma lei criada num momento histórico de convergência, não sendo, portanto, factível que boa parte dos dilemas ora apresentados não se fizessem vislumbrar no momento de sua criação. O uso dos termos escolhidos demonstra uma clara intenção da busca pela neutralidade tecnológica empregada para abarcar os serviços por ela regulados. O inciso XXIII do artigo 2º de seu texto talvez seja a fonte da maior controvérsia de toda a questão, tanto utilizado para a afirmação de que determinado serviço, para ser SeAC, é um serviço de telecomunicação, e portanto atinente ao artigo 60 da LGT; quanto para a defesa de que qualquer serviço destinado a distribuição de conteúdos audiovisuais previstos, seria SeAC, independente da infraestrutura empregada em sua distribuição. Ao final a primeira expressão obteve mais relevância que a segunda como fundamento decisório, afrontando o princípio elementar da hermenêutica jurídica de que não se pode presumir a inutilidade de determinada palavra na lei.

A interpretação de que o a expressão “serviço de telecomunicações” remete necessariamente ao conceito previsto na LGT, pelo fato de que a Lei do SeAC não contém em si nenhum conceito diverso, não é livre de controvérsia, visto que a intenção da lei do SeAC é justamente a de dispor sobre um tipo específico de telecomunicação, e não apontar normais gerais do setor. Da mesma forma interpretar a partir desta lógica que a expressão “por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer” seria apenas a de unificar as tecnologias existentes até então, seria no mínimo, a tentativa interpretativa de uma alteração legislativa.

Tomando este inciso em sua totalidade, não é desarrazoado interpretar de que este inciso cria em si um novo subtipo de telecomunicação, e que esse seria justamente o conceito aqui apresentado, pois seria a única interpretação possível a não invalidar

nenhuma das expressões controversas. Não seria necessário para isto, que esta lei viesse a oferecer um novo conceito de telecomunicações de forma geral, já que esse não é seu intuito, e sim do de criar um serviço específico, justamente o serviço de acesso condicionado, que é segundo tal, um serviço de telecomunicações que, atendidos os conceitos da lei, são por ela regulamentados, e para isto a vinculação da oferta do serviço e sua distribuição não são necessariamente vinculados. Esse serviço estaria vinculado a um conceito mais abrangente, apresentado no artigo 1º da lei e definido no artigo 2º inciso VI, o de comunicação audiovisual de acesso condicionado, que também contém em si a expressão “por meios eletrônicos quaisquer”.

Por sua vez, a desvinculação entre suas atividades é extremamente clara no parágrafo 4º da norma, que define quais são as atividades de comunicação de acesso condicionado, quando, após apontar que estas são a de produção, programação, empacotamento e distribuição (incisos I, II, III e IV) afirma em seu parágrafo 1º que a “atuação em uma das atividades de que trata este artigo não implica restrição de atuação nas demais, exceto nos casos dispostos nesta Lei”, ou seja, se a norma não restringe que determinada empresa possa atuar concomitantemente em todas estas atividades, ela também não obriga que isso seja feito, sendo impossível inferir que a distribuição seja uma condicionante para sua vinculação ao condicionamento por ela previsto. As restrições possíveis são apenas aquelas apresentadas no texto da própria lei, como se depreende da leitura do dispositivo, e esta não é uma delas. É perfeitamente possível portanto, que uma empresa atue em todas as demais atividades, mas não da de distribuição, e que isso não a impedirá que estar provendo um serviço de comunicação audiovisual de acesso condicionado.

Quanto à atividade de distribuição, se as atividades de streamings lineares fossem consideradas SeAC, não haveria necessariamente uma contradição entre a sua lei e a LGT. Por um lado, o conceito de telecomunicação previsto no artigo 60 §1º não permite necessariamente considerar a impossibilidade de sobreposição entre dois serviços, ou seja, que um serviço de telecomunicação se utilizasse de outro serviço de telecomunicação. Isso é uma inferência a partir do artigo 61, que afirma que os serviços

de valor adicionados são aqueles que utilizam outro serviço de telecomunicação e com o qual não se confundem, mas também não afirma que todo serviço que se utilize de um serviço de telecomunicação será de valor adicionado. As próprias definições contidas nos artigos demonstram uma diferenciação entre as naturezas dos serviços. Enquanto o artigo 60 se refere em seu §1º a “símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza”, o artigo 61 remete à “acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações”.

Este embate entre o conceito de telecomunicação e SVA não é tão rígido como parece, e tem influências dos diversos interesses presentes no setor como afirma aponta Márcio Nunes Iório Aranha Oliveira:

Os aspectos técnicos de classificação das telecomunicações não são contudo a palavra final, pois as políticas públicas do setor são formadas por interesses outros. A primeira questão que surge refere-se à possibilidade de dispositivo infraconstitucional diminuir a extensão de competência inscrita na Constituição e dirigida à União (art. 21, XI). (...) O limite de pertinência lógica dos serviços disciplinados por lei regulamentadora do art. 21, XI da CF/88 ombreia com a adequação da qualificação dos serviços como de telecomunicações ou de valor adicionado. Por isso, uma das questões mais espinhosas da regulamentação de telecomunicações no Brasil está centrada na delimitação da fronteira entre os serviços de telecomunicações e os serviços que apenas lhes adicionam valor ou utilizam de suas redes⁴¹.

Nesse sentido, Victor Oliveira Fernandes⁴² aponta, como exemplo, que a própria Anatel já alterou o enquadramento de um SVA para telecomunicação, quando passou a considerar os provedores de acesso à *internet* do mesmo grupo econômico dos provedores de Serviço de Acesso Multimídia, anteriormente considerados SVA, como serviços de

⁴¹ ARANHA, M. I. Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA). 2005. 223 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Instituto de Ciências Sociais, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília, 2005, p 111 e 112.

⁴² FERNANDES, op, cit.

telecomunicação para uma melhor adequação ao cenário de convergência tecnológica⁴³, demonstrando que não é inteiramente verdade que a agência reguladora não tenha nenhuma condição de atuar na categorização dos conceitos perante à LGT.

A própria Lei do SeAC afirma por diversas vezes que a atividade poderá utilizar redes próprias ou de terceiros, sem deixar de se enquadrar em seu regulamento. Adotar entendimento diverso seria afirmar que a lei contradiria a si mesma, ao invés de buscar sua finalidade. Quanto às obrigações relativas à distribuição, não faz sentido a afirmação de que a consideração dos serviços de streamings lineares pela internet como SeAC seria uma extrapolação das atribuições da agência, e que estaria regulando conteúdo e não distribuição, já que a própria lei se refere em seu artigo 29 de que caberá à Anatel as atividades de regulação e fiscalização de distribuição, numa clara demonstração do vislumbre legislativo da possibilidade de uma atividade de SeAC com distribuição separada das demais atividades referentes ao conteúdo, que caberiam por sua vez à ANCINE. Ainda nesse sentido, com relação ao artigo 2º inciso X de igual forma, numa situação de SeAC fornecido pela internet, essas obrigações ficariam a cargo da distribuidora, ou seja, dos serviços de internet.

Quanto à uma interpretação sistemática do dispositivo, esta deve ser feita de fato analisando a unidade e coerência do ordenamento jurídico, mas também a sua completude⁴⁴. Assim, não se deve analisar a lei do SeAC sistematicamente, selecionando apenas a LGT, lei mais geral, e o artigo 170, que trata da livre iniciativa, principalmente em seu parágrafo único, sem se atentar para o conjunto total de regras relativos à norma

⁴³ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processos nº 53500.023851/2009 e no 53500.026406/2009. Análise 304/2013-GCMB. Voto do Conselheiro-Relator Marcelo Bechara. Brasília: [s.l.] 2013.

⁴⁴ Conforme o jurista Norberto Bobbio, "Chama-se "interpretação sistemática" aquela forma de interpretação que tira os seus argumentos do pressuposto de que as normas de um ordenamento, ou, mais exatamente, de uma parte do ordenamento (como o Direito privado, o Direito penal) constituam uma totalidade ordenada (mesmo que depois se deixe um pouco no vazio o que se deva entender com essa expressão), e, portanto, seja lícito esclarecer uma norma obscura ou diretamente integrar uma norma deficiente recorrendo ao chamado "espírito do sistema", mesmo indo contra aquilo que resultaria de uma interpretação meramente literal." BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora UnB, 1999, p. 76.

analisada, como por exemplo o título da Constituição Federal relativo à comunicação social. Fazer isto seria uma análise sistemática incompleta e, portanto, atécnica.

Não há dúvidas de que, independentemente do enquadramento jurídico dado aos *streamings* lineares por assinatura, de que estes são um tipo de comunicação social, devendo, portanto, respeitar aos preceitos contidos na Constituição Federal quanto à este tema. Nesse sentido, uma interpretação sistemática deve levar em conta também esses mandamentos. Como vimos, se pode perfeitamente extrair da leitura da norma o enquadramento deste tipo de atividade perante a legislação ora em vigor e que não há necessariamente uma contradição entre isto e sua lei mais Geral. Do ponto de vista de sua análise perante o parágrafo único do artigo 170 da Constituição Federal, este mesmo artigo afirma em seu final “salvo nos casos previstos em lei”, o que não contradiz em nada a análise ora feita, e ainda, se vincularmos este artigo aos artigos 221 e 222 da mesma carta, veremos que o sentido geral desta atividade ganha mais substância, ainda que já fosse possível enquadrá-la apenas através de uma interpretação infraconstitucional. Considerar uma atividade potencialmente regulada a uma interpretação restritiva da lei do SeAC, e tomando de forma absoluta o princípio da livre iniciativa contido na Constituição, seria considerar a existência de uma atividade de comunicação social que estivesse fora do que a própria Constituição Federal determina quanto ao tema. Isso seria considerar uma hierarquia entre duas normas constitucionais, o que seria isto sim, teratológico. O contrário não se verifica, visto que o enquadramento destas atividades enquanto SeAC, respeitaria todos os mandamentos constitucionais, e não anularia o princípio constitucional da livre iniciativa, já que estas atividades poderiam ser plenamente exercidas, desde que condicionadas às determinações da lei que as regula.

Do ponto de vista concorrencial, por fim, não parece correto considerar que o enquadramento dos serviços de streaming lineares configuraria uma barreira a novos entrantes, e que isso fortaleceria os atuais prestadores de SeAC. Em primeiro lugar, como já demonstrado, por não ser uma atividade em que haja escassez, ou seja, não tem como limite o controle a uma determinada estrutura específica, nem impede o surgimento de novas formas de serviços disruptivos, dado a sua neutralidade tecnológica. O que ela faz

é tão somente impor a adequação ao condicionamento do SeAC. Em segundo lugar, o não enquadramento ao SeAC, este sim pode gerar uma vantagem indevida às OTTs, principalmente com relação a questões tributárias e de contribuição a fundos setoriais, tendo o potencial efeito de desestimular a concorrência, lembrando que de toda forma, estes serviços já possuem por si só, através de suas inovações, vantagens competitivas, já que não têm que arcar com custos de manutenção de redes. Como demonstra Victor Oliveira Fernandes, se referindo às distorções regulatórias, em seu caso quanto aos serviços OTT de voz:

Caso se parta do diagnóstico de que serviços OTT de voz são concorrentes diretos dos serviços de telecomunicações, a desproporcionalidade regulatória se fará de fato bastante evidente, tendo em vista as assimetrias no regime jurídico-regulatório setorial, conforme será analisado no presente capítulo. Daí porque, a classificação bipolarizada entre “teles” e SVA tem ensejado diversas críticas já há alguns anos. Além disso, o fato de a LGT tratar os provedores OTT como simples “usuários” dos serviços de telecomunicações inevitavelmente gera distorções na política setorial, seja em função da elevada demanda de dados dos OTT que claramente os diferenciam do perfil clássico de usuários finais, seja em função da sua própria relevância para as políticas de comunicação no contexto pós-convergência.

Essa proteção a desregulamentação por fim, não visa necessariamente a proteção de novos e pequenos serviços no mercado de audiovisual frente à gigantes do setor no país, visto que entre os agentes que estão entrando neste mercado estão entre as maiores empresas não apenas de seu setor, como entre as maiores do país e até do mundo, como *Globo* e *Amazon* só para citar duas. O próprio relator em sua análise⁴⁵, demonstra comparativamente à regulação deste tipo de serviço na União Europeia, que as regulações referentes ao acesso condicionado se aplicam também aos serviços prestados através da internet, e apesar de não ser o intuito do presente trabalho, é difícil imaginar que não haja interesse dos prestadores desse tipo de serviço em entrar nesse mercado.

⁴⁵ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo no 53500.022476/2019-45. Análise 84/2020/VA. Voto do Conselheiro-Relator Vicente Bandeira de Aquino Neto.

As consequências socioeconômicas que podem se desdobrar a partir das decisões proferidas são difíceis de serem previstas, mas a experiência da convergência do uso de serviços com características semelhantes, como as chamadas de voz pela internet já podem ser verificadas por exemplo no Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações – Telefonia Móvel referente a 2020 da Anatel⁴⁶, que apresenta uma queda no tráfego de voz e um aumento no tráfego de dados da telefonia móvel. A Associação Brasileira de Televisão por Assinatura apresenta uma queda no número de assinantes de SeAC nos últimos anos⁴⁷. Disto não se pode concluir de imediato qual o grau de interferência dos serviços de *streamings* lineares por OTTs ou das condições econômicas neste período.

No entanto, para além destas questões, a existência desses serviços fora do enquadramento da lei do SeAC já tem algum efeito com relação às políticas de fomento, já que por não necessitarem se condicionar à suas determinações, não tem a obrigatoriedade de ofertar os canais obrigatórios por exemplo. Além disto, no momento estes serviços por transmitirem exatamente o mesmo conteúdo que seus equivalentes SeAC, não estão descumprindo as determinações quanto ao mínimo de produção nacional nos canais que ofertam, mas nada impede que o façam no futuro.

Ainda como um dado capaz de trazer alguma inferência quanto a esse mercado, é interessante perceber que parte das empresas que ofertavam *streamings on demand*, passaram a ofertar concomitantemente, conteúdos ao vivo, demonstrando uma expectativa com o crescimento do setor. Exemplos disto são os serviços *Amazon Prime*, *HBO Max* e *Star Plus*, pertencentes respectivamente ao Grupo *Amazon.com, Inc.*; à *WarnerMedia*, subsidiária da AT&T, empresa de telecomunicações dos Estados Unidos

⁴⁶ AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações – Telefonia Móvel referente a 2020. Disponível em: < https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eE_P-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4NT86aq4DZSJMWWh9gBoilhtRgvXnEhjT6dqYh_PLeIC2xMriZOLrD6LEYnf1psEzILJAq9-LHel_G9fbuXRrs7UR> Acesso em 12 de nov. de 2021, p 72.

⁴⁷ ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Dados do Setor. Disponível em: < http://www.abta.org.br/dados_do_setor.asp> Acesso em 12 de nov. de 2021.

da América; e da *Wall Disney Company*, gigante do setor de entretenimento e atual dona do Grupo Fox⁴⁸.

Por fim, cabe mencionar que para além do entendimento atual da Anatel em sua competência regulatória, a própria agência publicou em 9 de novembro de 2020, juntamente com a portaria número 1.277⁴⁹ - que instituiu o Grupo de Trabalho para realizar estudos e elaborar proposta de atualização do marco jurídico referente aos Serviços de Acesso Condicionado (GT – SeAC) - a minuta de relatório para discussão com a sociedade⁵⁰, onde foram realizadas audiências públicas entre os meses de agosto e novembro de 2021, e no qual o tema dos *streamings* lineares por OTTs aparece entre os destacados. Além disso, tramita no STF, a ADI número 6.334, requerida pela ASSOCIACAO BRASILEIRA DE PRODUTORES INDEPENDENTES DE TELEVISAO - ABPI-TV, e de relatoria do ministro Ricardo Lewandowski, que também discute o tema.

CONCLUSÃO

Considerando o caso em questão enfrentados neste trabalho, é possível tirar a conclusão de que a legislação brasileira referente ao setor de comunicação audiovisual por assinatura, o SeAC tem uma característica bastante aberta e de modelo receptivo à convergência tecnológica. Juntamente com isso, a LGT ao adotar o conceito de SVA não restringe a atuação da Anatel à simples categorização de serviços, como o do caso em questão em relação aos serviços de internet. Ela por ter também uma definição aberta, confere uma discricionariedade relevante para a agência com relação às definições conceituais dos serviços de telecomunicação, verificada através das diversas

⁴⁸ Como se pode verificar em:
<<https://www.primevideo.com/>>
<<https://www.warnermedia.com/us/brands>>
<<https://thewaltdisneycompany.com/about/#our-businesses>>

⁴⁹ < <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-1.277/sei-mcom-de-9-de-novembro-de-2020-287496500>>

⁵⁰ < https://www.gov.br/mcom/pt-br/media/acesso-a-informacao/docs-de-aco-es-e-programas/gt_seac/minuta-de-relatorio-consulta-versaopublicada.pdf>

interpretações e conclusões possíveis aqui demonstradas, e mesmo com adoção de uma interpretação mais rígida entre os conceitos de telecomunicações e SVA, a agência ainda possui importante papel na regulação das relações entre ambos os serviços.

O debate do tema parece se centrar mais sob o ponto de vista técnico-normativo do próprio setor juntamente com o concorrencial e econômico, e sem desconsiderar a importância desses campos, deve-se considerar de forma igualmente relevante, as políticas públicas desenvolvidas desenhadas e os preceitos constitucionais com relação ao tema. A ampliação da reflexão desse debate é de extrema importância num contexto em que esses mercados estão em plena convergência. No caso da comunicação audiovisual, a aplicação dos condicionamentos previstos na Lei do SeAC aos serviços de *streamings* lineares podem ser plenamente aplicados a partir do ordenamento jurídico atual, mas ainda que não o fosse, seria justificado pela concretização de objetivos não apenas nela postos, mas que também concretizam princípios constitucionais como a liberdade de expressão e de acesso à informação, a promoção da diversidade cultural e das fontes de informação, produção e programação, a promoção da língua portuguesa e da cultura brasileira, o estímulo à produção independente e regional e ao estímulo ao desenvolvimento social e econômico do País, entre outros.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). ANATEL esclarece uso de VoIP para oferta de serviço de voz. ANATEL Imprensa, 11 nov. 2005. Disponível em: <goo.gl/kCFL6Z>

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo no 53500.022476/2019-45. Análise 84/2020/VA. Voto do Conselheiro-Relator Vicente Bandeira de Aquino Neto.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Análise nº 163/2020/VA. Voto do Conselheiro Vicente Bandeira de Aquino Neto. Brasília, DF, 2020, p. 2.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.022476/2019-45. Voto nº 22/2020/EC. Voto do Conselheiro Emmanoel Campelo de Souza Pereira. Brasília, DF, 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.022476/2019-45. Acórdão nº 472. Brasília, DF, 2020.

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). **Relatório de Acompanhamento do Setor de Telecomunicações – Telefonia Móvel referente a 2020.** Disponível em: <

https://sei.anatel.gov.br/sei/modulos/pesquisa/md_pesq_documento_consulta_externa.php?eEP-wqk1skrd8hSlk5Z3rN4EVg9uLJqrLYJw_9INcO4NT86aq4DZSJMWh9gBoilhtRgvXnEhjT6dqYhPLeIC2xMriZOLrD6LEYnf1psEzILJAq9-LHel_G9fbuXR7UR>

AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Resolução nº 581 de 26 de março de 2012. Aprova o Regulamento do Serviço de Acesso Condicionado (SeAC) bem como a prestação do Serviço de TV a Cabo (TVC), do Serviço de Distribuição de Sinais Multiponto Multicanal (MMDS), do Serviço de Distribuição de Sinais de Televisão e de Áudio por Assinatura via Satélite (DTH) e do Serviço Especial de Televisão por Assinatura (TVA). Disponível em: <<https://informacoes.anatel.gov.br/legislacao/resolucoes/2012/139-resolucao-581>>.

ARANHA, M. I. **Políticas públicas comparadas de telecomunicações (Brasil-EUA)**. 2005. 223 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) - Instituto de Ciências Sociais, Centro de Pesquisa e Pós-Graduação Sobre as Américas, Universidade de Brasília, Brasília, 2005.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELECOMUNICAÇÕES. Glossário. Disponível em: < https://telebrasil.org.br/component/docman/doc_download/790-glossario-de-siglas?Itemid=> .

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Dados do Setor. Disponível em: < http://www.abta.org.br/dados_do_setor.asp> Acesso em 12 de nov. de 2021.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TELEVISÃO POR ASSINATURA. Glossário. Disponível em: < <http://www.abta.org.br/glossario.asp#t>>.

BAPTISTA, Patrícia; KELLER, Clara Iglesias. Por que, quando e como regular as novas tecnologias? Os desafios trazidos pelas inovações disruptivas. **Revista de Direito Administrativo**, v. 273, p. 123-163, 2016.

BAR, F.; SANDVIG, C. Política de comunicações dos Estados Unidos pós-convergência. **Revista de Direito, Estado e Telecomunicações**, v. 109, n. 2009, pp. 77-109, 2009.

BINENBOJM, Gustavo. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4014256. Brasília, DF, 2019.

BOBBIO, Norberto. Teoria do ordenamento jurídico. Brasília: Editora UnB, 1999.

BRITTO, Carlos Ayres. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4311042. Brasília, DF, 2019.

FERNANDES, Vitctor Oliveira. **Regulação de serviços over-the-top (OTT) e pós-convergência tecnológica: uma análise do regime jurídico setorial de serviços OTT de voz nos EUA e no Brasil**. Dissertação de Mestrado em Direito, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, DF. 2018.

PEREIRA NETO, Caio Mario da Silva e LEMOS, Ronaldo. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 4407366. Brasília, DF, 2019.

RANGEL, Manoel. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL).
Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3606768. Brasília, DF, 2018.

REZENDE, João. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES (ANATEL).
Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3700296. Brasília, DF, 2019.

Roman, Flavio José. **Discrecionalidade técnica na regulação econômica** / Flavio José
Roman. – São Paulo : Saraiva, 2013., páginas 136 a 138

SUNDFELD, Carlos Ari. AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES
(ANATEL). Processo nº 53500.056473/2018-24. Parecer, Sei nº 3606767. Brasília, DF,
2018.

LIMITES DA SINDICÂNCIA PATRIMONIAL NA INVESTIGAÇÃO DO ENRIQUECIMENTO ILÍCITO

Ana Paula Veras Carvalho Menezes¹

Resumo

O presente artigo tem como objeto de estudo a Sindicância Patrimonial. Apresenta definições de enriquecimento ilícito da Lei de Improbidade Administrativa e aborda o dever do agente público de apresentar sua declaração de bens como requisito de investidura no cargo. Sendo a Sindicância Patrimonial um procedimento investigatório, atribuído à Controladoria-Geral da União - CGU, no âmbito do Poder Executivo Federal, sem caráter punitivo, que analisa a evolução patrimonial do servidor quando há notícia ou indícios de enriquecimento ilícito, o estudo discute o acesso aos dados fiscais do servidor na execução dessa investigação, pois essas informações são objeto de proteção dos direitos fundamentais de sigilo fiscal e bancário. Analisa o respaldo da Sindicância Patrimonial na teoria da relação de sujeição especial dos agentes públicos, avaliando se seria suficiente para obrigar o agente público a apresentar seus dados fiscais à Administração em contraponto aos preceitos constitucionais. Esse artigo efetua essa análise por meio de estudo bibliográfico e jurisprudencial, verificando se o procedimento fere direitos constitucionais.

Palavras-chave: Sindicância Patrimonial, Sigilo Bancário, Sigilo Fiscal, Relação de Sujeição Especial

LIMITS OF THE ASSETS IN THE INVESTIGATION OF ILLICIT ENRICHMENT

Abstract

This article has as its object of study the Heritage Inquiry. It presents definitions of illicit enrichment in the Administrative Impropriety Law and addresses the public agent's duty to present their declaration of assets as a requirement for investiture in office. As the Property Inquiry is an investigative procedure, assigned to the Comptroller General of the Union - CGU, under the Federal Executive Branch, without a punitive nature, which analyzes the evolution

of the employee's assets when there is news or evidence of illicit enrichment, the study discusses access to the fiscal data of the server in carrying out this investigation, as this information is protected by the fundamental rights of fiscal and banking secrecy. It analyzes the support of the Property Inquiry in the theory of the special subjection relationship of public agents, evaluating whether it would be sufficient to force the public agent to present their fiscal data to the Administration in contrast to the constitutional precepts. This article performs this analysis through a bibliographic and jurisprudential study, verifying whether the procedure violates constitutional rights.

Keywords: *Property Inquiry, Bank Secrecy, Tax Secrecy, Special Subjection Relation.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como objeto de estudo da sindicância patrimonial, regulamentada no âmbito federal pelo Decreto nº 10.571/2020, consiste em procedimento investigatório, sem caráter punitivo, atribuído a Controladoria Geral da União – CGU e às Comissões de Ética, que analisa a evolução patrimonial do servidor quando há notícia ou indícios de enriquecimento ilícito, pela verificação da compatibilidade do patrimônio do agente em relação aos seus recursos e disponibilidades (BRASIL, 2020).

Inicialmente, apresenta definições de enriquecimento ilícito da Lei de Improbidade Administrativa (LIA) e trata sobre o dever do agente público de apresentar sua declaração de bens como requisito de investidura no cargo.

Estabelece comparações entre a redação original da LIA e as alterações nela implementadas pela Lei nº 14.230/2021, especificamente sobre aspectos de enriquecimento ilícito e obrigação de apresentação de declaração de bens pelos agentes públicos.

Nesse contexto, avalia o direito individual do servidor em relação aos interesses da sociedade e do Estado, buscando entender se os direitos ao sigilo fiscal e bancário tem o condão de limitar a competência fiscalizadora do Estado atribuída à CGU, questionando a mitigação das restrições impostas pelos preceitos constitucionais em busca da realização do próprio bem-estar social.

Busca, pela análise da teoria da relação de sujeição especial, obter baliza para a obrigatoriedade de o agente público de apresentar seus dados fiscais à Administração em cumprimento às disposições do Decreto nº 10.571/2020, que instituiu a Sindicância patrimonial, verificando a viabilidade dessa exigência.

A análise se pauta em estudo bibliográfico e jurisprudencial, pela contraposição dos procedimentos de sindicância patrimonial frente aos impedimentos impostos pelos direitos constitucionais de sigilo bancário e fiscal. A partir das informações obtidas será possível tomar conclusões sobre a hipótese de inconstitucionalidade desse procedimento na investigação de enriquecimento ilícito ao qual o agente público se encontra submetido.

O tema tem relevância política e social pois se, por um lado, a sindicância patrimonial mostra-se instrumento eficiente na identificação do enriquecimento ilícito do administrador público ou do servidor, viabilizando a busca de restituição de danos ao erário, em outra vertente o excesso de controle por métodos que desrespeitam individualidades resulta no chamado “apagão das canetas”, ou seja, no travamento da máquina pública pelo receio do administrador público de sofrer danos pessoais excessivos ou descompensados, em processos de responsabilização que não respeitam garantias individuais.

Se o receio do gestor público de sujar seu nome afeta suas decisões, a ponto de fazer com que atue com tanta cautela que deixe agir em situações em que haja qualquer risco, mais ainda se ressalta esse comportamento quando sua vida e patrimônio pessoal passam a ser devassados por mera definição administrativa do controlador.

1 Sindicância Patrimonial

A Sindicância Patrimonial é um procedimento sigiloso, investigatório, que não apresenta caráter punitivo. O procedimento avalia o crescimento do patrimônio de agentes público quando identificada desproporção entre a relação de bens declarada e os rendimentos auferidos no exercício da atividade.

Importante lembrar que a Sindicância, segundo Di Pietro (2020), é o procedimento administrativo destinado à apuração de ocorrências no serviço público, com ou sem indiciados, ocorrida em fase preliminar à instauração do Processo Administrativo Disciplinar.

O Decreto nº 5.483/2005, regulamentou o art. 13 da LIA, criando o procedimento de sindicância patrimonial no âmbito do Poder Executivo Federal. (BRASIL, 2005).

Posteriormente, foi editado o Decreto nº 10.571, de 9 de dezembro de 2020, regulamentando conjuntamente a apresentação e a análise das declarações de bens e de conflitos de interesses de que tratam o § 5º do art. 13 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e o inciso I do caput do art. 9º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013. Essa norma revogou Decreto 5.483/2005 ao entrar em vigor, a partir de 9 de dezembro de 2021.

Medeiros (2011a, p. 309-310) detalha as características da sindicância patrimonial da seguinte forma:

- i) ‘procedimento administrativo’: procedimento que se desenvolve internamente, isto é, no âmbito da Administração Pública. Eventualmente, contudo, a comissão sindicante poderá solicitar em juízo (por meio da Advocacia-Geral da União) o afastamento do sigilo bancário, se a circunstância assim o requerer.
- ii) ‘investigativo’: é uma atividade de apuração, de cotejamento de dados, exame quanto à regularidade da origem do patrimônio do servidor, tomando-se por parâmetro as informações declaradas por ocasião da apresentação de sua Declaração de Imposto de Renda Pessoa Física.
- iii) ‘sigiloso’: dada a natureza sigilosa com a qual se revestem as informações fiscais, a sindicância patrimonial deve ser classificada como procedimento sigiloso.
- iv) ‘sem caráter punitivo’: sendo uma modalidade da sindicância investigativa, seu resultado não comporta a recomendação de aplicação de sanções. Logo, somente poderá ter dois desfechos: arquivamento ou recomendação para instauração de Processo Administrativo Disciplinar. Neste último caso, haverá um aprofundamento das investigações, dessa feita, com a participação do servidor investigado (princípio do contraditório).

As bases iniciais para consulta sobre os dados patrimoniais estabelecidas pelo Decreto nº 10.571/2020 são as declarações de bens dos agentes públicos, que são obtidas conforme previsto no art. 4º, transcrito abaixo:

- Art. 4º As declarações de que trata este Decreto serão apresentadas, conforme o caso:
- I - no ato da posse ou da contratação em cargo, função ou emprego nos órgãos ou nas entidades do Poder Executivo federal;

II - no prazo de dez dias úteis, contado da data da designação, quando se tratar de função de confiança equivalente ou superior à Função Comissionada do Poder Executivo de nível 5;

III - no prazo de dez dias úteis, contado da data do efetivo retorno ao serviço, no caso de agente público federal que se encontrava, a qualquer título, afastado ou licenciado, sem remuneração, do serviço, por período igual ou superior a um ano;

IV - na data da exoneração, da rescisão contratual, da dispensa, da devolução à origem ou da aposentadoria, no caso de o agente público federal deixar o cargo, o emprego ou a função que estiver ocupando ou exercendo; e

V - anualmente.

Parágrafo único. O disposto nos incisos II ao V do caput não se aplica nas hipóteses de que tratam os § 1º e § 2º do art. 3º. (BRASIL, 2020)

Esse decreto autoriza, no âmbito da União, o acesso aos dados fiscais dos agentes públicos, impondo penalidades aos agentes públicos em caso de não entrega das informações, pelo regramento constante nos artigos transcritos abaixo:

Fiscalização da entrega das declarações

Art. 5º Compete à Controladoria-Geral da União e à Comissão de Ética Pública, no âmbito de suas competências, fiscalizar o cumprimento da exigência de apresentação das declarações de que trata este Decreto ou de autorização de acesso nos termos do disposto nos § 1º e § 2º do art. 3º pelos agentes públicos.

Não apresentação das declarações

Art. 6º Poderá ser instaurado processo administrativo disciplinar e, quando cabível, processo ético contra o agente público que se recusar a apresentar ou apresentar falsamente a declaração de que trata este Decreto, observado o disposto nos § 1º e § 2º do art. 3º.

Banco de dados das declarações

Art. 7º A Controladoria-Geral da União manterá e gerenciará banco de dados com o histórico e o inteiro teor de todas as declarações de que trata este Decreto, observado o disposto nos § 2º e § 3º do art. 8º.

Parágrafo único. A Controladoria-Geral da União e a Comissão de Ética Pública acessarão as informações contidas no banco de dados de que trata o caput, no limite de suas competências. (BRASIL, 2020)

Conforme citação acima, a norma atribui à CGU e às Comissões de Ética a análise da evolução patrimonial dos agentes públicos, dessa forma, decorrente do monitoramento ou tendo sido instadas por notícia ou indícios de enriquecimento ilícito, efetuam a avaliação da compatibilidade do patrimônio do agente em relação aos seus recursos e disponibilidades por meio de sindicância patrimonial. (BRASIL, 2020)

A Corregedoria-Geral da União (CRG), é o órgão central do Sistema de Correição do Poder Executivo Federal (SISCOR), composto por unidades seccionais presentes nos Ministérios e por unidades vinculadas nas autarquias, fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, que atuam em atividades de apuração e prevenção de irregularidades (BRASIL, 2021a). Compete a CRG:

Ademais, ao órgão central compete padronizar, normatizar e aprimorar procedimentos atinentes à atividade de correição, por meio da edição de enunciados e instruções; gerir e exercer o controle técnico das ações desempenhadas pelas unidades integrantes do Sistema, com a avaliação dos trabalhos e propositura de medidas a fim de inibir e reprimir condutas irregulares praticadas por servidores e empregados públicos federais em detrimento do patrimônio público.

A CRG também possui competência para instauração de procedimentos disciplinares em situações de inexistência de condições objetivas para sua realização no órgão ou entidade de origem, da complexidade e relevância da matéria, da autoridade envolvida e da participação de servidores de mais um órgão ou entidade. Às unidades seccionais, por sua vez, compete propor medidas para padronizar e aprimorar procedimentos operacionais relacionados às atividades correcionais; instaurar ou determinar a instauração de processos disciplinares; supervisionar os órgãos e entidades a elas submetidas, com o registro de dados e informações essenciais à apresentação dos resultados alcançados. (BRASIL, 2021a)

Medeiros (2011a, p. 310) explica que o procedimento de sindicância patrimonial pode surgir de análises prévias realizadas em investigação preliminar, no âmbito da CGU é atribuição da Secretaria de Prevenção da Corrupção e Informações Estratégicas (SPCI), constituindo “uma etapa inicial voltada para a coleta, a pesquisa e a mineração de dados”. Instaurada a Sindicância Patrimonial, formalizada com a publicação no Diário Oficial da União, a Corregedoria-Geral da União (CRG) aprofunda a análise do patrimônio do agente público, avaliando os dados fiscais disponibilizados pelo servidor e interagindo com a Receita Federal, com base nas

alterações o art. 198 do Código Tributário Nacional, implementadas pela Lei Complementar nº 104/2001:

Art. 198. Sem prejuízo do disposto na legislação criminal, é vedada a divulgação, por parte da Fazenda Pública ou de seus servidores, de informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo ou de terceiros e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades." (NR)

§ 1º Excetuam-se do disposto neste artigo, além dos casos previstos no art. 199, os seguintes:

(...)

II – solicitações de autoridade administrativa no interesse da Administração Pública, desde que seja comprovada a instauração regular de processo administrativo, no órgão ou na entidade respectiva, com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação, por prática de infração administrativa.

§ 2º O intercâmbio de informação sigilosa, no âmbito da Administração Pública, será realizado mediante processo regularmente instaurado, e a entrega será feita pessoalmente à autoridade solicitante, mediante recibo, que formalize a transferência e assegure a preservação do sigilo. (BRASIL, 1966)

Medeiros (2011b, p. 313-314) destaca ainda que, para obtenção de dados da Receita, é necessário cumprir as seguintes premissas:

- i) Solicitação pela autoridade administrativa: a tendência observada é a de concentrar tais pedidos de informações em autoridades mais graduadas.
- ii) Comprovação da instauração regular de processo administrativo: ao perfazer tal solicitação, é necessário demonstrar a instauração regular de processo administrativo, o qual, nesse caso, se dá com sua publicação no Diário Oficial da União.
- iii) Com o objetivo de investigar o sujeito passivo a que se refere a informação requerida: deve ser feita menção ao fato de que o processo acima citado se destina a investigar eventual conduta atribuída ao servidor, cujas informações fiscais estão sendo solicitadas.
- iv) Por prática de infração administrativa: em se tratando de sindicância patrimonial, procedimento preparatório do processo administrativo disciplinar, deve ser informado apenas o enquadramento legal da conduta a ser investigada. Nesse caso, é feita menção a ato de improbidade administrativa na modalidade de enriquecimento ilícito. Ressalte-se que, na maioria das situações, se desconhece a suposta irregularidade que ocasionou a variação patrimonial sem justa causa. (MEDEIROS, 2011b)

O procedimento de sindicância patrimonial dura 30 dias a contar de sua instauração, podendo ser prorrogado pela autoridade instauradora, e após sua finalização indicará em relatório conclusivo o arquivamento dos autos ou a instauração de Processo Administrativo Disciplinar (PAD) caso identificados “indícios de autoria e de materialidade de enriquecimento ilícito por parte do agente público federal investigado”. (BRASIL,2020)

2 Poder Disciplinar e a Teoria da Relação de Sujeição Especial

Para efetuar uma análise crítica sobre a sindicância patrimonial é importante entender as prerrogativas o poder disciplinar e a relação de sujeição especial a qual o agente público se submete.

Di Pietro (2020, p. 121) afirma que “Poder disciplinar é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa”. Complementa que esse poder decorre da hierarquia, levando os membros a sujeitar-se a disciplina das instituições públicas.

Segundo Medauar (2018, p.107), o “poder disciplinar é atribuído às autoridades administrativas com o objetivo de apurar e punir faltas funcionais, ou seja, condutas contrárias à realização normal das atividades do órgão e irregularidades de diversos tipos. Incide principalmente sobre servidores”. Sobre a regulação desse poder a autora complementa:

O exercício do poder disciplinar apresenta-se, sobretudo, como dever da autoridade. Assim, o art. 143 do Estatuto dos Servidores Civis Federais (Lei no 8.112/90) dispõe o seguinte: “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”. Preceito semelhante encontra-se nos demais estatutos de servidores.

Os estatutos de servidores e as leis orgânicas de categorias funcionais atribuem competências para apurar infrações e para aplicar penas disciplinares. Desse modo, o poder disciplinar não pode ser exercido sem estar legalmente atribuído.

As condutas consideradas infrações devem estar legalmente previstas: ainda que indicadas mediante fórmulas amplas, sem a tipicidade rígida do Código Penal, não de ser adotados parâmetros de objetividade no exercício do poder disciplinar para que não se ensejem arbítrio e subjetividade. Quanto às penas, a autoridade somente poderá

aplicar aquelas indicadas na lei, não outras, observando a proporcionalidade entre o tipo de conduta e o tipo de pena. (MEDAUAR, 2018, p. 108)

Verifica-se, portanto a existência de uma relação especial entre o agente público com o Estado, diferente da relação do cidadão comum, trata-se da relação sujeição especial que leva o servidor a se submeter a condições próprias do estatuto ao qual se filiou para exercer as atividades públicas e ao poder disciplinar.

Moreira Neto (2014) dispõe que as relações jurídicas especiais de sujeição, decorrentes da doutrina alemã, *Besonderes Gewaltverhältnis*, são aquelas em que há possibilidade de excepcionar direitos fundamentais diante da adesão do servidor a uma relação estatutária.

Assis Junior e Silva (2017) ressaltam que essa sujeição remonta à doutrina clássica, sob a concepção de que certas pessoas, pelo seu *status* especial, deliberadamente renunciariam a direitos fundamentais que se mostrassem incompatíveis com situação jurídica peculiar em que se inserissem. Os autores explicam que as relações especiais de sujeição são aplicadas no Brasil sobre certos grupos de pessoas para salvaguardar o interesse da sociedade. Impõe-se a indivíduos inseridos em relações peculiares, tais como agentes públicos, militares, agentes políticos, sob a justificativa de proteção do interesse da coletividade. Ressalta-se que a sujeição se baseia na premissa de, para alçar um bem maior, direitos individuais possam ser restringidos.

No contexto da sindicância patrimonial, é relevante avaliar se essa teoria da relação especial de sujeição, de fato seria suficiente para afastar direitos assegurados constitucionalmente.

Justen Filho (2021) conceitua a sujeição jurídica como subordinação a qual um indivíduo se submete objetivando a prestação de deveres para certa instituição, essa situação nem sempre implica a obrigação do agente de efetuar certa conduta, pode tratar-se de uma sujeição passiva resultante de posição de submissão, podendo ou não surgir dela um dever de realizar determinada conduta, decorre da limitação de um direito face ao estabelecimento de uma relação jurídica.

Nesse contexto, Fernandes e Santana (2020) destacam que aos agentes públicos no exercício de suas atribuições são asseguradas diversas garantias, tais como provimento do cargo por concurso público e estabilidade. Essas prerrogativas objetivam garantir um regime em que os agentes públicos executarão suas atribuições com o único intuito de beneficiar a coletividade.

Ressaltam que os cargos públicos trazem privilégios aos ocupantes de cargos públicos tornando necessário que haja uma proteção ao cidadão. Assim para que haja equilíbrio são estabelecidas restrições aos agentes públicos, ou seja, se existem prerrogativas para imunizar a função pública, deve haver em contrapartida uma disciplina e hierarquia rigorosa. (FERNANDES e SANTANA, 2020)

Adamy (2018) explica que configurar essa relação especial de sujeição tem como condição predominante o pertencimento ou submissão ao ente estatal, sustentada pela relação de proximidade do agente público com o Estado. A relação de submissão decorre de obrigações legais e constitucionais, que preveem consequências de uma conduta arcada pelo indivíduo, aproximando-o do Estado de forma anteriormente inexistente. Nessas situações a Constituição e a legislação impõem a esses agentes públicos uma relação de proximidade maior, diferente de uma relação normal entre o estado e o cidadão, autorizando o estado a interferir e limitar o exercício de direitos fundamentais individuais dessas pessoas.

Wimmer (2010, p. 48) reporta decisões dos tribunais brasileiros demonstrando que tendem a afastar a teoria de possibilidade de afastamento da incidência “dos direitos fundamentais, do princípio da reserva legal em matéria sancionatória e do controle jurisdicional com fundamento num pretense “poder especial” da Administração Pública”. Prevalece o entendimento de que há casos em que são admitidas “(i) restrições a direitos fundamentais, (ii) uma menor exigência quanto à densidade normativa da lei e (iii) uma incidência reduzida do controle jurisdicional, a intensidade das restrições ou minorações deve ser razoável e proporcional à luz do nosso sistema constitucional e face aos fatos concretos sob análise”.

Ressalta que “a maioria das decisões envolvendo indivíduos dotados de um “status diferenciado” utilizam-se de raciocínios ponderativos e de linhas de argumentação envolvendo a proporcionalidade para justificar a restrição de direitos, a mitigação da legalidade e a menor intervenção do Judiciário”. A fundamentação dessas restrições leva em conta “(i) a relevância do bem promovido pela instituição em que se insere a relação de sujeição especial, bem como (ii) o peso abstrato do direito fundamental restringido e a gravidade da restrição a este imposta” (WIMMER, 2010, p.51).

A autora relata que em relação ao direito administrativo sancionador, o Supremo Tribunal Federal (STF) adotada posição de respeito à proporcionalidade, observando o devido

processo legal e assegurando a inafastabilidade do controle judicial, privilegiando o princípio da proporcionalidade, aplicando pena menos severa, compatível com a falta cometida e a previsão legal, devendo a aplicação de conceitos indeterminados se submeter ao controle judicial, e garantido o devido processo legal e direito de defesa. (WIMMER, 2010)

Na visão de Wimmer (2010, p.50), “a teoria das relações especiais de sujeição, se compreendida como o fundamento para um poder administrativo autônomo que legitimaria a imposição de restrições aos direitos fundamentais à margem do Direito, é manifestamente incompatível com nosso sistema constitucional”, alerta que “deve-se reconhecer o risco potencial de que o conceito seja empregado como fundamento autônomo para a restrição a direitos fundamentais, sem uma adequada análise dos fins constitucionais em jogo e da necessidade e proporcionalidade das restrições determinadas”. Destaca que é” questionável, também, se os cidadãos inseridos em relações especiais de sujeição podem ter seus direitos condicionados de modo qualitativamente diferente do que ocorre com os cidadãos comuns.”

Nessa concepção, destaca-se a visão de Canotilho (1993), que indivíduos regidos por estatutos especiais não renunciam a direitos fundamentais, nem se vinculam voluntariamente a qualquer estatuto de sujeição, somente têm relações de vida normatizadas por regras peculiares que devem ter seu fundamento na carta magna.

Portanto, a teoria da relação de sujeição especial não tem o condão de afastar direitos constitucionais, ainda que voluntariamente o agente público tenha aderido ao estatuto que os afasta, dessa forma apenas o Judiciário, por decisão motivada, após análise criteriosa de necessidade, a utilidade e a adequação, poderá mitigação a proteção dada pela Constituição.

2 Enriquecimento ilícito na Lei de Improbidade e exigência de declaração de bens

No contexto do poder disciplinar estão as infrações de improbidade administrativa, que resultam em graves sanções aos agentes públicos, dentre as quais multas, perda da função pública e suspensão dos direitos políticos.

A Lei de Improbidade Administrativa (LIA), art. 9º, *caput* e incisos, categoriza o enriquecimento ilícito como ato de improbidade e sujeita o agente público² ou terceiro beneficiário³ a perda dos valores ou bens acrescidos ao seu patrimônio, alcançando inclusive seus sucessores no limite da herança.

Medeiros (2011a) destaca que a repressão ao enriquecimento ilícito dos servidores públicos está amparada em convenções internacionais da Organização das Nações Unidas (ONU) e Organização dos Estados Americanos (OEA)⁴, ratificadas pelo Brasil, que pactuaram entre os Estados Partes a adoção de medidas para qualificar como delito no seu ordenamento jurídico o acréscimo de patrimônio de um funcionário público incompatível com sua renda legítima e que não possa ser justificado razoavelmente.

O enriquecimento ilícito decorrente do acúmulo patrimonial desproporcional à renda percebida se configura passível de penalização pela LIA, e ocorre, segundo Fazzio Jr. (2008), quando o funcionário, que não possui outros rendimentos ou rendas, apresenta riqueza incompatível com sua remuneração, apresentando evolução patrimonial excessiva.

A redação original da LIA definia como enriquecimento ilícito receber vantagem auferida indevidamente em razão da função pública, constando, dentre o rol de motivações, a evolução desproporcional do patrimônio.

Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

² O art. 2º da Lei nº 8.429/1992, define como Agente Público “consideram-se agente público o agente político, o servidor público e todo aquele que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função nas entidades referidas no art. 1º desta Lei”.

³ Considera-se terceiro beneficiário, nos termos do art. 3º da Lei nº 8.429/92, “àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade”.

⁴ Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 31 de outubro de 2003 e Convenção da OEA, 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.

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

A LIA dispunha ainda que, frente ao crescimento desproporcional à evolução do patrimônio, será imputado aos agentes públicos penas, conforme gravidade do fato, que variam desde a perda da função pública e multas até a suspensão dos direitos políticos:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações, que podem ser aplicadas isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato:

I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos.

Sobre esses dispositivos, Figueiredo (2010) teceu críticas, inicialmente, entendendo que a redação parece ingênua ao pressupor que o agente pareceria pouco esperto ao incorporar diretamente riqueza ao seu acervo patrimonial individual, quando existem outras fórmulas menos visíveis de se apropriar de bens públicos indevidamente, tais como por meio de terceiros, “laranjas” ou “testas-de-ferro”. Além disso, expôs as fragilidades sobre a presunção de enriquecimento ilícito na qualidade de ato de improbidade, conforme disposto a seguir:

A formulação não é feliz. O ato jurídico de aquisição de bens em desproporção com a renda do agente ou com sua evolução patrimonial não se pode considerar ato de improbidade. É dizer, a simples aquisição isoladamente, não configura improbidade. A aquisição, a compra, a venda etc. são atos lícitos e permitidos. Existe na lei uma presunção de enriquecimento ilícito, situação muito similar às hipóteses previstas na legislação do imposto de renda, alusivas aos sinais exteriores de riqueza. É preciso ter cuidado ao aplicar o dispositivo. O intérprete deve dar caminhos e meios para que o agente possa justificar por todos os modos em Direito admitidos à origem de suas rendas e proventos e, assim, dar a oportunidade para que a verdade real em

contraposição à verdade formal, das declaração de renda do agente improbo venha à tona. (FIGUEIREDO, 2010, p.76)

Di Pietro (2020, p.1050) ressalta que a jurisprudência sobre o enquadramento da conduta em improbidade administrativa, nas hipóteses do art. 9º, exige comprovação de dolo, pois a responsabilidade objetiva não é admitida, exceto em situações em que haja previsão expressa em lei, já que o sistema jurídico brasileiro “preserva a responsabilidade subjetiva do agente causador do dano”. Explica que em casos de improbidade “a presença do elemento subjetivo é tanto mais relevante pelo fato de ser objetivo primordial do legislador constituinte o de assegurar a probidade, a moralidade, a honestidade dentro da Administração Pública”. No entanto, sem a presença de má-fé não é razoável a imputação de penalidades tão graves, tais como suspensão de direitos políticos e perda de função pública.

Freitas (1996, p.74) ressalta a necessidade da adequada investigação e produção de outras provas, mesmo após verificado o indício de enriquecimento ilícito pela avaliação da declaração de bens, conforme citação em seguida:

Reitere-se: a rigor, não se deveria identificar, na situação prevista no art. 9º, VII, uma inversão do ônus da prova, dado que não se deve esgrimir com a responsabilidade objetiva do agente público. Trata-se tão-só de produzir simples prova da aventada desconformidade para que se torne viável o enquadramento do agente no tipo descrito. Incontestavelmente, aquele que intentar a ação terá que se basear, v.g., na declaração de bens e não alegar, sem solidez ou pelo só gosto de testilha, a inexistência de origem ou incertos e brumosos sinais exteriores de riqueza desmedida. Como regra, não se admite, em nosso sistema, a culpa presumida, já que a formação da prova carece de esforço consistente, mais do que de duvidosas e frágeis ilações. (FREITAS,1996, p.74)

Esclarecendo essa questão, recentemente a alínea VII do art. 9º da LIA sofreu alterações com o advento da Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021, passando a vigorar com a seguinte redação:

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, de cargo, de emprego ou de função pública, e em razão deles, bens de qualquer natureza, decorrentes dos atos descritos no caput deste artigo, cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público, assegurada a demonstração pelo agente da licitude da origem dessa evolução; *grifo nosso*

A alteração legal afasta a interpretação sobre a presunção de enriquecimento ilícito, assegurando ao agente demonstrar a licitude da evolução de seu patrimônio, garantindo a ele plena defesa com apresentação de explicações detalhadas sobre os motivos da alteração do patrimônio.

A exigência da Declaração do Imposto de Renda Retido na Fonte (DIRF) dos agentes públicos ocorre em três momentos: no momento de ingresso no serviço público, sob pena de não ser empossado; anualmente durante o exercício das atividades e no evento de saída do serviço público.

Sobre essa exigência, há ainda inconstitucionalidade na LIA sob o ponto de vista formal, conforme explica Harger (2014) vez que o estabelecimento de requisitos para a posse, exercício de cargos públicos e demissão deveria ser objeto de lei publicada por cada um dos entes federados, alertando que a disposição na forma posta, ou seja, em lei federal, seria aplicável apenas à União.

Di Pietro (2020, p. 1059) ratifica esse entendimento ao especificar como competência legislativa dos entes federativos legislar sobre declaração de bens e afastamento de agente público:

Competência para legislar: é da União. Razão: a improbidade administrativa constitui infração de natureza civil e política, ainda que possa ter efeitos na esfera administrativa.

– Disciplina legal: Lei nº 8.429, de 2-6-92, que é lei de âmbito nacional, obrigatória para todas as esferas de governo, quando define os sujeitos ativos (arts. 1º a 3º), os atos de improbidade (arts. 9º, 10, 10-A e 11), as penas cabíveis (art. 12), quando estabelece norma sobre o direito de representação (art. 14), quando prevê ilícito penal (art. 19) e quando estabelece normas sobre prescrição (art. 23).

– Competência de cada ente federativo: norma sobre declaração de bens (art. 13); normas sobre processo administrativo (art. 14, § 13) e sobre afastamento do agente público quando necessário à instrução do processo (art. 14, § 3º).

Por outro lado, seria possível em uma interpretação conforme, para não afastar a finalidade da lei, entender que apesar da norma aplicar-se exclusivamente aos servidores federais, poderia ser ratificada pelos entes nacionais em seus próprios dispositivos normativos.

Importante destacar também que a redação original da LIA trazia a obrigação de apresentação de declaração de bens do agente público e de seus parentes próximos conforme transcrito a seguir:

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração dos bens e valores que compõem o seu patrimônio privado, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º A declaração compreenderá imóveis, móveis, semoventes, dinheiro, títulos, ações, e qualquer outra espécie de bens e valores patrimoniais, localizado no País ou no exterior, e, quando for o caso, abrangerá os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante, excluídos apenas os objetos e utensílios de uso doméstico.

§ 2º A declaração de bens será anualmente atualizada e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, cargo, emprego ou função.

§ 3º Será punido com a pena de demissão, a bem do serviço público, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa. *grifo nosso*.

A exigência de prestação de informações referentes a bens de terceiros também é inconstitucional, conforme exposto por Harger (2014, p. 208) na citação a seguir:

A inconstitucionalidade de exigir declaração de bens de terceiros como condição para o exercício de cargos públicos O §1º do art. 13 da Lei de Improbidade impõe que a declaração de bens, “quando for o caso”, abranja “bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante”. Trata-se de dispositivo inconstitucional. Exigir declaração que abranja o patrimônio de terceiros é inconstitucional por afronta ao inciso X do art. 5º da Constituição Federal. É lícito exigir daquele que pretende exercer algum tipo de função pública que preencha certos requisitos. Trata-se de um ônus daquele que almeja esse tipo de posição. O mesmo não pode ser dito em relação aos terceiros. Estes podem até mesmo recusar-se a fornecer dados ao agente público, eis que têm a intimidade e a privacidade constitucionalmente protegidas.

Diante disso, as alterações à LIA promovidas recentemente pela Lei nº 14.230 suprimiram essas disposições sobre a necessidade de o agente público disponibilizar, junto com sua própria declaração de bens, informações também sobre “os bens e valores patrimoniais do cônjuge ou companheiro, dos filhos e de outras pessoas que vivam sob a dependência econômica do declarante”, passando a LIA a vigorar da seguinte forma:

Art. 13. A posse e o exercício de agente público ficam condicionados à apresentação de declaração de imposto de renda e proventos de qualquer natureza, que tenha sido apresentada à Secretaria Especial da Receita Federal do Brasil, a fim de ser arquivada no serviço de pessoal competente.

§ 1º (Revogado).

§ 2º A declaração de bens a que se refere o caput deste artigo será atualizada anualmente e na data em que o agente público deixar o exercício do mandato, do cargo, do emprego ou da função.

§ 3º Será apenado com a pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar a declaração dos bens a que se refere o caput deste artigo dentro do prazo determinado ou que prestar declaração falsa.

No entanto, o efeito prático da alteração normativa é frágil quando se trata do cônjuge e filhos ou outras pessoas declaradas como dependentes econômicos, pois consta no regramento da DIRF a obrigatoriedade de discriminação dos bens e valores patrimoniais dessas pessoas na declaração do titular.

A pessoa física sujeita à apresentação da Declaração de Ajuste Anual deve nela relacionar os bens e direitos que, no Brasil ou no exterior, constituam, em 31 de dezembro de 2019 e de 2020, seu patrimônio e o de seus dependentes relacionados na declaração, bem como os bens e direitos adquiridos e alienados no decorrer do ano-calendário de 2020 (BRASIL, p.25, 2021b).

Martins Júnior (2009) explica que a exigência da declaração não tem o intuito de cumprir mera formalidade, mas serve de insumo para o controle da legitimidade do enriquecimento dos agentes públicos, devendo ser instituído um sistema permanente de controle, capaz de identificar variações patrimoniais anormais, pelo cotejo da renda auferida pelo agente público no exercício de suas funções em relação à evolução patrimonial para verificação da conduta proba.

Sendo assim, no âmbito federal, incluindo os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, a aferição da compatibilidade entre os rendimentos auferidos pelo servidor no exercício da função pública e a evolução do seu patrimônio privado cabe ao Tribunal de Contas da União (TCU) com o auxílio da Fazenda Pública, conforme previsto nos arts. 4º e 5º da Lei nº 8.730/1993:

Art. 4º Os administradores ou responsáveis por bens e valores públicos da administração direta, indireta e fundacional de qualquer dos Poderes da União, assim como toda a pessoa que por força da lei, estiver sujeita à prestação de contas do Tribunal de Contas da União, são obrigados a juntar, à documentação correspondente, cópia da declaração de rendimentos e de bens, relativa ao período-base da gestão, entregue à repartição competente, de conformidade com a legislação do Imposto sobre a Renda.

§ 1º O Tribunal de Contas da União considerará como não recebida a documentação que lhe for entregue em desacordo com o previsto neste artigo.

§ 2º Será lícito ao Tribunal de Contas da União utilizar as declarações de rendimentos e de bens, recebidas nos termos deste artigo, para proceder ao levantamento da evolução patrimonial do seu titular e ao exame de sua compatibilização com os recursos e as disponibilidades declarados.

Art. 5º A Fazenda Pública Federal e o Tribunal de Contas da União poderão realizar, em relação às declarações de que trata esta lei, troca de dados e informações que lhes possam favorecer o desempenho das respectivas atribuições legais.

Parágrafo único. O dever do sigilo sobre informações de natureza fiscal e de riqueza de terceiros, imposto aos funcionários da Fazenda Pública, que cheguem ao seu conhecimento em razão do ofício, estende-se aos funcionários do Tribunal de Contas da União que, em cumprimento das disposições desta lei, encontrem-se em idêntica situação.

Sobre a transparência da vida patrimonial dos agentes públicos, Abranches e Leocádio (2009, p. 47), diante da regulação transcrita acima, apresentam o entendimento de que “é a medida que atende à legitimidade do exercício do poder, servindo para prevenção e repressão da improbidade administrativa, não existindo ilegalidade alguma na apresentação da declaração de bens e no seu fornecimento para esses fins”.

Evoluindo as ações de controle com a utilização dos dados obtidos pela apresentação da declaração de bens dos agentes públicos, é instituída no âmbito do Poder Disciplinar a Sindicância Patrimonial, como atribuição da CGU, em sua atuação no Executivo Federal, visando a identificação do enriquecimento ilícito.

A sindicância patrimonial recebe críticas tanto sob o ponto de vista da constitucionalidade formal quanto em relação aos direitos fundamentais de sigilo fiscal e bancário.

Efetuada uma análise sobre a formalidade da regulamentação da sindicância patrimonial, apesar do decreto regulamentar o § 5º do art. 13 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990, o art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, e o inciso I do caput do art. 9º da Lei nº 12.813, de 16 de maio de 2013, sob o ponto de vista da obrigação de disponibilização de dados fiscais, a criação de um novo procedimento investigatório vai além ao criar um novo procedimento investigatório no regime jurídico dos servidores públicos.

Na visão de De Mattos (2018) a criação de um procedimento novo de investigação deveria ser estabelecida por lei, diferente da normatização por decreto do Poder Executivo, que apesar de não ter sido ainda submetida ao controle de constitucionalidade, não cumpre os ditames constitucionais sobre a competência legislativa pois caberia ao Congresso Nacional ao “acrescentar ao regime jurídico dos servidores públicos uma nova investigação vinculada à evolução patrimonial incompatível do agente com os seus recursos e disponibilidades, para fins de verificação de enriquecimento ilícito”.

O princípio da reserva de lei, que submete ao domínio normativo desse ato estatal primário a disciplina da matéria pertinente à investigação patrimonial, deriva de cláusula constitucional que discrimina determinadas categorias temáticas, como a que ora se trata, exigindo, para efeito de ser válido o regramento normativo, a utilização de atos emanados do Poder Legislativo.

Sem lei vigente, que autorize o tratamento normativo pertinente à sindicância patrimonial, que possui como objetivo pesquisar dados sigilosos protegidos pela norma constitucional, não há como disciplinar essa matéria mediante simples decreto editado pelo Chefe do Poder Executivo.

Decretos governamentais, considerados a fonte jurídica de sua emanção, não se qualificam como equivalentes constitucionais a lei, não podendo, por isso mesmo, sob pena de frontal transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes, à título de regulamentar o art. 13, da Lei nº 8.429/92, estabelecer restrições e impor uma investigação de caráter patrimonial, invadindo a esfera da proteção de dados do agente público, com a finalidade de investigar pseudo enriquecimento ilícito.

A título de regulamentação de texto normativo (art. 13, da Lei nº 8.429/92), o ato estatal em causa incidiu em domínio constitucionalmente reservado à atuação

institucional do Poder Legislativo, circunstância essa que torna inviável, juridicamente, a possibilidade de o Executivo interferir, mediante prescrições normativas autônomas, (a) na disciplinação do tema pertinente à investigação patrimonial do agente público, (b) no compartilhamento de dados sigilosos, e (c) no regime sancionatório.

A disciplina concernente ao poder investigatório do agente público é algo diretamente ligado ao seu regime jurídico com o Estado, achando-se submetido ao postulado da reserva de lei, cabendo assinalar – ante a inegável importância de que se reveste o tema – que existe um articulado sistema jurídico de proteção constitucional ao direito à intimidade, cujo regramento, em seus diversos aspectos, tem na lei (e nela apenas) a sua matriz.

Por essa razão, a matéria pertinente à investigação patrimonial, por meio de sindicância patrimonial, não prevista em lei – considerando-se o que dispõe a CF – repele a possibilidade jurídica de qualquer ingerência normativa, em caráter inovador, por parte do Poder Executivo, via Decreto. (DE MATTOS, 2018)

A Constituição Federal da República do Brasil (CRFB) impõe ao Presidente da República a iniciativa privativa para edição de leis que tratem do regime jurídico dos servidores públicos conforme citação a seguir:

Art. 61. A iniciativa das leis complementares e ordinárias cabe a qualquer membro ou Comissão da Câmara dos Deputados, do Senado Federal ou do Congresso Nacional, ao Presidente da República, ao Supremo Tribunal Federal, aos Tribunais Superiores, ao Procurador-Geral da República e aos cidadãos, na forma e nos casos previstos nesta Constituição.

§ 1º São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:(...)

II - disponham sobre: (...)

c) servidores públicos da União e Territórios, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade e aposentadoria;

De Mattos (2018) expõe que por decreto é criado um tipo de investigação novo no regime jurídico dos servidores públicos, diante disso o tema deveria ser objeto de lei com iniciativa do Presidente da República, resguardando ao Congresso a devida apreciação. Entende que o decreto editado pelo Poder Executivo “viola o postulado constitucional da reserva de lei, sendo o mesmo inconstitucional”.

Da mesma forma, é inconstitucional, por ofender o postulado constitucional da reserva de lei formal (art. 61, § 1º, II, c, da CF), qualquer alteração do regime jurídico dos servidores públicos sem que haja o devido processo legislativo, com as formalidades estabelecidas pela Constituição como pressuposto para a sua própria validade perante o ordenamento jurídico. (DE MATTOS, 2018)

Além disso, é pertinente avaliar os impactos da Sindicância Patrimonial em relação aos direitos fundamentais ao sigilo fiscal e bancário do agente público.

Para melhor entendimento, conceitua-se cada um desses direitos: o sigilo fiscal é “o dever, a obrigação imposta à Fazenda Pública e a seus servidores de não divulgar informação obtida em razão do ofício sobre a situação econômica ou financeira do sujeito passivo, ou de terceiros, e sobre a natureza e o estado de seus negócios ou atividades” (RECEITA FEDERAL, 2020) e o sigilo bancário consiste “na obrigação imposta aos bancos e aos seus funcionários de discricionar a respeito de negócios, presentes e passados, de pessoas com quem lidaram, abrangendo dados sobre a abertura e o fechamento de contas e a sua movimentação”. (LIMA, 2020, p. s/n)

Apesar de os conceitos de sigilo bancário e fiscal se diferenciarem, esse trabalho aborda ambos conjuntamente, pois reportam a informações que circulam no âmbito de instituições financeiras e órgãos da Administração Tributária, de forma a garantir a arrecadação do Estado, evitando a evasão fiscal, sonegação e se impactam diretamente a complexa estrutura dos mecanismos atuais de controle e combate à corrupção.

O texto constitucional assenta a qualidade de direito fundamental ao sigilo, disposto no âmbito dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos. No entanto, não aborda expressamente o sigilo fiscal e bancário.

Relacionado ao estudo em tela, destacam-se os incisos X e XII, do Art. 5º:

Art. 5º (...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

XII - é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas

hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Ferraz Júnior (1993, p. 439) relaciona esses princípios correlatos, o inciso X referente ao direito subjetivo fundamental à privacidade e o inciso XII à inviolabilidade do sigilo de dados, ressaltando que ambos tratam da questão “de o indivíduo excluir do conhecimento de terceiros aquilo que a ele só é pertinente e que diz respeito ao seu modo de ser exclusivo no âmbito de sua vida privada”.

O autor explica que a inviolabilidade do sigilo é condição, mas não causa do direito fundamental à privacidade, ensina que não existindo a inviolabilidade do sigilo, não há privacidade, no entanto, mesmo mantida a inviolabilidade do sigilo, ainda pode não haver privacidade. Dispõe que o direito à privacidade de uma pessoa se limita pela privacidade de outra, mas isso não ocorre com relação à inviolabilidade do sigilo, pela sua instrumentalidade, havendo necessidade de sopesamento em relação a outros direitos. Dessa forma a Constituição exclui a investigação criminal ou instrução processual, e ressalva o sigilo de comunicações e correspondências no estado de defesa e no estado de sítio. (FERRAZ JÚNIOR, 1993)

Também, em sentido contrário, a publicidade dos atos processuais é limitada pela intimidade, havendo situações em que a lei pode exigir sigilo, mesmo havendo interesse particular sobre informações públicas, quando a necessidades limitar o acesso, decorre de segurança da sociedade e do Estado. (FERRAZ JÚNIOR, 1993)

Conclui, portanto, que o direito “a inviolabilidade do sigilo (faculdade) exige o sopesamento dos interesses do indivíduo, da sociedade e do Estado (objeto). Há casos em que a própria Constituição, como vimos, faz sopesamento. Mas há outros em que o sopesamento aponta para outras relações possíveis, nomeadamente, entre o direito ao sigilo e o dever de sigilo”. (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p. 445)

Santi (2009, p. 1146) expõe a existência de dois diversos espectros de informações referentes à intimidade e privacidade, são eles: (i) informações invioláveis que consistem no núcleo da proteção, resguardadas constitucionalmente que não podem ser objeto de interferência do poder público, por exemplo: inviolabilidade da residência, sigilo de correspondência e comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas e (ii) informações que apesar de protegidas constitucionalmente em nome da intimidade e

privacidade do indivíduo podem ser reguladas de maneira legítima pelo Poder Público, desde que mediante lei, tais a transferência do sigilo bancário para efeito fiscal dos dados numéricos de movimentação financeira, sem identificação da origem ou dos destinatários.

Com o objetivo de combater de movimentações financeiras ilícitas, a Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001, regulamentou a quebra de sigilo bancário, discriminando as hipóteses pertinentes, especialmente as relacionadas à repressão ao crime organizado, na identificação de ações de lavagem de dinheiro, e visando prevenir delitos contra a ordem tributária e previdência social, conforme disposto no § 4º do art. 1º, transcrito a seguir:

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante sequestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a Administração Pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa.

A referida Lei Complementar dispõe ainda no mesmo artigo, situações que não são consideradas quebra de sigilo bancário:

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

I – a troca de informações entre instituições financeiras, para fins cadastrais, inclusive por intermédio de centrais de risco, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

II - o fornecimento de informações constantes de cadastro de emitentes de cheques sem provisão de fundos e de devedores inadimplentes, a entidades de proteção ao crédito, observadas as normas baixadas pelo Conselho Monetário Nacional e pelo Banco Central do Brasil;

III – o fornecimento das informações de que trata o § 2º do art. 11 da Lei nº 9.311, de 24 de outubro de 1996;

IV – a comunicação, às autoridades competentes, da prática de ilícitos penais ou administrativos, abrangendo o fornecimento de informações sobre operações que envolvam recursos provenientes de qualquer prática criminosa;

V – a revelação de informações sigilosas com o consentimento expresso dos interessados;

VI – a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º desta Lei Complementar.

VII - o fornecimento de dados financeiros e de pagamentos, relativos a operações de crédito e obrigações de pagamento adimplidas ou em andamento de pessoas naturais ou jurídicas, a gestores de bancos de dados, para formação de histórico de crédito, nos termos de lei específica.

Quanto ao sigilo fiscal, no âmbito da atividade da Fazenda Pública, prevista no art. 174, da CFRB/88, que atribui ao Estado a atividade de agente normativo e regulador, regulando o exercício da função de fiscalização, Ferraz Júnior (1993) destaca que o acesso continuado a informações é inerente à atividade, sem esse acesso não há como haver vigilância. Entende, portanto, que a competência da administração fazendária encontra acento constitucional, ressaltando diversos exemplos tais como a prevenção e repressão ao contrabando (art. 144, §1º, CRFB/88), a faculdade dada à administração tributária de conferir a adequação do contribuinte ao princípio da capacidade contributiva (art. 145, § 1º, CRFB/88).

Não lhe parece plausível que a combinação dos incisos X e XII, da CRFB/88, não possui o condão de excluir a competência fiscalizadora do Estado. Portanto, não implicam uma limitação absoluta, no entanto devem ser requeridos limites, no que tange a exposição de informações sigilosas, até mesmo entes controladores devem assegurar restrições de divulgação de dados, sopesando direitos em busca da realização do próprio bem-estar social, conforme a sustenta o autor:

O Poder Público não pode ser inibido de exercer suas funções, mormente a de fiscalização, por isso que a própria Constituição, no rol mesmo dos direitos fundamentais, prevê o sigilo para atividades do próprio Estado. Quando o assunto envolve inviolabilidade de sigilo de dados privativos que protege o cidadão, mas não aquele interesse do cidadão cujo sentido social é duvidoso, o dever de fiscalização impõe, como vimos, ao Fisco, na coleta e no tratamento dos dados, igual sigilo.

(...)

Inclusive no caso de comissões parlamentares de inquérito, que tem poderes de investigação próprias das autoridades judiciais e, por isso mesmo, são constituídas por requerimento de um terço dos membros do Senado e da Câmara, para a apuração de fato determinado, não se pode esquecer o mandamento do inciso XXXIII do art. 5º que assegura direito a informações a todos os cidadãos, "ressalvadas aquelas cujo sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado". Nestes casos, o fornecimento de dados submetidos a sigilo obriga a autoridade competente à manutenção do próprio sigilo, que sob esta condição, serão encaminhados. (FERRAZ JÚNIOR, 1993, p.457-458)

Mendes e Branco (2018) expõem que o STF e o Superior Tribunal de Justiça (STJ) vêm tratando o direito ao sigilo bancário e fiscal como proteção à privacidade do indivíduo. No entanto, essa valia não é ilimitada ou absoluta, pois há tensão entre o interesse individual e o coletivo, face a necessidade de obtenção de informações importantes em certo contexto social, impedindo que a decisão, sobre a divulgação de certos dados, esteja a cargo exclusivamente do indivíduo.

Com relação especificamente a quebra de sigilo fiscal e bancário a doutrina diverge quanto à necessidade de autorização judicial ou não.

Com relação ao sigilo fiscal, Fernandes (2005, p. 876) dispõe que “existe um dever para os servidores do fisco de não revelar informações sobre a situação econômica ou financeira dos sujeitos passivos ou de terceiros e sobre a natureza e o estado dos seus negócios ou atividades” e sustenta que:

não tem previsão expressa na Constituição Federal. Também a Lei, no caso o Código Tributário Nacional, garantiu a inviolabilidade dos negócios e das atividades do contribuinte, mas alterado em sua redação original, não mais prevê a garantia do sigilo da situação fiscal, expressamente. Também foi visto que não há paradigma no direito comparado de um princípio equivalente. Ao contrário, existe, desde a Declaração Universal dos Direitos do Homem, um princípio que estabelece o dever de contribuir e ser responsável para com a sociedade da qual se participa. (FERNANDES, 2005, p. 876)

No entanto, o autor relata que os órgãos de controle têm dificuldade nas investigações, face às constantes alegações de ofensa ao direito fundamental de privacidade concedido constitucionalmente aos cidadãos. No entanto, seu entendimento é de que o sigilo fiscal e

tributário “não faz[em] parte do extenso rol de direitos fundamentais trazidos pela Constituição Federal de 1988 e representa, sim, uma ofensa ao interesse público, principalmente quando se trata de prejuízos ao erário”.

Segundo Mendes e Branco (2018), a jurisprudência do STJ é pacífica no sentido de que o sigilo possa ser rompido pelo Judiciário ou por Comissões Parlamentares de Inquérito, desde que devidamente fundamentadas, resistindo contra a extensão dessa prerrogativa ao Ministério Público, por falta de autorização legal específica. Relatam que recentemente o STF assegurou o acesso direto da Receita Federal, sem tutela judicial, a dados de movimentações financeiras ao sopesar o direito ao sigilo em relação à obrigação, também constitucional, de pagar tributos, e a prerrogativa do Estado de fiscalizar, desde que assegurada a não exposição das informações de forma pública.

EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO INTERNO EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 93, IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ART. 6º DA LEI COMPLEMENTAR Nº 105/2001. CONSTITUCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO DE DADOS OBTIDOS PELA RECEITA FEDERAL PARA INSTRUÇÃO PENAL. POSSIBILIDADE. 1. Esta Corte tem entendimento no sentido de que as decisões judiciais não precisam ser necessariamente analíticas, bastando que contenham fundamentos suficientes para justificar suas conclusões (AI 791.292-QO-RG, Rel. Min. Gilmar Mendes). A decisão está devidamente fundamentada, embora em sentido contrário ao interesse da parte agravante. 2. O Supremo Tribunal Federal, ao apreciar o RE 601.314, Rel. Min. Edson Fachin, após reconhecer a repercussão geral da matéria, assentou a constitucionalidade do art. 6º da Lei Complementar nº 105/2001, que permitiu o fornecimento de informações sobre movimentações financeiras diretamente ao Fisco, sem autorização judicial. 3. Esta Corte entende ser possível a utilização de dados obtidos pela Secretaria da Receita Federal para fins de instrução penal. Precedentes. 4. Agravo interno a que se nega provimento. (BRASIL,2017)

Discorrem que em uma república democrática o sigilo tende a ceder diante do imperativo da transparência que é exigível perante o uso de recursos públicos. (MENDES e BRANCO, 2018)

Nesse ímpeto, também, o Tribunal de Contas da União – TCU tinha a visão de que poderia decretar quebra de sigilo bancário ou empresarial de terceiros na execução da atividade de controle externo, que lhe compete. No entanto, o STF já se manifestou em sentido

contrariamente, resguardando a ele que no desempenho do controle externo da Administração Pública possa ter franqueado exigir o acesso a operações executadas com recursos públicos.

Ementa: DIREITO ADMINISTRATIVO. CONTROLE LEGISLATIVO FINANCEIRO. CONTROLE EXTERNO. REQUISIÇÃO PELO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO DE INFORMAÇÕES ALUSIVAS A OPERAÇÕES FINANCEIRAS REALIZADAS PELAS IMPETRANTES. RECUSA INJUSTIFICADA. DADOS NÃO ACOBERTADOS PELO SIGILO BANCÁRIO E EMPRESARIAL.(...) 3. O sigilo de informações necessárias para a preservação da intimidade é relativizado quando se está diante do interesse da sociedade de se conhecer o destino dos recursos públicos. 4. Operações financeiras que envolvam recursos públicos não estão abrangidas pelo sigilo bancário a que alude a Lei Complementar nº 105/2001, visto que as operações dessa espécie estão submetidas aos princípios da administração pública insculpidos no art. 37 da Constituição Federal. Em tais situações, é prerrogativa constitucional do Tribunal [TCU] o acesso a informações relacionadas a operações financiadas com recursos públicos. (...) 7. O Tribunal de Contas da União não está autorizado a, *manu militari*, decretar a quebra de sigilo bancário e empresarial de terceiros, medida cautelar condicionada à prévia anuência do Poder Judiciário, ou, em situações pontuais, do Poder Legislativo. Precedente: MS 22.801, Tribunal Pleno, Rel. Min. Menezes Direito, DJe 14.3.2008. 8. In casu, contudo, o TCU deve ter livre acesso às operações financeiras realizadas pelas impetrantes, entidades de direito privado da Administração Indireta submetidas ao seu controle financeiro, mormente porquanto operacionalizadas mediante o emprego de recursos de origem pública. Inoponibilidade de sigilo bancário e empresarial ao TCU quando se está diante de operações fundadas em recursos de origem pública. Conclusão decorrente do dever de atuação transparente dos administradores públicos em um Estado Democrático de Direito (...). (BRASIL, 2015)

Da mesma forma, o STF negou até mesmo ao Ministério Público a prerrogativa de quebra de sigilo, sem autorização judiciária:

EMENTA: - CONSTITUCIONAL. MINISTÉRIO PÚBLICO. SIGILO BANCÁRIO: QUEBRA. C.F., art. 129, VIII. I. - A norma inscrita no inc. VIII, do art. 129, da C.F., não autoriza ao Ministério Público, sem a interferência da autoridade judiciária, quebrar o sigilo bancário de alguém. Se se tem presente que o sigilo bancário é espécie de direito à privacidade, que a C.F. consagra, art. 5º, X, somente autorização expressa da Constituição legitimaria o Ministério Público a promover, diretamente e sem a intervenção da autoridade judiciária, a quebra do sigilo bancário de qualquer pessoa. II. - R.E. não conhecido. (BRASIL, 1999)

Tavares (2017, p. 1309) também expõe que o sigilo de dados fiscais e bancários não é absoluto, entendendo que em primeiro lugar se retira a tutela constitucional no que se refere a verbas públicas diante do caráter aberto que exige a atuação da Administração Pública, e em situações em que haja autorização judicial desde que sustentada por suficiente motivação. Com relação a atribuir a mesma prerrogativa ao Ministério Público entende que carece apenas de autorização expressa em diploma legal. A prerrogativa foi ainda estendida à Receita Federal diante da Lei Complementar nº 105/2001, declarada constitucional pelo STF, e pelo Decreto nº 4.489/2001 que impele as instituições financeiras a comunicar à Receita Federal transações que superem valores de R\$ 5.000,00 para pessoa física e R\$ 10.000,00 para pessoa jurídica.

Por outro lado, Moraes (2017, p. 66) ressalta a excepcionalidade da quebra de sigilo bancário e fiscal, excetuando-se diante de autorização judicial:

Igualmente ao sigilo bancário, as informações relativas ao sigilo fiscal somente poderão ser devassadas em caráter excepcional e nos estritos limites legais, pois as declarações prestadas para fins de imposto de renda revestem-se de caráter sigiloso, e somente motivos excepcionais justificam a possibilidade de acesso por terceiros, havendo necessidade de autorização judicial, devidamente motivada no interesse da Justiça.

O autor dispõe que a quebra de sigilo em procedimentos administrativos, ainda que na esfera tributária, somente deve ocorrer frente autorização judicial ou se autorizada por Comissão de Inquérito Parlamentar (CPI), e que a prova gerada à revelia dessas esferas autorizativas gera ilicitude das provas e sua inadmissibilidade, diante da infidelidade às limitações impostas pela carta constitucional. Nesse contexto, ressalta a obrigação da Receita de efetuar a guarda adequada das informações que por sua competência recebe do contribuinte sobre dados de sua vida privada.

Especificamente com relação a quebra de sigilo bancário e fiscal, no âmbito da fiscalização, Moraes (2017, p. 67) apresenta o seguinte entendimento:

As características básicas dos sigilos bancário e fiscal são:

(...)

- os sigilos bancário e fiscal são relativos e apresentam limites, podendo ser devassados pela Justiça Penal ou Civil, pelas Comissões Parlamentares de Inquérito e, excepcionalmente, pelo Ministério Público, em hipóteses restritas de investigação

de recursos públicos, uma vez que a proteção constitucional do sigilo não deve servir para detentores de cargos públicos que realizam negócios escusos e não transparentes ou de devedores que tiram proveito deles para não honrar seus compromissos. O Supremo Tribunal Federal declarou a constitucionalidade da legislação federal (LC no 104/01, art. 1º; LC no 105/01, arts. 1º, §§ 3º e 4º, 3º, §§ 3º, 5º e 6º; Decreto no 3.724/01; Decreto no 4.489/02; e Decreto no 4.545/02), que permite a utilização, mesmo sem ordem judicial, de dados bancários e fiscais acobertados por sigilo constitucional, pelas autoridades da fiscalização tributária, uma vez que entendeu pela não ocorrência de quebra de sigilo, “mas de ‘transferência de sigilo’ dos bancos ao Fisco. Nessa transmutação, inexistiria qualquer distinção entre uma e outra espécie de sigilo que pudesse apontar para uma menor seriedade do sigilo fiscal em face do bancário. Ao contrário, os segredos impostos às instituições financeiras — muitas das quais de natureza privada — se manteria, com ainda mais razão, com relação aos órgãos fiscais integrantes da Administração Pública, submetidos à mais estrita legalidade”. Da mesma maneira, entendeu pela possibilidade de fornecimento de informações financeiras ao fisco sem autorização judicial, uma vez que, tal hipótese prevista no art. 6º da LC no 105/01, “não ofende o direito ao sigilo bancário, porque realiza a igualdade em relação aos cidadãos, por meio do princípio da capacidade contributiva, bem como estabelece requisitos objetivos e o traslado do dever de sigilo da esfera bancária para a fiscal.”

Mendes e Branco (2018) ressaltam ainda que, em todas as situações postas, há responsabilidade civil do Estado sobre os dados obtidos da quebra de sigilo, devendo ser assegurada sua confidencialidade nos autos processuais.

Diante do exposto, observa-se que a sindicância patrimonial além de sofrer críticas sobre a constitucionalidade formal por ter sido instituída por decreto, enquanto há reserva legal, o procedimento também fere direitos fundamentais por manipular informações fiscais dos agentes públicos, acessando dados protegidos constitucionalmente pelo direito de sigilo.

Sendo assim, de acordo com a posição do STF, somente com a devida apreciação judicial, que avaliaria em cada situação concreta a proporcionalidade e razoabilidade, seria possível mitigar esses direitos, não sendo aceitável que haja quebra de sigilo por meio de ações unicamente administrativas.

CONCLUSÃO

A sindicância patrimonial é um importante instrumento para identificação de ações de improbidade pautadas no enriquecimento ilícito dos agentes públicos, no entanto analisa dados patrimoniais protegidos por sigilo fiscal, em mero procedimento, realizado integralmente no âmbito do poder administrativo.

O procedimento tem grande potencial para auxiliar a CGU e as Comissões de Ética na verificação do equilíbrio entre o patrimônio e a renda dos servidores, auxiliando a investigação de fraudes e corrupção, no âmbito do Poder Executivo Federal.

Esse instituto mitiga o direito individual do servidor em relação aos interesses da sociedade e do Estado, pautado na competência fiscalizadora do Estado atribuída pelo poder disciplinar, buscando sustentação na sujeição especial do servidor decorrente do estatuto que aderiu ao ser investido na função pública.

Avaliando a hipótese de inconstitucionalidade desse procedimento na investigação de enriquecimento ilícito ao qual o agente público se encontra submetido, verifica a existência de posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que a ratificam.

Pelo estudo, observa-se a existência de fragilidades dessa mitigação das restrições impostas pelos direitos constitucionais em busca da realização do próprio bem-estar social.

Nesse sentido, o estudo buscou amparo para a sindicância patrimonial no poder disciplinar e na teoria da relação de sujeição especial do agente público. No entanto, foi constatado que não respaldam renúncia a direitos constitucionais ainda que os agentes públicos se vinculem voluntariamente a um estatuto de sujeição, pois a Constituição garante sua inviolabilidade.

Quanto a quebra de sigilo fiscal, da mesma forma que ocorre com o sigilo bancário, o entendimento do STF é de que não sejam direitos absolutos, mas somente será admitida para fins de controle de atos da Administração Pública em casos específicos, com imprescindível análise criteriosa de necessidade, a utilidade e a adequação, privilegiando os princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

O STF determina ainda que essa autorização de quebra de sigilo fiscal deve ocorrer no âmbito judicial ou por decisão de CPI, devendo ser assegurada sua confidencialidade nos autos processuais.

Diante do exposto, conclui-se que o procedimento administrativo de sindicância patrimonial apesar de ser útil para verificações de enriquecimento ilícito de agentes públicos, fere em sua operação direitos constitucionais.

REFERÊNCIAS

ABRANCHES, Cláudia Jorge Pires; LEOCADIO, Prof. Carlos Afonso Leite. **O controle da improbidade na Administração.** Disponível em http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k210510.pdf Acesso em: 15 nov. 2021.

ADAMY, Pedro. Direitos fundamentais e as relações especiais de sujeição. **Revista Brasileira de Políticas Públicas**, v. 8, n. 1, p. 360-376, 2018. Disponível em: <https://www.publicacoes.uniceub.br/RBPP/article/download/4644/3707>. Acesso em: 12 nov. 2021.

ASSIS JUNIOR, Carlos Pinna de; SILVA, Lucas Gonçalves da. Relações especiais de sujeição e direitos fundamentais: a liberdade de expressão dos agentes públicos militares. **Revista Brasileira de Filosofia do Direito**. Brasília, v. 3, n. 1, p. 82-100, jun. 2017. Semestral. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/filosofiadireito/article/view/2106/pdf>. Acesso em: 29 abr. 2021.

BRASIL. **Constituição** (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 25 abr. 2021

_____. Controladoria-Geral da União (CGU). **Manual de Processo Administrativo Disciplinar.** Brasília, 2021a. Disponível em: https://repositorio.cgu.gov.br/bitstream/1/64869/6/Manual_PAD_2021_1.pdf . Acesso em 22 nov. 2021.

_____. Decreto nº 5483, de 30 de junho de 2005. Regulamenta, no âmbito do Poder Executivo Federal, o art. 13 da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, institui a sindicância patrimonial e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5483.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657compilado.htm. Acesso em: 13 nov. 2021.

_____. Lei Complementar nº 105, 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp105.htm Acesso em: 25 set. 2021.

_____. Lei de Improbidade Administrativa. Lei nº 8429, de 2 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8429.htm. Acesso em: 25 abr. 2021.

_____. Lei nº 5.172, de 25/10/1966. Dispões sobre o Sistema Tributário Nacional e institui normas gerais de direito tributário aplicáveis à União, Estados e Municípios. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5172compilado.htm . Acesso em: 19 nov. 2021.

_____. Lei nº 8.730, de 10 de novembro de 1993. Estabelece a obrigatoriedade da declaração de bens e rendas para o exercício de cargos, empregos e funções nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8730.htm Acesso em: 19 nov. 2021.

_____. Lei nº 14.230, de 25 de outubro de 2021. Altera a Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992, que dispõe sobre improbidade administrativa. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.230-de-25-de-outubro-de-2021-354623102>
Acesso em 19 nov. 2021

_____. Ministério da Economia – Secretaria da Receita Federal do Brasil. **Perguntas e respostas 2021**: Imposto sobre a Renda da Pessoa Física. Brasília, 2021b. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/aceso-a-informacao/perguntas-frequentes/declaracoes/dirpf/pr-irpf-2021-v-1-1-2021-03-05.pdf> Acesso em: 17 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 215301, Relator (a): Min Carlos Velloso, Segunda Turma, julgado em 28/05/1999. Disponível em:

<http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=215301&classe=RE>. Acesso em: 13 nov. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. MS 33340, Relator (a): Min Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 26/05/2015. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=8978494>. Acesso em: 17 dez. 2021.

_____. Supremo Tribunal Federal. RE 1041272, Relator (a): Min Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 22/09/2017. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13723139>. Acesso em: 13 nov. 2021.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. p. 586.

DE MATTOS, Mauro Roberto Gomes. Inconstitucionalidade da Sindicância Patrimonial ago. 2018. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/68470/inconstitucionalidade-da-sindicancia-patrimonial> Acesso em: 19 nov. 2021.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

FAZZIO Jr., W. **Atos de improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERNANDES, Jorge Ulisses Jacoby. **Tribunais de Contas do Brasil: jurisdição e competência**. 2 ed Belo Horizonte: Forum, 2005.

FERNANDES, Felipe Gonçalves; DE SANTANA, Fabio Paulo Reis. O contributo da medida provisória N° 966 como elemento de objetivação do direito disciplinar dos servidores públicos. **Brazilian Journal of Development**, v. 6, n. 10, p. 77128-77143, 2020. Disponível em: <https://www.brazilianjournals.com/index.php/BRJD/article/view/18072> Acesso em: 12 nov. 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do estado. **Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo**,

São Paulo, v. 88, p. 439-459, 01 jan. 1993. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67231/69841>. Acesso em: 25 abr. 2021.

FIGUEIREDO, Marcelo. *Probidade Administrativa*. 4ª ed. São Paulo. Editora Malheiros, 2000.

FREITAS, Juarez. Do princípio da probidade administrativa e de sua máxima efetivação. **Revista de Direito Administrativo**, v. 204, p. 65-84, 1996. Disponível em:

<https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46754>. Acesso em: 16 nov. 2021.

HARGER, Marcelo. Aspectos inconstitucionais da Lei de Improbidade Administrativa. **A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, v. 14, n. 55, p. 187-211, 2014.

Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/viewFile/109/312>
Acesso em: 16/11/2021

JUSTEN FILHO, Marçal. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. rev., atual., ampl Rio de Janeiro: Forense, 2021. E-book. (1 recurso online). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/books/9786559640577>. Acesso em: 13 nov. 2021.

LIMA, Felipe Herdem. **Algumas considerações sobre a quebra de sigilo bancário**. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-jul-25/felipe-herdem-consideracoes-quebra-sigilo-bancario>. http://www.avm.edu.br/docpdf/monografias_publicadas/k210510.pdf Acesso em: 13 nov. 2021.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. 21 ed. Forum. Belo Horizonte, 2018.

MEDEIROS, Roberto Vieira. A sindicância patrimonial como instrumento de apuração no direito administrativo disciplinar brasileiro. **Revista da CGU**, v. 6, p. 306-315, 2011a. Disponível em <https://repositorio.cgu.gov.br/handle/1/44347>. Acesso em 19 nov. 2021.

_____. Enriquecimento ilícito como modalidade de crime. **Revista da CGU: Correição / Presidência da República, Controladoria-Geral da União, Brasília**, p. 316-317, jul. 2011b. Mensal. Edição Especial, Ano VI. Disponível em https://revista.cgu.gov.br/Revista_da_CGU/article/view/296/159. Acesso em 19 nov. 2021.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. *Probidade Administrativa*. 4 ed. Editora Saraiva. São Paulo, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 13ª ed. Revista a atualizada. São Paulo: Saraiva, 2018, p. 420-422

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2017. 666 p.

MORE: Mecanismo online para referências, versão 2.0. Florianópolis: UFSC Rexlab, 2013. Disponível em: <http://www.more.ufsc.br/>. Acesso em: 25/04/2021.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Curso de direito administrativo: parte introdutória, parte geral e parte especial. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

RECEITA FEDERAL. Aspectos Gerais sobre o Sigilo Fiscal, nov. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/receitafederal/pt-br/assuntos/orientacao-tributaria/sigilo-fiscal/aspectos-gerais-sobre-o-sigilo-fiscal> Acesso em: 01 nov. 2021.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de (coord.). **Curso de direito tributário e finanças públicas: do fato à norma, da realidade ao conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

WIMMER, Miriam. As Relações de Sujeição Especial na Administração Pública. **Direito Público**, v. 4, n. 18, jan. 2010. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1291>. Acesso em: 29 abr. 2021.

GILBERTO FREYRE POR JOSÉ LINS DO RÊGO, AS TRADUÇÕES HEGEMÔNICAS E SUAS INVERSÕES

Henrique Palmeira Dias de Souza¹

Resumo

Buscando uma visão ampla de um momento fundamental na sociologia e na literatura brasileira, realizamos uma leitura de Rego, em comparação com Freyre, deslocando a ideia tradicional de que os romancistas tiveram como base a sociologia de 30, sem que esses influenciassem a própria sociologia sendo produzida. Isto é, buscamos demonstrar como as histórias, que devem ser metafóricas, são mostradas como realidade nos ensaios de Freyre. Temos como exemplo as formas como são personificadas as fazendas, a forma como o negro é animalizado, e as transições sociais retratadas em eventos naturais ou pessoais dos personagens. Assim, Freyre funciona como ferramenta obviadora do pensamento literário de Rego, explorando metáforas cíclicas que partem do mal-estar causado pela vida do menino de engenho, para desaguar na noção de perversão de uma sociedade que perde a figura patriarcal, que, como veremos, será um elemento que elimina a luta de classes na sociedade, então instaurando caos social. O direito importa aqui uma vez que as condições de vida impostas aos libertos e aos pobres foram justificadas em uma ideia de harmonia, e relacionadas a uma visão não crítica do passado.

Palavras-chave: Literatura de 30, sociologia de 30, antropologia e literatura, José Lins do Rego, Gilberto Freyre

Abstract

Looking for an ample understanding of a crucial moment in Brazil sociology and literature, we read Rego, in comparison with Freyre, dislocating the traditional idea that romancists based themselves on 30's sociology, disregarding the influence they had in it. We try to demonstrate how the stories, that must be metaphorical, are shown as facts. As examples we have the farms personificated as characters, black people being animalized, and the social transitions portrayed as natural or personal events. Therefore, Freyre works as an obviation

¹ Graduando em direito pelo IDP e graduando em antropologia pela UnB.

of Rego's literary work, exploring cyclical metaphors that start from the bad caused in the egeho's boy life, to end in the notion of perversion of a society that loses its father figure, that, as we will see, will be an element that eliminates class warfare, then instauring social chaos. Law studies are important since the conditions imposed over the recently freed and the poor were justified based on an idea of harmony, related to an acritical view of the past.

Keywords: *30's literature, 30's sociology, anthropology and literature, José Lins do Rego, Gilberto Freyre*

INTRODUÇÃO

O novo Brasil começou como uma enchente, pelo menos metaforicamente. As diversas contradições presentes antes da nova república não poderiam ser facilmente conciliadas, portanto, seria necessário limpar tudo que se passou para trazer algo novo (e uma saudade do que foi destruído). Assim se dá o final de Usina, de José Lins do Rego, a população, em meio a um êxodo rural, abandonando o passado contraditório das fazendas, para buscar uma nova vida na cidade e no mundo moderno. Neste artigo buscamos entender a relação da literatura modernista (focando em José Lins do Rego e Gilberto Freyre) com o passado ruralista do Brasil, e como estes estabelecem uma noção saudosista desse passado, com críticas constantes ao mundo moderno e urbano.

José Lins do Rego escreveu, ao longo dos anos 30, aquilo que seria chamado o “ciclo da cana-de-açúcar”. Neste, podemos notar um movimento claro: a tentativa de defender o passado brasileiro como melhor do que aquilo que tomou seu lugar. No entanto, podemos observar uma crítica mais profunda no pensamento deste, seja no aspecto econômico, seja como uma defesa de uma noção de vida rural pacífica, mesmo após séculos de escravidão. Neste ciclo, seu pensamento é demonstrado a partir de metáforas cíclicas, ou seja, inversões do “como se” para “é”. Podemos, assim, ler suas metáforas como um “como se” que virá a ser na sociologia de seus contemporâneos. Para isso buscamos uma leitura de Freyre como sustentado por Rego, de forma que as obras do primeiro são uma forma de obviação daquilo que fala o segundo. Os principais exemplos que podemos ver são, por exemplo, os momentos em que Rego animaliza as personagens, quando este personifica a usina para dar uma face

àquilo que enfrenta, quando usa uma enchente para afirmar a destruição causada por essa industrialização, entre outros casos que podemos encontrar ao longo de suas obras desse ciclo.

Utilizamos três obras de José Lins do Rego como fonte primária, interpretando sua influência nos anos 30 e no pensamento social de tal época. Portanto, inverte-se a leitura que parte de Freyre para explicar o romance, na medida em que lemos Rego como autor basilar para o pensamento conservador de 30. As três obras são: *Menino de Engenho* (1932), *Usina* (1936) e *Fogo Morto* (1943).

O primeiro romance explora, dentro do tema de formação pessoal do autor, no contexto de sua infância, a diferença entre a vida da cidade e a vida rural. A primeira está relacionada aos males na vida do narrador— tanto de saúde, como de degradação moral—, enquanto na segunda há um repouso de tudo de ruim que lhe acontece. Isto nos é interessante na medida em que demonstra como é feita a argumentação de Rego em defesa do passado. Os personagens serão caracterizados como provas e suas circunstâncias como demonstrações da realidade. Por isso temos em mente uma trajetória metafórica do autor, que será aproveitada posteriormente para demonstrar coisas como a perversão sexual da cidade. Em *Usina* temos o ponto final do antigo engenho, com a percepção de que o que era velho teria sido deixado de vez para trás. Esse movimento é consolidado com a saída dos antigos habitantes de canaviais e engenhos e a chegada de uma enchente que impossibilita o retorno, algo que já seria impossível pela contração de dívidas de fazendas que tiveram sua mão de obra superada pelas usinas. Vemos uma disputa entre a usina e o engenho, algo que também será abordado por Freyre, quando este demonstra como as usinas aumentaram o lucro com o açúcar e reduziram os preços da cana. Por fim, temos *Fogo Morto*, livro escrito após o fim do ciclo da cana-de-açúcar, no qual teremos maior intervenção dos negros e um maior conflito entre passado e presente, que dificulta a visão idílica do passado, bem como explora as diferenças de classe entre os três protagonistas em um ambiente de decadência.

Ao longo dos anos, a ideia, articulada por Freyre, de um Brasil misturado racialmente com uma harmonia entre pares dialéticos (Sobrados e Mucambos, Casa-Grande e Senzala etc.) vem sendo abandonada e criticada, mesmo que algumas de suas heranças continuem vivas. No entanto, há um aspecto de grande importância a ser analisado: a influência desse pensamento na literatura, criando uma narrativa hegemônica neste campo. Portanto, tentamos

neste artigo apresentar as repetições de temas freyrianos na literatura, feitos como uma certa forma de tradução do pensamento deste para o cotidiano. Partimos de José Lins do Rêgo e a forma como este faz tal tradução, bem como o que se perde ao longo dessa, para analisarmos o pensamento jurídico e sociais e os seus desdobramentos feitos nesta literatura.

Neste contexto, uma conexão que não pode deixar de ser feita é sobre a relação entre Rego e Freyre, por mais que o foco aqui seja o primeiro e sua forma de criação de um Brasil., abordaremos Freyre uma vez que o autor trata de um problema criado pelos intelectuais da classe dirigente brasileira do século XIX e XX, denominado o “problema do negro no Brasil”. Essa questão é relevante por ser uma tentativa de traduzir de forma coesa a experiência do negro brasileiro, trazendo consigo diversas pacificações e tentativas de se esconder o passado. Neste sentido, argumentamos que Rego, mesmo sendo do campo da literatura, não deixa de versar sobre o assunto. Além disso, tem tais autores como sua fonte de inspiração e validação, como vemos em Ramos (1955). Tais autores fazem uma sociologia que não parte da realidade nacional, mas sim de problemas formulados no exterior. Tal forma de pensar caracteriza uma patologia social do branco brasileiro, institucionalizada em uma ciência social “consular”, nos termos de Guerreiro Ramos.

À luz de uma sociologia indutiva, isto é, de uma sociologia cujos critérios sejam induzidos da realidade brasileira, e não imitados da prática de sociólogos de outros países, à luz de uma sociologia científica, o que se tem chamado no Brasil de “problema do negro” é reflexo da patologia social do “branco” brasileiro, de sua dependência psicológica (Ramos, 1955, 192).

Tratamos o país e seus problemas com uma visão que exclui a fala do “outro”, dos próprios brasileiros, em sua pluralidade. Isso torna possível, em primeiro lugar, a ideia de uma harmonia de raças, pois o branco não era o que sofria com os moldes da sociedade, mas ao mesmo tempo era quem poderia falar sobre ela. Na visão desses autores, o Brasil ia bem e seu maior problema era a aproximação da república, que os deixaria de escanteio no domínio social e cultural do Brasil. Rego não era diferente. Buscava se afastar desse futuro reservado ao Brasil², tentando demonstrar, de maneira saudosista e nostálgica, o mal causado pela industrialização e pelas mudanças da república. Sem engano Freyre faz o mesmo: busca demonstrar as harmonias do passado, tenta validar uma visão conciliatória. Por outro lado, afasta, caricaturiza, subalterniza e silencia o negro e o indígena, ainda que afirmando seus

² Podemos ver de que forma a chegada da usina é tratada no romance de Rego, de forma comparada a um fim dos tempos.

papéis integrais na construção do Brasil, visão explorada de forma mais amplas em outros textos³.

Uma ideia importante aqui é a noção de tradução em José Lins do Rêgo (e em Gilberto Freyre). Rego escrevia sobre sua visão do que era o Brasil e o seu devir – aquilo em que o país estava se tornando. Nisso, o autor retratou suas ideologias políticas, tornando notável as tentativas de narrar e traduzir a singularidade nacional, no sentido de explicitar um sentido para ser compreendido para quem não estava no contexto original. Nestes termos, tomamos Freyre como uma obviação do que estava sendo feito nas artes⁴, tentando validar sociologicamente o pensamento de seus contemporâneos. Isso surge de formas diferentes para Rego. Podemos ver diferentes narrativas sobre cidades do interior, casas-grandes, e seus habitantes ao longo de suas obras, como exploraremos mais a seguir. Ao abordar um tema repetitivo nessa construção, a animalização do negro escravizado, José Lins do Rêgo faz de forma direta e fantasiosa, aproximado ao folclórico (como vemos em *Usina* principalmente) com o surgimento de um lobisomem. Em Freyre temos uma classificação do negro na categoria de animal, aproximado às vacas, como vemos em seu livro *Nordeste*, por exemplo.

Isso se repete na ideia de nostalgia. Rego apresenta uma visão nostálgica do passado na forma do protagonista e narrador do livro *Menino de Engenho*⁵, algo que é obviado por Freyre na noção de harmonia nas relações brasileiras. Vemos, a partir disso, uma forte relação entre Rego e uma específica visão social, reiterada por Freyre (principalmente) e outros pensadores contemporâneos aos romances. Há, assim, um compromisso ideológico, que parte da concepção de que o Brasil anda em direção àquilo que é menos desejado, ou seja, a república, a modernização, a reforma agrária e o êxodo rural. A partir disso estabelecemos a noção de tradução, sendo realizada uma tradução do Brasil e uma tradução do pensamento político. Portanto, focaremos na forma como José Lins do Rego realiza essa função de traduzir e inventar um Brasil. Para tanto, vale-se de uma abordagem atenta a forma mitológica

³ Elide, 2006; Araújo, 1994; por exemplo.

⁴ Ver Roy Wagner, 2018.

⁵ Essas duas categorias são importantes para o que estudamos aqui e para as intenções do autor. O efeito de se apresentar em primeira pessoa gera uma narrativa dada como factual (visto que parte de uma experiência pessoal) e uma narrativa inocente, na qual o Brasil que se imagina é um país sem problemas e sem contradições, algo que surge, pois, a narrativa se dá através dos olhos de uma criança. Freyre faz uma categorização de diversos elementos da vida brasileira com suas relações com cana e nisso ele aproxima o negro dos animais e se refere a eles de forma metonímica, trocando os negros por ferramentas.

estabelecida por Freyre, a política na estética e na narrativa de Rego e o plano ideológico compartilhado por ambos, especialmente o rechaço à modernidade – ou, melhor dizendo, a uma certa forma de modernidade.

O direito surge aqui como parte da ferramenta obviadora posta pela sociologia ensaísta de 30. Como veremos adiante, aquilo que é foco dos romances, a vida do engenho, é posta como um ideal saudosista contra as modernizações, transformações e aberturas do início do século XX. No entanto, ambos deixam de tratar sobre o negro durante o engenho e durante o trabalhismo como sujeito da história e da política. Como consequência, vemos como a literatura e a sociologia atuaram como mecanismos de contenção das mudanças possíveis ocasionadas pela Abolição da escravidão, atuando como reação ideológica, as quais se conectaram e reforçaram a cultura jurídica emergente no período.

1. Rego inventando a cultura brasileira

Como pretendemos ver, Rego traduz uma noção de Brasil que coaduna com a sociologia e o direito de 30, isto é, defende diversas questões que serão afirmadas por ambos. Para isso, utiliza de algumas formas argumentativas interessantes, como: os territórios apresentados como personagens; o caráter nostálgico e uma visão inocente do Brasil em sua narrativa; a demonstração dos efeitos da decadência (fim dos engenhos) na economia e na população (em suas personagens); e a necessidade de encontrar um outro que seja culpado pelo fim (os libertos ou os modernos). Iremos abordar estes tópicos a seguir.

a. Território lavado

A territorialidade nos romances de Rego demonstra mudanças temporais e diferencia as formas sociais de ocupação da terra. Podemos ver na disputa entre fazendas em Usina, em que as duas principais (Bom Jesus e São Felix) são apresentadas como personagens. Cada uma tem sua história e sua forma de lidar com as mudanças. A chegada de uma usina determina o fim da colheita manual de açúcar, bem como a diminuição das condições precárias de trabalho destes que são tratados como facões, existindo uma balança entre aquilo que se tem de avanço com a modernização e o que se perde com a mesma. O autor enfatiza a importância do segundo ponto. A decadência exposta é relacionada com uma mudança de mundo, focando na noção daquilo que se perde com a modernização, que será interpretada por

Freyre como o fim de uma tradição patriarcal. No entanto, o autor não deixa todo seu ponto aberto, uma vez que podemos perceber os problemas que vieram.

As mudanças nas vidas do trabalhador, por exemplo, surgem como causa disso, não resultado. Isso indica um tema repetitivo na obra de Rego: o problema principal e imediato causado pelas mudanças da industrialização, relacionando com dinâmicas na sociedade causadas pelo abandono da vida nas fazendas e, por sua vez, da tradição, com seus trabalhadores escravizados sob a égide bondosa do senhor. Podemos ver o diálogo com o contexto em que os seus romances eram escritos, com a industrialização crescente no país e com mudanças na frente trabalhista, com novas leis e exigências de melhor qualidade de vida (além da necessidade de mais trabalhadores nos centros urbanos, algo que causaria o êxodo rural). Há, assim, uma relação íntima com o mundo jurídico, uma vez que a narrativa de Rego impede a percepção dos males causados pelo que viera antes da república, ao mesmo tempo em que reforça uma noção de possibilidade (e vantagem) de retorno ao mundo rural, lócus dos seus romances.

A partir disso vemos o caos que cresce nas fazendas com a chegada da usina. O desemprego e o empobrecimento daquilo que é retratado como família tradicional. Observa-se, por exemplo, em *Fogo Morto*, como Rego narra a família que deixa de ter a venda da colheita de açúcar como fonte da sua riqueza e passa a ter que vender ovos, de forma escondida, para manter seus padrões de vida antes da modernização. Estes são relacionados as causas que tornaram insustentável a manutenção das fazendas, como o aumento de demanda que não era acompanhada pela escala de produção dos engenhos e dos canaviais, a pauta de industrialização brasileira que passou a ser levantada, entre outras. Com isso vemos em que sentido há uma importância da territorialidade. Primeiro, por tratar da diferença entre o engenho (as que colhiam cana manualmente) e a usina, representada como figuras individuais com impactos gerados a partir delas e não de pessoas dentro de cada uma, ou de questões exteriores a elas⁶. A figura da modernização surge como uma figura retórica, na qual se caracteriza a usina como inerentemente problemática, permitindo a negação da modernidade com base nos efeitos negativos atribuídos pelo autor. Vemos isso na origem dos problemas dos romances que estamos tratando. O que inicia um conflito é a chegada de algo exterior aquele mundo estabelecido. A usina, como personagem, que irá causar uma decadência do

⁶ Que não pudessem ser tratadas coletivamente como mais um dos problemas causados pela modernidade.

mundo agrário e essa capta na sua figura os problemas causados pela modernidade, que não são apenas da ordem econômica, mas também, mais importante, da ordem moral. Isso se dá porque o surgimento desse elemento externo será responsável por uma desordem na vida da região e pelas necessidades levantadas no romance, como a manutenção das fazendas, a continuidade de um padrão de vida francês, o pagamento das dívidas para manutenção da fazenda (que dependiam da colheita sazonal dos produtos). Essas dívidas são importantes por demonstrar o momento em que o novo rompe com tudo que se havia, na medida em que as tradicionais fazendas deixavam de ter condições para pagar suas dívidas e eram vendidas. Ou seja, tudo abria espaço para a usina.

Além disso, um problema que aparece como pano de fundo da crise econômica é o problema monetário causado pelo trabalho assalariado. Este exige capital de giro, criando, portanto, uma maior demanda de moeda na economia. No entanto, sua instalação no Brasil exigia muita concessão de crédito, tendo em vista que o dinheiro chegava de forma sazonal para a agricultura, sendo mais um motivo dos empréstimos que tratamos anteriormente. Outro fator agravante nesta situação é que as pessoas não depositavam seu dinheiro nos bancos, algo que dificultou o desenvolvimento e a expansão de um sistema bancário (não restava mais dinheiro para conceder crédito, as taxas de juros se tornavam mais altas e esses empréstimos, por mais que necessários, se tornavam cada vez mais insustentáveis). Acumulava-se, assim, muito dinheiro, principalmente para o acerto de contas no fim do ano, de dívidas contraídas com bancos ou de dívidas oriundas das necessidades que encareciam, como alimentação e a tentativa de manutenção de uma vida luxuosa. Este acerto, no entanto, fazia com que não houvesse circulação monetária, visto que se fazia um acerto de contas no fim do ano e não um pagamento regular. Isso poderia ser sustentado antes do trabalho assalariado, uma vez que um capital de giro deixaria de ser necessário, facilitando a possibilidade dos pagamentos sazonais. Aqui surge o quadro da crise, uma vez que para expandir, os bancos ficavam em posição de liquidez vulnerável (alto risco dos empréstimos, sazonalidade dos pagamentos, pouco dinheiro em caixa etc.). O movimento da crise, no entanto, era cíclico, nos primeiros meses do ano se tinham grande dificuldades (Furtado, 2007), no meio um choque entre demora de retorno das províncias e a necessidade destas de mais dinheiro, os acionistas cresciam e pediam descontos, fazendo com que o caixa do banco enfraquecesse. Desencadeou-se uma crise no sistema bancário nacional com a grande expedição de papel-moeda, gerando inflação, que tornou necessário medidas para retirar moeda de mercado. Isso surge em Rego com a

perda de uma identidade europeia atrelada ao mundo rural. As famílias dos romances irão sofrer com isso, gerando uma necessidade de sair das fazendas, assim como a necessidade de fuga de uma enchente (que não permite mais retornar ao estado original), algo que ocorre em Usina, mas de uma forma que demonstra um desespero por conta de hipotecas e dívidas, não apenas um evento natural.

b. Uma inocente nostalgia

A nostalgia também será uma ferramenta argumentativa importante para Rego, sendo o exemplo principal dado em *Menino de Engenho*. Neste vemos as formas como se utiliza um saudosismo da vida jovem para amenizar as problemáticas destes tempos. A forma principal como essa ocorre está na narrativa em primeira pessoa realizada por uma criança. Dessa forma podemos ler a partir de um protagonista inocente, que valida sua visão por ser o narrador da história. O autor quer que o leitor assuma a visão posta pelo narrador (apresentada de maneira incontestada) e perceba a necessidade de se retornar há tempos anteriores, em que a vida seria supostamente mais simples e melhor do que aquilo trazido com a modernização e o desenvolvimentos de centros urbanos.

Um dos exemplos disso ocorre com a primeira relação sexual do narrador. Este romance de formação apresenta o movimento de perda da inocência, no entanto, todos são apresentados como causados pela cidade ou pela modernização, tal relação não deixou de ser uma representação disso. O narrador precisa ir para a cidade para se entregar à vida que caminhava e, aos doze anos, contrai uma DST. A alternativa para isso também é apresentada, na figura do engenho em que vivia, como um lugar tranquilo e, como notamos na estética de Rego, melhor do que a cidade. Assim, podemos ver uma primeira metáfora do ciclo metafórico realizado por Rego, a criança e a juventude corrompidas funcionam como um “como se” do destino da sociedade com a saída do lugar protegido que era o engenho.

c. O fim daquele mundo

Em Usina, temos uma atmosfera posterior ao menino de engenho (e em sequência de moleque Ricardo), aqui o clima é de tensão, percebido nas disputas entre os dois engenhos principais, e no efeito de tais disputas entre estes estabelecendo uma noção de decadência causada pela chegada da usina. Podemos ver tal decadência por dois pontos de vista. Primeiro, a pressão econômica causada pela usina que, não só deixa muitos desempregados, mas

também faz com que a alternativa para pagamento de dívidas seja a venda de propriedade, como faz a fazenda (São Félix), aqui a usina é responsável pelo rompimento da vida tradicional e estabelece uma ordem em que os chefes regionais deixam de comandar no local, para Rêgo isso será desastroso por deixar de lado a vida nostálgica e por demonstrar um passo na direção ao fim da suposta coesão estabelecida pelos engenhos (algo também defendido por Freyre). Segundo, podemos ver no final do romance a enchente do rio Paraíba, enquanto pessoas iam embora e as terras eram levadas, o momento é simbólico para o romance pois demonstra o fim definitivo daquela vida, aqueles que venderam a propriedade não poderiam voltar a viver no local de antes, inicialmente pela falta de trabalho causada pela usina, mas agora com a literal destruição de fazendas, fazendo com que essa enchente leve em suas águas o passado da região. A usina segue então uma ideia de mitologia do fim do mundo, com a chegada de algo exterior ao núcleo estabelecido, os efeitos de curto prazo dessa chegada-- o aumento da produtividade da cana e, principalmente, a descaracterização do negro como uma ferramenta laboral--, o decorrer de tal decadência estabelecida, com as famílias empobrecendo enquanto tentam manter um estilo de vida europeu (algo crítico para Rego, pois percebe a decadência nessas tentativas de imitar o exterior), o fim das fazendas de colheita de cana, a retirada das posses tradicionais em favor de uma industrialização repentina e, por fim, o fim daquele mundo, como resultado do caos causado pela usina e a resposta metafórica (que será resolvida em Freyre) dada pela enchente. O antigo precisa ser lavado para dar espaço ao novo.

O que surge, portanto, é um questionamento acerca de quem é o culpado por essa mudança, Rego argumenta de forma implícita que os causadores dessa enchente cultural são os novos centros urbanos, as leis trabalhistas, às novas tecnologias e, em geral, um abandono daquilo que este considera tradição. Aqui temos a principal conexão do ciclo de obviação estabelecido entre Rego e Freyre, visto que partimos de metáforas que irão demonstrar a estrutura mitológica estabelecida como verdade por estes autores. O problema causado pelos usineiros passa de um “como se” fosse uma enchente para uma causa do fim da vida nas lavouras.

O usineiro é, em geral, *como se* fosse um conquistador em relação de conquistados de outra terra. De outro barro. De outro sangue. Quase um estrangeiro a qual não tocasse a sorte dos que não são usineiros. Quase um judeu do tempo em que Pernambuco foi a Zuickerland dos grandes escandalos de lucro comercial, o próprio conde Maurício de Nassau -- que aliás, tanto fez para libertar a colônia da monocultura -- surgindo-nos com as mãos de governado:um tanto meladas de açúcar. (Freyre, 180, 2004)

Vemos também a forma como a usina aparece como o fim de um ciclo (o ciclo da cana-de-açúcar), mas imita aquilo que possibilitou a formação agrária do Nordeste em primeiro lugar. Ou seja, a relação de conquistador e conquistado estabelecida pela Usina segue os moldes da colonização, e aquilo que foi o alicerce fundamental para a existência da vida de engenho é servido como motivo de fim desta. Portanto, o problema fica claro, não há uma crença de que as fazendas tradicionais, e o estilo de vida rural fossem melhores para o Brasil, mas há uma percepção de que, ao não acompanhar os avanços tecnológicos, haveria um fim da vida do menino de engenho, e de diversas outras condições que devem ser apresentadas de maneira não problematizada.

d. O negro e a fazenda

A figura do negro, melhor explorada no romance *Fogo Morto*, será representada de uma forma que tenta anular os males da escravização. Isso ocorre uma vez que os personagens do romance, por mais que tenham lutas sociais representadas e estejam no momento de libertação, são captados sob a figura da fazenda, algo que passará de metáfora para a realidade no pensamento de Freyre, ao se afastar de uma visão de disputas de classe e de um passado marcado pela escravização (aparece como escravo, mas este é completamente pacificado), ao demonstrar que o problema do novo irá sempre recair na figura do negro, que não será problematizada por conta de uma abstração das lutas de classe na figura do patriarca (Bastos, 2006). Ou seja, a fazenda, no romance, será a figura do patriarca na sociologia de Freyre e a forma como a primeira será representada como uma figura não problematizada se repetirá com o segundo. A casa grande de Freyre irá representar a fazenda de Rego, e as características destas (como personagens) para o romancista serão características pessoais do colonizador europeu, que, como veremos adiante, consegue dominar o negro e o indígena, transformando estes em seus aliados para a colonização.

O plano de fundo essencial neste romance é a conquista de direitos pelos trabalhadores, com o fim da escravidão dado a partir de 1850, dado que aqueles que foram escravizados não poderiam viver sob aquele mesmo sistema, devido as péssimas condições impostas e a falta de emprego para a maioria da população, algo que ocorre por conta da chegada de novas tecnologias, demonstrando como a figura moderna causa o fim de uma vida rural defendida pelo autor e leva a população ao ambiente desagradável das cidades.

Podemos notar outra característica atribuída aos negros recém-libertos, estes serão um demonstrativo da crise do sistema açucareiro. Seja pela falta de emprego e a necessidade de irem para a cidade (local de decadência no pensamento do autor), ou pelas revoltas que realizava, algo que irá demonstrar a profundidade da crise do sistema açucareiro nordestino, uma vez que desmistificam a ideia de coesão social trazida pelas fazendas e os tira da posição de bois ou animais pacíficos para que sejam atores sociais, com diversas reivindicações possibilitadas pela abolição, abarcadas para Rego como uma forma de demonstração da decadência social causada pela modernização.

Aqui a inversão é dada justamente naquilo que se esconde, ou seja, vemos como a localização desses protestos é direcionada a uma crítica à modernidade e não à problemas causados por séculos de escravidão e, ao esconder isso, podemos falar da inversão do pensamento de Freyre, não sendo possível afirmar que o patriarca seria um elemento de coesão, uma vez que foi sobre seu domínio que os problemas surgiram ou, no mínimo, foi este que possibilitou os danos da modernização, e não pode exercer força o suficiente para manter a ordem após o surgimento de usinas (mas principalmente após o surgimento de reivindicações trabalhistas e o crescimento dos direitos desses. Para Freyre não existiria o Brasil sem o negro, o indígena e a mulher, mas estes não geram conflitos, por estarem sob o domínio do senhor de engenho, algo que podemos notar como falso.

3. Freyre como tradutor do Brasil

Uma das narrativas sobre o Brasil mais seguidas nos primeiros 30 anos do século XX foi a de harmonia entre diferentes núcleos brasileiros. Freyre, como sabemos, tentava disfarçar situações problemáticas no país a partir de uma história pacífica e de igualdade entre as raças. Além disso, seguia também uma tentativa de retratar o Brasil como um centro de resolução de pares dialéticos (Casa-Grande e senzala, sobrados e mucambos). O que tentamos explorar ao longo desta pesquisa foi demonstrar as formas como a realidade brasileira foi traduzida por Freyre e seus efeitos na literatura à época. Freyre traduz em um contexto específico, em uma transição para a nova república, portanto é comum notarmos uma negação dos males do século XIX. o pensamento dele demonstra uma aversão ao moderno e uma necessidade de retorno à um tempo anterior, mas visto de uma forma que ignora os males deste. Isso se repete em Rego, no entanto não vemos uma tentativa de teorizar e articular de

forma próxima as contradições, mas sim tenta retratar tal passado de forma nostálgica, ou, em vezes, demonstrar os problemas que a modernidade carrega, como esta causa danos em seus romances, trataremos mais adiante a narrativa de Usina, que foca na transição entre engenhos para usinas, demonstrando a falta de emprego gerada pelo segundo, ignorando a forma como o negro era tratado, as continuções desse tratamento, além de diversas questões que deixam de ser abordadas para que o foco se mantenha no empobrecimento das famílias donas de engenho.

Freyre, no entanto, narra tal transição de outra forma, claro que reconhece uma decadência suposta (tanto que isso é uma forte influência para Rego). A ideia do autor tem um centro na negação daquilo que ocorreu no passado. Essa negação não é dada de forma explícita, no entanto, podemos notá-las na forma como se pacífica a figura do engenho - demonstrando que não deveríamos mudar pois a realidade no passado era melhor. Vemos isso logo no início em Casa-Grande e Senzala, o autor demonstra a importância das três raças com influências e poderes equivalentes, o próprio título indica a tentativa de harmonização, se colocam lado-a-lado o os opressores e oprimidos, negando essa opressão nas imagens da capa, uma vivência festiva entre esses dois lugares afastados.

No entanto, Freyre não foi o primeiro a fazer afirmações no sentido da forma harmônica das relações. Podemos notar isso em José de Alencar, que já no segundo império seguia um mito do bom selvagem, algo que, para Alfredo Bosi (1992) representava uma tentativa de criar um mito, mas acabava criando chaves para o entendimento de tempos anteriores. O bom selvagem seria aquele que não se rebela, o obediente às ordens da colonização, algo que nunca existiu, por mais que estivesse contido naquele imaginário.

A relação que Freyre estabelece entre negros e brancos também segue tal estrutura mitológica, quer apresentar algo de forma positiva, mas demonstra cada vez mais como não foi o que ocorreu. Não precisamos nos afastar de Freyre para perceber isso, o próprio autor demonstra quem se oprime ao animalizar o negro. Como vemos em Nordeste (Freyre, 2004), o negro é colocado, em relação a cana, de duas formas principais, como ferramenta, ou como animal. O indígena é tratado de duas formas, como rebeldes que negam a cristianização, ou como apoiadores da colonização-- na forma de cavalos, como podemos ver em Freyre--, além disso são retratados como aqueles que têm um conhecimento à colonização, conhecem a

natureza e seus caminhos, por isso serão sempre retratados em pares com essa. O branco, no entanto, aparece como uma figura neutra (por mais que portadora de uma sabedoria europeia de dominação e comando), que conseguiu se estabelecer no Brasil e criou todas suas riquezas a partir de suas relações com os negros e indígenas. Claro que não se deixa de falar das formas como isso foi feito, mas se ameniza os efeitos da escravidão e do genocídio, para que se de espaço para a visão inicial de uma harmonia brasileira.

Esse contraste entre o cavalo e boi, do ponto de vista agrícola, lembra-nos um pouco o que se pode estabelecer, no caso do Brasil, e de sua colonização agrária, entre os préstimos do índio nômade, que foi uma *espécie de cavalo* pelas suas tendências ao movimento, à ligeireza, à aliança com o homem menos sedentário e mais guerreiro, e os préstimos do negro, *espécie de boi*, pela sua adaptação melhor e mais seguira à rotina da lavoura de cana, à sedentariedade da e ao vagar do trabalho agrícola. O negro foi na verdade o pé-de-boi da colonização agrária no Brasil. Sem ele, a colonização do Nordeste pela cana-de-açúcar (Freyre, 105, 2004)

Vemos em Freyre, como parte de seu movimento de obviação do pensamento de Rego, a ideia de que o negro e o indígena passam do “como se” fossem bois ou cavalos, na figura de personagens dos romances, além de outros romances citados por Freyre, para a noção de que são “como se” fossem estes animais, para a ideia final de que o negro “é” pacífico, maleável e obediente como um boi, e o indígena e este apoio essencial para o assentamento do europeu no Brasil. Ambos os movimentos realizados como uma qualidade inata destes, enquanto, como vimos, o branco europeu pode se desvencilhar de todas as qualificações apriorísticas e realizar um sucesso por suas próprias mãos. Sem se questionar aqui sobre a forma como essa hierarquia foi causada, uma vez que o próprio autor tenta negar a força dessa distinção entre as três raças supostamente "harmônicas", tal visão de harmonia só pode ser feito do ponto de partida do dominador, assim como se dá nos romances de Rego.

4. Reflexões no direito brasileiro

Vale ressaltar em que ponto as ideias de exclusão do negro, com origem na perspectiva animalizada deste, a ignorância em relação às condições de vida que lhes foram impostas antes e depois da escravização, sem esforços para equiparação com outros brasileiros após 1888 estavam presentes no direito brasileiro de 30. Iremos abordar, para tanto, a situação do trabalhador e do recém liberto durante a primeira república, partindo da forma como eram apresentados nos romances-- como vimos nos capítulos anteriores--,

buscando seus reflexos nas ideias sociais que estão presentes no direito brasileiro entre 1890 e o fim do Estado Novo. Para isso, será necessária uma análise de dois momentos específicos da lei brasileira, o código penal de 1890, e as leis trabalhistas do governo Vargas, presentes na constituição de 1934.

Art. 115. É crime de conspiração concertarem-se vinte ou mais pessoas para:

§ 1º Tentar, directamente e por factos, destruir a integridade nacional;

§ 2º Tentar, directamente e por factos, mudar violentamente a Constituição da Republica Federal, ou dos Estados, ou a forma de governo por elles estabelecida;

§ 3º Tentar, directamente e por factos, a separação de algum Estado da União Federal;

§ 4º Oppor-se, directamente e por factos, ao livre exercicio das attribuições constitucionaes dos poderes legislativo, executivo e judiciário federal, ou dos Estados;

§ 5º Oppor-se, directamente e por factos, á reunião do Congresso e a das assembléas legislativas dos Estados:

Pena - de reclusão por um a seis annos.

Art. 116. Si os conspiradores desistirem do seu projecto, antes de ter sido descoberto, ou manifestado por algum acto exterior, deixará de existir a conspiração, e ficarão isentos de culpa e pena.

Art. 117. Qualquer dos conspiradores que desistir do projecto criminoso, antes de descoberto ou manifestado por algum acto exterior, não será passivel de pena, ainda que a conspiração continue entre os outros.

Inicialmente, no código penal, vemos os crimes de conspiração contra formas de exercício do poder, na forma do artigo 115 (e em diante no mesmo capítulo) do código de 1890. Isso é relevante pois criminaliza a possibilidade de manifestar-se, em momento posterior à abolição, ou seja, tornava-se legal reprimir manifestações e prender seus participantes. Nos romances o negro aparece ainda escravizado, mas se sustenta uma noção de periculosidade de sua união. Isso segue nos crimes de sedição e ajuntamento ilícito, que fortalecia a proibição de manifestações contra algo que a população considerava injusta. Algo que se repete no último parágrafo do parágrafo 119 do código.

Art. 119. Ajuntarem-se mais de tres pessoas, em logar publico, com o desígnio de se ajudarem mutuamente, para por meio de motim, tumulto ou assuada: 1º, commetter algum crime; 2º, privar ou impedir a alguem o gozo

ou exercício de um direito ou dever; 3º, exercer algum acto de ódio ou desprezo contra qualquer cidadão; 4º, perturbar uma reunião publica, ou a celebração de alguma festa cívica ou religiosa:

Pena - de prisão cellualar por um a tres mezes.

Estes dispositivos, que tiveram vigência até os anos 40, não são importantes apenas por demonstrarem a condição democrática possível na primeira república, mas por se direcionarem diretamente a parte da população que não tinha igualdade de direitos com aqueles que sempre foram livres. A combinação que aqui ocorre, e é a que se tinha no momento em que os livros foram escritos, é do fim da lei da escravidão, sem uma real tentativa de possibilitar a vida dos recém-libertos, junto a uma proibição de união em favor de mudanças legais em um governo que se dizia trabalhista, mas seguia sem buscar maior integração econômica dos negros na sociedade.

Art 120 - Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidos de conformidade com a lei.

Art 121 - A lei promoverá o amparo da produção e estabelecerá as condições do trabalho, na cidade e nos campos, tendo em vista a proteção social do trabalhador e os interesses econômicos do País. (...)

Art 122 - Para dirimir questões entre empregadores e empregados, regidas pela legislação social, fica instituída a Justiça do Trabalho, à qual não se aplica o disposto no Capítulo IV do Título I.

Durante a era Vargas e na constituição de 34, se estabelecia-- em especial no artigo 122, com a criação da justiça do trabalho e no artigo 120, com a possibilidade de reconhecimento de sindicatos na forma de lei--, vemos o foco na noção de melhorar a condição dos trabalhadores. No entanto, ainda valia o antigo código penal, e não havia uma melhora substancial na vida do recém liberto. Esse conjunto de normas fazia com que fosse muito difícil reivindicar direitos sociais e mudanças na vida do negro no Brasil, se configurava, assim, o ignorar de um problema. Não era regulado nessa meios para uma mudança na vida dos negros no Brasil, e, além disso, se tentava fortemente controlar revoltas, com a possibilidade de manifestação apenas nos moldes estabelecidos pelo estado.

A punição segue, então, além da escravidão, nos anos de exclusão dos negros, indígenas, ciganos e trabalhadores, houve um silenciamento estatal de vozes de resistência, algo que Freyre e Rego contribuíram, visto que, a história oficial sendo de uma harmonia

entre os mais diversos grupos, não seria possível que grande parte da sociedade ainda tivesse reivindicações relacionadas ao império.

Outro ponto que nos possibilita ver a proibição de formas de vida negras está na proibição de formas de medicina tradicional, sendo possível encaixar as práticas no capítulo III do título III do código penal. Essa junção de aspectos após o a lei áurea é relevante por demonstrar como, por mais que se interessasse nos direitos dos trabalhadores, deixava-se de reparar danos causados pela escravidão, com formas de reprimir tentativas de reivindicações de direitos que não seguissem a forma do estado novo.

A questão principal que perpassa a análise destes artigos é a de sentidos dos libertos no Brasil no momento de tal libertação, bem como os sentidos da sociedade brasileira para os autores. Os libertos estão relacionados neste sentido de liberdade, mas não são parte do mesmo sentido dado ao trabalhador por Vargas anos depois. Isto é, houve uma mudança em sua condição, mas, como exploramos anteriormente, não houve a devida integração deste. E sentidos como o de uma violência animalizada do negro e de desintelectualidade serão vistos nas cidades e nas formas de exclusão destes que chegam expulsos do campo, por conta da chegada da modernidade, conforme Rego e Freyre.

Portanto, por mais que se mude o estatuto do negro no Brasil, seu sentido não acompanha a mudança para se tornar o trabalhador varguista.

5. Questões finais

Os autores andam juntos em uma defesa da fazenda como um ambiente de igualdade e de harmonia, mesmo que discordem em momentos⁷, e podemos ver, além disso, a forma como Freyre irá se utilizar (mesmo que indiretamente) de metáforas postas por Rego, para realizar obviações e inventar uma cultura brasileira. O principal caso em que isso ocorre é na figura da fazenda, que representará em ambos um espaço quase sagrado, no entanto, Rego defenderá está por meio de seus personagens, como metáforas que representam o bom da vida rural-- enquanto enfrenta os males das cidades, seja como uma figura que corrompe os mais novos, ou como uma figura em que os trabalhadores rurais são forçados a se direcionar após o

⁷ Como no caso da figura de animal que o negro irá assumir, sendo para Freyre uma figura passiva e que ajuda o europeu a conquistar as terras, por conta de sua adaptabilidade e obediência e para Rego uma figura agressiva que após se tornar liberto irá assombrar as noites dos centros rurais.

fim da escravidão. Aqui uma ideia de uma fazenda “como se fosse” um local de paz e harmônico, é transformada em uma afirmação da qualidade agregadora, algo que não precisamos passar das capas de Freyre para localizar⁸.

Se aproximando dos textos de Freyre, podemos perceber uma impossibilidade da harmonia afirmada, uma vez que o indígena é retratado como um obediente cavalo, que serve aos interesses do colonizador, e o negro é um boi que pode ser aproveitado pelo europeu de qualquer forma, algo que ocorre a partir da escravidão e que se repete na ideia de que estes poderiam, tal qual as vacas, ser exploradas sexualmente pelo português.

Por outro lado, sem o boi, só com o cavalo, o engenho não teria se firmado como se firmou. Até as vezes da égua e do boi fez nas almanjarras. até as vezes da besta. e até as vezes da mulher a vaca fez para os meninos de engenho (Freyre, 105, 2004).

Além da exploração de mais de 400 séculos, no momento em que se dão os romances podemos ver uma tentativa de se negar uma cidadania para os libertos, uma vez que o autor continuará a defender este como animais, e, diferentemente de Freyre, afirma uma qualidade agressiva na forma de animalização do negro, dada por conta de uma perversidade inata e uma corrupção causada pela modernização, algo que vimos na figura do lobisomem no romance Fogo Morto. Assim as duas metáforas tentam se defender como verdades. A resolução entre essas metáforas será posta de maneira pacificada na constituição de 34, sem uma profunda reflexão acerca dos anos de escravidão, visão esta que se baseia em um pensamento similar ao de Rego no Menino de Engenho.

Torna-se importante realizar uma leitura que busca romper com a noção hegemônica de que as teorias sociais seriam a base para o pensamento de todos os romancistas, Freyre influenciou a obra de Rego, mas não podemos deixar de observar como o inverso também se deu. Por muitas vezes, como aqui tentamos explorar, Freyre agirá como um tradutor das ideias do romancista, algo que se tornará fundamental em seu pensamento, seja na forma de defesa das relações que ocorriam nas fazendas, ou como tentativa de demonstrar aquilo que estava causando a decadência destas.

O direito segue a influência dos autores por se basear em visões similares. Com isso vemos uma falsa ideia de pacificação da problemática social da escravidão após 1988. Após a chegada das usinas, e a inundação retratada em fogo morto, que irá expulsar a população

⁸ Me refiro às capas da editora Record em suas primeiras edições.

trabalhadora recém liberta, temos o cenário das cidades crescendo junto com uma industrialização e modernização, mas para se modernizar foi necessário se despir das diferenças e desigualdades fundamentais na sociedade brasileira, sem que se dessa devida solução para todo tema. Assim o final de Fogo Morto sugere um cenário mais desesperador do que se deixa crer, de pessoas sem lugar para ir com menos lugar para voltar.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO, Ricardo Benzaquen de. Guerra e Paz - e Casa-Grande Senzala e a obra de Gilberto Freyre nos anos 30. 1ª edição. Rio de Janeiro: Editora 34, 1994.

BASTOS, Elide Rugai. As criaturas de Prometeu: Gilberto Freyre e a formação da sociedade brasileira. 1ª edição. São Paulo: Global Editora, 2006.

BRASIL. **Constituição (1934) Constituição** da República dos Estados Unidos do Brasil. Rio de Janeiro, **1934**

BRASIL. Código Penal de 1890. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890.

FERNÁNDEZ, Nohora Arrieta. “Lo que contiene esa oscuridad”: estéticas de la ambigüedad en la novela gráfica Cumbe de Marcelo D’Saete. *Mitologías hoy*, v. 20, n. 0, p. 141–164, 2019.

FREYRE, Gilberto. Casa-Grande & Senzala. Português edição. São Paulo: Global Editora, 2006.

FREYRE, Gilberto. Nordeste. 7ª edição. São Paulo: Global Editora, 2004.

FREYRE, Gilberto. Sobrados e Mucambos. 15ª edição. São Paulo: Global Editora, 2013.

FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. 1ª edição. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

FURTADO, Celso. Formação econômica do Brasil. [s.l.]: Companhia das Letras, 2020.

GIL, Fernando Cerisara. A CRÍTICA E O ROMANCE RURAL. *Rev. Let.*, p. 16, .

LATOURE, Bruno; MENEGUELLO, Rachel. A fabricação do direito: Um estudo de etnologia jurídica. 1ª edição. [s.l.]: Editora Unesp, 2019.

LESSER, Jeffrey; ZIMBRES, Patrícia Queiroz Carvalho. A invenção da brasilidade: Identidade nacional, etnicidade e políticas de imigração. 1ª edição. São Paulo: Editora Unesp, 2015.

MARTINS, Waldemar Ferreira. História do Direito Constitucional Brasileiro - Coleção Constitucionalismo Brasileiro. 2ª edição. Rio de Janeiro, RJ: Editora Forense, 2019.

MÜLLER, Dangelo. Mestre Amaro, um lobisomem do canavial: a representação da licantropia em Fogo Morto. 2014. Disponível em: <<https://repositorio.uces.br/xmlui/handle/11338/406>>. Acesso em: 1 ago. 2021.

REGO, José Lins do. Banguê. 24ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

REGO, José Lins do. Fogo morto. 81ª edição. Rio de Janeiro: José Olympio, 2010.

REGO, José Lins. Menino de engenho. 110ª edição. Rio de Janeiro, RJ: José Olympio, 2010.

WAGNER, Roy; COSTA, Priscila Santos da. Símbolos que representam a si mesmos. 1ª edição. [s.l.]: Editora Unesp, 2018.

**A JUDICIALIZAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EDUCAÇÃO INFANTIL:
ARE 639.337 AGR SP**

Gustavo Warzocha Fernandes Cruvinel¹

Resumo

O presente artigo apresentou a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) no ARE 639.337 AgR SP e a analisou no contexto da judicialização das políticas públicas na educação infantil. A conclusão foi que, em se tratando de atendimento às crianças em creches e na pré-escola, conforme previsto no art. 208, IV, da Constituição Federal de 1988, não pode a autoridade municipal comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. Adotaram-se como metodologia de pesquisa os métodos de análise de jurisprudência e revisão bibliográfica.

Palavras-chave: educação infantil; judicialização; políticas públicas.

***THE JUDICIALIZATION OF PUBLIC POLICIES IN CHILD EDUCATION: ARE
639.337 AGR SP***

Abstract

This article presented the decision of the Federal Supreme Court (FSC) in ARE 639.337 AgR SP and analyzed it in the context of the judicialization of public policies in early childhood education. The conclusion was that in the case of child care in day care centers and preschool, as provided for in art. 208, IV of the Federal Constitution of 1988, the municipal authority cannot compromise, with support in a court of simple convenience or mere opportunity, the effectiveness of this basic right of a social nature. It was adopted as research methodology the methods of analysis of jurisprudence and literature review.

Keywords: child education; judicialization; public policy

INTRODUÇÃO

¹ Analista Legislativo na Câmara dos Deputados, Mestre em Ciência Política pelo Centro de Treinamento e Aperfeiçoamento (CEFOP) da Câmara dos Deputados, especialista em Direito Constitucional pelo IDP, <http://lattes.cnpq.br/3070175316806261>, gwarzocha@gmail.com.

Entendemos por políticas públicas “todas as atividades, metas, planejamentos e projetos normativos idealizados pelo Executivo e aprovados pelo Legislativo que tenham por finalidade a realização de um interesse público” (BRADBURY, 2016, p. 32).

As constituições de diversos países determinam a separação funcional dos Poderes em Executivo, Legislativo e Judiciário. Esses Poderes devem atuar de forma harmônica na efetivação das políticas públicas.

O princípio da separação e independência entre os três Poderes tem origem nas teorias de Montesquieu, o qual ensinava que “A independência dos três Poderes na Democracia é uma conquista de importância fundamental para a defesa da liberdade e dos direitos da população” (MOTA, 2017).” Segundo ele, o poder de fazer as leis não poderia ser atribuído à mesma pessoa que as executasse ou que tivesse a prerrogativa de julgar.

No entanto, especialmente depois da segunda metade do século XX, a complexidade da vida social mudou o Direito e fez com que as leis fossem perdendo um pouco do seu caráter geral e abstrato e ganhando um caráter técnico. Surgiram então as leis-medida ou leis-plano, e o Parlamento, pela própria natureza, foi perdendo capacidade de legislar diretamente, transferindo para o Executivo a iniciativa das leis mais relevantes (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 1195).

Por esses motivos, as constituições democráticas precisam conciliar a necessidade do protagonismo do Executivo em determinados assuntos com o princípio de que, no sistema democrático, as decisões fundamentais da vida da sociedade devem ser tomadas pelo Legislativo e, ainda, deixar pouco espaço para discricionariedade do Judiciário (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 1195).

Acrescente-se a isso que, especialmente a partir do final do século XX, com o aumento do protagonismo das políticas neoliberais, a diminuição das prestações sociais do Estado e o aumento da livre iniciativa, a complexa tarefa de conciliar as múltiplas reivindicações do constitucionalismo e da democracia passou cada vez mais a ser exercida pelo Poder Judiciário (VICTOR, 2011, p. 21).

No Brasil, essa atuação é sempre limitada pelas regras e pelos princípios estabelecidos pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, doravante denominada CF88.

A Constituição estabeleceu, entre outros, o princípio democrático de que todo poder emana do povo, que o exerce por meio de seus representantes ou diretamente (art. 1º, parágrafo

único, da CF88), e o da separação e independência dos Poderes da União em Legislativo, Executivo e Judiciário (art. 2º da CF88).

Somando a isso, o constituinte de 1988 estabeleceu também um amplo catálogo de direitos sociais, muitos elevados à condição de direitos fundamentais, cujas materializações exigem aportes estatais (VICTOR, 2011, p. 16).

Ao Judiciário coube o papel de guardião da constituição e, atualmente, embora não tenha sido pensado como protagonista principal na efetivação de direitos fundamentais, quando provocado adequadamente, está sendo um poderoso instrumento de articulação de políticas públicas na área social. Denominaremos esse fenômeno, em que o Judiciário é chamado a proferir a última palavra sobre a efetivação de políticas públicas, de “judicialização de políticas públicas” (BRADBURY, 2016, p. 24).

Esse fenômeno pode ser considerado uma realidade no Brasil e suscita inúmeras problemáticas, como a reserva do financeiramente possível, o mínimo existencial, a separação de Poderes, o ativismo judicial e as competências (VICTOR, 2011).

No presente trabalho, estudaremos judicialização de políticas públicas no contexto do direito à educação, com foco na educação infantil. Entendemos políticas públicas educacionais “como todas as atividades, metas e programas normativos elaborados pelo Executivo e as leis aprovadas pelo Legislativo que tenham por finalidade o desenvolvimento da educação brasileira” (BRADBURY, 2016, p. 32).

No próximo capítulo, faremos a fundamentação teórica sobre o direito à educação infantil na CF88 e as problemáticas sobre a judicialização de políticas públicas nessa área; no capítulo 3, analisaremos o Recurso Extraordinário com Agravo 639.337 SP (ARE 639.337 AgR SP) como estudo de caso da judicialização de políticas públicas educacionais; por último, faremos as considerações finais.

2 FUNDAMENTAÇÃO TEÓRICA

Neste capítulo realizaremos a fundamentação teórica sobre os principais assuntos relacionados com educação infantil e judicialização de políticas públicas nessa área. Os temas tratados servem de fundamentação para o entendimento da decisão do ARE 639.337 SP.

Na primeira seção, faremos uma contextualização da educação e, em especial, da educação infantil na CF88. Na segunda seção, falaremos sobre a relação da educação com o princípio da dignidade da pessoa humana, do mínimo existencial e da reserva do possível. Na

terceira seção, discorreremos sobre o papel dos municípios no federalismo brasileiro com foco na área de educação. Por fim, na quarta seção, falaremos sobre a separação dos Poderes e os limites da atuação judicial na efetividade das políticas públicas na área de educação.

2.1 Educação: tema constitucional

A educação no Brasil é tema constitucional previsto no art. 205 da CF88. O referido artigo determina que a educação é direito de todos, sendo dever o Estado e da família, com colaboração da sociedade. Conforme nos explica Nalini (2020, p. 21), “a amplitude do tratamento fundante tem significado de relevância extrema: todos são responsáveis pela educação”.

Além disso, o art. 211 da CF88 estabelece que os sistemas de ensino devem ser organizados em regime de colaboração pela União, pelos estados, pelo Distrito Federal e pelos municípios, sendo que o § 2º do mesmo artigo determina que os municípios atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil.

Especificamente sobre este último, em Canotilho *et al.* (2018, p. 2051), Marcos Augusto Maliska nos ensina que esse direito é resultado do desenvolvimento contemporâneo de nossa sociedade, em especial com o ingresso da mulher no mercado de trabalho. Segundo ele, a permanência da mulher no mercado implica o dever do Estado de providenciar meios para que as mães deixem seus filhos em creches ou em pré-escolas, enquanto estiverem trabalhando.

Sobre essa questão, transcrevemos também os ensinamentos de Ney Maranhão em Canotilho *et al.* (2018, p. 656):

O dever estatal não se limita à construção de creches e escolas públicas. Cumpre que o faça com número de vagas suficiente para o atendimento dos titulares do direito. Não se trata, ademais, de dever constitucional que recai apenas sobre a União. Perceba-se que, afinando-se com essa assertiva e buscando potencializar o cumprimento dos propósitos constitucionais, o ordenamento jurídico também atribui aos próprios Municípios a incumbência de fornecer educação infantil em creches e pré-escolas.

Essa obrigação está prevista no art. 7º, inciso XXV, e no art. 208, inciso IV, da Constituição Federal de 1988 (CF88):

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

[...]

XXV – assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas;

[...]

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

[...]

IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

[...]

Para complementar, os parágrafos 1º e 2º do art. 208 ainda determinam respectivamente que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” e “o não oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente”.

Sobre a extensão do art. 7º, XXV, é importante também ressaltar as lições de Ney Maranhão em Canotilho *et al.* (2018, p. 656):

Malgrado expressado como direito dos trabalhadores, a verdade é que a assistência social, nesse particular, objetiva propósitos bem mais amplos, consistentes também na proteção da família e da maternidade. Mais: esse mandamento constitucional de gratuidade, aliado à sadia perspectiva de universalização dos benefícios, atinge a todos os que, mesmo não contribuindo para a seguridade social, inscrevem-se como necessitados, atingindo, igualmente, portanto, escopos relacionados à proteção da infância e à própria integração ao mercado de trabalho (art. 203, I e III).

Harmonizam-se, com esses dispositivos, importantes direitos: o pleno exercício do direito ao trabalho (art. 6º), a proteção ao mercado de trabalho da mulher (art. 7º, XX), temas relacionados com assistência social (art. 203, I, II e III) e a máxima proteção da saúde, da educação, do lazer, da dignidade e do respeito, no que diz com filhos ou dependentes de trabalhadores (art. 227, *caput*) — todos da CF88 (CANOTILHO *et al.*, 2018, p. 655-656).

A próxima seção discorrerá sobre a relação entre educação, dignidade da pessoa humana, mínimo existencial e reserva do possível.

2.2 Educação e a dignidade da pessoa humana

Podemos associar o direito à educação com o princípio da dignidade da pessoa humana, previsto no art. 1º, inciso III, da CF88. Segundo Sarlet (2015, p. 105):

[...] temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Dessa forma, a educação pode ser considerada como um requisito essencial para que as pessoas possam viver com dignidade, integrando-se à comunidade e participando das decisões que afetam seu futuro e o da sociedade como um todo.

O referido princípio encontra ressonância nas ideias do mínimo existencial (VICTOR, 2011, p. 101-102). Esse conceito resulta dos preceitos constitucionais presentes no art. 1º, III, e no art. 3º, III, ambos da CF88, e pode ser interpretado como:

Alexy certifica, por sua vez, que o mínimo existencial contempla uma regra constitucional, sendo resultado, de um lado, **da ponderação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade real e, de outro, das noções de separação dos poderes (inclusive a competência para vinculação orçamentária) e de competência do legislador democrático**, respeitado o limite inato aos direitos de terceiros. Ele ensina que os direitos sociais elementares são garantidores de um mínimo vital, de uma vida simples, com **acesso a educação escolar**, a formação profissional e a um patamar básico de assistência médica (VICTOR, 2011, p. 101, grifos nossos).

É importante ressaltarmos essas relações uma vez que a natureza prestacional do direito à educação infantil atrai o enfrentamento da problemática do princípio da reserva do possível. Esse princípio se refere às limitações financeiras e jurídicas do principal destinatário da norma, o Estado (VICTOR, 2011, p. 99). Nos ensinamentos de Victor (2011, p. 99):

É incontroverso que a escassez de recursos compromete a efetivação de comandos normativos prestacionais. A bem da verdade, podem ser apontados dois fatores que repercutem negativamente sobre a atuação prestacional do Estado. De um lado surge

a limitação material, isto é, a finitude de recursos propriamente dita. Junto a esta, emergem também empecilhos de ordem jurídica, estes últimos atrelados à possibilidade jurídica de dispor dos recursos disponíveis. Ambos os aspectos, material e jurídico, associam-se à ideia da “reserva do possível”.

O entendimento desses princípios e de suas relações é importante, pois muitas vezes a ponderação entre eles é utilizada para a decisão de casos de judicialização de políticas públicas.

Considerando o contexto da educação, as decisões, em geral, determinam que os entes federados devem exercer suas competências para dar efetividade a esse direito social. Isso envolve questões como autonomia financeira e política e capacidade técnico-administrativa dos mesmos.

Na próxima seção falaremos sobre essas questões, relacionando educação e as competências dos municípios no federalismo brasileiro.

2.3 Educação e os municípios no federalismo brasileiro

O § 2º do artigo 211 da CF88 estabelece que os municípios deverão atuar prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil. Para cumprir essas atribuições, eles precisam de autonomia financeira e política e capacidade técnico-administrativa.

Esses fatores estão relacionados com a distribuição de competências no federalismo brasileiro e constituem um processo histórico de descentralização de receitas fiscais e gestão de políticas públicas que evoluiu de forma desigual nas diversas políticas públicas e também regiões do Brasil.

Segundo Fernanda Almeida, a federação é um sistema de repartição de competências, e essa repartição de competências é que dá substância à descentralização em unidades autônomas. Contudo, atribuir competências significa conferir poderes, mas também deveres, para cujo cumprimento é essencial a existência de recursos financeiros suficientes (ALMEIDA, 2013, p. 14).

Sendo assim, se a distribuição de recursos entre os entes federados é centralizada e o órgão responsável pela competência precisa solicitar recursos de outra fonte, isso cria uma dependência financeira que acaba acarretando uma dependência política (ALMEIDA, 2013, p. 14).

Dessa forma, a CF88 estabeleceu uma série de regras para distribuição dos recursos financeiros arrecadados com impostos. Essa divisão permite certa autonomia financeira aos municípios, mas ainda os mantém muito dependentes de transferências da União. Ramos *et al.* (2020) realizaram um trabalho detalhado sobre essa questão e nos explicam:

Mesmo com sua capacidade para tributar e arrecadar recursos, ocorre que a maioria dos recursos que sustentam os municípios são verbas oriundas da União e dos estados membros. Mesmo as grandes metrópoles brasileiras como São Paulo, por mais que arrecadem com seus tributos, é obvio que só estes não têm como sustentar a máquina pública, sendo, portanto, necessária a complementação por meio de recursos federais e estaduais (RAMOS *et al.*, 2020, p. 94).

Isso gera vários problemas para os gestores municipais, como, por exemplo, a dependência política. Nos ensinamentos de Ramos *et al.* (2020, p. 95):

É inegável que os municípios no Brasil dependem financeiramente dos Estados e da União. Acontecem, assim, jogadas políticas, de acordo com Ferreira (2010), em que os prefeitos, muitas vezes se tornam reféns de deputados, senadores, dentre outras figuras políticas, para a obtenção de recursos para suas respectivas administrações (RAMOS *et al.*, 2020, p. 95).

Essa dependência se acentua ainda mais uma vez que a CF88 também atribuiu um destacado papel de planejamento à União (ALMEIDA, 2013, p. 73). As políticas de planejamento são formuladas, em grande parte, pelo Congresso Nacional, que não possui representação direta dos municípios. Além disso, estes também não foram legitimados pela CF88 a apresentar proposta de emenda à constituição (PEC). Daí surge a necessidade de sensibilizar os parlamentares para que encampem as causas municipalistas.

Especificamente sobre a distribuição de recursos entre os entes da federação para a área da educação, bem nos explica Costa (2011, p. 35):

As normas constitucionais ampliaram a autonomia dos Municípios, autorizando que organizassem seus próprios sistemas educacionais, mas, no entanto, não estabeleceu critérios legais para a divisão de suas funções na prestação da educação, e isso resultou em um sistema caótico de financiamento das redes de ensino. A nova Constituição não solucionou o problema da má distribuição dos recursos para a educação entre os entes federados. Da mesma forma, os mínimos constitucionais, reservados ao investimento em educação, não garantiram a sua aplicação. A instituição da

vinculação de 25% das receitas dos Estados e Municípios e de 18% das receitas da União à educação não garantiu o financiamento adequado ao ensino obrigatório, tampouco deu mais transparência e equidade ao gasto público. Esse problema foi mitigado com a criação do FUNDEF e do FUNDEB.

Isso mostra que, embora o sistema de distribuição de recursos apresente problemas, existe um esforço do legislador em promover melhorias e garantir dotações orçamentárias para a educação brasileira.

Muitas vezes, mais do que falta de recursos, o que se verifica na prática é a má gestão destes a qual resulta na má qualidade do sistema de ensino. Sobre essa relação, tomemos as lições de Costa (2011, p. 52):

Assim, para que o Estado/Administração realmente tenha recursos para executar as políticas públicas de concretização do direito à educação inseridas na Constituição Federal, a Emenda nº 14/96 criou uma fonte adicional de recursos com a contribuição do salário-educação, recolhida pelas empresas. Mais recentemente, o orçamento fica reforçado pela exclusão da educação do DRU (Desvinculação das Receitas da União), prevista no art. 76 da ADCT, trazida pela EC nº 59, tema que será a seguir desenvolvido. Sendo assim, verifica-se que há uma preocupação constante do legislador em garantir dotação orçamentária à educação. Ocorre que, mais do que falta de recursos, o que se verifica, na prática, é a má gestão dos recursos públicos, que resulta na má qualidade do sistema nacional de ensino.

Todo esse contexto nos leva à conclusão de que a oferta da educação infantil é dever do Poder Público federal, estadual e municipal (COSTA, 2011, p. 76). Na prática, isso representa diversos desafios, entre os quais ressaltamos a dificuldade de cooperação entre os entes federados e a boa administração pública.

O primeiro carece da regulamentação prevista no art. 23, parágrafo único, da CF88, que estabelece que leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios. Apesar da existência de diversas proposições sobre o tema em tramitação no Congresso Nacional, ainda não existe uma lei complementar para a área de educação.

O segundo está expresso no art. 37, *caput* e § 3º, também da CF88 e tem relação direta com a capacidade técnico-administrativa do Poder Executivo para fornecer serviços públicos com qualidade. Especialmente no que se refere aos municípios, o aumento dessa capacidade

faz parte de um processo gradual de descentralização da gestão de políticas públicas iniciado com a promulgação da CF88.

Tendo em vista que a Administração Pública, focada como atividade estatal em si, transcorre na funcionalidade dos três Poderes estatais — Legislativo, Executivo e Judiciário, conforme Carlos Ayres Brito em Canotilho *et al.* (2018) —, na próxima seção falaremos sobre a separação desses Poderes e os limites da atuação judicial na efetividade das políticas públicas na área de educação.

2.4 Separação dos Poderes e os limites da atuação judicial

A formulação de políticas públicas para a educação também precisa enfrentar os limites da separação funcional dos Poderes. Entendemos que os Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário devem atuar em harmonia para garantir a concretização desse direito.

Especificamente sobre a atuação do Judiciário, a judicialização da educação tem se tornado tema recorrente, competindo com a já crônica judicialização da saúde. Esse processo pode ter tanto um viés positivo, voltado à concretização e à ampliação de direitos de cidadania, como um viés negativo, de burocratização excessiva e de desrespeito à relativa autonomia do campo educacional e da escola.

Sobre a relação entre políticas públicas, Direito e o papel exercido pelo Judiciário, bem nos explica Marília Lourido dos Santos:

É nestas que estão consagrados os direitos fundamentais, dentre os quais encontram-se os direitos sociais, cuja nota característica é justamente a demanda por prestações positivas do Estado, que por sua vez se efetiva por meio de políticas públicas. **Logo, as políticas públicas constituem uma forma de concretização de normas constitucionais de significativa relevância [...]** O papel do Judiciário — com relação a garantia da normatividade constitucional — no tocante ao controle de políticas públicas é fundamental, pois se afigura como instância última de resguardo dos direitos fundamentais. Cabendo-lhe conferir harmonia entre a garantia destes e o exercício das funções ou atos dos outros poderes, especialmente o Executivo. Ademais, cabe-lhe o próprio controle do processo de concretização das normas constitucionais pelos outros poderes, porque a si tocará verificar se houve obediência aos ditames da Constituição. Será, então sua a palavra final, pela aplicação dos princípios da inafastabilidade da jurisdição e da coisa julgada (SANTOS, 2006 *apud* BRADBURY, 2016, p. 22, grifos originais).

Complementando e confirmando esta explicação sobre separação dos Poderes, o STF firmou entendimento de que este se traduz num balanceamento de poderes e não em núcleos de poder estanques. Sobre esse assunto, o Ministro Celso de Mello proferiu a seguinte exegese (BRASIL, STF, DJU 3-2-06 *apud* VICTOR, 2011, p. 32-33):

[...] Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão — por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatório — mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.

As preocupações relacionadas com os limites de atuação do Judiciário levam também a um outro conceito que se convencionou chamar de ativismo judicial. Nas lições de Streck (2018), isso ocorre quando as decisões do Poder Judiciário extrapolam seu campo de atuação e produzem resultados não universalizáveis para todas as pessoas que solicitassem o mesmo direito:

A esse respeito, venho buscando construir uma criteriologia decisória que passa por três perguntas fundamentais: está o Judiciário diante de um direito fundamental, subjetivamente exigível? Este direito, em situações similares, pode ser concedido a toda e qualquer pessoa que o pedir? Por fim, é possível transferir recursos das outras pessoas para fazer aquela ou um grupo feliz, sem violar a isonomia no seu sentido substancial, já levando em conta toda a força do Estado Social previsto na Constituição? Se uma das respostas for negativa, não se está diante de uma judicialização, mas, sim, de uma atitude ativista (STRECK, 2018).

O entendimento dos limites da atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais previstos na CF88 é importante para garantir os princípios democráticos decorrentes da harmonia entre os Poderes e também para evitar que a interferência indevida de um Poder sobre o outro possa prejudicar o planejamento de soluções sistêmicas que beneficiariam a sociedade como um todo e dariam mais eficiência e eficácia para a execução das políticas públicas. Por isso, é importante a contribuição de Streck (2018) no sentido de que o ativismo judicial deve ser evitado, e o Judiciário deve produzir decisões que sejam universalizáveis.

Encerramos aqui a seção 2, na qual apresentamos os principais fundamentos teóricos sobre o direito à educação infantil e as problemáticas relacionadas com a judicialização de políticas públicas. Na próxima seção, mostraremos como esses fundamentos deram suporte à decisão do STF no ARE 639.337 AgR SP.

3 ANÁLISE DO ARE 639.337 AGR SP

Neste capítulo analisaremos a decisão do STF no ARE 639.337 AgR SP. Na primeira seção faremos um resumo do caso e na seção 2 utilizaremos o referencial teórico desenvolvido no capítulo 2 para destacar os principais pontos da decisão.

3.1 Resumo do caso

A Justiça paulista determinou à Prefeitura de São Paulo a obrigação de matricular crianças menores de cinco anos em creches próximas de onde moram ou trabalham seus pais, sob pena de multa diária por criança não atendida.

O município de São Paulo recorreu ao STF por meio do ARE 639.337 AgR SP, alegando que a decisão havia transgredido preceitos inscritos na Constituição da República.

A Segunda Turma do STF negou seguimento ao recurso extraordinário e manteve a determinação imposta à Prefeitura de São Paulo (STF, 2011).

3.2 Análise do caso

Na decisão do ARE 639.337, o STF reconheceu que os fundamentos da decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo encontravam respaldo na jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal (**AI 474.444-AgR/SP**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – **RE 410.715-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **RE 436.996-AgR/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.) (BRASIL, STF, 2011, p. 5).

A decisão começa por definir o direito à educação infantil como direito público subjetivo e um dos direitos sociais mais expressivos, sendo, por esse motivo, dever do Estado prover acesso pleno ao sistema educacional:

É preciso assinalar, neste ponto, por relevante, que o direito à educação — que representa prerrogativa constitucional deferida a todos (CF, art. 205), notadamente às crianças (CF, arts. 208, IV, e 227, “caput”) — qualifica-se como um dos direitos sociais mais expressivos, subsumindo-se à noção e categoria dos direitos de segunda geração ou dimensão (RTJ 164/158-161), cujo adimplemento impõe, ao Poder Público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num “facere”, pois o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional, inclusive ao

atendimento, em creche e pré-escola, “às crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV, na redação dada pela EC no 53/2006) (BRASIL, STF, 2011, p. 5).

Sobre a competência do tribunal para análise do caso, o Ministro Celso de Mello ressaltou que a formulação e implementação de políticas públicas compete, primariamente, aos Poderes Legislativo e Executivo. No entanto, devido a dimensão política da jurisdição constitucional outorgada ao STF, é função desta tornar efetivos os direitos de segunda geração ou dimensão (como, por exemplo, a educação) (BRASIL, STF, 2011, p. 10). Dessa forma, no caso em análise, o tribunal cumpre sua missão institucional ao suprir as omissões inconstitucionais dos órgãos estatais e ao adotar medidas que objetivem restaurar a Constituição violada pela inércia dos Poderes do Estado:

Impende assinalar, contudo, que tal incumbência poderá atribuir-se, embora excepcionalmente, ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, como sucede na espécie ora em exame. (BRASIL, STF, 2011, p. 11)

A decisão ressalta ainda que omissões inconstitucionais podem levar a processos informais de mudança da Constituição e que é dever da Suprema Corte, como guardiã da mesma, agir para impedir que isso ocorra:

As situações configuradoras de omissão inconstitucional — ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política — refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário (ANNA CÂNDIDA DA CUNHA FERRAZ, “Processos Informais de Mudança da Constituição”, p. 230/232, item n. 5, 1986, Max Limonad; JORGE MIRANDA, “Manual de Direito Constitucional”, tomo II/406 e 409, 2a ed., 1988, Coimbra Editora; J. J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, “Fundamentos da Constituição”, p. 46, item n. 2.3.4, 1991, Coimbra Editora) (BRASIL, STF, 2011, p. 14).

Sobre a necessidade de recursos financeiros para concretização de direitos sociais, o STF entendeu que se trata de um processo gradual que depende da capacidade econômico-financeira da pessoa estatal. Todavia, não pode esta criar obstáculos artificiais que inviabilizem

o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência:

Não se mostrará lícito, contudo, ao Poder Público, em tal hipótese, criar obstáculo artificial que revele — a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa — o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência (ADPF 45/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Informativo/STF no 345/2004) (BRASIL, STF, 2011, p. 21).

Nesse mesmo entendimento, argumentou ainda o tribunal que a cláusula da reserva do possível será sempre limitada pela exigência constitucional do mínimo existencial (BRASIL, STF, 2011, p. 25). Essa exigência compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização é capaz de garantir condições adequadas para uma existência digna (BRASIL, STF, 2011, p. 28). Sobre essa relação, explicou o tribunal:

A noção de mínimo existencial, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança (BRASIL, STF, 2011, p. 27).

Dessa forma, não pode a autoridade estatal invocar a cláusula de reserva do possível para o caso em questão por se tratar de um direito constitucional impregnado de um sentido de essencial fundamentalidade. Além disso, não existe um justo motivo aferível, e a questão pode ser resolvida com mais eficiência por meio da gestão dos recursos públicos (BRASIL, STF, 2011, p. 36).

Cumpram também destacar o princípio da proibição do retrocesso, que, em matéria de direitos fundamentais sociais, impede que sejam desconstituídas conquistas já alcançadas pela sociedade. Na realidade, essa cláusula traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à educação e à saúde, p. ex.) (BRASIL, STF, 2011).

Isso significa que não pode a autoridade municipal inviabilizar o acesso à educação previsto no art. 208, IV. Essa foi a conclusão final do caso em análise:

Tenho para mim, desse modo, presente tal contexto, que os Municípios — que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) — não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Constituição, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche e na pré-escola (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social (BRASIL, STF, 2011, p. 31).

A conclusão ressaltou ainda, especialmente em questões financeiras e de planejamento, a responsabilidade não apenas dos municípios, mas de todos os entes federados para a concretização do direito fundamental à educação infantil:

Cumprе destacar, neste ponto, por oportuno, ante a inquestionável procedência de suas observações, a decisão proferida pelo eminente Ministro MARCO AURÉLIO (RE 431.773/SP) no sentido de que, “Conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da Carta Federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças [...]. O Estado — União, Estados propriamente ditos, ou seja, unidades federadas, e Municípios — deve aparelhar-se para a observância irrestrita dos ditames constitucionais, não cabendo tergiversar mediante escusas relacionadas com a deficiência de caixa” (BRASIL, STF, 2011, p. 32).

Encerramos aqui a análise da decisão do STF no ARE 639.337 AgR SP. Na próxima seção faremos as considerações finais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando que a noção do direito de educação obrigatória e gratuita envolve fatores marginais, como transporte e alimentação, importantes especialmente para as populações de baixa renda (VICTOR, 2011, p. 87), concordamos com a atuação do STF e entendemos que a decisão teve um viés positivo para ajudar na concretização do mandamento constitucional previsto no art. 208, IV, da CF88.

Além disso, o caso analisado pode ser enquadrado nas conclusões de Victor (2011, p. 138) sobre judicialização de políticas públicas, no sentido de que a decisão do Supremo não

interferiu na discricionariedade política do Executivo nem na criatividade legislativa. A decisão consistiu em mera decorrência lógica do primado da inafastabilidade do acesso à jurisdição (art. 5º, XXXV, CF88), que estabelece o poder-dever do Judiciário de controlar os atos estatais sob o prisma da legalidade.

Acreditamos em que, para o caso em questão, um esforço da administração municipal pode garantir o acesso das crianças à creche sem a necessidade de alterações orçamentárias significativas.

Nos casos em que sejam necessárias dotações orçamentárias, entendemos que o ente público deve consignar em orçamento os recursos necessários, sob pena de ensejar a intervenção judicial (VICTOR, 2011, p. 118). Isso nem sempre é uma tarefa simples devido aos diversos desafios associados à autonomia dos municípios no federalismo brasileiro, especialmente aqueles relacionados com o planejamento de políticas públicas e a dependência de transferências de recursos da União (RAMOS *et al.*, 2020).

Avaliamos também que a decisão não pode ser enquadrada como ativismo judicial por se tratar de um direito fundamental, subjetivamente exigível. Em situações similares, pode ser concedido a toda e qualquer pessoa que o pedir. E ainda, as necessidades de remanejamento de recursos não violam a isonomia no seu sentido substancial, mesmo levando em conta toda a força do Estado social previsto na Constituição (STRECK, 2018).

Apesar dos aspectos positivos, chamamos a atenção para o risco de que o STF abra as portas da Justiça para quase todas as pretensões que se formulem em nome do direito à educação (NALINI, 2020). Na decisão do ARE 639.337 AgR SP e na jurisprudência do tribunal, existe o reconhecimento da relevância atribuída a esse direito, mas reconhecimento pretoriano, como direito subjetivo público oponível ao Estado, revela-se apenas em relação às crianças de zero a cinco anos (norma contida no inc. IV do art. 208 da CF88) (COSTA, 2011, p. 71).

Por um lado, essa possível abertura seria importante para a concretização do direito à educação, mas, por outro lado, é preciso ter cuidado para que o excesso de decisões judiciais aleatórias não invada a autonomia do campo educacional e dificulte mudanças sistêmicas que beneficiariam o sistema educacional como um todo (NALINI, 2020, p. 27).

Sendo assim, entendemos que a concretização do direito à educação é um dever de todos e que o Judiciário deve agir dentro do seu campo de atuação para colaborar nessa tarefa.

No entanto, precisamos ter cuidado com as decisões judiciais que focam mais em direitos individuais do que em coletivos, resultando em potenciais prejuízos para um grande

grupo de cidadãos em benefício de alguns poucos (NALINI, 2020, p. 28), de modo a afetar a isonomia em seu sentido substancial e configurar situações de ativismo judicial (STRECK, 2018).

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. *Competências na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

BRADBURY, Leonardo Cacau Santos La. *Direito à Educação*. Judicialização, Políticas Públicas e Efetividade do Direito Fundamental. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2016.

BRASIL. SUPREMO Tribunal Federal (STF). Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) n. 639.337, AgR SP, Min. Celso de Mello. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, n. 177, 15 set. 2011. Disponível em:

<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428#:~:text=Impende%20assinalar%2C%20contudo%2C%20que%20tal,ser%20acessado%20no%20endere%C3%A7o%20eletr%C3%B4nico>>. Acesso em: 31 jul. 2021.

BRASIL [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Brasília: Presidência da República, [1988]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 27 jul. 2021.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes *et al.* (coord.). *Comentários à Constituição do Brasil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. (Série IDP).

COSTA, Denise Souza. *Direito fundamental à educação, democracia e desenvolvimento sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MOTA, Pedro Vieira. *O Espírito das Leis*. São Paulo: Saraiva, 2017.

NALINI, José Renato. *Educação: uma questão de justiça*. São Paulo: SESI-SP, 2020.

RAMOS, Edith Maria Barbosa *et al.* A autonomia financeira dos municípios no federalismo brasileiro. *E-legis*, Brasília, v. 13, n. 32, p. 76-102, maio/ago. 2020.

SANTOS, Marília Lourido dos. *Interpretação Constitucional no Controle Judicial das Políticas Públicas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais: na Constituição Federal de 1988*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015. Edição do Kindle.

STF. Notícias. Disponível em:

<<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=182596&ori=1>>. 2011.

Acesso em: 16 out. 2021.

STRECK, Lenio Luiz. *30 anos da CF em 30 julgamentos: uma radiografia do STF*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

VICTOR, Rodrigo Albuquerque de. *Judicialização de Políticas Públicas para Educação Infantil*. São Paulo: IDP Cursos e Projetos LTDA, 2011. Edição do Kindle.

AS ASSISTÊNCIAS EDUCACIONAL E LABORAL PARA AS PESSOAS CUSTODIADAS NO PRESÍDIO DO DISTRITO FEDERAL E SEU PAPEL PARA A RESSOCIALIZAÇÃO

Marcelo Pereira Moreira¹

RESUMO: O presente artigo propôs avaliar o papel das assistências educacional e laboral diante do processo de ressocialização no contexto do sistema prisional do Distrito Federal. Para tanto, realizou no primeiro capítulo uma análise da política criminal brasileira como um todo para compreender de que forma ela tem se norteado. Posteriormente, analisou-se as normativas nacional e internacional atinentes ao tema de forma a compreender as teorias de aplicação da pena adotada pela legislação penal pátria e de que forma isso é tratado nos diferentes textos normativos e jurisprudências. Já o capítulo três consistiu em pesquisa de campo que buscou de forma sistemática ponderar a realidade do sistema prisional do DF frente a ressocialização e os altos níveis de reincidência. Por fim, o capítulo quatro ateu-se a fazer um estudo sistemático do papel das assistências para a ressocialização. Concluiu-se que no DF esse papel não tem sido cumprido na medida em que o acesso às assistências é evidentemente precário e seletivo.

Palavras-chave: Ressocialização; Assistência; Laboral; Educacional; Política; Criminal; Reincidência.

INTRODUÇÃO

O presente artigo está pautado em compreender através dos dispositivos legais e de todo ordenamento jurídico brasileiro a relação dos efeitos da ressocialização com o papel das assistências educacional e laboral previstas na Lei de Execução Penal para as pessoas custodiadas no Distrito Federal. Desse modo, o tema propõe compreender de que maneira essas atividades têm contribuído, ou podem contribuir, para a diminuição dos índices de criminalidade, tendo em vista a dificuldade de acesso a essas assistências.

¹ Graduando em Direito pelo IDP.

O presente estudo insere-se no contexto histórico-político posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, que postulou os direitos e garantias fundamentais, inclusive daqueles penalmente condenados. Outrossim, pauta-se também na história do sistema prisional do Distrito Federal e, prioritariamente, no contexto atual desse sistema e suas relações com o alto nível de reincidência.

Quanto à relevância política, essa se funda no fato de não ser interesse do Estado Democrático de Direito que os indivíduos infratores evoluam para uma delinquência, isto é, é mais interessante que sejam ressocializados para que não voltem a gerar nem danos e nem custos demasiados ao Estado. Por outro lado, no tocante a relevância social, tem-se a busca pela diminuição da criminalidade e da reincidência, visto que para a sociedade como um todo é extremamente prejudicial que os índices de criminalidade se mantenham altos haja vista que gera insegurança na sociedade quando se vivencia um contexto de excessiva criminalidade, conseqüentemente, de excessiva periculosidade.

E, ainda, sua relevância acadêmica se pauta na produção de conhecimento a fim de que haja a compreensão dos fatores que ocasionam a reincidência, os efeitos ressocializadores atrelados às assistências educacional e laboral e ainda busca compreender as principais deficiências do sistema penitenciário do Distrito Federal.

Dito isso, diante das previsões legais, normativas nacional e internacional, que tratam das assistências educacional e laboral à pessoa custodiada e egressa, e da análise de como esses direitos vêm sendo implementados no âmbito do Distrito Federal, questiona-se, quais são as principais problemáticas presentes, hoje, no âmbito do sistema prisional em relação a aplicação das assistências educacional e laboral?

Em um primeiro momento podemos citar: que o acesso às assistências educacional e laboral é deficitário, visto que, poucos indivíduos são contemplados com a oportunidade de exercer tais atividades; que no tocante da modalidade de ensino a distância (EaD), aplicada nos cursos profissionalizantes, há uma seletividade do acesso, haja vista que o acesso depende da possibilidade do custodiado poder pagar pelos cursos; que a deficiência do acesso a essas assistências tem contribuído para o cenário de descaracterização de eventual “ressocialização” e de contribuição a reincidência.

A presente pesquisa perpassa o eixo metodológico instrumental, uma vez que parte da análise dos dispositivos legais, bibliográficos, documentais, no sentido de compreender em que medida a garantia das assistências educacional e laboral no âmbito do sistema prisional

garantem a não reincidência criminal e contribuem para que o egresso retome uma vida que não seja a da criminalidade. Dessa maneira, o artigo buscou pautar-se em pesquisas documentais e bibliográficas da normativa e jurisprudência nacional e internacional que tratam das assistências educacionais e laborais destinadas às pessoas custodiadas.

Por fim, foi realizada pesquisa de campo para que fosse viabilizada a elaboração de tabelas, através de questionários, que demonstram a realidade do sistema prisional em relação a aplicação das assistências educacional e laboral. Desse modo, buscou-se compreender a diferença do efeito ressocializador naqueles que conquistam o direito de integrar essas assistências em contraponto com aqueles que obtiveram acesso precário ou inexistente ao estudo e ao trabalho. Portanto, foi realizada pesquisa *ex-pos-facto* que consistiu na investigação das relações de causa e efeito entre os fatos constatados e o papel das assistências explanadas para a ressocialização das pessoas custodiadas no presídio do Distrito Federal. Assim sendo, é de suma importância que seja feita uma análise quanto a política criminal brasileira e sua relação com os institutos da ressocialização e reincidência.

1 RESSOCIALIZAÇÃO E REINCIDÊNCIA PARA POLÍTICA CRIMINAL BRASILEIRA

Para analisar a política criminal brasileira é interessante, primeiramente, atentar-se para as finalidades do Direito Penal, sobretudo, ao estudo das funções da pena. De certo modo, a busca por definir as funções da pena colaborou significativamente para fomento de valiosos debates durante os dois últimos séculos, contudo, serão feitas considerações apenas sobre as três mais influentes. Nessa perspectiva, a primeira teoria seria a Teoria Absoluta ou retributiva que, em resumo, defendia que a pena servia apenas como retribuição do mal causado pelo infrator. Posteriormente, a Teoria Relativa ou preventiva, malgrado ter sustentado um escopo extenso das teses de prevenção geral e especial, em essência, defendia que a pena teria a finalidade de prevenir novas e futuras infrações. Por fim, a Teoria Unificadora Dialética, sumariamente, sustenta uma mesclagem dos postulados de ambas as teorias citadas anteriormente.¹

Dessa forma, a política criminal brasileira desde o Código Penal de 1940 pauta-se, para fins de aplicação da pena, na Teoria Unificadora Dialética, também denominada de Teoria

¹BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: capítulo vi - teorias sobre funções, fins e justificações da pena. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. 2153 p.

Mista, haja vista a redação do artigo 59, *caput*². Logo a Teoria fundamenta a união entre os fins de prevenção e reprovação da pena e, conforme o pensamento de Cleber Masson, “sua finalidade é retribuir o mal ao agente como também prevenir novas infrações”.³ A aplicação dessa Teoria no Código Penal Brasileiro orienta-se conforme a seguinte premissa do pensador Claus Roxin:

Um Direito Penal Moderno, pelas razões já invocadas, tem de se orientar pelo objectivo da melhor conformação social possível. Isto significa que ele tem de ser estruturado com base no impedimento do crime e tem de realizar a prevenção de modo a lograr uma síntese entre as exigências do Estado de Direito e do Estado Social.⁴

Em vista do que foi dito, é possível analisar o caráter corretivo da pena conforme o seu principal objetivo, a ressocialização dos infratores, no entanto, a verdadeira previsão legal de ressocialização dos apenados teve sua introdução somente na Lei 7.210/84⁵ no ano de 1984, Lei de Execuções Penais (LEP). Diante disso, Alessandra Teixeira diz que a LEP “marca o ingresso do ideal ressocializador e humanizador da prisão na política criminal brasileira”⁶. Logo, para corroborar a afirmação da referida autora, visualiza-se o seguinte dispositivo da LEP: “artigo 10. A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir crime e orientar o retorno à convivência em sociedade.”

Todavia, é viável a percepção de que, nos últimos anos, em comparação com a história da política social brasileira, a política criminal voltou-se para um processo de endurecimento da legislação penal com o caráter voltado muito mais para a punição do que para a prevenção dos crimes. Esse tipo de política criminal adotada pelo Brasil revela o interesse das elites dominantes de permanecerem no exercício do poder político e econômico através do controle social das classes mais desfavorecidas. Nesse sentido, em face das experiências históricas retratadas, o autor Alessandro Baratta nos ensina:

² BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal**. Brasília, DF: Planalto, 07 dez. 1940. “Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.” Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2021

³ MASSON, C. **Direito penal**: esquematizado. 3. ed. São Paulo: Método, 2010.

⁴ ROXIN, Claus. **Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a segunda guerra mundial**: iv - tomada de posição. Lisboa: Universidade Lusfada Editora, 2000. 24 p.

⁵ BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui A Lei de Execução Penal.. Brasília, DF: Planalto, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

⁶ TEIXEIRA, Alessandra. **Do sujeito de direito ao estado de exceção**: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro: introdução. 2006. 182 f. Tese (Pós-Graduação) - Curso de Sociologia, Curso de Pós-Graduação em Sociologia, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2006. Cap. 0. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-19032007-132607/publico/dissertacao.pdf>. Acesso em: 06 jun. 2021.

A sociedade capitalista é uma sociedade baseada sobre a desigualdade e sobre a subordinação [...]. Na conclusão deste discurso queremos chamar a atenção sobre uma relação, de caráter fundamental, entre relações de desigualdade e exigências de repressão. Quanto mais uma sociedade é desigual, mais ela tem necessidade de um sistema de controle social do desvio de tipo repressivo, como o que é realizado através do aparato penal do direito burguês.⁷

Investindo sobre essa realidade, compreende-se que a política criminal brasileira atual se pauta neste controle social ocasionando o enrijecimento dos tipos penais mais atrelados aos desviantes provenientes de classes mais desfavorecidas da sociedade que são o furto, o roubo e o tráfico de drogas, e o relaxamento de condutas criminosas mais atreladas às próprias classes dominantes, os ditos crimes de colarinho branco como a sonegação fiscal, a lavagem de dinheiro e o crime de corrupção. Logo, visualiza-se a seguinte tabela comparativa entre as penas para os crimes elencados:

Crimes associados à vulnerabilidades socioeconômicas	Furto	Roubo	Tráfico de drogas
Pena	Reclusão, de um a quatro anos, e multa. ⁸	Reclusão, de quatro a dez anos, e multa ⁹	Reclusão, de cinco a quinze anos e pagamento de quinhentos a mil e quinhentos dias-multa. ¹⁰

Crimes de colarinho branco	Corrupção	Lavagem de dinheiro	Sonegação
Pena	Reclusão, de dois a doze anos, e multa. ¹¹	Reclusão de três a dez anos e multa ¹²	Detenção, de seis meses a dois anos, e multa de duas a cinco vezes o valor do tributo. ¹³

⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. p. 206. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. Tradução e prefácio de Juarez Cirino dos Santos.

⁸BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal: Título II, Capítulo I. Brasília, DF: Planalto, 07 dez. 1940. Art. 155. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

⁹ Ibidem. Capítulo II. Art. 157

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006**. : Título IV, Capítulo II. Brasília, DF: Planalto, 23 ago. 2006. Art. 33. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/11343.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

¹¹ Op. Cit. Título XI, Capítulo II. Art. 333

¹² BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de agosto de 1998**. Capítulo I. Brasília, DF: Planalto, 03 ago. 1998. Art. 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

¹³ BRASIL. **Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965**. Brasília, DF: Planalto, 14 jul. 1965. Art. 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4729.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

Essa desigualdade jurídica entre os tipos penais que incidem mais ou menos em determinadas classes sociais revela uma verdadeira seletividade do legislador penal e concebe consequências práticas como o encarceramento em massa dos indivíduos pertencentes aos grupos desfavorecidos e a perpetuação de um sistema de política criminal pautado prioritariamente no controle social. Nesse sentido, faz-se a leitura do seguinte pensamento do sociólogo Howard Becker acerca do controle social exercido pelos grupos dominantes em detrimento dos grupos dominados:

À medida que um grupo tenta impor suas regras a outros na sociedade, somos apresentados a uma segunda questão: quem, de fato, obriga outros a aceitar suas regras e quais são as causas de seu sucesso? Esta é, claro, uma questão de poder político e econômico.¹⁴

Becker ainda complementa:

Além de reconhecer que o desvio é criado pelas reações de pessoas a tipos particulares de comportamento, pela rotulação desse comportamento como desviante, devemos também ter em mente que as regras criadas e mantidas por essa rotulação não são universalmente aceitas. Ao contrário, constituem objeto de conflito e divergência, parte do processo político da sociedade.¹⁵

É interessante lembrar que enquanto os antecessores de Howard Becker se ativeram a estudar as formas de aplicação do sistema penal (Escola Clássica)¹⁶, a formação sociológica e antropológica dos criminosos (Positivismo)¹⁷ e até mesmo o estudo psicológico dos criminosos (Freud),¹⁸ Becker, diferente dos pensadores que o antecederam, se ateu a pensarna construção social dos regramentos e princípios normativos que caracterizavam um indivíduo como desviante e como esse sistema estava atrelado intrinsecamente a uma relação social de dominância e conflito entre as classes sociais.

Para Becker, não se trata mais do crime como fenômeno abstrato visto da perspectiva do estudo do crime, nem por ora da observância do criminoso, o intuito é querer saber o que o

¹⁴ BECKER, Howard. **Outsiders**: Estudo de sociologia do desvio. Rio de Janeiro: Zahar, 2009. p. 29.

¹⁵ Ibidem. p. 30

¹⁶ A Escola Clássica encontrou adeptos em diversos países do continente europeu ao longo do século XIX, todos preocupados em oferecer uma explicação das causas do delito e dos efeitos da pena sob uma perspectiva jurídica. Dois dos principais expoentes dessa Escola foram Francesco Carrara e Cesare Beccaria.

¹⁷ Os autores da Escola Positiva, seja privilegiando um enfoque bioantropológico, seja acentuando a importância dos fatores sociológicos, partiam de uma concepção do fenômeno criminal segundo a qual este se colocava como um dado ontológico pré-constituído à reação social e ao direito penal. Seus principais adeptos foram Enrico Ferri, Rafael Garófalo e Cesare Lombroso.

¹⁸ Para Sigmund Freud, a conduta contrária à lei penal seria praticada pelo indivíduo com o intuito de identificar sua angústia a algo concreto, pelo que a punição representaria seu alívio. Portanto, o criminoso deseja, inconscientemente, a punição, de modo a expiar não apenas esse novo crime, como também a culpa proveniente dos seus desejos proibidos do passado.

sistema de justiça criminal define como crime e o porquê é tão seletivo para com alguns indivíduos. Dessa forma, conforme seu pensamento, o desvio não é uma qualidade inerente ao ato, mas uma consequência da aplicação de regras e sanções, logo, o desviante é alguém a quem o rótulo foi aplicado com sucesso.

A teoria da reação social de Becker, portanto, marca uma mudança de paradigmas em relação ao paradigma etiológico observado nas teorias anteriores a do sociólogo. Dessa maneira, a atuação do sistema de justiça criminal transmuta-se na medida em que o conceito de um método científico e experimental, pautado em estatísticas da criminalidade, que estuda as principais causas dos crimes é desconstruído conforme entende-se que a imposição de regras, leis, normas estão intrinsecamente atreladas a vontade de grupos específicos e dominantes, deixando os grupos dominados à mercê de um ordenamento jurídico seletivo.

Sob essa ótica, há um desequilíbrio na balança do sistema de justiça criminal na medida em que, enquanto o Código Penal e a LEP pontuam o intuito da pena de prevenir as condutas e de corrigir e ressocializar os apenados, o sistema de justiça criminal orienta-se pelo endurecimento da legislação penal, interpretando os ideais ressocializador, correccional e preventivo como justificativas para o aumento do rigor penal. Essa deturpação produz uma seletividade penal a nível estrutural dentro do sistema de justiça criminal que perpassa, além do eixo primário que se caracteriza pela atuação do legislador ordinário, o eixo secundário caracterizado pela atuação das instituições policiais.

Outrossim, é imprescindível observar que essa política criminal orientada pelo recrudescimento penal e pelo controle social produz um perfil de encarcerados majoritariamente de jovens, negros, com baixo nível de escolaridade e integrantes de grupos socioeconomicamente vulneráveis, haja vista os dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias de dezembro de 2020 produzidos pelo Departamento Penitenciário (DEPEN)¹⁹. Sendo assim, sob a luz da Teoria da Reação Social defendido por Becker, visualiza-se que o rótulo de criminoso geralmente visa a esse perfil de indivíduos, perpetuando assim uma relação de dominância que dificulta a reintegração social dos egressos favorecendo a reincidência criminal. Nesse sentido, lê-se o pensamento do autor Victor Martins Pimenta:

¹⁹ PENITENCIÁRIO, Departamento. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: período de julho a dezembro de 2020. Negros representam aproximadamente 66% da população carcerária. Jovens entre 18 e 29 anos representam cerca de 42,6%. Aproximadamente 53% da população carcerária possuem o ensino fundamental incompleto. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiaMmU4ODAwNTAtY2IyMS00OWJlLWE3ZTgtZGNjY2ZhNTYzZDIiIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 19 ago. 2021.

Por esse caminho do encarceramento, as supostas finalidades da pena não são, nem de longe, cumpridas. Ao contrário, materializam o seu reverso. O sistema penal é incapaz de atender aos seus objetivos de prevenção declarados. No máximo, serve ainda e historicamente à retribuição, com expiação e castigo.²⁰

Nessa perspectiva, no que se refere a reincidência criminal, expressamente prevista no Código Penal (CP) em seu artigo 63²¹, é interessante analisar como a política criminal brasileira trata esse tema. Dessa forma, tendo como parâmetro os crimes da tabela elaborada anteriormente, observa-se que o crime de tráfico de drogas, usualmente atrelado a grupos marginalizados e desfavorecidos, acaba por penalizar ainda mais do ponto de vista do cumprimento da pena esses grupos estigmatizados, tendo em vista a sua equiparação legal aos crimes hediondos enquanto que o crime de corrupção, por escolha do legislador, não recebe a mesma equiparação. Logo, é fácil perceber a disparidade com aquele que integra a reincidência por tráfico de drogas, haja vista que sua progressão de regime estará submetida ao cumprimento de 60% da pena, diferentemente daquele que reincide no crime de corrupção, o qual passa cumprir apenas 20% da pena para progressão de regime, conforme agora dispõe a Lei 13.964/19²² (Pacote anti crime).²³

No entanto, apesar da política criminal brasileira orientar-se pelo endurecimento penal, por outro lado, é fundamental lembrar que antes do entendimento firmado pelo STJ,²⁴ o artigo 112 da LEP²⁵, alterado pelo pacote anticrime, orientava-se pela política criminal majoritária de aplicação das previsões legais de reincidência tanto para reincidentes específicos quanto para

²⁰ PIMENTA, V. M. ; LEITE, F. L. . **Alternativas ao encarceramento e prevenção à violência**. In: Renato C. P. De Vitto; Valdirene Daufemback. (Org.). Para além da prisão: reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil. 1ed. Belo Horizonte: Casa do Direito, 2018, v. 1, p. 133-155.

²¹ Op. cit. Art. 63. - Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que, no País ou no estrangeiro, o tenha condenado por crime anterior.

²² BRASIL. **Lei Nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019**. Brasília, DF: Planalto, 24 dez. 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.htm. Acesso em: 23 ago. 2021.

²³ Vale ressaltar que a reincidência ali suscitada é tratada do ponto de vista técnico-jurídico que é a reincidência configurada a partir de nova condenação penal. Entretanto, é fato comum e notório que o cometimento de novos crimes, mesmo que não detectados pelo aparato estatal, já configura reincidência, o que caracteriza a reincidência criminal. Essa reincidência, por sua vez, é efeito da criminalização e seletividade penal tratada pelo pensador Howard Becker.

²⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resp. nº 1.910.240. Recorrente: Ministério Público de Minas Gerais. Recorrido: Erivaldo Almeida Caetano (Preso). Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Brasília, DF, 26 de maio de 2021. **Recurso Especial Nº 1.910.240 - MG (2020/0326002-4)**. Brasília: Revista Eletrônica STJ, 31 maio de 2021. A partir do pressuposto segundo o qual não se admite no Direito Penal incriminador a analogia in malam partem, não resta outra alternativa ao julgador, diante da conjuntura delineada, que não a aplicação aos reincidentes genéricos dos patamares de progressão referentes aos sentenciados primários, uma vez que, ainda que não sejam primários, reincidentes específicos também não o são. Disponível em: https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2062549&num_registro=202003260024&data=20210531&peticao_numero=-1&formato=PDF. Acesso em: 23 ago. 2021.

²⁵ Op. cit. Art. 112 da LEP

os reincidentes genéricos. Contudo, com a nova jurisprudência estabelecida, o mesmo artigo passou a ser orientado pela analogia *in bonam partem* amenizando em grande escala o próprio endurecimento penal praticado por aqueles que no interesse de atender uma parcela conservadora da sociedade, acabou por beneficiar os mais excluídos, dando o entender que somente através da omissão do legislador é possível avançar na igualdade do tempo de cumprimento da pena para progressão de regime.

Por outro lado, questiona-se em que medida a política criminal brasileira se preocupa quanto ao tema da ressocialização dos indivíduos apenados em relação aos níveis de reincidência. Nesse sentido, é perceptível que a preocupação quanto à reincidência criminal, ou seja, o reingresso dos desviantes à conduta criminosa, é relegada a segundo plano haja vista que as assistências sociais, educacionais e laborais são deficitárias no sistema prisional, segundo o relatório do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA).²⁶

Portanto, é possível que haja uma relação entre os níveis de reincidência e a qualidade, e os índices, das assistências educacionais e laborais haja vista que, segundo dados da pesquisa elaborada pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), 42,5% das pessoas que integram os sistemas prisionais brasileiros cometeram crimes reincidentes²⁷ e, por outro lado, segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen), apenas 24,7% da população carcerária brasileira tem acesso a atividades educacionais e apenas 13,9% têm acesso a programas laborais.²⁸ Nessa seara, é viável a reflexão de que talvez o reingresso desses indivíduos à prática de condutas criminosas está atrelada à falta de oportunidades fruto de baixos níveis de escolaridade e pouco acesso a oportunidades de ingressarem no mercado de trabalho formal.

2 NORMATIVA NACIONAL E INTERNACIONAL ACERCA DAS GARANTIAS/DIREITOS AO TRABALHO E EDUCAÇÃO PARA PESSOAS PRIVADAS DE LIBERDADE E EGRESSOS

²⁶ APLICADA, Ipea (Instituto de Pesquisa Econômica). **Reincidência criminal no Brasil**: relatório de pesquisa. Brasília: Livraria Ipea, 2015. 155 p.

²⁷FARIAS, Victor. **Reincidência entre presos comuns é quase o dobro do registrado no sistema socioeducativo**: segundo o CNJ, a diferença entre as duas taxas indica que o sistema para menores têm uma maior capacidade de interromper uma trajetória de atos ilegais. O Globo. São Paulo, p. 0-0. 03 mar. 2020. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/reincidencia-entre-presos-comuns-quase-dobro-do-registrado-no-sistema-socioeducativo-24283356>. Acesso em: 23 ago. 2021.

²⁸ PENITENCIÁRIO, Departamento Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Período de Julho a Dezembro de 2020. 2021. DEPEN (Departamento Nacional Penitenciário). Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJLTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MwYyLTRiOGRhNmJmZThlMMSJ9>. Acesso em: 31 out. 2021.

Quando se fala em direitos e garantias ao trabalho e a educação para as pessoas privadas de liberdade e egressos, faz-se necessário compreender as normativas nacional e internacional acerca deste tema. Logo, é relevante elencar quais são as principais normas que norteiam essas garantias e direitos, sendo estas provenientes desde os tratados e convenções internacionais como as Regras Mínimas para o tratamento de prisioneiros promulgada em 2015 pela Organização das Nações Unidas (ONU), até legislações nacionais ordinárias como a LEP

Nesse sentido, a primeira análise se dá às normativas internacionais. Após o período de extensas violações aos direitos humanos, intensificado na Segunda Guerra Mundial, os países se reuniram, através da ONU, a fim de estabelecer a Declaração Universal de Direitos Humanos em 1948, a qual o Brasil logo se tornou signatário.²⁹ Desde então, normativas atreladas a esta Declaração passaram a serem discutidas originando normas atinentes a matérias específicas que precisam ser tratadas sob a luz dos direitos humanos, como os direitos dos custodiados normatizados pelas Regras Mínimas para o Tratamento de Presos de 1955, que veio a ser atualizada somente 60 anos depois, em 2015, recebendo o nome de Regras de Mandela, em homenagem ao ex-presidente sul-africano Nelson Mandela.³⁰

Dessa forma, cabe a discussão acerca da natureza jurídica que essas normativas internacionais detêm no interior do ordenamento jurídico brasileiro. Em vista disso, na Constituição de 1988 (CF/88) em seu artigo 5º, §2º³¹, foi defendido que os direitos fundamentais elencados no artigo não excluem aqueles direitos provenientes de Tratados Internacionais, cabendo a interpretação de que aqueles tratados, que versam sobre direitos humanos e garantias fundamentais aos indivíduos, são equiparados às normas constitucionais. Isto é, tem a natureza jurídica de normas supralegais, haja vista também o artigo 5º, §3º³² da CF/88. Diante disso, acerca desta interpretação do artigo 5º, §2º, Flávia Piovesan diz:

²⁹ ONU. Constituição (1948). Resolução nº 217 A III, de 10 de dezembro de 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**: Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro 1948. França PARIS: Onu, 10 dez 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>. Acesso em: 01 set. 2021.

³⁰ ONU. Constituição (2015). Resolução nº 70/175, de 17 de dezembro de 2015. **Regras Mínimas das Nações Unidas Para O Tratamento de Reclusos**: Regras de Mandela. Viena, ÁUSTRIA: Unodc - Escritório das Nações Unidas Sobre Drogas e Crime, 17 dez 2015 Disponível em: https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Nelson_Mandela_Rules-P-ebook.pdf. Acesso em: 01 set. 2021.

³¹ BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Título II Capítulo I. Brasília, DF: Planalto, 05 dez. 1988. Art. 5º, §2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct. Acesso em: 01 set. 2021.

³² Op. cit. Art. 5º, § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

[...]advém de interpretação sistemática e teleológica do texto, especialmente em face da força expansiva dos valores da dignidade humana e dos direitos fundamentais, como parâmetros axiológicos a orientar a compreensão do fenômeno constitucional. A este raciocínio se acrescentam o princípio da máxima efetividade das normas constitucionais referentes a direitos e garantias fundamentais e a natureza materialmente constitucional dos direitos fundamentais, o que justifica estender aos direitos enunciados em tratados o regime constitucional conferido aos demais direitos e garantias fundamentais.³³

Feita as considerações acerca da natureza jurídica das normativas internacionais que têm como matéria direitos e garantias fundamentais, analisa-se, agora, mais especificamente as Regras de Mandela. É fundamental sua leitura, haja vista que disciplinam direitos e garantias das pessoas custodiadas ao trabalho e à educação. Os direitos e garantias ao trabalho estão elencados a partir da Regra 96 até a Regra 103. Logo, lê-se a Regra 96, n.º 2: “Trabalho suficiente de natureza útil deve ser oferecido aos presos de modo a conservá-los ativos durante um dia normal de trabalho.”³⁴

Diante da previsão legal de oferta de atividade laboral aos custodiados, visualiza-se que a assistência laboral para essas pessoas não se constitui como uma mera proposição de um debate a respeito da implementação de políticas públicas, mas sim como um imperativo legal que obriga a administração pública a estabelecer condições para a aplicação desse tipo de assistência e ainda incorpora o incentivo à prática dessa assistência para os custodiados. Tal incentivo encontra-se explicitado na legislação nacional na medida das previsões legais acerca da remição de pena para aqueles que participam das assistências laborais, em vista disso faz-se a leitura do artigo 126, *caput* e §1º, inciso II da LEP: “artigo 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por estudo, parte do tempo de execução da pena. II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.”³⁵

No entanto, a previsão de direitos e garantias para a pessoa custodiada não se restringe às normativas internacionais, mas também é tratada em múltiplos diplomas legais do ordenamento jurídico brasileiro. Assim sendo, a própria CF/88 assegura, em seu artigo 5º, os

³³ PIOVESAN, Flávia. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: 3. de que modo estes tratados internacionais de direitos humanos são incorporados pelo direito brasileiro?. **Revistas Pge**, São Paulo, v. 6, n. 0, p. 0-0, 16 maio 1996. Semanal. Este artigo é baseado em palestra proferida em 16 de maio de 1996, no Centro de Estudos da Procuradoria Geral do Estado de São Paulo.. Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 01 set. 2021.

³⁴ Op. cit.

³⁵ Op. cit.

direitos e garantias fundamentais e em seu artigo 6º os direitos sociais.³⁶. Nesse sentido, Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco dizem:

A primeira delas abrange os direitos referidos nas Revoluções americana e francesa. São os primeiros a ser positivados, daí serem ditos de primeira geração. Pretendia-se, sobretudo, fixar uma esfera de autonomia pessoal refratária às expansões do Poder. Daí esses direitos traduzirem-se em postulados de abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal de cada indivíduo. São considerados indispensáveis a todos os homens, ostentando, pois, pretensão universalista. [...] São os direitos de segunda geração, por meio dos quais se intenta estabelecer uma liberdade real e igual para todos, mediante a ação corretiva dos Poderes Públicos. Dizem respeito a assistência social, saúde, educação, trabalho, lazer etc.³⁷

Por conseguinte, os direitos de primeira geração elencados no artigo 5º são direitos essencialmente pertencentes aos indivíduos de forma universal, imprescritível e irrenunciável.³⁸ No entanto, verifica-se, conforme entendimento também do artigo 3º da LEP³⁹ e do artigo 38 do CP⁴⁰, que aqueles que se encontram na posição de custodiados não têm seus direitos extintos, isto é, os direitos ao quais deles são privados o exercício estão apenas suspensos e ainda há de se perceber que esta suspensão não se dá deliberadamente, mas expressamente através da decisão judicial que profere a sentença que privará o exercício de apenas alguns desses direitos.

Por outro lado, os direitos de segunda geração postulados no artigo 6º estão essencialmente ligados ao contexto do sistema prisional haja vista que quando o artigo fala em direito à educação, ao trabalho e a assistência aos desamparados observa-se que a implementação de políticas de assistência educacional e laboral é dedutível do imperativo constitucional do dispositivo citado. Sendo assim, compreende-se que a implementação dessas assistências é plenamente garantida e assegurada pela CF/88.

Prosseguindo com a análise das normativas que versam sobre as assistências educacionais e laborais, é importante que se observe a Lei 7.209/1984⁴¹ que tratou de atualizar

³⁶ Op. cit

³⁷ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**: capítulo 3 - teoria geral dos direitos fundamentais. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1641 p. (IDP). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553172832/pageid/4>. Acesso em: 09 set. 2021.

³⁸ Ibidem. p. 143

³⁹ Op. cit. “Art. 3º Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei.”

⁴⁰ Op. cit. “Art. 38 - O preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral.”

⁴¹ BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. **Lei Nº 7.209, de 11 de Julho de 1984.**: Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências.. Brasília, DF:

o código penal a fim de compatibilizar o diploma com a LEP⁴², promulgada na mesma data. Nessa seara, a atualização do CP trouxe a redação dos artigos 34, 35,⁴³ 36⁴⁴ e 39⁴⁵ no intuito de assegurar e postular sobre a assistência laboral no regime fechado e, tendo em vista que no regime semiaberto há a obrigatoriedade de que o apenado esteja exercitando alguma determinada atividade laboral.

Diante disso, malgrado o Código Penal disciplinar sobre a matéria das práticas laborativas para os apenados que estão cumprindo regime semiaberto ou aberto, respectivamente disciplinados nos artigos 35 e 36, é interessante que se atenha com mais cuidado aos parágrafos do artigo 34 na medida em que a assistência laboral está mais atrelada àqueles que estão cumprindo pena no regime fechado, visto que o regime semiaberto e aberto são direitos assegurados àqueles que conseguem, por iniciativa própria, o acesso a um trabalho formal em âmbito externo ao da administração prisional. Dessa maneira, o §1º do artigo 34 deste dispositivo é categórico ao afirmar que o trabalho será executado no período diurno, já o §2º assegura expressamente que a assistência laboral será aplicada conforme as aptidões ou ocupações anteriores do apenado, desde que compatíveis com a execução da pena. Por fim, o §3º do mesmo dispositivo e diploma legal determina que será admissível o trabalho externo.⁴⁶ Portanto, percebe-se o intuito da legislação em se ater para que as pessoas custodiadas tenham acesso ao trabalho com o objetivo de viabilizar a reintegração social dessas pessoas.

Sob essa perspectiva, é imprescindível o reconhecimento de que a atualização do CP e a promulgação da LEP reproduzem um caráter humanizador em relação ao apenado, muito graças ao momento em que ambas foram elaboradas, em meio a um processo iminente de

Planalto, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm. Acesso em: 12 set. 2021.

⁴² Ibidem

⁴³ Op. cit. Art. 35 - Aplica-se a norma do art. 34 deste Código, caput, ao condenado que inicie o cumprimento da pena em regime semiaberto; § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho em comum durante o período diurno, em colônia agrícola, industrial ou estabelecimento similar; § 2º - O trabalho externo é admissível, bem como a frequência a cursos supletivos profissionalizantes, de instrução de segundo grau ou superior.

⁴⁴ Op. Cit. Art. 36 - O regime aberto baseia-se na autodisciplina e senso de responsabilidade do condenado: § 1º - O condenado deverá, fora do estabelecimento e sem vigilância, trabalhar, freqüentar curso ou exercer outra atividade autorizada, permanecendo recolhido durante o período noturno e nos dias de folga; § 2º - O condenado será transferido do regime aberto, se praticar fato definido como crime doloso, se frustrar os fins da execução ou se, podendo, não pagar a multa cumulativamente aplicada.

⁴⁵ Op. cit. Art. 39 - O trabalho do preso será sempre remunerado, sendo-lhe garantidos os benefícios da Previdência Social.

⁴⁶ Op cit. Art. 34 - O condenado será submetido, no início do cumprimento da pena, a exame criminológico de classificação para individualização da execução: § 1º - O condenado fica sujeito a trabalho no período diurno e a isolamento durante o repouso noturno; § 2º - O trabalho será em comum dentro do estabelecimento, na conformidade das aptidões ou ocupações anteriores do condenado, desde que compatíveis com a execução da pena.; § 3º - O trabalho externo é admissível, no regime fechado, em serviços ou obras públicas.

redemocratização do país e após a CPI do Sistema Penitenciário no Congresso Nacional entre os anos de 1975 e 1976. Nesse sentido, Alessandra Teixeira diz:

O marco referencial que se estabeleceu foi justamente sobre o processo de transição democrática no país, período em que se iniciaram os principais debates sobre a reformulação do modelo de intervenção junto á questão criminal, formalizados na CPI do Congresso Nacional sobre o Sistema Penitenciário entre 1975-76, cujas conclusões conduziram às reformas que seriam empreendidas no âmbito penal, consubstanciadas no conteúdo “liberalizante” do novo Código Penal e na promulgação da primeira Lei de Execuções Penais, ambos em 1984.⁴⁷

Tendo em vista esse caráter “liberalizante”, humanizador e mais atento ao apenado que passa a nortear a legislação penal após a referida CPI, é um bom alvitre a análise do conteúdo da LEP⁴⁸ no que se refere às assistências educacional e laboral. Nesse sentido, leia-se, novamente, o artigo 10: "A assistência ao preso e ao internado é dever do Estado, objetivando prevenir o crime e orientar o retorno à convivência em sociedade".⁴⁹

Diante disso, a assistência educacional e a previsão de prática laborativa para as pessoas apenadas estão respectivamente previstas no artigo 11, inciso IV⁵⁰ e artigo 31⁵¹ da LEP, demonstrando assim que a legislação foi cuidadosa e criteriosa ao tratar desses temas. No que se refere ao trabalho dos presos, compreende-se a partir do conteúdo da lei que este, apesar de sua obrigatoriedade, conforme o artigo 31, e de constituir dever do condenado, conforme o artigo 39, inciso V,⁵² constitui também um direito do preso, que lhe seja atribuído um trabalho e sua devida remuneração, visto o artigo 41, inciso II,⁵³ e, ainda, estabelece, no mesmo artigo 41, inciso V,⁵⁴ que o tempo de trabalho e de descanso será proporcionalmente distribuído. Nessa seara, cabe a análise de qual seria o intuito de ofertar e estabelecer o trabalho para as pessoas custodiadas, sobre isso, a própria LEP elucida a questão em seu artigo 28, estabelecendo que “O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva”.⁵⁵

⁴⁷ TEIXEIRA, Alessandra. **Do Sujeito de Direito ao Estado de Exceção: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro**. 2006. 174 f. Tese (Doutorado) - Curso de Sociologia, Departamento de Sociologia, Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo, 2006. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-19032007-132607/publico/dissertacao.pdf>. Acesso em: 12 set. 2021.

⁴⁸ Op. cit.

⁴⁹ Op. cit.

⁵⁰ Op. cit.

⁵¹ Op. cit.

⁵² Op. cit.

⁵³ Op. cit.

⁵⁴ Op. cit.

⁵⁵ Op. cit.

Outrossim, no tocante à assistência educacional, o artigo 17 deste diploma legal explicita que “a assistência educacional compreenderá a instrução escolar e a formação profissional do preso e do internado”,⁵⁶ e o artigo 18 estabelece a obrigatoriedade do ensino de 1º grau aos custodiados,⁵⁷ e, ainda sobre educação, o artigo 18-A, §2º prevê que “Os sistemas de ensino oferecerão aos presos e às presas cursos supletivos de educação de jovens e adultos”.⁵⁸ O artigo 72, inciso V, conduzido sob a luz do tema que trata das atribuições do DEPEN, Título III, Capítulo VI, Seção I, estabelece a previsão legal do ensino profissionalizante para as pessoas custodiadas.⁵⁹ Contudo, a educação no âmbito prisional não se restringe apenas à modalidade presencial mas também engloba o modelo de ensino à distância previsto no artigo 20 da LEP⁶⁰ e regulamentado pelo Decreto nº 9.057/2017⁶¹.

Entretanto, o sistema de oferta de atividades educacionais e laborativas não se concretiza por si só, haja vista que, necessita da vontade dos custodiados de participarem dessas atividades. Esta vontade, por sua vez, é amplamente fomentada pelo instituto da remição da pena, previsto no artigo 126, *caput*, da LEP⁶², constituindo direito largamente almejado pelos custodiados e remédio legal de grande valia para o desfogamento da superlotação constatada nos sistemas prisionais brasileiros.

No entanto, cabe a reflexão quanto a real aplicabilidade dessas previsões, nesse sentido, revela-se interessante o seguinte pensamento elaborado por Gláucio Araújo de Oliveira e Carolina Regina Bonin Carneiro:

A problemática da exclusão do preso agrava-se diante da insuficiência de vagas, em atividades alternativas para ressocialização, não possibilitando que todos tenham acesso às oportunidades de estudos e trabalho nas próprias unidades penais. Ademais, há limitações físicas e estruturais, como ausência de ambientes apropriados para as aulas e desenvolvimento de atividades laborativas, somando-se a isso o fato de que os procedimentos de segurança dificultam a implementação de alguns tipos de projetos laborais e educacionais.⁶³

⁵⁶ Op. cit.

⁵⁷ Op. cit.

⁵⁸ Op. cit.

⁵⁹ Op. cit.

⁶⁰ Op. cit.

⁶¹ BRASIL. **Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017**. Brasília, DF: Planalto, 25 maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9057.htm#art24. Acesso em: 16 jun. 2021.

⁶² BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Título V, Capítulo I, Seção IV. Brasília, DF: Planalto, 11 jul. 1984. Art. 126. O condenado que cumpre a pena em regime fechado ou semiaberto poderá remir, por trabalho ou por-estudo, parte do tempo de execução da pena. Disponível-em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm. Acesso em: 17 jun. 2021.

⁶³ OLIVEIRA, Gláucio Araújo de; CARNEIRO, Carolina Regina Bonin. A Ressocialização do Preso pelo Estudo e Trabalho Profissionalizante. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba v 6, n. 60, p. 31 40, jul. 2017. Mensal.-Disponível-em:-file:///C:/Users/leona/OneDrive/Documentos/IDP/9%C2%BA%20semestre/TCC/2%20Normativa%20Nacional%20e%20Internacional%20acerca%20das%20

Sendo assim, é uma boa proposta a reflexão quanto a real implementação dessas assistências no âmbito do sistema prisional tendo em vista as diversas problemáticas apontadas pelo pensamento dos referidos autores. É nesse sentido que a iniciativa consiste em realizar pesquisa de campo com base em questionários e entrevistas destinados aos próprios indivíduos inseridos neste contexto prisional.

3 ASSISTÊNCIAS EDUCACIONAL E LABORAL NO DISTRITO FEDERAL - ESTUDO DE CASO

A pesquisa de campo executada teve como objetivo compreender o efeito ressocializador naqueles que conseguiram fazer valer o direito de acesso às assistências educacional e laboral, em contraponto com aqueles que não obtiveram o acesso. Ela foi realizada em duas etapas, sendo que a primeira consistiu na ida do pesquisador aos locais em que os apenados se reuniam antes de voltarem à reclusão do sistema prisional. No segundo momento, consistiu na análise das respostas obtidas pelo questionário e, a tabulação dos dados a partir das respostas obtidas.

Antes de tecer algumas considerações acerca da pesquisa de campo, vale ressaltar quais são, em tese, os programas existentes no Distrito Federal que visam dar assistência aos custodiados a fim de fomentar uma possível ressocialização. Sendo assim, alguns desses programas são: os cursos ofertados pelo Centro de Educação Profissional (CENED)⁶⁴; os cursos profissionalizantes e as oficinas profissionais ofertadas pela Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso (FUNAP); as classificações para o trabalho de reciclagem e serviços gerais no regime fechado e o Projeto Mãos Dadas.

Dessa maneira, os entrevistados foram abordados primeiramente na rodoviária do Plano Piloto pois estavam concentrando-se ali porque deveriam retornar ao complexo prisional. Vale ressaltar que aqueles que se encontravam na rodoviária e foram abordados no primeiro momento da realização dos questionários detinham apenas o direito às saídas temporárias prolongadas e não haviam, ainda, conquistado o direito a ida para o Centro de Progressão Penitenciária (CPP). Noutro giro, os outros entrevistados foram abordados em frente ao próprio CPP enquanto ainda estavam esperando o horário para adentrar o complexo.

garantiasdireitos%20ao%20trabalho%20e%20educa%C3%A7%C3%A3o%20para%20pessoas%20privadas%20de%20liberdade%20e%20egressos/2017_oliveira_Glauceiro_ressocializacao_preso.pdf. Acesso em: 16 set. 2021.

⁶⁴ O CENED atualmente é a única instituição, no Distrito Federal, que oferta esse tipo de curso dentro do sistema prisional em parceria com o governo.

Dentro desse processo, aqueles entrevistados nas dependências do CPP eram os que já haviam preenchido os requisitos objetivos para ter o direito de cumprir a pena em regime semiaberto, saindo para trabalhar diariamente e sendo agraciados com o direito das saídas temporárias breves e prolongadas. Dessa forma, ao final da pesquisa foi obtida uma amostragem de 114 pessoas que preencheram os questionários, além de terem sido efetuadas duas entrevistas pessoais com outros dois egressos que vivenciaram realidades substancialmente distintas no sistema prisional. Vale ressaltar que tanto os questionários quanto a transcrição das entrevistas mencionadas encontram-se anexadas nos apêndices deste presente artigo.⁶⁵

Apoiado nas conclusões que se pode obter a partir dos dados obtidos pela pesquisa, foi feita uma análise com base no método de pesquisa *ex-pos-facto*, que constituiu na investigação das relações de causa e efeito entre os fatos constatados pela própria experiência pessoal deste autor e pelas informações obtidas das pessoas que, voluntariamente, se dispuseram a responder o questionário elaborado, como também, dos que foram entrevistados.⁶⁶

Como resultado da análise coube considerar aqueles dados que interessam direta ou indiretamente ao tema proposto das assistências educacionais e laborais. Nessa seara, complementa-se a essa linha de raciocínio a leitura que se faz da paráfrase de Howard Becker quanto as asseverações de John Tukey:

John Tukey, o estatístico, comentou certa vez que a maioria das tabelas contém muito mais informação do que qualquer um deseja ou necessita, e que, em geral, desejamos apenas comparar dois números para ver se são iguais ou se um é maior que o outro; os demais números em todas aquelas células são apenas ruído, abafando a mensagem em que estamos interessados.⁶⁷

⁶⁵ No dia 28/09/2021, dirigi-me a Rodoviária do Plano piloto por volta das 5 horas da manhã, haja vista que esse era o dia marcado para o retorno das pessoas que estavam exercendo o direito ao “saidão”, e lá realizei alguns questionários sendo que, ao abordar os custodiados, apresentei-me como estudante de direito do IDP e também como egresso. Na medida em que mais pessoas foram chegando no recinto algumas me reconheceram devido ao tempo em que passei custodiado no sistema prisional do Distrito Federal, fato que facilitou a aproximação com o restante dos que realizaram os questionários. Em seguida no mesmo dia, fui até ao CPP por volta das 9h/10h e realizei outros questionários com os custodiados do semiaberto que faziam parte do Projeto Mãos Dadas e estavam retornando ao CPP esse horário em virtude de ainda não terem sido alçados à posição de trabalhador efetivo, fosse pela FUNAP ou pela iniciativa privada. Entretanto, ainda não satisfeito com a quantidade de questionários que havia obtido, retornei às dependências do CPP no dia 30/09 para realizar mais alguns. Neste último dia houve um pouco de resistência no início pois alguns acreditaram que eu fosse policial e recusaram responder algumas perguntas, contudo, após me apresentar novamente como egresso e após alguns terem me reconhecido, a aproximação tornou-se mais fácil e a partir daí consegui somar cerca de 114 questionários realizados. Vale ressaltar que neste último dia me dirigi ao local por volta das 15h e permaneci lá até cerca de 20h, após esse horário resolvi deixar o local pois já estava satisfeito com o número de questionários.

⁶⁶As transcrições, na íntegra, das entrevistas realizadas com um egresso e um apenado do regime semiaberto e o completo rol dos questionários respondidos constam no **Apêndice-B, C, D, E, F** deste presente artigo.

⁶⁷BECKER, Howard S. **Segredos e Truques da Pesquisa**: 3. amostragem. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 93. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges.

Nessa linha, faz-se interessante a leitura de algumas tabelas para que assim se compreenda em que medida a assistência educacional está sendo empregada no âmbito do sistema prisional do Distrito Federal. Logo, visualiza-se as estatísticas relativas ao estudo da aplicação das assistências mencionadas:

Estudou durante o cumprimento da pena: Sim - 49,12%					
	Fechado	Semiaberto	Aberto	Todos	Fechado e Semiaberto
Qual regime?	41,1%	37,5%	-	-	23,2%

Estudou durante o cumprimento da pena: Não - 50,87%		
	Sim	Não
Gostaria de ter estudado?	89,65%	12%

É indispensável que se atente para o fato de que a porcentagem principal, isto é, aquela calculada da amostra integral encontra-se no título que identifica cada tabela, logo, 49,12% e 50,87% dos 114 entrevistados. Já as outras porcentagens constantes da tabela foram calculadas a partir dos subgrupos já definidos, sendo assim, a título de exemplo, foram 41,1% dos 49,12% que estudaram no regime fechado, ou ainda, foram 89,65% que gostariam de ter estudado dos 50,87% que declararam não terem estudado.

Deste modo, analisando o conteúdo das tabelas acima, cabe tecer algumas considerações. No que concerne ao acesso a assistência educacional, apesar de expressiva a porcentagem daqueles que declararam ter estudado durante algum momento do cumprimento da pena e também da expressividade daqueles que declararam ter estudado no regime fechado, é relevante salientar que, em verdade, o acesso a educação no regime fechado, na maioria das vezes, não é continuado, mas sim pontual e momentâneo. Portanto, a educação no sistema prisional configura-se como medida amplamente desejada pelos custodiados, todavia, relegada a um segundo plano. Nesse sentido, lê-se a transcrição de trecho da entrevista concedida pela pessoa identificada apenas como JT:⁶⁸

⁶⁸ Os nomes dos entrevistados foram omitidos, sendo estes identificados apenas por codinomes, para que fosse assegurado o sigilo da privacidade de ambos.

Eu não tive oportunidade de estudo no sistema prisional, só fazia os cursos do CENED mesmo, e sobre os demais presos, precário, entendeu? Fiquei pouco tempo no bloco dos estudantes, e logo me tiraram pelo fato da minha pena ser alta, isso tudo vem a contar lá dentro para eles, né! Pessoas que têm pena alta, quase não tem oportunidade lá dentro, [...] a não ser aqueles que fazem o jogo dos policiais, né! Vamos colocar assim né, quem dá informações privilegiadas do que acontece lá dentro, entendeu? Isso tudo vem ocasionar oportunidades melhores.⁶⁹

Em total convergência com a narrativa exposta, o entrevistado identificado apenas como MJ corrobora as afirmações feitas na citação *supra* haja vista que também integrou o sistema prisional durante determinado tempo:

Os cursos do CENED são pagos, ou seja, a família tem que custear aí os custos das apostilas, a gente observa que tem famílias que são de fora, ficam aí anos sem visitar o presos porque não tem dinheiro para pagar a passagem, porque não tem dinheiro para pagar uma hospedagem, isso é no Brasil inteiro, por isso que eu insisto, dentro desse sistema, esse programa de cursos isso é pra poucos, poucos que podem pagar.⁷⁰

Existe, portanto, como relatado pelos entrevistados, uma forma de acesso à educação no sistema prisional que se dá de forma privada através do CENED, criado em 2012, que oferta cursos profissionalizantes, na modalidade de ensino à distância, às pessoas custodiadas. Entretanto, estes cursos só podem ser efetivamente realizados mediante pagamento, o que configura uma das maiores causas de não realização dos cursos conforme consta na tabela abaixo.

Fez algum curso EaD: Não - 78,9%				
	Dificuldades financeiras	Dificuldades de aprendizado	Não quis	Outros motivos
Por qual motivo não fez?	43,3%	4,4%	10%	41,1%
Fez algum curso EaD: Não - 78,9%				
	Sim		Não	
Gostaria de ter feito?	87,8%		12,2%	

⁶⁹ O referido entrevistado está cumprindo pena no sistema prisional há 14 anos e, atualmente, encontra-se no regime semiaberto. Ainda, o entrevistado cumpriu pena na área comum (conhecida informalmente dentro do presídio como “fundão”), na qual, segundo ele, “35 a 40 presos” estão ocupando uma cela de 16m². Essa transcrição encontra-se no **Apêndice-F**.

⁷⁰ O referido entrevistado não cumpriu pena, porém, esteve preso em caráter preventivo durante 7 meses na área especial destinada a presos políticos, sendo que, conforme seu relato, havia no máximo 2 pessoas por cela, essa transcrição encontra-se no **Apêndice-E**.

Fez algum curso EaD: Sim - 21,1%				
	1 a 2	3 a 6	7 a 10	+11
Quantos?	25%	25%	29,2%	8,3%

Diante da observação das tabelas expostas, atenta-se também para o fato de que é nítido o baixo acesso a esta oportunidade, dado que, da amostra de 114 apenados, 78,9% não teve acesso a realização desses cursos e, desses que não tiveram acesso, 87,8% declarou que gostaria de ter feito algum desses cursos. É interessante dizer também que, conforme o observado por este autor durante a realização desses questionários, muitos daqueles que declararam não ter feito os cursos sob a alegação de outros motivos, em verdade, demonstraram-se tímidos e resistentes a declarar que de fato não realizaram por, talvez, terem alguma dificuldade financeira. Diante disso, em relação às dificuldades financeiras que os presos enfrentam e que prejudicam o acesso aos cursos do CENED, o reconhecimento dessa problemática se deu até mesmo pela juíza, Leila Cury, da Vara de Execuções Penais do Distrito Federal (VEP) que declarou em entrevista ao canal do TJDFDT no *youtube*:

Existem algumas ferramentas para a ressocialização. Se a gente for pensar bem, a maioria [...], alguns não querem, outros não têm acesso. O CENED é um curso a distância, que é pago, então nem todos tem dinheiro, cento e poucos reais, duzentos e poucos reais [...] que para gente pode não parecer muito, mas para eles é muito. Então, a maioria não tem acesso.⁷¹

Dessa maneira, a despeito da afirmação da juíza estar correta em relação ao acesso dificultado pela hipossuficiência financeira vivenciada pelos custodiados, a afirmação que esta faz estabelecendo apenas dois grupos de pessoas, aqueles que não querem e aqueles que não tem acesso, não encontra lastro na realidade tendo em vista que, conforme os dados da própria pesquisa, dentre aqueles que não fizeram nenhum curso do CENED, cerca de 87,8% declarou que gostaria sim de ter feito. Caberia melhor divisão em 4 grupos, sendo esses os seguintes, os quais já constam na tabela já citada: grupo das dificuldades financeiras, das dificuldades de aprendizado, dos que não quiseram e dos que alegaram outros motivos impeditivos.

Outrossim, foram feitas muitas declarações informais, que não constam nos questionários, de que era uma tarefa árdua se dedicar aos estudos no regime fechado tendo em

⁷¹ TJDFDToficial. **TJDFDT - Programa História Oral - Juíza de Direito Leila Cury**. *Youtube*, 03/09/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JytPQlxz5Y0>

vista a atual superlotação do sistema prisional do Distrito Federal. No que tange às declarações de superlotação do sistema prisional, demonstra-se verossímil a afirmação, tendo em vista que, segundo dados do Infopen, em 2020, o sistema prisional do Distrito Federal contava com uma soma de 15.422 pessoas custodiadas⁷² sendo que a capacidade máxima do presídio do Distrito Federal seria de 7.959 presos.⁷³

Sendo assim, constata-se que, malgrado a assistência educacional de fato existir e ser aplicada para as pessoas custodiadas, esta mesma não se concretiza em sua plenitude e nem com sua eficiência almejada haja vista os problemas explanados anteriormente e constatados pela pesquisa de campo feita *in loco*.

Por outro lado, cabe analisar a questão relativa à assistência laboral aplicada no sistema prisional do Distrito Federal. Acerca disso, observa-se as seguintes tabelas:

Trabalhou durante o cumprimento da pena: Sim - 67,5%					
	Fechado	Semiaberto	Aberto	Todos	Fechado e Semiaberto
Qual regime?	16,9%	54,5%	-	-	28,6%

Trabalhou durante o cumprimento da pena: Não - 30,7%		
	Sim	Não
Gostaria de ter trabalhado?	91,4%	8,6%

Diante da observação das tabelas expostas, sustenta-se algumas considerações. Dentre os custodiados que afirmaram terem trabalhado em algum momento durante o cumprimento da pena, apenas 16,9% afirmou ter trabalhado no regime fechado e 28,6% declarou ter trabalhado no regime fechado e no regime semiaberto, logo, constata-se que tal assistência não é amplamente ofertada e nem amplamente acessada por aqueles indivíduos que se encontram cumprindo pena no regime fechado.

Contudo, faz-se relevante também demonstrar que, dentre aqueles que declararam ter trabalhado no regime fechado, 61,8% declarou que exercia a função de classificado da reciclagem, ou seja, atuava lavando caixinhas de suco e marmitta já utilizadas pelos presos em

⁷² NACIONAL, Depen - Departamento Penitenciário. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias:** período de julho a dezembro de 2020. Período de Julho a Dezembro de 2020. 2021. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJLTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>. Acesso em: 07 nov. 2021.

⁷³ Ibidem.

cela, o que, em verdade, configura muito mais uma espécie de terapia ocupacional do que efetivamente um trabalho com efeito ressocializador e profissionalizante, apesar de tal função ser classificada, tecnicamente, como um trabalho e produzir consequências benéficas visto que garante o direito à remição para aqueles que estão exercendo essa função. A previsão da remição citada encontra-se no Artigo 126, §1º ao §8º da LEP.⁷⁴

Nesse sentido, quando indagado da média de pessoas presas por cela no regime fechado e quantos eram contemplados com essa atividade, a qual corresponde a função da reciclagem, o entrevistado JT relata: “ apenas duas pessoas por cela, uma cela hoje tem aí de trinta e cinco a quarenta caras”⁷⁵. Diante disso, observa-se que as celas foram construídas para 8 pessoas, espaço que se houvesse somente essas pessoas já constituiria espécie de lotação excessiva, haja vista a cela não passar de 16m².

O entrevistado MJ, mesmo tendo sido agraciado como classificado da limpeza nos três primeiros meses após a sua prisão, ainda acrescenta acerca da oportunidade de trabalho:

[...] sinceramente eu vi pessoas que não tinham o porquê de serem contempladas com essa classificação, se isso pode ser considerado uma atividade laboral.[...] Essas pessoas construíam essa situação infelizmente ali dentro do sistema prisional, é como a gente diz: existe o bom médico como o mau médico, o bom policial como o mau policial, como também temos os bons agentes e maus agentes. Daí eu observava, dentro do universo que me encontrava no sistema prisional, o que podemos chamar de regalias mesmo, muitas regalias para quem tem poder aquisitivo maior.⁷⁶

Desse modo, é evidente a suposta seletividade do acesso a essas assistências, conforme o relato dos entrevistados que se dispuseram a falar de forma clara e espontânea a respeito das oportunidades de trabalho e estudo oferecidos no regime fechado. Todavia, o que causa estranheza é o fato do entrevistado MJ ter tido a chance de fazer três cursos profissionalizantes do CENED no período em que esteve preso, como também, ter sido contemplado como classificado da limpeza do pátio, podendo remir a pena nessas duas modalidades conforme o artigo 126 §3º da LEP⁷⁷ mesmo que, à época, o entrevistado não tivesse sido sequer julgado ainda.

A situação relatada pelo entrevistado MJ está em total contraste com as oportunidades oferecidas ao entrevistado JT que, durante os 14 anos que integrou o sistema prisional, apenas conseguiu fazer dez cursos profissionalizantes do CENED. Por outro lado, também nunca

⁷⁴ Op. cit.

⁷⁵ As transcrições das entrevistas encontram-se situadas no **Apêndice-F**.

⁷⁶ Idem.

⁷⁷ Op. cit. §3º- Para fins de cumulação dos casos de remição, as horas diárias de trabalho e de estudo serão definidas de forma a se compatibilizarem.

obteve a chance de qualquer atividade laboral, seja como classificado da reciclagem ou mesmo da limpeza, em resumo, em todo o seu cumprimento da pena, este não obteve a chance de remir a pena na modalidade que dispõe o artigo 126 §1º, II da LEP.⁷⁸ Dessa maneira, percebe-se diante dos fatos narrados e da observação da tabela abaixo, em qual grupo os entrevistados situam-se na tabela:

Dos que estudaram em qualquer regime e trabalharam no regime fechado				
	Estudou/Não Trabalhou	Trabalhou/Não Estudou	Estudou/Trabalhou	Não Estudou/Não Trabalhou
Amostra Geral	30,6%	13,2%	16,7%	39,5%
Reincidentes	51,4%	53,3%	52,6%	53,3%
Réus Primários	48,6%	46,7%	47,4%	46,7%

Aqui cabe a observação de que ambos os entrevistados não tiveram acesso ao estudo regular oferecido tão somente no regime fechado, portanto, o entrevistado JT não estudou nem tão pouco trabalhou, ainda cabe a ressalva de que os cursos oferecidos pelo CENED foram objeto de pesquisa suscitado aos entrevistados em separado. Nessa seara, o entrevistado JT faz parte do grupo dos que nem sequer tiveram a chance de ter garantido o direito à remição pelo estudo regular ou pela atividade laboral no regime fechado, o que corresponde à porcentagem de 39,5% da amostra geral. De outro modo, o entrevistado MJ teve seu direito amplamente exercido tanto pelo acesso aos cursos profissionalizantes quanto pela chance de exercer atividade laboral no sistema prisional, mesmo sem sequer ter sido condenado, portanto, faz parte do grupo restrito dos 13,2% da amostra geral estabelecida em tabela.

Ainda no que diz respeito às tabelas, constata-se que dentre aqueles que declararam terem trabalhado durante algum momento do cumprimento da pena, a maioria trabalhou no regime semiaberto, ou seja, essa atividade laboral, característica do regime semiaberto, não é ofertada pela administração prisional propriamente dita como acontece no regime fechado. Em verdade, para obter acesso ao trabalho e poder fazer jus à progressão de regime, o trabalhador preso tem duas possíveis alternativas: a iniciativa privada ou a FUNAP. Nesse sentido, visualiza-se a seguinte tabela:

⁷⁸ Op. cit. § 1º- A contagem de tempo referida no **caput** será feita à razão de: II - 1 (um) dia de pena a cada 3 (três) dias de trabalho.

Dos que estavam trabalhando no regime semiaberto (CPP)		
	Iniciativa privada	FUNAP
Trabalha graças à:	33,3%	66,7%

No que se refere ao trabalho exercido pela FUNAP para dar assistência ao trabalhador preso, esta foi provocada conforme os ditames da Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) a responder, através de um questionário enviado por *email*, soluções às questões atinentes a suas atribuições como também à oferta dessas atividades laborais, os questionamentos encontram-se transcritos no Apêndice C, quanto a isso atentar-se para seguinte respostas:

A FUNAP/DF tem como missão institucional contribuir para inclusão social das pessoas em conflito com a lei que cumprem pena no Distrito Federal, seja nos regime fechado, semiaberto ou aberto e egressos, desenvolvendo seus potenciais como indivíduos, cidadãos e profissionais. Para o desempenho de suas funções a FUNAP desenvolve programas voltados à capacitação profissional dos apenados e a promoção de oportunidades de trabalho remunerado, mediante convênios e contratos com empresas públicas e privadas, além da elevação da escolaridade, bem como a prestação de apoio social às famílias dos apenados.⁷⁹

Feita a leitura acima, é perceptível que a presença da FUNAP para auxiliar o trabalhador preso no regime semiaberto tem apresentado efeitos expressivos visto que, dos 114 entrevistados que responderam o questionário, 66,7% encontravam-se situados no CPP e estavam exercendo alguma atividade laboral graças a atuação da FUNAP. Dito isso, a FUNAP declarou também que possui 2 metas (M547 e M546) que visam, primordialmente, ampliar a ressocialização no âmbito prisional do Distrito Federal e, diante disso, lê-se a seguinte declaração acerca da M547:

No que diz respeito a M547- Aumentar em 50% o número de internos em oficinas profissionalizantes de caráter continuado (valor de referência: 990) a FUNAP tem firmado parcerias com a iniciativa privada, órgãos públicos e terceiro setor. Como exemplo podemos citar a disponibilização de 520 (quinhentos e vinte) vagas para cursos profissionalizante por meio do programa do Governo Federal PRONATEC prisional- NOVOS CAMINHOS, com início das aulas no mês de outubro de 2021, 150 vagas por meio do programa da Secretaria do Trabalho-RENOVA DF e 20 (vinte) vagas por meio de acordo de cooperação técnica com o Instituto Federal de Brasília-IFB para o cursos de marcenaria, além dos processos internos para licitação e contratação de empresa privada ou do sistema S para oferta de cursos em diversas áreas.⁸⁰

⁷⁹ O referido documento encontra-se situado no **Apêndice-C**.

⁸⁰ A declaração situa-se no mesmo **Apêndice-C**.

Já no que se refere a M546, lê-se:

No que diz respeito a M546- Aumentar em 50% o número de internos em postos de trabalho (valor de referência: 1200)- aumentar a quantidade de vagas em postos de trabalho para pessoas privadas de liberdade. A FUNAP tem firmados contratos com órgãos públicos e empresas privadas para a oferta de mão de obra prisional, seja no intramuros ou no extramuros. Atualmente tem 76 contratos de trabalho ativos e emprega cerca de 2000 (dois mil) sentenciados. Hoje há 57 sentenciados inseridos em contratos coma iniciativa privada, sendo 27 no intramuros.⁸¹

Ainda cabe tecer algumas considerações acerca da eficácia dessas assistências e do contexto do sistema prisional diante da reincidência, que para os fins da pesquisa realizada foi tida como a reincidência fruto de nova condenação penal, ou seja, reincidência legal. Nesse sentido, preliminarmente, visualiza-se a tabela abaixo:

Reincidência - 52,6%		
Reincidente específico	Reincidente Genérico	Reincidente específico e genérico
38,3%	53,3%	10%

É importante asseverar que a amostragem, apesar de não corresponder taxativamente ao grupo completo que integra o sistema prisional do Distrito Federal, apresenta-se como sinédoque desse grupo. Nesse sentido, lê-se o seguinte trecho de Howard S. Becker:

[...] Talvez seja melhor dizer que a amostragem é um tipo de sinédoque, em que queremos que parte de uma população, organização ou sistema que estudamos seja considerada como representante, de maneira significativa, do todo de que foi extraída.⁸²

Nesse sentido, entende-se que a amostragem colhida na pesquisa é plenamente passível de representar o contexto do sistema prisional haja vista o método de sinédoque lecionado por Becker. Logo, compreendendo que, dos entrevistados, 52,6% são reincidentes, infere-se que, no presídio de Brasília, para cada uma pessoa que ingressa no sistema prisional como réu primário, outra reingressa pela prática reincidente de conduta delitiva, fato que demonstra a deficiência do instituto da ressocialização e o superávit da reincidência e, portanto, entende-se que a precariedade das assistências educacional e laboral tem surtido efeitos nocivos para o contexto do sistema prisional brasileiro.

⁸¹ Idem.

⁸² Op. Cit. **Segredo e Truques da pesquisa**: 3. Amostragem. p. 81

Assim, observada a explanação da pesquisa realizada, as tabelas formuladas através da pesquisa de campo e feita a leitura das entrevistas que corroboram o contexto fático suscitado pela realização dos questionários, cabe a reflexão quanto ao papel das assistências educacional e laboral no Distrito Federal para a ressocialização das pessoas custodiadas. Nessa perspectiva, volta-se os questionamentos no sentido de buscar compreender qual a finalidade da aplicação dessas assistências para as pessoas custodiadas, em que medida de fato esse papel tem sido cumprido e, ainda, quais são, ou seriam, os efeitos ressocializadores se caso as assistências mencionadas fossem plenamente executadas no âmbito do sistema prisional do Distrito Federal.

4 O PAPEL DAS ASSISTÊNCIAS EDUCACIONAL E LABORAL NO DISTRITO FEDERAL PARA A RESSOCIALIZAÇÃO DAS PESSOAS CUSTODIADAS.

Para responder os questionamentos suscitados anteriormente, é essencial que se compreenda a dinâmica da aplicação das assistências educacional e laboral dentro do sistema prisional do Distrito Federal. Nesse sentido, faz-se importante compreender que, desde maio de 2020, existe, no DF, a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária (SEAPE) que arroga dentro de suas atribuições a responsabilidade de administrar e organizar a aplicação das assistências educacional e laboral no âmbito do presídio de Brasília. Diante disso, visualiza-se os seguintes dispositivos legais do Decreto n.º 40.079 que institui o regimento interno da SEAPE:

Artigo 191. Aos Núcleos de Ensino e Aperfeiçoamento Profissional dos estabelecimentos penais, unidades orgânicas de execução, diretamente subordinados às Gerências de Assistência ao Interno, compete: II - acompanhar e fiscalizar a efetivação das atividades educacionais desenvolvidas, no interior dos estabelecimentos penais, com fiel observância às normas de segurança interna; IV - estabelecer procedimentos, em articulação com as Gerências de Vigilância e com as Gerências de Atividades de Segurança Penitenciária, visando à manutenção da segurança e o funcionamento das atividades laborais e educacionais; VII - cumprir os critérios estabelecidos na Lei de Execução Penal em relação ao controle de remissão de pena pelo trabalho e pela educação; VIII - acompanhar e fiscalizar as atividades de educação a distância no interior dos estabelecimentos penais;⁸³

⁸³DISTRITO FEDERAL. Decreto n° 40.079, de 04 de setembro de 2019. **Aprova o Regimento Interno da Secretaria de Estado de Segurança Pública do Distrito Federal.** Brasília, DF: Sinj-Df, 04 set. 2019. Capítulo IX, Seção III, Subseção X. Disponível em: http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/d8161a0b9d4c448db5a8236efc8e6718/Decreto_40079_04_09_2019.html. Acesso em: 14 nov. 2021.

Sob essa ótica, observa-se que o trabalho cuja responsabilidade recai sobre a SEAPE é feito em conjunto com a FUNAP e também com o CENED na medida das aplicações dos cursos profissionalizantes e das oficinas que ofertam vagas de atividade laboral para as pessoas custodiadas. No que se refere às atividades educacionais propriamente ditas, estas são realizadas por meio do Centro Educacional 01 de Brasília, nessa perspectiva, lê-se: “artigo 191, inciso III - manter lista atualizada dos professores do Centro Educacional 01 de Brasília e dos monitores que atuam nas oficinas profissionalizantes”.⁸⁴

Por outro lado, a secretaria também busca ampliar as ações de ressocialização dos internos, logo, atenta-se para a entrevista que o ex-secretário, Agnaldo Curado, concedeu à Agência Brasília na qual, ao abordar o tema de quais outras ações estariam sendo fomentadas pela secretaria para estimular a reabilitação e a reinserção da população carcerária, fez a seguinte afirmação:

Contamos também com o projeto de remição penal pela leitura, que é um projeto do Ministério da Justiça e do Conselho Nacional de Justiça que estimula o hábito da leitura entre os presos para que eles possam diminuir a pena.⁸⁵

No tocante a superlotação dos presídios, Agnaldo Curado declarou que:

[...]temos investido em algumas frentes. Primeiro, na construção de novas unidades. Estamos iniciando a licitação para construir a terceira penitenciária [PDF III] e, em fevereiro, vamos receber dois novos centros de detenção provisória, para 3.200 presos. [...]Também estamos investindo na qualificação dos nossos servidores. O policial penal do DF, hoje, é um servidor que tem curso superior; investimos na formação deles, em treinamento. [...]Também investimos na aquisição de armamentos com munição não letal, em novas viaturas e outros equipamentos. Temos procurado priorizar a questão do concurso público.⁸⁶

É interessante que antes de maio de 2020 as matérias atinentes à administração prisional eram de atribuição da Secretaria de Segurança Pública, em vista disso, a criação de uma Secretaria própria para lidar somente com a questão do sistema prisional reflete uma preocupação ainda maior com a matéria e um cuidado de estabelecer uma instituição própria que volte seus trabalhos única e exclusivamente para a administração penitenciária. Ainda

⁸⁴ Ibidem.

⁸⁵ CURADO Agnaldo. ‘Mãos Dadas é a oportunidade de transformação do preso’: Secretário de Administração Penitenciária detalha projeto de ressocialização, que oferece capacitação e redução de pena. Entrevista concedida a Flávio Botelho. Agência Brasília, 29/01/2021. Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2021/01/29/maos-dadas-e-a-oportunidade-de-transformacao-do-presos/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁸⁶ Ibidem.

nessa perspectiva, as normativas citadas anteriormente e as declarações do ex-secretário da SEAPE demonstram que, tecnicamente, o tema tem sido tratado com maior importância.

Contudo, a realidade se apresenta divergente do plano ideário estatuído pelo Decreto nº 40.079 e pela sustentação feita por Agnaldo Curado, haja vista que a própria entrevista apresenta uma contradição interessante. Essa contradição reside no fato de que o ex-secretário, quando questionado quais outras ações estaria a secretaria empenhada para estimular reabilitação e reinserção da população carcerária, com vista é claro a remição da pena, este responde apenas “projeto de remição penal pela leitura”, malgrado as considerações tecidas acerca do Projeto Mãos Dadas.

Todavia, quando perguntado quais outras ações estaria o órgão a tomar com relação a superlotação dos presídios, este responde de forma muito mais minuciosa que há de se priorizar os investimentos na estrutura e no aperfeiçoamento dos agentes penais sem esquecer da contratação de novos servidores através de concurso público, logo, as declarações demonstram que, ao menos no período em que este indivíduo exerceu as atribuições de secretário, a secretaria estava com os olhares mais voltados ao aperfeiçoamento das ferramentas repressoras do sistema prisional do que às ferramentas preventivas que devem ser aplicadas na penitenciária de Brasília.

Desse modo, as declarações feitas pelo secretário demonstram o quanto as ferramentas das assistências educacional e laboral são relegadas a segundo plano no que tange a política de administração prisional o que produz, evidentemente, a precariedade vivenciada no sistema prisional do Distrito Federal em relação a essas assistências. Ainda nessa perspectiva, apesar de tais assistências existirem, estas são aplicadas de forma precária e seletiva tendo em vista que, segundo a SEAPE, existem apenas 90 vagas para as diferentes oficinas ofertadas pela FUNAP na Penitenciária do Distrito Federal I (PDF I)⁸⁷ e, neste mesmo PDF tido como exemplo, atualmente, segundo os dados do Infopen 2020, detém uma concentração de 3.916 presos,⁸⁸ e, de outro modo, no que se refere a assistência educacional, o mesmo PDF I conta com 12 salas que comportam 15 pessoas cada uma⁸⁹ o que gera, aproximadamente, uma oferta de 180 vagas para a mesma concentração de quase 4 mil presos.⁹⁰

⁸⁷ SEAPE, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. **PDF I: reintegração social e trabalho.** Reintegração Social e Trabalho. 2018. Atualizado em 30/8/2021. Disponível em: <https://seape.df.gov.br/pdf-i-2/>. Acesso em: 14 nov. 2021.

⁸⁸ Op. cit. Levantamento de Informações Penitenciárias.

⁸⁹ Op. cit. PDF I: reintegração social e trabalho. Reintegração Social e Trabalho.

⁹⁰ Op. cit. Levantamento de Informações Penitenciárias.

Com efeito, cabe a reflexão a respeito das informações obtidas através de uma ligação telefônica feita à Instituição CENED com relação a forma de obtenção dos cursos profissionalizantes e a barreira posta pela administração prisional a respeito da autorização necessária para os custodiados obterem a aquisição dos cursos profissionalizantes. Diante disso, leia-se a transcrição da referida ligação telefônica:

No PDF I, o interno precisa pedir “autorização” lá dentro, porém se você efetivar a compra a gente consegue fazer a entrega. No PDF II o senhor tem que pedir a autorização, ou o advogado ou responsável, e saindo de lá a pessoa efetiva o pagamento do curso e aguarda ser autorizado. [...] é que no PDF I o preso é que faz essa solicitação lá dentro e no PDF II é o parente que faz.⁹¹

Fica a dúvida a respeito da oportunidade de acesso aos cursos profissionalizantes na modalidade EaD ofertados aos custodiadas que se encontram na Penitenciária do Distrito Federal II (PDF II), principalmente com relação àqueles desprovidos de assistência familiar e jurídica, ou seja, ao que parece, a administração do presídio de forma consciente tem contribuído ainda mais com a seletividade das assistências educacionais, tendo em vista que no PDF I o próprio interno é que pleiteia essa autorização fazendo com que a instituição de ensino imediatamente envie o curso a unidade prisional, portanto, no PDF I só depende do custodiado o pedido da autorização.

Vale ressaltar, que dos 114 entrevistados da pesquisa de campo, cerca de 78,9% disseram não ter tido acesso aos cursos profissionalizantes na modalidade EaD. A dificuldade financeira foi um dos motivos de maior relevância estatística, o qual correspondeu a porcentagem de 43,3%⁹² dos que alegaram não ter tido acesso a essa modalidade. Em seguida, com 41,1%⁹³ aparecem os que alegaram haver outros motivos, logo, cabe a análise futura a respeito da autorização imposta pela administração prisional do PDF II e questiona-se: em que medida essa imposição tem influenciado para a constituição da porcentagem relatada.

Dessa forma, os dados apresentados demonstram que, em verdade, o sistema prisional do Distrito Federal possui uma política de ressocialização extremamente deficitária, demonstrando ainda a sua perpetuação apenas como um modelo de controle social do crime, que tem por matéria-prima a própria pessoa custodiada. Nesse sentido, Nils Christie assevera:

⁹¹ A transcrição integral da referida ligação telefônica encontra-se no **Apêndice-D**

⁹² Tabela encontra-se no **Apêndice-B**

⁹³ *Ibidem*.

A população potencialmente perigosa é afastada e colocada sob completo controle, como matéria-prima para uma parte do próprio complexo industrial que os tornou supérfluos e ociosos fora dos muros da prisão. Matéria-prima para o controle do crime ou, se quiserem, consumidores cativos dos serviços da indústria do controle.⁹⁴

Da mesma maneira o complexo penitenciário do Distrito Federal apresenta-se, sob a luz dos conceitos trazidos pelo criminólogo Nils Christie, como um reflexo da indústria do controle social do crime e também como o próprio fomentador dessa indústria, visando ainda o interesse capital de terceiros e o próprio interesse lucrativo das elites dominantes que sustentam a indústria do controle do crime.

Portanto, os presídios do DF possuem este caráter apontado anteriormente e não aquele que deveria ser seu princípio basilar, a ressocialização. Logo, não é possível dizer que, atualmente, o sistema prisional de Brasília é uma instituição de caráter ressocializador e de combate à reincidência, em verdade, é uma instituição que possui a ressocialização em evidente *déficit* e uma reincidência alarmante constatada na pesquisa de campo e atestada em diferentes instituições atreladas a essa temática. Nessa seara, lê-se, novamente, a seguinte afirmação de Nils Christie:

A prisão resolve, assim, alguns problemas dos países altamente industrializados. Nos estados de bem-estar social, reduz a contradição entre a ideia de assistência aos desempregados e a ideia de que o prazer do consumo deveria ser resultado da produção. Também coloca sob controle direto parte da população desocupada e cria novas funções para a indústria e seus proprietários. Em última análise, os presos adquirem uma nova e importante função. Eles se transformam na matéria-prima.⁹⁵

Diante disso, compreende-se que a finalidade da implementação plena das assistências educacional e laboral é transformar os presídios do Distrito Federal em instituições ressocializadoras. Desse modo, o papel das assistências educacional e laboral está atrelado ao direcionamento da conduta do indivíduo, isto é, o objetivo dessas assistências seriam atribuir atividades que ocupassem o tempo dos desviantes para que estes fossem docilizados ao ponto de, quando saírem do sistema prisional, não mais se dedicarem a uma conduta própria de um sistema social paralelo, e sim que viesse a se dedicar a condutas próprias de um sistema social formal, como estudar, trabalhar, arcar com seus deveres e fazendo jus aos seus direitos.

Outrossim, o papel das assistências educacional e laboral não é ressocializar diretamente o indivíduo, mas sim fornecer condições para que se viabilize uma possível

⁹⁴ CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime**: 7. o controle do crime como produto. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 122. Tradução de Luis Leiria.

⁹⁵ *Ibidem*. p. 121.

ressocialização, uma readaptação social, deste indivíduo. Logo, essas assistências são instrumentos, ferramentas, que propiciam a ressocialização, que concedem meios hábeis para que o indivíduo possa ser ressocializado, isto é, não são a ressocialização propriamente dita, mas sim instrumentos deste instituto. Nesse sentido, Michel Foucault postula o seguinte em relação ao trabalho: “o trabalho deve ser uma das peças essenciais da transformação e da socialização progressiva dos detentos”.⁹⁶ Já no que concerne à educação, Foucault postula: “A educação do detento é, por parte do poder público, ao mesmo tempo uma precaução indispensável no interesse da sociedade e uma obrigação para com o detento”.⁹⁷

Sendo assim, para se compreender ainda melhor de que forma as assistências educacional e laboral fazem parte da ressocialização é necessário analisar profundamente este instituto com base em dois elementos que o norteiam: a vontade do infrator de se ressocializar e não mais voltar a prática de condutas criminosas e a oportunidade de acessar as ferramentas hábeis que fornecem as condições para sua ressocialização. Logo, não cabe tecer considerações sobre o elemento da vontade do infrator, haja vista que é elemento essencialmente psicológico que, não obstante poder ser determinado por fatores externos a sua consciência individual, o qual encontra-se diretamente associado ao estudo da psicologia e os fatores internos à consciência do indivíduo.

Dito isso, o que deve ser e foi objeto de análise do presente artigo é o elemento da oportunidade que está intimamente ligado às assistências educacional e laboral. Portanto, as assistências educacional e laboral não constituem sozinhas a ressocialização do indivíduo, mas são elemento essencial que oportunizam a conquista da reintegração social pelo indivíduo, ou seja, se unidos o acesso às assistências com a vontade do infrator de reintegrar a sociedade de forma lícita aí se vislumbra ressocialização. Assim sendo, uma instituição penitenciária que se conserve no caráter ressocializador, além de, evidentemente, propiciar a ressocialização dos infratores, também estará se destituindo dos efeitos perversos da rotulação dos egressos. Por outro lado, lê-se o seguinte trecho da obra de Georg Rusche e Otto Kirchheimer:

Na medida em que a consciência social não está numa posição de compreender, e, conseqüentemente, de agir sobre a necessidade de relacionar um programa penal progressista e o progresso em geral, qualquer projeto de reforma penal continuará caminhando sobre incertezas, e os inevitáveis fracassos serão mais de uma vez atribuídos à fraqueza inerente à natureza humana e não ao sistema social. A consequência fatal é um retorno à doutrina pessimista de que a natureza perversa do homem só pode ser

⁹⁶FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**: quarta parte: prisão. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2019.p. 265. Tradução de Raquel Ramalbeta.

⁹⁷ Ibidem. p. 265.

contida através da degradação do nível das prisões abaixo das das classes subalternas livres.⁹⁸

Em vista disso, é relevante que se analise que o sistema prisional do Distrito Federal é fruto de um sistema social brasileiro fragilizado que propaga, como lecionado por Howard Saul Becker, um etiquetamento daqueles que em algum momento ingressaram em determinada penitenciária e ainda porque é um sistema social que está indistintamente associado às relações de dominância que norteiam a sociedade capitalista contemporânea. Portanto, sob o pretexto de que a deficiência da ressocialização está atrelada a consciência individual de cada infrator que não quer se ressocializar, tende a produzir uma consequência nefasta para o contexto prisional do DF que é, como demonstrado por Georg Rusche e Otto Kirchheimer, a degradação dos níveis das prisões com a justificativa de que esses ambientes devam ser mais desfavorecidos do que as condições de vida de uma classe subalterna livre.

Contudo, para que se vislumbre um amplo acesso às assistências educacional e laboral, cabe suscitar uma possível solução para tal problemática. Tal solução consiste em uma mudança na dinâmica de ensino e trabalho do sistema prisional que consistiria na divisão dos apenados primeiramente entre aqueles que efetivamente desejam estudar e aqueles que não desejam. Posteriormente, haveria uma subdivisão por escolaridade como também por idade priorizando aqueles com maior dificuldade de aprendizado.

Partindo dessa divisão, seria realizada uma dinâmica de realização dos cursos através das televisões já existentes hoje em algumas celas, esses aparelhos reproduziriam telecursos com fulcro nas apostilas que atualmente já são disponibilizadas pelo CENED. No que se refere as apostilas do CENED, a problemática poderia ser resolvida através de um convênio da Administração Prisional do Distrito Federal com a iniciativa privada, fato que, a *contrario sensu* do que se acredita, diminuiria os gastos do Estado com relação aos apenados, tendo em vista que uma pessoa custodiada custa em média R\$ 3.000 (três mil reais) para o governo mensalmente. Prontamente, um preso que viesse a realizar quatro cursos por ano com carga horária de 180 horas estaria remindo cerca de dois meses conforme dispõe o artigo 126, §2º da LEP,⁹⁹ portanto, deixando de custar R\$ 6.000 (seis mil reais) para o Estado com um gasto de apenas R\$ 720 (setecentos e vinte reais), visto que o curso do CENED custa em média R\$ 180 (cento e oitenta reais), valor que se fosse lançado em um processo licitatório seria reduzido consideravelmente.

⁹⁸RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**: xiii. conclusão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 282. Tradução, revisão técnica e nota introdutória.

⁹⁹Op. cit.

Diante disso, compreende-se que se metade da população carcerária atual do presídio do Distrito Federal, cerca de oito mil presos, estivesse inserida neste projeto geraria um custo, em relação aos cursos, para o governo de R\$ 5.760.000 (cinco milhões, setecentos e sessenta mil reais). Entretanto, tendo em vista que os presos sairiam 2 meses antes do previsto, eles deixariam de custar R \$48.000.000 (quarenta e oito milhões de reais) para o governo, portanto uma diferença de R\$ 42.240.000 (quarenta e dois milhões e duzentos e quarenta mil reais) entre os gastos e a economia mencionada.

Um projeto que fosse executado com essas diretrizes de ampliação das assistências educacional e laboral para as pessoas custodiadas, para além de uma economia de gastos para o Estado, com efeito, produziria uma ressocialização muito mais visível do que é produzida hoje em dia na vigência dos atuais projetos e políticas da administração prisional de Brasília. Para que se constate que de fato a ressocialização seria ampliada basta visualizar o presídio de Canoas no Rio Grande do Sul, premiado pelo Prêmio *Innovare*¹⁰⁰ em virtude de ter obtido um índice de reingresso no sistema prisional de cerca de 19%, enquanto o resto do estado vivencia um índice de aproximadamente 71% de reingresso no sistema penitenciário. Essa redução no índice de reingresso ao sistema prisional se deu graças a uma política de mudança da dinâmica das assistências educacional e laboral e uma ampliação dessas mesmas assistências, além da implementação de um projeto de atividades físicas, para o máximo de pessoas custodiadas inseridas no referido presídio.

Diante disso, vislumbra-se que uma implementação de um projeto como esse viabilizaria um amplo acesso das pessoas custodiadas às assistências que se constituem em ferramentas necessárias para a conquista da plena ressocialização. Portanto, é perceptível que o atual sistema de oferta das referidas assistências, como já explanado anteriormente, não visa uma ressocialização em larga escala, mas sim uma seletividade dentro do próprio sistema prisional para definir aqueles que poderão ser ressocializados e aqueles que estarão fadados a criminalidade recorrente.

CONCLUSÃO:

Visualiza-se que os principais problemas que orbitam o sistema prisional do Distrito Federal atualmente são: a deficiência do acesso às assistências educacional e laboral na

¹⁰⁰ MONTEIRO, Isaías. **Prêmio Innovare**: prisão modelo reduz reincidência em Canoas (RS). 2018. Elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/premio-innovare-prisao-mo-100-reduz-reincidencia-em-porto-alegre-2/>. Acesso em: 09 nov. 2021.

medida que poucos indivíduos são contemplados com a oportunidade de exercer tais atividades; a seletividade do acesso aos cursos profissionalizantes ofertados na modalidade Ead pela instituição CENED tendo em vista que o acesso depende da possibilidade do custodiado poder pagar pelos cursos e ainda que há diferenças burocráticas entre as diferentes instituições prisionais do Distrito Federal; e a contribuição que essas deficiências têm dado para o cenário de descaracterização da ressocialização e de contribuição a reincidência.

Diante disso, o primeiro capítulo esclareceu que a política criminal brasileira tem se pautado pelo controle social do crime e pelas relações de dominância típicas de uma sociedade capitalista produzindo uma seletividade penal tanto na criminalidade primária quanto na criminalidade secundária ou também denominada criminalidade reincidente. Contudo, foi possível vislumbrar também que gradativamente a política criminal brasileira tem voltado o olhar para o infrator de forma benevolente haja vista os entendimentos jurisprudenciais suscitados e a aplicação, ainda que precária, das assistências educacional e laboral.

No que se refere ao segundo capítulo, este foi de significativa contribuição para toda a análise do tema proposto visto que permitiu minuciar o escopo das normativas tanto nacionais quanto internacionais que, necessariamente, norteiam a matéria relativa às assistências educacional e laboral. Nesse sentido, foi possível perceber que, na medida em que a legislação penal passou a adotar a Teoria Unificadora Dialética da aplicação da pena, a busca pela ressocialização do apenado e pela prevenção da criminalidade reincidente passou a se fazer mais presente na legislação penal pátria, não obstante o fato de que a letra da lei não conseguiu plenamente cumprir com seus objetivos e não condiz fielmente com a realidade percebida no sistema prisional de Brasília.

No tocante ao terceiro capítulo, foi possível compreender de forma pragmática e com amplo lastro na realidade de que forma, de fato, as assistências educacional e laboral têm sido aplicadas no complexo penitenciário do Distrito Federal. Para tanto, o presente capítulo consistiu na explicação das tabelas formuladas por este autor graças às informações obtidas com a realização de questionários destinados aos apenados que cumprem pena no regime semiaberto e ainda contou com relatos verossímeis de um egresso do sistema prisional que esteve custodiado na área especial destinada a presos políticos e de um apenado que cumpre pena há 14 anos na área comum do complexo penitenciário da Papuda. De outro modo, foram obtidas informações diretamente com as instituições CENED e FUNAP que possibilitaram o melhor entendimento da dinâmica da aplicação dos cursos profissionalizantes pagos ofertados pela primeira e da dinâmica da assistência ao trabalhador preso realizada pela segunda.

Por fim, o capítulo quatro buscou explicar, com fundamento em fontes bibliográficas de criminólogos, juristas e sociólogos, o papel das assistências educacional e laboral ante a ressocialização. Por outro lado, fez análise relevante do trabalho da Secretaria de Estado da Administração Penitenciária (SEAPE) e das declarações feitas pelo seu ex-secretário Agnaldo Curado, além de ter sido suscitada relevante questão quanto a diferença burocrática de acesso aos cursos do CENED tendo em vista as duas penitenciárias que compõem o complexo prisional de Brasília, o PDF I e o PDF II.

Diante disso, em verdade, as referidas assistências não constituem ressocialização por si só mas sim instrumento de valiosa importância para que se possa viabilizar a ressocialização do apenado, logo, caracterizam-se essencialmente por serem o elemento da oportunidade que propiciam a efetivação de uma possível ressocialização. Deste modo, enquanto o acesso às assistências for precário, a ressocialização se constituirá em mera utopia ou privilégio de alguns poucos indivíduos egressos.

Por fim, fato é que o presente autor é um egresso do sistema prisional e usufruiu por diversas vezes dos cursos ofertados pela instituição CENED no sistema prisional e graças a esta oportunidade pôde fazer parte do Projeto Começar De Novo, ingressando em uma universidade para a realização do curso de Direito, provando, portanto, que a ressocialização é possível desde que aplicada da forma correta. Ainda vale dizer que este autor só conseguiu fazer parte do Projeto Começar De Novo graças aos cursos que realizou por intermédio da instituição CENED, fato que, para além de ter produzido um acesso significativo a uma assistência educacional, possibilitou uma significativa remissão de sua pena, tendo em vista que este autor foi amparado pelo referido projeto em seu último ano de vigência.

Contudo, há de se compreender que o presente autor, como exceção em relação a ressocialização no atual sistema, não pode ser definido como regra, mas sim como exemplo da reunião dos dois elementos da ressocialização: a volição de querer ressocializar-se e a oportunidade de acesso às ferramentas necessárias.

REFERÊNCIAS:

APLICADA, Ipea Instituto de Pesquisa Econômica. **Reincidência criminal no Brasil:** relatório de pesquisa. Brasília.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. p. 206. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002. Tradução e prefácio de Juarez Cirino dos Santos.

BECKER, Howard. **Outsiders**: regras de quem?. Rio de Janeiro: Zahar, 2009

BECKER, Howard S. **Segredos e Truques da Pesquisa**: 3. amostragem. Rio de Janeiro: Zahar, 2008. p. 93. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**: capítulo vi - teorias sobre funções, fins e justificações da pena. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição Federal, de 05 de outubro de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**: Brasília, DF: Planalto, 05-dez. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm#adct.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940**. Código Penal: Título II, Capítulo-I Brasília, DF:-Planalto, 07 dez. 1940. Art. 155. Disponível em:http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm.

BRASIL. **Decreto nº 9.057, de 25 de maio de 2017**. Brasília, DF: Planalto, 25 maio 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Decreto/D9057.htm#art24.

BRASIL. **Lei nº 4.729, de 14 de julho de 1965**. Brasília, DF: Planalto, 14 jul. 1965. Art. 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/l4729.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui A Lei de Execução Penal.. Brasília, DF: Planalto, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.

BRASIL. **Lei nº 9.613, de 03 de agosto de 1998**. Capítulo I. Brasília, DF: Planalto, 03 ago. 1998. Art. 1º. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9613.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. **Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006.** : Título IV, Capítulo II. Brasília, DF: Planalto, 23 ago. 2006. Art. 33. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111343.htm. Acesso em: 18 ago. 2021.

BRASIL. **Lei Nº 13.964, de 24 de Dezembro de 2019.** Brasília, DF: Planalto, 24 dez. 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13964.

BRASIL. Lei nº 7.209, de 11 de julho de 1984. **Lei Nº 7.209, de 11 de Julho de 1984.** Altera dispositivos do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e dá outras providências. Brasília DF: Planalto, 11-jul. 1984. Disponível-em:-http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/17209.htm.

BRASIL. **Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984.** Título V, Capítulo I, Seção IV. Brasília, DF: Planalto, 11 jul. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Resp. nº 1.910.240.** Recorrente: MP de Minas Gerais. Recorrido: Erivaldo Almeida Caetano (Preso). Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz. Brasília, 26 de maio de 2021 Disponível em:https://processo.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=2062549&num_registro=202003260024&data=20210531&peticao_numero=-1&formato=PDF.

CHRISTIE, Nils. **A Indústria do Controle do Crime:** 7. o controle do crime como produto. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1998. p. 122. Tradução de Luis Leiria.

CURADO, Agnaldo. **‘Mãos Dadas é a oportunidade de transformação do preso’:** Secretário de Administração Penitenciária Disponível em: <https://www.agenciabrasilia.df.gov.br/2021/01/29/maos-dadas-e-a-oportunidade-de-transformacao-do-presos/>

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 40.079, de 04 de setembro de 2019. **Aprova o Regimento Interno da Secretaria de Estado de Segurança Pública do Distrito Federal.** Brasília, DF: Sinj Df, 04 set.-2019.-Capítulo-IX,-Seção-III,-Subseção-X.-Disponível em: <http://www.sinj>.

df.gov.br/sinj/Norma/d8161a0b9d4c448db5a8236efc8e6718/Decreto_40079_04_09_2019.html.

FARIAS, Victor. **Reincidência entre presos comuns é quase o dobro do registrado no sistema socioeducativo**. O-Globo. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/reincidencia-entre-presos-comuns-quase-dobro-do-registrado-no-sistema-socioeducativo-24283356>.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: Nascimento da prisão**: quarta parte: prisão. 42. ed. Rio de Janeiro: Vozes, 2019.p. 265. Tradução de Raquel Ramalbet.

MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**: capítulo 3 - teoria geral dos direitos fundamentais. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. 1641 (IDP). Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/reader/books/9788553172832/pageid/4>.

MONTEIRO, Isaías. **Prêmio Innovare**: prisão modelo reduz reincidência em Canoas (RS). 2018. Elaborado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/premio-innovare-prisao-modelo-reduz-reincidencia-em-porto-alegre-2/>. Acesso em: 09 nov. 2021.

NACIONAL, Depen Departamento Penitenciário. **Levantamento-Nacional-de-Informações Penitenciárias**: período de julho a dezembro de 2020. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJlLTllOWItZjYwY2ExZjBiMWNmLiwiZCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>

ONU. Constituição (1948). Resolução nº 217 A III, de 10 de dezembro de 1948. **Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948)**: Adotada e proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas (resolução 217 A III) em 10 de dezembro de 1948. França, PARIS: Onu, 10 dez. 1948. Disponível em: <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

OLIVEIRA, Gláucio Araújo de; CARNEIRO, Carolina Regina Bonin. A Ressocialização do Preso pelo Estudo e Trabalho Profissionalizante. **Revista Eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**. Disponível em: <file:///C:/Users/leona/OneDrive/Documentos/ID>

P/9%C2%BA%20semestre/TCC/2%20Normativa%20Nacional%20e%20Internacional%20acerca%20das%20garantiasdireitos%20ao%20trabalho%20e%20educa%C3%A7%C3%A3o%20para%20pessoas%20privadas%20de%20liberdade%20e%20egressos/2017_oliveira_Glaucio_ressocializacao_preso.pdf.

PENITENCIÁRIO, Departamento Nacional. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias**: Período de Julho a Dezembro de 2020. 2021. DEPEN (Departamento Nacional Penitenciário. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrIjoiZTU2MzVhNWYtMzBkNi00NzJLTlIOWItZjYwY2ExZjBiMWNmIiwidCI6ImViMDkwNDIwLTQ0NGMtNDNmNy05MWYyLTRiOGRhNmJmZThlMSJ9>.

PIMENTA, V. M. ; LEITE, F. L. . **Alternativas ao encarceramento e prevenção à violência**. In: Renato C. P. De Vitto; Valdirene Daufemback. (Org.). Para além da prisão: reflexões e propostas para uma nova política penal no Brasil.

PIOVESAN, Flávia. A CONSTITUIÇÃO DE 1988 E OS TRATADOS INTERNACIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS: **Revistas Pge**, São Paulo, v. 6, n. 0, p. 0-0, 16 maio 1996 Disponível em: <http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/revistaspge/revista3/rev6.htm>. Acesso em: 01 set. 2021.

ROXIN, Claus. **Sobre a evolução da política criminal na Alemanha após a segunda guerra mundial**: iv - tomada de posição. Lisboa: Universidade Lusíada Editora, 2000.

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. **Punição e Estrutura Social**: xiii. conclusão. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 282. Tradução, revisão técnica e nota introdutória.

SEAPE, Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. **PDF I**: reintegração social e trabalho. Reintegração Social e Trabalho. 2018. Atualizado em 30/8/2021. Disponível em: <https://seape.df.gov.br/pdf-i-2/>.

TEIXEIRA, Alessandra. **Do Sujeito de Direito ao Estado de Exceção**: o percurso contemporâneo do sistema penitenciário brasileiro. 2006. 174 f. Tese (Doutorado) - Universidade de São Paulo, Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, São Paulo,

2006. Disponível em: <https://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8132/tde-19032007-132607/publico/dissertacao.pdf>.

TJDFToficial. **TJDF - Programa História Oral - Juíza de Direito Leila Cury. Youtube**, 03/09/2020. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=JytPQlxz5Y0>

APÊNDICE A- QUESTIONÁRIO RESPONDIDO DE FORMA LIVRE E CONSCIENTE POR 114 (CENTO E QUATORZE) PESSOAS CUSTODIADAS.

Telefone: _____ Nº: ____
Idade: _____ Estado civil: _____ Tipo penal: _____
Cor: Branco Negro Pardo Indígena Amarelo
Escolaridade: Analfabeto E.F. incompleto E.F. completo E.M. incompleto E.M. completo Técnico/Sup. incompleto Técnico/Sup. completo
Profissão (Antes/Depois): _____
Reincidente: Sim Não
Regime de cumprimento da pena: Semiaberto Semiaberto s/ trabalho e estudo

QUESTIONÁRIO

- 1 a 2 +3 a 6 +7 a 10 + 11
1. Estudou durante o cumprimento da pena?
 Sim Não
 2. Estudou em qual regime?
 Fechado Semiaberto Aberto
 Todos
 3. Se não, gostaria de ter estudado?
 Sim Não
 4. Trabalhou durante o cumprimento da pena?
 Sim Não
 5. Trabalhou em qual regime?
 Fechado Semiaberto Aberto
 Todos
 6. Se não, gostaria de ter trabalhado?
 Sim Não
 7. Fez algum curso em EaD?
 Sim Não
 8. Se não, por qual motivo?
 Dificuldades financeiras
 Dificuldades de aprendizado
 Não quis
 Outros motivos
 9. Se sim, quantos?
 1 a 2 +3 a 6 +7 a 10 + 11
 10. Se não, gostaria de ter feito algum curso?
 Sim Não
 11. Recebia visitas com qual frequência?
 Quinzenalmente Mensalmente
 Raramente Nunca recebeu
 12. Antes de ingressar no sistema prisional, teve oportunidades de emprego formal ou informal?
 Sim, formal Sim, informal
 Não
 13. Se sim, qual era a média salarial? (Salário mínimo)
 -1 +1 a 2 +2 a 5 +5
 14. Encontrava-se na posição de chefe de família?
 Sim Não
 15. Atualmente trabalha graças à iniciativa privada ou à FUNAP?
 Iniciativa privada FUNAP
 16. Se reincidentes, qual o tipo de reincidência?
 Reincidente específico
 Reincidente genérico

APÊNDICE B- TABELA COM OS RESULTADOS OBTIDOS DOS 114 CUSTODIADOS

Estudou durante o cumprimento da pena: Sim - 49,12%					
	Fechado	Semiaberto	Aberto	Todos	Fechado e Semiaberto
Qual regime?	41,1%	37,5%	-	-	23,2%

Estudou durante o cumprimento da pena: Não - 50,87%		
	Sim	Não
Gostaria de ter estudado?	89,65%	12%

Trabalhou durante o cumprimento da pena: Sim - 67,5%					
	Fechado	Semiaberto	Aberto	Todos	Fechado e Semiaberto
Qual regime?	16,9%	54,5%	-	-	28,6%

Trabalhou durante o cumprimento da pena: Não - 30,7%		
	Sim	Não
Gostaria de ter trabalhado?	91,4%	8,6%

Fez algum curso EaD: Sim - 21,1%				
	1 a 2	3 a 6	7 a 10	+11
Quantos?	25%	25%	29,2%	8,3%

Fez algum curso EaD: Não - 78,9%				
	Dificuldades financeiras	Dificuldades de aprendizado	Não quis	Outros motivos
Por qual motivo não fez?	43,3%	4,4%	10%	41,1%
Fez algum curso EaD: Não - 78,9%				
	Sim	Não		
Gostaria de ter feito?	87,8%	12,2%		

	Quinzenalmente	Mensalmente	Raramente	Nunca Recebeu
Frequência de visitas	56,1%	27,2%	11,4%	5,3%

Teve oportunidade de trabalho antes de ingressar no sistema: Sim, formal ou informal - 64,9%				
	-1 Salário mínimo	+1 a 2 Salários Mínimos	+2 a 5 Salários Mínimos	+5 Salários Mínimos
Média salarial	7%	67,6%	16,2%	5,4%

Teve oportunidade de trabalho antes de ingressar no sistema: Não - 34,2%

	Sim	Não
Chefe de família	71,1%	28,9%

Dos que estavam trabalhando no regime semiaberto (CPP)		
	Iniciativa privada	FUNAP
Trabalha graças à:	33,3%	66,7%

Reincidência - 52,6%		
Reincidente específico	Reincidente Genérico	Reincidente específico e genérico
38,3%	53,3%	10%

Dos que estudaram em qualquer regime e trabalharam no regime fechado				
	Estudou/Não Trabalhou	Trabalhou/Não Estudou	Estudou/Trabalhou	Não Estudou/ Não Trabalhou
Amostra Geral	30,6%	13,2%	16,7%	39,5%
Reincidentes	51,4%	53,3%	52,6%	53,3%
Réus Primários	48,6%	46,7%	47,4%	46,7%

Dos que trabalharam no regime fechado, 61,8% exercia a função da reciclagem

APÊNDICE C- E-MAIL ENVIADO PARA FUNDAÇÃO DE AMPARO AO TRABALHADOR PRESO (FUNAP) NO INTUITO DE OBTER INFORMAÇÕES ACERCA DO TRABALHO EXECUTADO POR ESSA INSTITUIÇÃO.

QUESTÕES

1. Qual a política de oferta de atividade laboral que vocês executam e se destinam às pessoas que estão cumprindo pena no regime **fechado**?
2. Qual a política de oferta de atividade laboral que vocês executam e se destinam às pessoas que estão cumprindo pena no regime **semiaberto**?
3. Quais são os níveis de emprego que são ofertados às pessoas custodiadas e qual a média salarial das pessoas que atualmente trabalham graças a fundação?
 - a. Quais são os procedimentos dos diferentes níveis e quais são os requisitos de classificação desses níveis?
4. Atualmente quantas pessoas são beneficiadas pelo trabalho executado pela FUNAP?
 - a. No regime fechado.
 - b. No regime semiaberto.
5. Quais são os procedimentos empregados para a realização das metas 546 e 547 previstas para serem batidas até dezembro de 2023, segundo dados do próprio sítio eletrônico da FUNAP?
6. Como se dá a atuação da FUNAP como intermediadora para a alocação da mão de obra dos apenados no mercado de trabalho das empresas privadas? Quantas pessoas, atualmente, estão inseridas em postos de trabalho de empresas privadas graças ao intermédio da fundação?
7. Os cursos profissionalizantes aplicados graças às parcerias com o Pronatec e com as entidades públicas do sistema S (como o SENAI, SEBRAE e o SENAC) ocorrem conforme qual procedimento?
 - a. Como é feita a oferta das vagas desses cursos?
 - b. Quantas pessoas são beneficiadas por essa política?

APÊNDICE C- RESPOSTA AS INFORMAÇÕES SOLICITADAS



GOVERNO DO DISTRITO FEDERAL
FUNDAÇÃO DE AMPARO AO TRABALHADOR PRESO DO DISTRITO FEDERAL

Diretoria Executiva

Nota Informativa n.º 8/2021 - FUNAP/DIREX

Brasília-DF, 22 de outubro de 2021.

Em resposta a solicitação de informações protocola por meio do E-SIC protocolo 00400000218202194, prestamos os esclarecimentos abaixo:

A Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso do Distrito Federal, criada pela Lei nº 7533 de 02 de setembro de 1986, integra a administração indireta do Governo local, sendo uma entidade pública vinculada à Secretaria de Estado de Justiça e Cidadania do Distrito Federal-SEJUS/DF.

A FUNAP/DF tem como missão institucional contribuir para inclusão social das pessoas em conflito com a lei que cumprem pena no Distrito Federal, seja no regimes fechado, semiaberto ou aberto e egressos, desenvolvendo seus potenciais como indivíduos, cidadãos e profissionais.

Para o desempenho de suas funções a FUNAP desenvolve programas voltados à capacitação profissional dos apenados e a promoção de oportunidades de trabalho remunerado, mediante convênios e contratos com empresas públicas e privadas, além da elevação da escolaridade, bem como a prestação de apoio social às famílias dos apenados.

1. Para os sentenciados do regime fechado (intramuros) a FUNAP mantém oficina própria na área de panificação na Penitenciária I do Distrito Federal-PDF I, oficina de fabricação de capas para colchões e oficina de fabricação de artigos para Pet, ambas com atuação na Penitenciária Feminina do Distrito Federal-PDF, todas em funcionamento por meio de contratos para fornecimento de mão de obra com a iniciativa privada. No que diz respeito a cursos profissionalizantes, a FUNAP oferta cursos em diversas áreas. Atualmente estão sendo ofertados cursos por meio do programa do Governo Federal PRONATEC prisional- NOVOS CAMINHOS. Para fomentar a oferta de trabalho remunerado aos sentenciados a FUNAP, além das oficinas próprias, estabelece contratos com a iniciativa privada utilizando-se dos instrumentos normativos publicados no DODF, Acordo de Cooperação Técnica 001/2019, estabelecido entre a FUNAP e SEAPE e Resolução nº 02/2019 (http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/5e35968bb7cf422199fa7f9474d2b384/Resolu_o_2_29_07_2019.html).

2. Para os sentenciados do regime semiaberto (intramuros) a FUNAP mantém oficinas profissionalizantes próprias, cujos presos são selecionados conforme critérios estabelecidos pela SEAPE/DF e são contratados para trabalho remunerado pela FUNAP/DF. As oficinas nas áreas de marcenaria, serralheria, panificação, corte e costura, serigrafia e praticas agropecuárias, cujas atividades são executadas no Centro de Internamento e Reeducação-CIR e na área da Fazenda/FUNAP. Há ainda salas de aula para cursos profissionalizantes e para aulas de informática. Atualmente estão sendo ofertados cursos por meio do programa do Governo Federal PRONATEC prisional- NOVOS CAMINHOS. Para fomentar a oferta de trabalho remunerado aos sentenciados a FUNAP estabelece contratos com a iniciativa privada utilizando-se dos instrumentos normativos publicados no DODF, Acordo de Cooperação Técnica 001/2019 e Resolução nº 02/2019.

Para os sentenciados do regime semiaberto que têm autorização para trabalho externo (extramuros) concedido pela Vara de Execuções Penais do Distrito Federal são ofertados postos de trabalho por meio de contratos firmados com a FUNAP, por órgãos públicos, empresas privadas e terceiros setor, utilizando-se do instrumento normativo Decreto 24193 de 05/11/2003- Reintegra Cidadão (DODF nº 215, seção 1 de 06/11/2003) para as contratações com órgãos públicos e da Resolução nº 02/2019 (http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/5e35968bb7cf422199fa7f9474d2b384/Resolu_o_2_29_07_2019.html) para contratações com empresas privadas.

3. De acordo com o contrato firmado com o órgão público ou com a iniciativa privada a FUNAP contrata o reeducando utilizando 03 (três) níveis de contratação, nível I, nível II ou nível III. Entretanto assim que o sentenciado é inserido em contratos de trabalho, começa a receber no nível I, que não pode ser inferior a 3/4 do salário mínimo, conforme orienta a lei de execução pena, no entanto, ele somente recebe por dias efetivamente trabalhados, contando com os finais de semana e feriados. A FUNAP publicou recentemente a Resolução 01/2021 de 13/09/2021 (http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/57a4d6c3b5a54209b33f4208080b684d/Resolu_o_1_13_09_2021.html) que

dispõe sobre benefícios devidos aos reeducandos que prestam serviços intramuros e extramuros, por intermédio da Fundação de Amparo ao Trabalhador Preso do Distrito Federal – FUNAP/DF.

4. Atualmente estão inseridos em postos de trabalho remunerado pela FUNAP 28 (vinte e oito) sentenciados em cumprimento de pena no regime fechado e 889 (oitocentos e oitenta e nove) sentenciados em cumprimento de pena no regime semiaberto e 1082 (hum mil e oitenta e dois) sentenciados que cumprem pena no regime aberto. Obs: Há sentenciados dos regimes fechado e semiaberto que estão inseridos em postos de trabalho intramuros sem remuneração, classificados pela SEAPE e sem qualquer vínculo com a FUNAP/DF.

5. Para executar as metas estabelecidas:

a) No que diz respeito a M547- Aumentar em 50% o número de internos em oficinas profissionalizantes de caráter continuado (valor de referência: 990) a FUNAP tem firmado parcerias com a iniciativa privada, órgãos públicos e terceiro setor. Como exemplo podemos citar a disponibilização de 520 (quinhentos e vinte) vagas para cursos profissionalizante por meio do programa do Governo Federal PRONATEC prisional- NOVOS CAMINHOS, com início das aulas no mês de outubro de 2021, 150 vagas por meio do programa da Secretaria do Trabalho-RENOVA DF e 20 (vinte) vagas por meio de acordo de cooperação técnica com o Instituto Federal de Brasília-IFB para o cursos de marcenaria, além dos processos internos para licitação e contratação de empresa privada ou do sistema S para oferta de cursos em diversas áreas.

b) No que diz respeito a M546- Aumentar em 50% o número de internos em postos de trabalho (valor de referência: 1200)- aumentar a quantidade de vagas em postos de trabalho para pessoas privadas de liberdade. A FUNAP tem firmados contratos com órgãos públicos e empresas privadas para a oferta de mão de obra prisional, seja no intramuros ou no extramuros. Atualmente tem 76 contratos de trabalho ativos e emprega cerca de 2000 (dois mil) sentenciados. Hoje há 57 sentenciados inseridos em contratos com a iniciativa privada, sendo 27 no intramuros.

6. Para a intermediação de mão de obra com a iniciativa privada a FUNAP utiliza-se da Resolução nº 02 (http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/5e35968bb7cf422199fa7f9474d2b384/Resolu_o_2_29_07_2019.html)- que dispõe sobre condições a serem observadas pelos tomadores de serviço na contratação de trabalho dos presos em cumprimento de pena privativa de liberdade no âmbito da FUNAP/DF.

7. A FUNAP estabelece parcerias para oferta de cursos profissionalizantes por diversos meios, como contratações por meio de licitação e acordo de cooperação técnica. Como exemplos, podemos citar: cursos do PRONATEC prisional, ofertados pela FUNAP em parceria com a Secretaria de Educação que é responsável pela certificação do programa do Governo Federal no âmbito do GDF, foram firmados conformes tratativas no processo SEI nº 00056-00002146/2021-87. Os cursos oferecidos por meio do sistema S ou pela iniciativa privada ocorrem por meio de contratação firmada pela FUNAP, mediante procedimentos licitatórios, tendo como base a lei de licitações. Quanto ao curso de marcenaria- restauração de acervo mobiliário fornecido por meio do IFB, as tratativas ocorreram por meio de Acordo de Cooperação Técnica tramitado pelo processo SEI nº 00056-00002106/2020-54. Todos os procedimentos são inseridos em processos eletrônicos-SEI/GDF.

Quando a FUNAP/DF estabelece parcerias ou contratos para cursos profissionalizantes, oferta as vagas à Secretaria de Administração Penitenciária, com vistas aos sentenciados alocados nas unidades prisionais, podendo variar o número de vagas conforme o curso ofertado e a disponibilidade Direção da unidade prisional. A unidade prisional se manifesta sobre o interesse e possibilidade de realizar os cursos bem como seleciona os reeducandos que serão agraciados com a oportunidade. O número de pessoas beneficiadas depende da oferta e do interesse da unidade prisional em recepcionar os cursos oferecidos. Como exemplo podemos citar o novo ciclo de cursos do PRONATEC, cujas aulas iniciaram em 18 de outubro de 2021, sendo ofertadas 352 (trezentos e cinquenta e duas) vagas para o sistema prisional, divididas em 15 cursos diferentes com 20 alunos por turma, no entanto, neste caso, foi possível até o momento oferecer 03 cursos no CIR todos com 20 vagas, 01 curso na PFDf, com 15 vagas e mais 01 curso na PDF-I para 12 alunos, de acordo com os critérios estabelecidos pelo sistema prisional. Ou seja, no que diz respeito aos sentenciados intramuros (fechado e semiaberto sem benefícios), ainda que a FUNAP estabeleça suas políticas públicas para fomento de cursos e trabalho remunerado para sentenciados do sistema prisional local que é administrado pela Secretaria de Administração Penitenciária-SEAPE/DF, depende do interesse e das condições impostas pela SEAPE para recepcionar a oferta de cursos e contratos com a iniciativa privada.

Tereza Cristina da Mota e Souza
Assessoria Especial-FUNAP/DF

De acordo:

Deusélita Pereira Martins
Diretora Executiva-FUNAP/DF



Documento assinado eletronicamente por **DEUSELITA PEREIRA MARTINS - Matr. 0274259-4, Diretor(a) Executivo(a)**, em 22/10/2021, às 16:56, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



Documento assinado eletronicamente por **TEREZA CRISTINA DA MOTA E SOUZA - Matr. 0274532-1, Assessor(a) Especial**, em 22/10/2021, às 17:16, conforme art. 6º do Decreto nº 36.756, de 16 de setembro de 2015, publicado no Diário Oficial do Distrito Federal nº 180, quinta-feira, 17 de setembro de 2015.



A autenticidade do documento pode ser conferida no site:
http://sei.df.gov.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0
verificador= **72606563** código CRC= **F474A9FE**.

"Brasília - Patrimônio Cultural da Humanidade"

Setor de Indústria e abastecimento, Trecho 02, Lotes 1835/1845, 1º andar - Bairro S I A - CEP 71200-020 - DF

(61) 3575-9600

00056-00002845/2021-27

Doc. SEI/GDF 72606563

APÊNDICE D- FOI REALIZADA UMA LIGAÇÃO TELEFÔNICA NO DIA 01 DE NOVEMBRO DE 2021, PARA O Nº (61) 3369-63-66, ONDE FUI ATENDIDO PELO SENHOR IDENTIFICADO APENAS COMO "GA", FUNCIONÁRIO DO CENTRO DE EDUCAÇÃO PROFISSIONAL ESCOLA (CENED), ÚNICA INSTITUIÇÃO QUE TEM AUTORIZAÇÃO PARA O FORNECIMENTO DE CURSOS PROFISSIONALIZANTES VIA EAD NO SISTEMA PRISIONAL. TODAVIA, VALE DIZER, QUE FOI ENVIADO UM E-MAIL À INSTITUIÇÃO NO DIA 13 DE OUTUBRO DE 2021 COM INTUITO DE QUE FOSSE RESPONDIDO UM QUESTIONÁRIO COM BASE NA LEI DE ACESSO À INFORMAÇÃO Nº 12.527, ONDE NÃO OBTIVE RESPOSTAS NO QUE TANGE O ENVIO DAS QUESTÕES ATINENTES AO ACESSO AOS CURSOS NO SISTEMA PRISIONAL. SEGUE, PORTANTO, JUNTO A ESSA TRANSCRIÇÃO CÓPIA DO E-MAIL AINDA NÃO RESPONDIDO DA REFERIDA INSTITUIÇÃO CENED

Parte receptora: Como é feita a compra desses cursos no presídio, no caso, como eu faço pra que chegue a uma pessoa no presídio?

Parte reveladora: Ele se encontra em qual unidade?

Parte receptora: Teria que verificar, não sei se o custodiado está no presídio PDFI ou PDFII, mais existe alguma diferença?

Parte reveladora: Tem diferença sim! No PDFI, o interno precisa pedir autorização lá dentro, porém se você efetivar a compra a gente consegue fazer a entrega. No PDF II o senhor tem que pedir a autorização, ou o advogado ou responsável, e saindo de lá a pessoa efetiva o pagamento do curso e aguarda ser autorizado.

Parte receptora: Então no PDFII precisa dessa autorização?

Parte reveladora: Os dois precisam! PDFI e PDFII, o detalhe é que no PDFI o preso é que faz essa solicitação lá dentro e no PDFII é o parente que faz.

Parte receptora: Então seria mais fácil no PDFI a autorização para aquisição desses cursos?

Parte reveladora: Se a pessoa tiver no PDFI fica mais prático.

Parte receptora: Quantos cursos são ofertados?

Parte reveladora: São mais de 20 cursos, vai depender da carga horária, os valores ficam disponíveis no nosso site, a pessoa pode estar efetivando a compra ou vindo aqui pessoalmente na escola pra comprar.

Parte receptora: Me parece que existem cursos que têm duração de 45 dias e a pessoa consegue remir 15 dias de pena, é isso?

Parte reveladora: Sim, são os cursos que tem duração de 180 horas, ele pode está pleiteando essa questão dos 15 dias,

Parte receptora: Quantos cursos você acha que a pessoa consegue fazer durante 1 ano?

Parte reveladora: Depende muito da unidade que se encontra o custodiado, por que assim, no PDFI eles fazem a aplicação da prova uma vez por mês. Então passou os 45 cinco dias o custodiado poderá fazer a prova, dependendo muito da data que agendarem o custodiado consegue fazer no mês em que completar os 45 dias, senão o custodiado só poderá nos mês seguinte, portanto depende muito da data que administração prisional vier agendar a prova, então depende muito, muito, muito mesmo.

Parte receptora: Podemos dizer que um custodiado conseguiria nas melhores hipóteses fazer 5 cursos?

Parte reveladora: Como eu te falei vai depender muito da unidade, eu acho que uns 5 ou mais, vai depender dele também né? Porque o custodiado precisa passar na prova.

Parte receptora: Por curiosidade, você conhece alguém que fez 8 cursos durante um ano porque, se fracionarmos os cursos que tem duração de 180 horas, poderia perfeitamente um custodiado fazer 8 cursos com duração de 45 dias, totalizando no final 4 meses de remição, mais acho impossível alguém fazer 8 cursos?

Parte reveladora: Como eu te falei vai depender muito da unidade, é muito relativo, não tenho como te responder, porque vai depender muito da unidade, no PDF I e PDFII normalmente é um pouco mais enrolado! Eu acredito que 8 cursos... também tem a questão da carga horária né? Tem cursos com carga horária menor, exemplo: tem de 20 dias de duração, de 30 dias...

Parte receptora: Eu fiz o cálculo em cima dos cursos com duração de 45 dias, portanto dividindo o ano em 45 dias poderia perfeitamente um custodiado fazer 8 cursos, mais achoque não dá pra fazer? Ou seria possível?

Parte reveladora: Realmente eu não conheço, até mesmo porque essa estatística a gente não acompanha, você bem sincero eu não acompanho, mais é como eu te falei, depende muito da unidade, depende muito do custodiado não reprovar, caso aprovado, já pede a autorização pra começar um outro. Mesmo ele comprando 10 cursos ele só vai poder fazer um de cada vez, ele só passa para o próximo curso quando ele é aprovado.

Parte receptora: Parece que só existe essa instituição de vocês que exploram essa atividade?

Parte reveladora: Sim só agente, que eu conheça sim!

Parte receptora: Existe algum desconto, alguma oferta pra aquelas pessoas que não tem condições, existe alguma política nesse sentido?

Parte reveladora: Não tem, me parece que eles dão um pequeno desconto quando a pessoa compra mais de 10 cursos de uma vez, mais aí teria que solicitar via e-mail, informar quais curso que seriam comprados, a quantidade certa que vai ser comprada, mas é acima de 10. Não é bem um desconto, é apenas um pequeno abatimento quando comprado acima de 10. Mas isso ainda como te falei tem que ser enviado por e-mail, tem que ser aprovado na diretoria,

Parte receptora: Outra coisa, os custodiados conseguem fazer esses cursos quando estão no regime semiaberto, mais especificamente no CPP?

Parte reveladora: Normalmente no CPP é bem mais prático, lá não precisa de autorização, as provas normalmente são semanais, então, o custodiado vai estudar 45 dias, dependo se os 45 dias cair na mesma semana que eles forem fazer a prova, que dizer, toda a semana tem prova, normalmente as provas são nas terças-feiras.

Parte receptora: Me parece que a logística de entrega dessas provas dentro das unidades onde o regime é mais rígido (regime fechado) parece mais trabalhoso comparado ao regime semiaberto?

Parte reveladora: A questão não é nem a dificuldade de locomoção ou adentrar no sistema, o negócio é porque no CPP por exemplo as provas são semanais, ou seja, toda semana aplica-se prova, então há uma facilidade do custodiado comprar um curso e fazer bem mais rápido do que PDFI e PDFII no caso realmente é bem mais rápido, então é possível no CPP o custodiado fazer mais cursos, talvez mais de 6 em um ano com certeza.

Parte receptora: Você acha que há uma procura maior na compra dos cursos no CPP ou nos PDFI e PDFII?

Parte reveladora: Nos dois há bastante procura, não há uma distinção, é lógico que no regime fechado PDFI e PDFII devido ao número maior de internos há também um número maior de procura, tanto no semiaberto como no fechado há bastante procura.

Parte receptora: Então como eu faço, entro no site e o pagamento dos cursos, podem ser feitos através boleto?

Parte reveladora: O senhor vai entrar no site, vai fazer a matrícula do curso, o cadastro dele no nosso site, e aí o senhor escolhe a forma de pagamento, cartão ou boleto.

Parte receptora: Então só reforçando, se o custodiado se encontra no PDFII como o senhor colocou, vou precisar dessa autorização da família ou do advogado da parte?

Parte reveladora: Isso, só faz o pedido com a autorização, daí o senhor efetiva a compra do curso.

Parte receptora: Então mais uma vez, vou precisar dessa autorização se o custodiado estiver no PDII, é isso ?

Parte reveladora: Sim!

Parte receptora: Se o custodiado estiver no PDFI não precisa, é isso?

Parte reveladora: No presídio PDFI é o próprio custodiado que solicitar essa autorização

Parte receptora: Acho essa situação esdrúxula, haja vista que para eu comprar um curso desse teria que pedir autorização da família ou do advogado do preso?

Parte reveladora: Isso mesmo!

APÊNDICE D- E-MAIL ENVIADO SEM RESPOSTA (QUESTIONÁRIO COM 11 PERGUNTAS)

27/10/2021 23:44

Gmail - Perguntas direcionadas ao CENED (TCC)



Marcelo Moreira <marcelomoreiraall@gmail.com>

Perguntas direcionadas ao CENED (TCC)

3 mensagens

Marcelo Moreira <marcelomoreiraall@gmail.com> 13 de outubro de 2021 13:45
Para: cenedqualificando@gmail.com

Bom dia!

Eu me chamo Marcelo Pereira Moreira, sou estudante de direito do Instituto de Direito Público de Brasília (IDP), atualmente cursando o 10º semestre, cuja matrícula na instituição é a seguinte, RA: 1721134. Estou enviando este e-mail com o intuito de obter algumas respostas que serão valiosas e de grande contribuição para a elaboração do meu Trabalho de Conclusão de Curso (TCC), orientado pela Prof. (a) Dr. (a) Maria Gabriela Peixoto. Dito isso, busco obter algumas informações com relação a aplicação e obtenção dos cursos ofertados pela instituição que se destinam às pessoas custodiadas no Distrito Federal. Diante disso, as respostas que busco com as perguntas anexas neste e-mail não extrapolam os limites legais da Lei de Acesso à Informação (Lei n.º 12.527), haja vista que as perguntas não são de caráter sigiloso e, não obstante a instituição ser uma pessoa jurídica de direito privado, esta mesma possui convênio com o Poder Público para a oferta e aplicação dos cursos nos Complexos Prisionais fazendo portanto valer o direito ao acesso à informação postulado na referida lei. Por fim, deixo a disposição o meu contato pessoal via telefone e Whatsapp, sendo esse, portanto, o seguinte: (61) 9 9850-7000

Desde já agradeço a atenção e peço, encarecidamente, que meus questionamentos sejam respondidos no menor lapso temporal possível, tendo em vista que possuo um prazo já estabelecido para a entrega do referido TCC.

Atenciosamente, Marcelo Moreira!

1. Há quanto tempo exercem a função de oferecer cursos, na modalidade EAD, para os custodiados do DF?
2. Quantos tipos de cursos são ofertados e qual a média de preço para adquirir cada curso?
3. Quantos cursos, em média, são adquiridos por mês pelos custodiados do regime fechado junto à instituição?
4. Quantos cursos, em média, são adquiridos por mês pelos apenados do regime semiaberto junto à instituição?
5. Qual procedimento é exigido para que se possa adquirir o curso nos diferentes complexos prisionais do DF?

6. Quanto tempo leva para que o preso efetivamente inicie os estudos após adquirir o curso junto a instituição?
 - a. Regime Fechado
 - b. Regime Semiaberto
7. Qual a média de duração de cada curso e qual o tempo de intervalo entre o término de um e início de outro curso?
8. Quantos cursos um preso consegue fazer por ano?
9. Existe a possibilidade do próprio preso adquirir o curso, mesmo dentro do presídio, ou a obtenção só pode ocorrer por intermédio de terceiros?
10. Existe diferença burocrática no procedimento de obtenção e/ou aplicação dos cursos entre os diferentes complexos prisionais do DF?
11. Existe, na instituição, algum programa de oferta gratuita ou de desconto para obtenção dos cursos para aqueles que se encontram em situação de hipossuficiência socioeconômica?

ESCOLA CENED

<cenedqualificando@gmail.com>

13 de outubro de 2021 15:19

Para: Marcelo Moreira <marcelomoreiraall@gmail.com>

Olá, boa tarde!

Sua solicitação foi encaminhada ao setor responsável,
onde o responderá de forma mais breve possível.

[Texto das mensagens anteriores oculto]

--

Atenciosamente,

Setor de Educação Prisional
Escola CENED
Brasília - DF



APÊNDICE E- O TEMPO DE DURAÇÃO DA ENTREVISTA REALIZADA COM O EGRESSO, IDENTIFICADO APENAS COMO SENHOR MJ, FOI DE APROXIMADAMENTE 10 MINUTOS, ONDE CONSISTIU EM À PARTE REVELADORA RESPONDER A SEGUINTE PERGUNTA:

“Diante de sua experiência dentro do sistema prisional, como foi seu acesso ao estudo e ao trabalho? Se deu de forma contínua durante o cumprimento da pena ou foi um acesso pontual, momentâneo? E diante do que você observou dentro do sistema prisional, os demais apenados tiveram um acesso contínuo e pleno ao estudo e ao trabalho ou era precário, pontual e momentâneo?”

Parte reveladora: Respondendo a primeira pergunta, fiquei preso um período de oito meses, entre a carceragem da Polícia Federal, o Centro provisório de detenção e depois já dentro do complexo da papuda, no famoso “Cascavel”, na verdade, só quem viveu isso é que pode descrever, primeiro tenho que deixar muito claro, não são centros de reabilitação são centros de amontoamento de pessoas. A única coisa que não existe é um programa de ressocialização, eu falo que nunca existiu, porque eu sei [...] não temos no Brasil hoje mais do que 3 ou 4 experiências que estão dando certo, portanto dentro de uma estatística dessa eu digo que não existe um programa de reabilitação no sistema penitenciário brasileiro.

Parte receptora: Nos lugares onde você passou, teve acesso a alguma atividade laboral, estudo ou fez algum curso a distância do (CENED)?

Parte reveladora: Fiz, cheguei a fazer se me recordo bem, de três a dois cursos, na verdade isso é outro engodo, por quê? Porque nós temos uma massa carcerária [...] Se a população que está livre está empobrecida, imagine a população que está presa, as pessoas gostam de contabilizar os grandes “figurões”, mas eles são poucos, na verdade a grande massa carcerária 99% são oriundos da pobreza, eu faço essa menção por quê? Porque os cursos são pagos, ou seja, a família tem que custear aí os custos das apostilas, a gente observa que tem famílias que são de fora, ficam aí anos sem visitar o presos, por quê não tem dinheiro para pagar a passagem, porque não tem dinheiro para pagar uma hospedagem, isso é no Brasil inteiro, por isso que eu insisto, dentro desse sistema, esse programa de cursos isso é pra poucos, poucos que podem pagar.

Parte receptora: Essas pessoas que estavam presa com você nessa ala especial, sendo essas vulneráveis devido a função e o cargo que exerceram ou exercem na política, como também aqueles que obtinham escolaridade em nível superior completo, você verificou se eles tinham acesso aos cursos que são pagos oferecidos pelo (CENED) sendo este a distância?

Parte reveladora: Todos eles fizeram, naturalmente até porque existe o benefício da remição, portanto vocês sabem porque são da área jurídica o que é o benefício da remissão, por remir o tempo, havia o interesse deles em fazer a maior quantidade de cursos, e não tinham dificuldades em pagar por esses cursos e, sinceramente, eu vi pessoas que não tinham o porquê de serem “classificadas” (classificação é uma expressão dita no sistema prisional que contempla à atividade laboral, os afazeres se limitam a lavar as embalagens das marmitas e caixinhas de suco que são distribuídas durante o dia, sendo 2 unidades por preso). Essas pessoas construíram essa situação infelizmente ali dentro do sistema prisional, é como a gente diz né: existe o bom médico como o mau médico, o bom policial como o mau policial, como tem o bom motorista como o mau motorista, como também temos os bons agentes e maus

agentes. Daí eu observava, dentro do universo que me encontrava no sistema prisional, podemos chamar de regalias mesmo, muitas regalias pra quem tem poder aquisitivo maior.

Parte receptora: O senhor chegou a ter assistência da defensoria pública no tempo em que esteve preso? Ou de qualquer representante membro de algum órgão da justiça? Ou mesmo de alguma instituição ou agência que representasse os Direitos Humanos?

Parte reveladora: A grande verdade é que no meu caso especificamente, eu tinha algumas reservas o qual conseguir manter um advogado que me visitava 3 vezes por semana pra trazer alguma notícia do processo, isso posso falar por mim mesmo. Agora, não existe Defensoria Pública, e muito menos Ministério Público, muito menos Comissão de Direitos Humanos que atue de forma verdadeira e eficiente. Existe detentos que estão cumprindo pena, que no caso a pena já acabou e até hoje não saiu porque não tem uma petição, a defensoria não faz, o Ministério público não vai lá, pessoal do Direitos Humanos não comparece, em fim, o que observei é a ausência do Estado dentro e fora e em todos os sentidos. Distante [...] o que nós temos hoje é meramente uma história da “carochinha”, é só chamar por exemplo todos esses personagens digamos assim, do que eu coloquei [...] vamos fazer lá uma visita “surpresa”, na hora da xepa, na hora do almoço, pra vocês verem a qualidade da comida a qualidade de vida que a pessoas tem lá dentro, lá as pessoas não são reabilitadas elas são castigadas.

Parte receptora: Complementando a primeira pergunta, o senhor no período em que esteve preso no presídio do Distrito Federal, o senhor teve acesso a alguma atividade laboral?

Parte reveladora: Na metade do tempo em que fiquei preso, já fui classificado para a entrega das xepas e no auxílio da limpeza do pavilhão, eu que servia a comida na hora do almoço e às vezes ajudava na limpeza, se isso pode ser considerado uma atividade laboral.

Parte receptora: E as outras pessoas custodiadas que se encontravam nesse mesmo ambiente, exerciam alguma atividade laboral?

Parte reveladora: os lugares onde fiquei, não presenciei ninguém trabalhando, ninguém fazia nada, não tem o que fazer, é só esperar o tempo passar.

APÊNDICE F- O TEMPO DE DURAÇÃO DA ENTREVISTA REALIZADA COM O EGRESSO, IDENTIFICADO APENAS COMO SENHOR JT, FOI DE APROXIMADAMENTE 5 MINUTOS, ONDE CONSISTIU À PARTE REVELADORA RESPONDER A SEGUINTE PERGUNTA:

“Diante de sua experiência dentro do sistema prisional, como foi seu acesso ao estudo e ao trabalho? Se deu de forma contínua durante o cumprimento da pena ou foi um acesso pontual, momentâneo? E diante do que você observou dentro do sistema prisional, os demais apenados tiveram um acesso contínuo e pleno ao estudo e ao trabalho ou era precário, pontual e momentâneo?”

Parte reveladora: Sobre mim, eu não tive oportunidade de estudo no sistema prisional, só fazia os cursos do (CENED) mesmo e sobre os demais presos, precário, entendeu?

Parte receptora: O que você viu que mais te marcou dentro do sistema prisional com relação ao estudo? O que te chamou mais atenção? Você comentou informalmente que chegou a ficar no bloco dos estudantes quando ainda estava no regime fechado, chegou a ficar lá algum tempo?

Parte reveladora: Sim, fiquei por pouco tempo, e logo me tiraram pelo fato da minha pena ser alta, isso tudo vem a contar lá dentro para eles né! Gente que tem pena alta, quase não tem oportunidade lá dentro.

Parte receptora: O que você está querendo dizer é que existe um perfil de pessoas que são escolhidas para estudar, como no caso, os réus primários? Ou seja, o que você diz é: existe uma dificuldade de acesso à assistência educacional para com aqueles que são reincidentes ou que têm penas elevadas?

Parte reveladora: Exatamente, inclusive aqueles que fazem o jogo dos policiais né! vamos colocar assim né! Quem dá informações privilegiadas do que acontece lá dentro, entendeu? Isso tudo vem ocasionar oportunidades melhores.

Parte receptora: Agora, você conhece algum preso ou egresso que estudou e teve parte de sua pena consideravelmente remida?

Parte reveladora: Eu não vou te falar que não teve, porque teve! Pouquíssimos, mas teve.

Parte receptora: Qual é a frequência das aulas? Todo dia tem aula?

Parte reveladora: Todo dia não!

Parte receptora: Portanto, não é contínuo?

Parte reveladora: Não!

Parte receptora: Como é a forma de trabalho no regime fechado? Me parece que existe uma classificação chamada: “classificação da reciclagem de caixas de suco e das embalagens da xepa”, essa oportunidade de remição é para todos?

Parte reveladora: Não, só para alguns!

Parte receptora: Seria quantos por cela que tem a chance do direito a essa classificação?

Parte reveladora: 2 pessoas por cela. Uma cela hoje tem aí de 35 a 40 caras, apenas 2 pessoas são classificadas.

Parte receptora: Existem outras classificações além desta dentro do sistema prisional?

Parte reveladora: Não.

Parte receptora: Conheceu alguém que trabalhou e foi remunerado no regime fechado?

Parte reveladora: Remuneração não existe no regime fechado, só no Centro de Progressão Penitenciária (CPP) como também na “Papuda”, (expressão usada para identificar aqueles que se encontram em regime semiaberto com o direito ao benefício das saídas temporárias). No PDF não existe remuneração (PDF é expressão usada para identificar aqueles que se encontram em regime fechado, podendo ser PDF I ou PDF II). A bem da verdade o sistema não ressocializa.

Parte receptora: Você se encontra preso a quanto tempo?

Parte reveladora: Estou há 14 anos.

Parte receptora: Chegou a fazer algum curso EaD do CENED?

Parte reveladora: Sim.

Parte receptora: Quantos?

Parte reveladora: 10 cursos.

Parte receptora: Chegou a remir quanto de pena?

Parte reveladora: É por carga horária né! Não tenho a base concreta, mas é por carga horária, os cursos do CENED.