



Complexidades e atuação do Direito

na sociedade contemporânea

Roger Goulart Mello
Patrícia Gonçalves de Freitas
(Organizadores)



2020



Complexidades e atuação do Direito na sociedade contemporânea

Roger Goulart Mello
Patrícia Gonçalves de Freitas
(Organizadores)



2020

2020 by Editora e-Publicar
Copyright © Editora e-Publicar
Copyright do Texto © 2020 Os autores
Copyright da Edição © 2020 Editora e-Publicar
Direitos para esta edição cedidos à Editora e-Publicar
pelos autores.

Editora Chefe

Patrícia Gonçalves de Freitas

Editor

Roger Goulart Mello

Diagramação

Roger Goulart Mello

Projeto gráfico e Edição de Arte

Patrícia Gonçalves de Freitas

Revisão

Os Autores

**COMPLEXIDADES E ATUAÇÃO DO DIREITO NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA,
Vol. 1**

Todo o conteúdo dos artigos, dados, informações e correções são de responsabilidade exclusiva dos autores. O download e compartilhamento da obra são permitidos desde que os créditos sejam devidamente atribuídos aos autores. É vedada a realização de alterações na obra, assim como sua utilização para fins comerciais.

A Editora e-Publicar não se responsabiliza por eventuais mudanças ocorridas nos endereços convencionais ou eletrônicos citados nesta obra.

Conselho Editorial

Dr^a Cristiana Barcelos da Silva – Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro

Dr^a Elis Regina Barbosa Angelo – Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

Dr. Rafael Leal da Silva – Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Dr. Fábio Pereira Cerdera – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro

Dr^a Danyelle Andrade Mota – Universidade Tiradentes

Dr^a Rita Rodrigues de Souza – Universidade Estadual Paulista

Dr. Helio Fernando Lôbo Nogueira da Gama – Universidade Estadual de Santa Cruz

Dr. Willian Douglas Guilherme – Universidade Federal do Tocantins

Me. Doutorando Mateus Dias Antunes – Universidade de São Paulo

Me. Doutorando Diogo Luiz Lima Augusto – Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro

Me. Doutorando Francisco Oricelio da Silva Brindeiro – Universidade Estadual do Ceará

M^a Doutoranda Bianca Gabriely Ferreira Silva – Universidade Federal de Pernambuco

M^a Doutoranda Andréa Cristina Marques de Araújo – Universidade Fernando Pessoa

Me. Doutorando Milson dos Santos Barbosa – Universidade Tiradentes

M^a Doutoranda Jucilene Oliveira de Sousa – Universidade Estadual de Campinas

M^a Doutoranda Luana Lima Guimarães – Universidade Federal do Ceará

M^a Cristiane Elisa Ribas Batista – Universidade Federal de Santa Catarina

M^a Andrelize Schabo Ferreira de Assis – Universidade Federal de Rondônia

Me. Daniel Ordane da Costa Vale – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais
Me. Gláucio Martins da Silva Bandeira – Universidade Federal Fluminense
Me. José Henrique de Lacerda Furtado – Instituto Federal do Rio de Janeiro
M^a Luma Mirely de Souza Brandão – Universidade Tiradentes
Dr^a. Rita Rodrigues de Souza - Universidade Estadual Paulista
Dr. Helio Fernando Lobo Nogueira da Gama - Universidade Estadual De Santa Cruz
Dr. Willian Douglas Guilherme - Universidade Federal do Tocantins
Dr^a. Naiola Paiva de Miranda - Universidade Federal do Ceará
Dr^a. Dayanne Tomaz Casimiro da Silva - UFPE - Universidade Federal de Pernambuco

2020 by Editora e-Publicar
Copyright © Editora e-Publicar
Copyright do Texto © 2020 Os autores
Copyright da Edição © 2020 Editora e-Publicar
Direitos para esta edição cedidos à Editora e-Publicar
pelos autores

Editora Chefe

Patrícia Gonçalves de Freitas

Editor

Roger Goulart Mello

Diagramação

Roger Goulart Mello

Projeto gráfico e Edição de Arte

Patrícia Gonçalves de Freitas

Revisão

Os Autores

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(eDOC BRASIL, Belo Horizonte/MG)**

C737 Complexidades e atuação do Direito na sociedade contemporânea 1
[recurso eletrônico] / Organizadores Roger Goulart Mello, Patrícia
Gonçalves de Freitas. – Rio de Janeiro, RJ: e-Publicar, 2020.

Formato: PDF

Requisitos de sistema: Adobe Acrobat Reader

Modo de acesso: World Wide Web

Inclui bibliografia

ISBN 978-65-87207-78-0

1. Direito – Brasil. 2. Sociedade contemporânea. I. Mello, Roger
Goulart, 1992-. II. Freitas, Patrícia Gonçalves de, 1992-.

CDD 340

Elaborado por Maurício Amormino Júnior – CRB6/2422

Editora e-Publicar

Rio de Janeiro – RJ – Brasil

contato@editorapublicar.com.br

www.editorapublicar.com.br

Apresentação

É com imensa satisfação que a **Editora e-Publicar** traz a obra intitulada “Complexidades e atuação do Direito na sociedade contemporânea, Vol. 1” que busca trazer interessantes discussões sobre a área jurídica em toda a sua vasta amplitude, fundamentando conhecimentos e possibilitando a divulgação e o estímulo ao desenvolvimento de pesquisas na área jurídica. A obra abrange discussões e estudos acerca do assédio moral no ambiente de trabalho, liberdade de expressão, Direitos Humanos, Direitos Civis e Direito Penal, dentre outros assuntos no decorrer de seus 22 capítulos.

Agradecemos imensamente a todos os autores pela dedicação e empenho que possibilitaram a construção da presente obra a qual esperamos ser capaz de agregar novos conhecimentos a todos os interessados sobre o assunto.

Desejamos a todos uma excelente leitura!

Roger Goulart Mello
Patrícia Gonçalves de Freitas

Equipe e-Publicar

SUMÁRIO

APRESENTAÇÃO.....05

CAPÍTULO 1 – DIREITOS SOCIAIS: ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS.....11

Andréa de Araújo Costa

CAPÍTULO 2 – ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO.....27

Natanael Serafim Camurça

Anne Karoline Nobre Pinto

Brian O’Neal Rocha

CAPÍTULO 3 – A CRIMINALIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO: ETNO-HISTÓRIA DA INFORMAÇÃO E DA DESINFORMAÇÃO.....42

Luiz Antonio Costa de Santana

Marcelo Augusto Sousa Andrade

Placianne Alves Sousa

Teciano Carvalho Araújo

Carlos Alberto Batista Santos

CAPÍTULO 4 – DIREITO CIVIL E UM PARALELO HISTÓRICO DA PERDA DE PROPRIEDADE NO BRASIL COLONIAL: O CASO DAS SESMARIAS PIUIENSES.....60

Hemerson Cardoso de Araújo

Charlyan de Sousa Lima

Bruna Cruz Magalhães

Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli

CAPÍTULO 5 – DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO PENAL: UMA REFLEXÃO CRÍTICA.....72

Diana Melissa Ferreira Alves Diniz

CAPÍTULO 6 – O VIÉS ELETRÔNICO DO CONTRATO.....89

Diego Bianchi de Oliveira

CAPÍTULO 7 – O USO DO UNIFORME E A MERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHADOR: INOVAÇÃO LEGISLATIVA QUE FERRE O DIREITO A IMAGEM.....105

**Ana Flávia Alves
Gabriele Ferreira Beirigo**

CAPÍTULO 8 – A ECONOMIA SOLIDARIA COMO ENFRENTAMENTO DA PRECARIZAÇÃO: LINHAS SOBRE AUTOGESTÃO E REAFIRMAÇÃO DO TRABALHO.....115

Gabriele Ferreira Beirigo

CAPÍTULO 9 – AS RESPONSABILIDADES FAMILIARES ANTE A PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E TRATAMENTO NO BRASIL À LUZ DA OIT.....127

**Ana Flávia Alves
Gabriele Ferreira Beirigo**

CAPÍTULO 10 – O DIREITO AO RECEBIMENTO DE SALÁRIO-MATERNIDADE DAS MÃES INDÍGENAS MENORES DE DEZESSEIS ANOS.....133

**Gabrielle Ota Longo
Ana Cristina Alves De Paula**

CAPÍTULO 11 – DIREITO PENAL E PSICOLOGIA FORENSE: UMA REFLEXÃO SOBRE POSSÍVEIS INTERSEÇÕES.....150

**Isabella Leandra Silva Santos
Iamara Araújo Costa
Tailson Evangelista Mariano**

CAPÍTULO 12 – DO DIREITO CONSTITUCIONAL À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE O BANCO DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS.....163

Jessé Lindoso Rodrigues

CAPÍTULO 13 – TEOLOGIAS PROGRESSISTAS: UMA ALTERNATIVA PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA INTERCULTURAL.....181

João Francisco Cocaro Ribeiro

CAPÍTULO 14 – O JULGAMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ARTIGO 283 DO CPP SEGUNDO A VISÃO DE HART.....190

Leonardo Marques Macedo da Rocha
Matheus de Freitas Fanjas
Klelton Mamed de Farias

CAPÍTULO 15 – A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DAS CRIAÇÕES DA MODA FRENTE AO PARADOXO DA PIRATARIA.....211

Ana Paula Pita
Liliane Vieira Martins Leal

CAPÍTULO 16 – COMBATE E PREVENÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO: IMPLICAÇÕES PESSOAIS, ORGANIZACIONAIS E SOCIAIS.....233

Marcelo Alves da Silva
Viviane Simas da Silva

CAPÍTULO 17 – O SISTEMA MUDIÁTICO COMO MECANISMO DE PROPAGAÇÃO DO PUNITIVISMO PENAL.....246

Marco Antonio Retamar Arbiza
Maria Elizabeth Marinho de Souza

CAPÍTULO 18 – DIREITO ESPACIAL, ESTADO E AMBIENTALISMO: UM PLANETA EM DECLÍNIO.....260

Maurício Fontana Filho
Rodrigo Tonel
Queli Cristina Braz Persich

CAPÍTULO 19 – O FEMINICÍDIO E A CONDIÇÃO FEMININA SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DOS JURISTAS BRASILEIROS.....277

Natalia Battini Simões Leite
Marisse Costa De Queiroz

CAPÍTULO 20 – PODER JUDICIÁRIO E EGRESSOS DA MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO: POSSIBILIDADES E PROPOSIÇÕES.....297

Islene Gomes Mateus Castelo Branco
Thaywane do Nascimento Gomes

CAPÍTULO 21 – O CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO FRENTE AO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE PARA MOTOCICLISTAS.....307

Volmar Antonio Zanini Filho

CAPÍTULO 22 – AS PERSPECTIVAS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL NO PANORAMA DO PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS DO MERCOSUL.....323

Flávio Marcelo Rodrigues Bruno

CAPÍTULO 1

DIREITOS SOCIAIS: ANÁLISE DO CONTROLE JURISDICIONAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Andréa de Araújo Costa, Advogada Especialista em Direito Constitucional, Mestranda em Direito com Área de Políticas Públicas, 2019-2021, UniCEUB

Resumo

O artigo trata da questão do Controle Judicial de Políticas Públicas de direitos sociais, avaliando as suas possibilidades dentro dos limites de acordo com as disposições constitucionais. Em um primeiro momento tratamos brevemente de aspectos gerais, em um segundo momento avaliamos o papel dos direitos sociais a luz da Carta Magna de 1988, e posteriormente algumas discussões acerca do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas, e na sequência a Judicialização das Políticas.

Palavras-Chave: Direitos Sociais, Judicialização, Políticas Públicas.


Introdução

A efetividade dos Direitos Sociais inseridos na Constituição Federal de 1988 (CF/88) como direitos fundamentais, e em norma de aplicação imediata, é imprescindível para o alcance de todos dos objetivos do estado brasileiro, declarados no Art. 3º da Carta Constitucional. A busca pela efetividade dos direitos sociais, diretamente relacionados ao exercício da cidadania e a atuação dos poderes legislativo e executivo, tem-se deslocado para o poder judiciário que vem assumindo um importante papel na concretização desses direitos.

Nesse contexto, analisamos o controle jurisdicional de políticas públicas (CJPP) de direitos sociais, identificando os limites do alcance de atuação jurisdicional e de que forma a interferência do poder judiciário pode contribuir para a efetivação desses direitos, sem que de fato venha existir uma usurpação das funções políticas e administrativas dos Poderes.

Lembramos que a natureza dos direitos sociais e de como esses ingressaram na ordem constitucional vigente, haja sido inovado pela CF/88 em relação as Constituições que a antecederam, ao incluir os direitos sociais no rol dos direitos fundamentais.

A inserção dos direitos sociais no título dos Direitos Fundamentais na CF/88 é fruto do direito da abertura democrática que se iniciou com o fim do período da ditadura e da intensa



participação popular, marcada pela articulação política da sociedade civil e seus movimentos sociais.

A CF/88 inovou não apenas ao incluir os direitos sociais entre os direitos fundamentais, que devem ser respeitados e promovidos pelo Estado, mas também ao conferir a esses direitos a aplicabilidade imediata, deixando claro que não podem resultar em meras exortações sem eficácia, impondo ao Estado a obrigação de implementá-los.

A Carta de 1988 não apenas concede direitos sociais básicos, mas também os garante, pontuando, no entanto, que não se pode dizer com certeza qual o alcance das garantias previstas na CF/88, ante as dificuldades próprias da escassez de recursos, prevendo que se forma uma crise constitucional.

Na atualidade, o poder judiciário tem ocupado uma posição de destaque no cenário político, contribuindo para o que se define como “judicialização da vida”, isto é, questões importantes para a sociedade deixam de ser tratadas nas instâncias próprias do embate democrático e passam a ser decididas pelo poder judiciário.


De fato, a busca pela satisfação dos direitos sociais no judiciário parece sugerir que a ineficiência da atuação dos demais poderes tem levado ao judiciário questões que antes não eram por ele tratadas, por serem consideradas questões políticas.

Então, e efetivamente, o poder judiciário tem assumido a posição de protagonista na efetivação dos direitos sociais, o que tem ocasionado uma reclamação por parte dos outros poderes que passam a ver uma interferência indevida em demandas que implicam decisões políticas e administrativas e afronta os demais poderes.

Por outro lado, as políticas públicas tratam de meios de efetivação e concretização de direitos sociais postulados na CF/88, sendo importante garantia de acesso dos cidadãos aos direitos fundamentais previstos no ordenamento jurídico. Assim, surgem questionamentos sobre a possibilidade de ocorrer a referida intervenção do poder judiciário, especialmente do Supremo Tribunal Federal (STF), determinando aos demais poderes um facete e atuando em matéria onde cabe uma análise de elementos externos.

Análise Jurídica da Categoria Políticas Públicas

O interesse jurídico pelas políticas públicas vem crescendo em simetria com o agigantamento do poder executivo, fenômeno próprio do estado social de direito. Nesse



contexto, justifica, e até impõem, o reexame e o redimensionamento da classificação tradicional dos poderes estatais, baseados na supremacia do poder legislativo e no papel secundário do poder executivo, deslocando o lugar de destaque da lei para as políticas públicas, ou seja, do Estado legislativo para o Estado social, que tem na realização de finalidades coletivas a sua principal fonte de legitimidade.

Pode-se dizer que as políticas públicas representam os instrumentos de ação dos “governos por lei” (*government by law*) pelos “governos por políticas” (*government by policies*).

O fundamento mediato e forte de justificação das políticas públicas é o Estado social, marcado pela obrigação da efetivação dos direitos fundamentais positivos, aqueles que exigem uma prestação positiva do poder público.

Vale ressaltar que existe uma questão que deve ser analisada, qual seja a definição de políticas públicas: a política pública não é uma norma, nem ao menos ato jurídico; no entanto, as normas e atos jurídicos são componentes da mesma, uma vez que esta pode ser entendida como “um conjunto de organizado de normas e atos tendentes a realização de um objeto determinado”. As normas, decisões e atos que integram a política pública têm na finalidade política os seus parâmetros de unidade. Isoladamente, as decisões ou normas que a compõem são de natureza heterogênea e submetem-se a um regime jurídico próprio.

Logo, as políticas públicas são programas de ação governamental, portanto, seguimos esse entendimento na posição defendida por Ronald Dworkin, para quem a política (*policy*), contraposta à noção de princípio, designa aquela espécie de padrão de conduta (*standard*) que assinala uma meta a alcançar.

Assim, por definição, políticas públicas são “programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e das atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

Nesse caso, as políticas públicas podem ser entendidas como um conjunto de planos e ação governamental voltadas a intervenção do domínio social, por meio do qual são traçadas as diretrizes e metas a serem fomentadas pelo Estado.

Por conseguinte, “as políticas públicas e sociais (...) são campos multidisciplinares, e seu foco está nas explicações sobre a natureza da política pública e seu processo (...)”.

Dentre a literatura brasileira, a assertiva que melhor sintetiza esse conceito de políticas públicas, constituem-se em que as:

(...) diretrizes, princípios norteadores da ação do poder público, regras e procedimentos para as relações entre poder público e sociedade, mediações entre atores da sociedade e do Estado; são nesse caso, explicitadas, sistematizadas ou formuladas em documentos (leis, programas) que orientam ações que normalmente envolvem aplicações de recursos públicos (...).

Inegável por certo, que a análise jurídica das políticas públicas marca profundamente a evolução do direito como um todo, acompanhando a consolidação do chamado Estado Democrático de Direito, como sendo o Estado Constitucional pautado na defesa dos direitos e liberdades e pela implementação dos direitos sociais.

Independentemente no espaço de poder onde são geradas, se no poder legislativo – discutindo e aprovando leis, os planos e os orçamentos necessários a sua efetivação – ou na administração pública, impende concluir que as políticas públicas são atividades marcadamente administrativas e submetidas ao regime jurídico administrativo, onde as funções de planejar, governar e gerir são próprias da administração pública.


Nessa vertente, um dos principais problemas que se coloca quando do estudo da consecução de políticas públicas é a possibilidade do controle jurisdicional, até que ponto, quais os limites existentes, quais os parâmetros...E, de fato, sempre é possível a revisão judicial acerca da legalidade e constitucionalidade da ação ou omissão do poder público para que se opere a concretização das políticas públicas.

Discussão Acerca do Controle Jurisdicional de Políticas Públicas

Uma das questões que deve ser discutida quando se aborda o tema da “justiciabilidade de políticas públicas”, refere-se a diferença entre o juízo de validade de uma política governamental e o juízo de validade das normas que a compõem.

Conforme sustenta o professor Comparatto, uma lei editada no quadro de determinada política pública, por exemplo, pode ser inconstitucional, sem que essa última o seja. De modo contrário, determinada política governamental, em razão da finalidade por ela perseguida, pode até ser julgada incompatível com os objetivos constitucionais que vinculam a ação do Estado.

Analisando a questão por esse viés, faz-se necessário uma ampliação do juízo de constitucionalidade das leis e de atos do poder público para alcançar as políticas públicas.



Tradicionalmente, a doutrina e a jurisprudência pátria sempre negaram a possibilidade de exercer qualquer tipo de controle judicial que afetasse a “separação dos poderes” e a discricionariedade dos atos administrativos, dado que somente o controle legal dos atos vinculados que contrariassem as normas jurídicas deveria ser anulado.

Verifica-se, no entanto, com a evolução do constitucionalismo e do próprio Estado de Direito, que estes posicionamentos têm sido revisitados ganhando um entendimento especial.

Da análise teórica, o controle jurisdicional de políticas públicas vem sendo discutido no âmbito de duas correntes contrapostas: a corrente procedimentalista, pautada nas ideias de Junger Haberman; e a corrente substancialista, que busca sustentação no pensamento político de Dworkin.


No entendimento da corrente procedimentalista, o juízo de constitucionalidade de políticas públicas acaba por dificultar o exercício da cidadania participativa, favorecendo a segregação social e o individualismo.

Vale ressaltar que esse árduo progresso doutrinário e jurisprudencial ganhou fôlego no paradigmático julgamento da ADPF nº: 45MC/DF, onde o Ministro Relator Celso de Mello, em decisão monocrática, ementou que:

Arguição de descumprimento de preceito fundamental. A questão da legitimidade constitucional do controle da intervenção do poder judiciário em temas de implementação de políticas públicas. Quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao STF. Inopunibilidade ao arbítrio estatal a efetividade dos direitos sociais econômicos e culturais. Considerações em torno da cláusula de reserva do possível.

Em sua fundamentação o Ministro Relator afirmou que o poder judiciário poderia, embora excepcionalmente, formular e implementar políticas públicas. Haja vista que com a evolução da sociedade moderna as relações sociais foram se tornando cada vez mais complexas, caminhando para um constante questionamento das políticas públicas adotadas pelos representantes populares no exercício de suas funções, de modo que o poder judiciário foi sendo acionado para se manifestar sobre direitos existentes nas controvérsias políticas.

Nesse momento, a concepção clássica da tripartição dos poderes foi sendo reanalisada, numa postura clara de efetivação de direitos garantidos nas constituições dos estados contemporâneos. Esse entendimento também se deve ao fato de que a carta máxima de direitos de uma sociedade possui uma força normativa, suficiente para garantir a



aplicabilidade de suas normas, impedindo a violação de seus dispositivos constitucionais, numa oposição clara da ideia de “folha de papel”.

A crescente judicialização da política tem causado certa tensão entre os poderes, que se dividiu em dois eixos: de um lado, os que defendem o poder judiciário mais atuante nas questões políticas do Estado, e de outro, que defende uma cidadania ativa e participativa.


Essa primeira corrente é chamada de substancialista, onde o poder judiciário deve atuar diretamente como um protetor dos princípios fundamentais da democracia e como um veículo de transformação social do país.

Esses defensores sustentam que o controle realizado pelo poder judiciário é importante para reconstrução do sistema de valores democráticos, uma vez que se abre mais uma via de acesso às instâncias do poder, o que vem a ser muito importante para o pluralismo e para garantir a maior participação política de grupos excluídos na sociedade, fortalecendo-se a democracia por intermédio da atuação do poder judiciário. Por outro lado, o eixo procedimentalista acredita que a atuação do poder judiciário no controle de políticas públicas desrespeita o processo democrático, que elege os seus representantes para a formulação de atividades necessárias à coletividade não sendo o meio adequado para a discussão de conflitos político-sociais, em virtude também, das sérias dificuldades que os tribunais possuem para atuar de forma a reconhecer e decidir acerca desses conflitos.

Nesse caso, para os procedimentalistas, a intervenção judicial somente seria legítima para garantir o procedimento democrático e a forma deliberada da contribuição da vontade política, por não competir ao poder judiciário definir sobre o que o indivíduo deve decidir, mas apenas como ele deve proceder nesta decisão, de forma a garantir aos cidadãos a liberdade de participação politicamente ativa de maneira que entendam.

Embora na doutrina a política da justiciabilidade das políticas públicas esteja sedimentada a mais tempo, no âmbito jurisprudencial a sua aceitação é bem mais recente do Tribunal de Justiça de São Paulo, no recurso especial nº 63.128. Rel. Min. Ademar Maciel julgado em 11 de março de 1996.

Vale ressaltar que somente no início do século XXI começaram a surgir os primeiros precedentes dissonantes da então jurisprudência dominante, como o julgado da segunda câmara cível do Tribunal de Justiça de São Paulo.



Por certo, outras considerações teóricas acerca da justiciabilidade de políticas públicas irão passar a uma análise de argumentos contrários a possibilidade de atuação/intervenção do poder judiciário na concretização dos direitos sociais a partir do entendimento da jurisprudência sobre o tema.

A Justiciabilidade de Políticas Públicas, Separação dos Poderes e a Reserva do Possível


Analisando os argumentos, não se pode aceitar que o cumprimento da constituição federal seja preterido pela observância de uma norma de cunho infraconstitucional, e que a constituição como tal ostente força normativa, ativa e vinculante exigindo a máxima atuação dos poderes para o seu implemento.

A judicialização da política pode ser estudada por várias vertentes, apesar de ser contra os interesses do parlamento, é possível afirmar que há um consenso no sentido de que a assunção de novos papéis do judiciário, incluindo as decisões sobre questões políticas, morais, religiosas, centrais, que se observa tanto por parte da sociedade como por parte dos atores políticos, vem sendo aceita pela sociedade.

Não obstante ser um fenômeno atual, o discurso muitas vezes confunde a ideia de judicialização da política com a ideia genérica de ativismo judicial, tanto que se tem usado o termo de judicialização da megapolítica para distingui-lo da política genérica.

Assim, admite-se no discursojurídico as três categorias de judicialização: (i) a expansão dos discursos legal, jargões, regras e procedimentos para as esferas políticas e para os fóruns de decisão política, (ii) judicialização de políticas públicas por meio do controle de constitucionalidade ou das revisões de atos administrativos, (iii) judicialização da política pura ou da política macro, que seria a transferência para cortes de questões de natureza política e de grande importância para a sociedade incluído questões sobre a legitimidade do regime político e sobre a identidade coletiva que o definem (ou dividem) toda a política.

Outro aspecto da judicialização da política é o aumento da responsabilidade do judiciário em decisões sobre políticas públicas especialmente sobre direitos garantidos constitucionalmente, o que acaba por redefinir os próprios limites dos demais poderes políticos. No Brasil o maior exemplo diz respeito a questões relacionadas ao direito fundamental à saúde, sendo o judiciário questionado e criticado.



Nesse sentido é possível pensar na judicialização da política, por exemplo, admitindo que o “novo estatuto dos direitos fundamentais é a superação dos modelos de separação dos poderes do Estado, o que provoca uma ampliação dos poderes de intervenção dos tribunais na arena política”, especialmente por meio da participação nos processos de formulação e implementação de políticas públicas, onde na tentativa de garantir a comunidade seus direitos fundamentais elencados na Constituição, e assim a política se judicializa.

No Brasil, o processo por redemocratização acabou por produzir enorme impacto no poder judiciário. Pois, tem-se que “de um lado, a demanda por justiça em grande parte represada nos anos de autoritarismo, inundou o poder judiciário com o fim dos constrangimentos impostos pelo regime militar ao seu livre funcionamento”.

Elencamos algumas condições que facilitam o processo de judicialização da política ocorrido no Brasil, dentre os quais destacam-se: (i) a promulgação da Constituição de 1988, (ii) a universalização do próprio acesso à justiça, (iii) a existência de uma Constituição com a textura aberta, (iv) a decodificação do direito, a crise do formalismo e do positivismo jurídico, (v) a ampliação do espaço reservado ao STF, (vi) hipertrofia legislativa.

Sendo assim, o caráter aberto e abstrato das normas constitucionais modifica o paradigma positivista de uma suposta previsão da norma a ser adotada ao caso concreto, passando os países que adotaram o constitucionalismo como forma de proteção dos direitos fundamentais contra as arbitrariedades estatais a se aproximar do *commow law*, especialmente no que diz respeito a jurisdição constitucional.

Além disso, é possível identificar que a nível de Brasil, a justiça se aproximou da população por meio dos juizados especiais de pequenas causas, nos quais os acessos se tornaram mais fáceis devido a algumas legislações especiais de apoio às minorias, como Estatuto da Criança e Adolescente (ECA), Código de Defesa do Consumidor (CDC), Estatuto do idoso, Lei Maria da Penha, as quais levaram a um processo de substituição do Estado pelo Judiciário, tornando o juiz protagonista nas decisões sobre questões sociais, inclusive as que envolvem políticas públicas.

Nessa mesma esteira podemos afirmar que o controle de constitucionalidade misto tem no controle difuso a possibilidade de minorias políticas exercitarem seu poder de veto contra leis e atos administrativos editados pelo poder legislativo e executivo invocando a Constituição de 1988.

Percebe-se também que as decisões do STF sobre questões políticas, no que diz respeito a fidelização partidária, políticas públicas de saúde, desarmamento, pesquisas com células tronco, dentre outras, chegam ao Supremo por meio de ações perpetradas por partidos políticos e outras por associações representativas de direitos de minorias, além daquelas que foram impetradas individualmente para garantia dos direitos sociais.

Esse aumento de deferência do legislativo para o judiciário aconteceu em várias nações ao redor do mundo, transformando as supremas cortes no mais importante corpo de tomada de decisões políticas.

Em decorrência deste movimento, o judiciário brasileiro tem sofrido severas críticas, assim como sofreu a suprema corte americana no início do século XX, no sentido de que não é o órgão competente para tratar de questões políticas por não ser eleito pelo povo, e, portanto, não teria legitimidade democrática para manifestar-se sobre tais questões.

Esse protagonismo do judiciário é muitas das vezes chamado de ativismo judicial, o qual deve ser entendido não quando uma Corte é ocupada, mas quando seus juízes estão dispostos a desenvolver o direito. As críticas e controvérsias a respeito do ativismo judicial se dão especialmente por duas razões: a primeira razão se dá pelo caráter contra majoritário do juiz, que não teria competência para elaborar novo direito, pois não foram eleitos pelo povo; a segunda questão é, em se aceitando que os juízes podem desenvolver a lei, quais seriam os critérios para definir qual desenvolvimento seria adequado.

No Superior Tribunal de Justiça (STJ), o debate acerca do controle jurisdicional de políticas públicas vem sendo cada vez mais recorrente, com a constituição de uma jurisprudência forjada sob uma sofisticada matriz teórica de concretização dos direitos fundamentais. Neste sentido, o abalizado precedente relacionado ao direito fundamental à saúde, na decisão da Segunda Turma do STJ, no Recurso Especial n- 1041197- MS, em acórdão do Ministro Humberto Martins, assim emendado:

Administração – ação civil pública - controle judicial de política pública – possibilidade em casos excepcionais – direito à saúde – fornecimento de equipamentos a hospitais universitários – manifesta necessidade – obrigação do estado – ausência de violação do princípio da separação dos poderes – não oponibilidade da reserva do possível ao mínimo existencial.

(...)

3.0 – A partir da consolidação constitucional dos direitos sociais, a função estatal foi profundamente modificada deixando de ser eminentemente legisladora em prol das liberdades públicas para se tornar mais ativa com a missão de transformar as realidades sociais. Em decorrência não só da Administração Pública que recebeu a

incumbência de criar e implementar políticas públicas necessárias a satisfação dos fins constitucionais delineados, como também o Poder Judiciário teve a sua margem de atuação ampliada como forma de fiscalizar e velar pelo fiel cumprimento dos objetivos constitucionais.

4.0 – Seria uma distorção pensar que o princípio da separação dos poderes, originariamente com o escopo de garantia dos direitos fundamentais, pudesse ser utilizado como óbice a realização dos direitos sociais, igualmente fundamentais. Com efeito, a correta interpretação dos referidos princípios, em matérias de políticas públicas deve ser a de utilizá-lo apenas para limitar a atuação do Judiciário quando a Administração Pública atua dentro dos limites concedidos pela Lei. Em casos excepcionais quando a Administração extrapola os limites da competência que lhe fora atribuída e age sem razão, ou fugindo da finalidade a qual estava vinculada, autorizado se encontra o Judiciário a corrigir tal distorção restaurando a ordem jurídica de verdade.

Quando provocado, o judiciário pode garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, sem que isso possa configurar uma afronta aos princípios da separação dos poderes ou trazer desequilíbrio ao orçamento do Estado. Levando em conta as circunstâncias do caso concreto, cabe ao juiz assinalar ao poder público um prazo razoável para o cumprimento da obrigação constitucional, sem que restem afetados os programas governamentais traçados nas leis orçamentais.


Quando provocado, o judiciário pode e deve garantir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais, sem que isso possa configurar uma afronta à separação dos poderes ou trazer desequilíbrios ao orçamento do Estado. Levando em conta as circunstâncias do caso concreto, cabe ao juiz assinalar ao poder público um prazo razoável para o cumprimento da obrigação constitucional, sem que restem afetados os programas governamentais traçados nas leis orçamentárias.

Ainda, acerca do redimensionamento do princípio de separação dos poderes, apontamos a doutrina constitucionalista no modelo de separação dos poderes:

Os juízes não podem controlar a legalidade dos atos do executivo, nem anular ou privá-lo de eficácia (o controle da legalidade sobre atos da administração é atribuído aos órgãos internos da própria Administração). Ao contrário, no modelo de balanceamento de poderes, os atos do executivo são sujeitos a controle jurisdicional de legalidade, e os atos administrativos ilegais podem ser anulados (ou ao menos não ser anulados ou, ao contrário, não aplicados pelo juiz).

4. Teoria da Auto Restrição Judicial

A doutrina que se preocupa em limitar o papel e as funções da jurisdição constitucional, por entender que o exercício da *judicial review* importa sempre em uma afronta à vontade da maioria, representada pelo parlamento é conhecida como doutrina, as comumente chamadas de *self restraint*, ou doutrina da autocontenção judicial.



De fato, o princípio da autolimitação judicial consiste de que “os juízes devem autolimitar-se à decisão de questões jurisdicionais e negar a justiciabilidade das questões políticas”, o que significa dizer que certas questões políticas não estariam sujeitas a um controle jurisdicional.


Numa vertente procedimentalista da Constituição, deve-se ter confiança na legitimidade ética dos procedimentos discursivos de deliberação e decisões de questões públicas, o que justificaria a limitação da jurisdição constitucional sobre os assuntos deliberados. Ou seja, numa concepção procedimental, a jurisdição constitucional deve estar limitada a proteger os direitos de participação política que garantam a rigidez no processo democrático.

O problema que se enfrenta é a definição de quais direitos fundamentais, que protegem o processo democrático, poderiam ser tutelados pela jurisdição constitucional. O que abriria um rol maior de direitos que serão objetos de proteção e valoração substantiva pelo Judiciário. Podemos citar também a concepção substantiva que não defende uma autolimitação judicial, mas, ao contrário, defende um ativismo judicial que determine e proteja os valores substantivos calcados na Constituição, principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais

Existem vários métodos de auto restrição judicial: (i) os limites processuais, por meio da “instituição de barreiras formais nos processos judiciais da jurisdição constitucional”, (ii) os limites hermenêuticos em que prevalece o princípio da presunção da constitucionalidade das leis, “sempre que for possível reconhecer nela uma compreensão adequada no sentido normativo da constituição” (iii) os limites funcionais que se desdobram em discricionariedade administrativa e discricionariedade legislativa ou liberdade de conformação do legislador, (iv) os limites temáticos consistentes na doutrina da não justiciabilidade das questões políticas.

Desses, os limites para uma *judicial review*, moderando que seriam os seguintes: (i) os limites inerentes ao poder judiciário, (ii) a deferência legislativa (iii) e as questões políticas.

Um dos limites inerentes à natureza do poder judiciário é o fato de que a *judicial review* deveria ser visto mais como um problema de interpretação (associado ao julgamento) do que legislação (associado a intenção). O papel dos juízes não seriam determinar o que é melhor para o país, ou qual regra geral é a melhor para as nações e seus cidadãos, quando se depara com um problema específico da política. Então não seria tarefa do juiz valorar se uma



lei é prudente ou justa. No exercício da *judicial review*, caberia ao juiz determinar não se a lei é boa ou prudente, mas se ela é constitucional ou não.


Na sequência, apontamos outro limite natural ao poder judiciário, o qual, consiste no fato de que suas decisões só produzem eficácia no caso concreto, diferente da lei que são pensadas e aplicadas para toda a sociedade.

Por outro lado, a defesa clássica da *judicial review* sempre foi fundamentada no fato de que a mesma não implicaria na superioridade dos juízes em relação aos legisladores, mas a superioridade do desejo do povo, plasmado na constituição sobre ambos. Entretanto, essa afirmativa só é verdadeira se a *judicial review* se restringir a interpretação ou a determinação da intenção do povo previsto na constituição federal, não podendo o juiz legislar ou defender seus próprios anseios.

Se houver erro na declaração de inconstitucionalidade de uma lei, poder-se-ia ter o judiciário legislando, eis que, mesmo de boa-fé, estaria a extrapolar os poderes da *judicial review*, razão pelo qual o princípio da “deferência ao legislativo” significa que a *judicial review* não deve ser usado em caso de dúvida.

Em caso de dúvidas sobre a própria interpretação da Constituição, os juízes deveriam submeter a questão ao Legislativo para que este emita sua opinião sobre a constitucionalidade da lei. Mas não é qualquer dúvida que ensejaria essa deferência legislativa sendo necessário se está à frente a uma dúvida que persiste, mesmo após certo esforço interpretativo de tentar compatibilizar a lei à Constituição. Ressaltamos que nenhum dos autores que defende a autocontenção judicial enfrenta como isso seria feito na prática, nem se seria viável. Por exemplo, suspender o julgamento judicial e submeter a questão ao legislativo para se decidir a respeito do conteúdo substantivo constitucional, ou quem sabe, submeter a questão a um plebiscito. Outro componente de uma *judicial review* moderada consistiria na doutrina de questões políticas. Desde que a revisão judicial seja um poder estritamente judicial, não deveria ser aplicado para rever atos discricionários de outros poderes, sendo, portanto, uma decorrência lógica do princípio da “separação dos poderes”.

No que diz respeito à discricionariedade legislativa ou liberdade de conformação do legislador, e mesmo na questão da não justiciabilidade de questões políticas, e em alguns casos, a Suprema Corte tem tido permanentemente uma orientação no sentido de prestar



grande deferências às decisões tomadas pelo presidente ou pelo Congresso Nacional, quando estão em jogo problemas de segurança, ou as orientações de organizações militares.


Não obstante, a própria história da *judicial review* demonstra que a doutrina da *judicial self-restraint* não se solidificou, posto a história demonstrar uma verdadeira expansão dos poderes do judiciário, inclusive em matérias de políticas públicas e sociais. Ratificando o supra exposto, Canotilho entende que a doutrina das questões políticas ou da justiciabilidade das questões políticas não podem significar a existência de questões constitucionais isentas de controle, não devendo o Tribunal Constitucional recusar a apreciação por ser uma questão política.

Conclusão

O estudo da concretização dos direitos sociais e o controle jurisdicional de políticas públicas, implica necessariamente, o estabelecimento de uma sólida teoria da própria Constituição. Toda a temática desenvolvida gravita no entorno de uma teoria da Constituição capaz de se sobrepôr a conjunturas político-econômicas, e refundar uma ordem constitucional pautada na supremacia da Constituição, na força normativa e vinculante dos direitos fundamentais e na consolidação do Estado como instrumento de efetivação de normas constitucionais. Sem uma base bem ancorada na ordem constitucional do lastro social, sem a consolidação de uma verdadeira “cultura da constituição”, torna-se bastante difícil a efetiva justiciabilidade de políticas públicas. A participação ativa e efetiva da sociedade por meios das mais diversas organizações sociais é condição inarredável ao processo de educação constitucional.

Nesse contexto, mostra-se crucial o papel do poder judiciário enquanto guardião da ordem constitucional e conformador da ação administrativa e legislativa dos demais poderes constituídos, onde o próprio ordenamento jurídico exige do poder judiciário, imbuído de “vontade da constituição”, consciente de seu destacado mister na efetivação de normas constitucionais que não se exclua de decidir acerca das ações governamentais para o implemento de direitos fundamentais.

O controle judicial de políticas públicas no Brasil, mostra-se legitimamente pertinente e justificado quando se trata da efetivação dos direitos fundamentais, precisamente os direitos sociais que demandam atividade positiva dos poderes executivo e legislativo. Essa legitimidade advém da própria Constituição, uma vez que sua força normativa é motor que



impele o poder judiciário para concretizar direitos fundamentais, que não deveriam ser violados pela ausência de políticas públicas eficientes.

As políticas públicas como instrumento de implementação de direitos sociais, são o resultado de atividades conjuntas de poderes da república. A intervenção judiciária torna-se necessária quando agem de maneira irrazoável ou procuram neutralizar a efetivação dos direitos sociais, alegando: a discricionariedade administrativa na formulação e execução dessas políticas, a possível usurpação por parte do judiciário, atentando desta forma contra a democracia e a escassez de recursos justificados pela reserva do possível. Nesse argumento, especificamente, ocorre o oposto: o orçamento deve ser de tal forma formulado e planejado justamente de maneira a ser capaz de atender as preferências constitucionais dada aos direitos fundamentais sociais.

Inafastável, portanto, a justiciabilidade de políticas públicas, muito mais do que um poder, o controle de políticas públicas é dever inarredável do poder judiciário, a quem compete fazer valer a vontade constitucional. Tal controle não afronta o princípio de separação dos poderes senão o fortalece e nele se justifica, por quanto, a separação dos poderes deve ser entendida como uma divisão necessária a uma melhor satisfação dos ditames constitucionais. Para a consolidação dos direitos fundamentais de liberdade e concretização dos direitos fundamentais sociais, urge a consolidação de um ativismo judicial responsável e consciente do lugar de destaque do poder judiciário ocupa no Estado constitucional.

O controle jurisdicional de políticas públicas exige um judiciário forte e independente, capaz de garantir a supremacia da Constituição, ainda que em tempos de conjunturas político-econômicas desfavoráveis. Vale ressaltar que embora as questões orçamentárias e a reserva do possível representam graves problemas na implementação de políticas públicas voltadas ao desenvolvimento social, por certo, um dos maiores entraves à consolidação de um efetivo controle jurisdicional de políticas públicas está na incipiência de mecanismos de participação popular nas decisões políticas, no difícil fortalecimento de uma democracia participativa e de uma cidadania ativa consciente de seu papel e que exija do poder judiciário uma postura comprometida com a Constituição Federal.

Por isso mesmo, não obstante as críticas que o judiciário brasileiro vem sofrendo, no sentido de que está se imiscuindo em questões políticas em ofensa ao princípio da separação dos poderes, e ainda, que por não ser um poder eleito pelo povo, não poderia interferir nestas

questões, o que se verifica é que a transferência de decisão do parlamento para o judiciário decorre em virtude do fenômeno da judicialização da política. Em que pese a teoria da auto restrição judicial, verificamos no contexto da Constituição Federal de 1988 que a mesma não se sustenta, eis que a Carta Magna deve se dar um novo papel na realização dos direitos fundamentais. O princípio da separação dos poderes deve ser analisado a partir da Constituição Federal, com a ideias de separação rígida entre os mesmos.

Portanto, quando se defende a possibilidade do judiciário intervir na possibilidade de políticas públicas, não se almeja colocar o mesmo como salvador da pátria ou como protagonista de um processo de transformação e redução das desigualdades em nossa sociedade, e sim, que atue junto com os outros poderes e possa, por meio da efetivação dos direitos fundamentais sociais, melhorar assim, o processo democrático existente.

Referências

- ARANTES, V. A. (org.). *Inclusão escolar: pontos e contrapontos*. São Paulo: Summus, 2006.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Gráfica do Senado, 1988.
- BONAVIDES. P. *Curso de direito constitucional*. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BARACHO JÚNIOR, J. A. de O. A interpretação dos direitos fundamentais na Suprema Corte dos EUA e no Supremo Tribunal Federal. In: José Adércio Leite Sampaio. (Org.) *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.
- BARROSO, L. R. *O controle de constitucionalidade no Direito Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 332.
- BUCCI, M. P. D. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- COMPARATTO, F. K. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. *Revista dos Tribunais*, ano 86, n. 737, março, São Paulo, 1997.
- CRISTOVAM, J. S. da S. *Colisões entre princípios constitucionais: razoabilidade, proporcionalidade e argumentação jurídica*. 1. ed. 4. Tir. Curitiba: Juruá, 2011.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3. Ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- DICKSON, Brice. Judicial Activism in The House of Lords 1995-2007. In: Brice Dickson. (Ed.) *Judicial Activism in Common Law Supreme Courts*. New York: Oxford University Press, 2007.
- DWORKING, R. *Los Derechos en serio*. Traducción de Marta Gustavino. 2. Ed. Barcelona: Ariel Derecho, 1989.

GAUSTINI, R. La “Constitucionalización” del ornamento jurídico. Trad. José María Lujambio. *Neoconstitucionalismo(s)*. Miguel Carbonell. 1. Ed. Madrid: Tratta, 2001.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre.; Sergio Antônio Fabris Ed: 1991

HIRCHL, R. *Towards Juristocracy: The origins and consequences of the new constitutionalism*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.

LASSALE, F. *A essência da CF*. 2ed. Rio de Janeiro: Liber Júrís, 1998.

MELLO, C. A. *Democracia constitucional e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

SOUZA, C. Políticas Públicas: uma revisão de literatura. *Sociologia*, n. 16, Porto Alegre, jul./dez. 2006.

BRASIL. STF – SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *ADFP nº 45MC/DF*. Disponível em <http://www.stf.jus.br/.../29> de abril de 2004. Acesso 20 de abril de 2019.

BRASIL. STJ – SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Acórdão – Recurso Especial nº 10411197-MS*. Disponível em <http://www.jusbrasil.com.br>. Publicado em 02 de junho de 2016. Acesso em 10 de abril de 2019.

TEIXEIRA, E. C. O papel das políticas públicas no desenvolvimento local e na transformação da realidade. *Revista AATR*, 2002. Disponível em: <http://pt.scribd.com/doc/57253448/03Aatr-Pp-Papel-Políticas-Públicas>. Acesso em: 01/10/2019.

VERBICARO, L. P. Um estudo sobre as condições facilitadoras da judicialização da política no Brasil. *Revista de Direito da FGV*. Ed. jul-dez, p. 389-406. São Paulo: FGV, 2008.

VIANNA, L. W. et al. *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

WOLFE, C. *The Rise of Modern Judicial Review: from constitutional interpretation to judge-made law*. Rev. ed. Maryland: Adams Quality Paperbacks, 1994.

CAPÍTULO 2

ASSÉDIO MORAL NO AMBIENTE DE TRABALHO

Natanael Serafim Camurça, Especialista, UFC

Anne Karoline Nobre Pinto, Professora, FSC

Brian O'Neal Rocha, Professor, UNIVS

RESUMO


O assédio moral no local de trabalho é caracterizado pela exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, reiteradamente, capazes de deteriorar seu ambiente laboral. O fato da inexistência de lei específica regulando o assédio moral não significa que tal prática seja permitida pelo ordenamento jurídico pátrio, na medida em que os princípios constitucionais podem (e devem) ser invocados para assegurar a proteção do agredido. Diante de sua ocorrência, ao tratar-se de violação aos direitos da personalidade, atacando o princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal como fundamento da República, surge para a vítima o direito de pleitear indenizações pelos danos morais e materiais sofridos. Com isso, buscou-se neste trabalho realizar um estudo detalhado dos elementos necessários para a configuração da prática em tela, uma vez que, frequentemente, a expressão é utilizada de forma errônea para designar fatos em que não estão presentes os elementos caracterizadores dessa violência psicológica. Após esta análise, seguida dos tipos de assédio moral existentes, sempre com exemplos acerca dos mesmos, passou-se ao estudo da responsabilidade civil decorrente do assédio moral, dando-se especial atenção à questão do dano moral decorrente do assédio.

PALAVRAS-CHAVE: Assédio moral, dignidade, dano moral.

INTRODUÇÃO

O assédio moral é um fenômeno tão antigo quanto o trabalho, mas, na contemporaneidade, ganha extrema importância diante da mudança de visão da tutela dos direitos fundamentais, destacando-se o direito à dignidade. O tema possui maior repercussão em razão das modernas formas de gestão empresarial, desencadeadas por um voraz processo de globalização, o que acaba por submeter os trabalhadores a uma série de humilhações, constrangimentos, depreciações, que tendem a afetar sua integridade psicológica.

Assim, o “assédio moral no ambiente de trabalho” adquire maior importância, tanto no mundo jurídico quanto em outros ramos da Ciência, como a Psicologia e a Medicina. O Direito do Trabalho busca tutelar os direitos do trabalhador de maneira que, tal proteção, abrange não somente sua vida, saúde ou integridade física, mas, também, os bens morais, tendo a dignidade como sua expressão maior.



Conforme já se destacou, a realidade contemporânea aponta um mercado globalizante sustentado em uma desenfreada competitividade. Os objetivos da empresa ficam sob a responsabilidade dos funcionários, o que, muitas vezes, torna-se justificativa para expor o trabalhador a terror psicológico, abrangendo situações de humilhação e constrangimento capazes de causar ofensa a sua personalidade, dignidade e integridade psicológica.

A situação se agrava pelo fato das próprias vítimas, muitas vezes, não reconhecerem tais condutas como agressão moral e acabam por encará-las como desafios a serem superados na busca da manutenção da relação empregatícia. Enquanto isso, a grande maioria das empresas não encara o problema com seriedade, tratando-o como algo banal, somente tomando atitudes quando verificam prejuízo na produção.

Pode-se afirmar que o assédio moral é um grave problema enfrentado pela sociedade atual, capaz de atingir terrivelmente a saúde física e psicológica da vítima, criando uma predisposição ao desenvolvimento de doenças crônicas, cujas conseqüências a acompanharão por toda a vida; devendo ser ressaltados, também, os prejuízos de ordem social e econômica para o local de trabalho.


Observa-se necessário tratar tal questão que afeta tantos trabalhadores, fornecendo estudo acerca da caracterização do fenômeno e sua gravidade, visto o não reconhecimento de tal prática no âmbito trabalhista. A complexidade deste tema, assim como o entendimento doutrinário, jurisprudencial e legislações serão objeto de estudo do presente trabalho, focando na responsabilidade do assédio moral, primando pela efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana nas relações trabalhistas.

NOÇÕES GERAIS SOBRE ASSÉDIO MORAL

Trata-se de um fenômeno complexo, com muitas nuances, exigindo um estudo detalhado dos elementos que o compõem e o diferenciam de outras práticas, muitas vezes, com ele confundidas, como as agressões morais pontuais, os conflitos normalmente existentes no ambiente de trabalho e o assédio sexual.

Dessa forma, busca-se conceituar o tema, delimitando sua concretização através de seus requisitos indispensáveis e apontando as principais condutas que o caracterizam, além de analisar seu histórico.

Vale ressaltar que, apesar de a expressão “assédio moral” ser a mais comum, tal fenômeno também é conhecido como *mobbing* (Itália, Alemanha e países escandinavos),



bullying (Inglaterra), *harassment* (Estados Unidos), *harcèlement moral* (França), *ijime* (Japão), *psicoterror laboral* ou *acoso moral* (países de língua espanhola) e terror psicológico ou humilhações no trabalho (em países de língua portuguesa).

1.1. A VIOLÊNCIA PERVERSA

Quando se fala em violência perversa, a imagem que vem à grande maioria das pessoas é a de agressões ostensivas associadas a casos de estupros, latrocínios, guerrilhas urbanas, assassinatos cruéis envolvendo tráfico de drogas, conflitos entre países, ataques terroristas, dentre outros. Tudo isso que acontece diariamente e gera um sentimento de forte indignação na sociedade, especialmente no Brasil, onde várias dessas mazelas sociais ocorrem todos os dias e são expostas na mídia com a mesma frequência.


Contudo, há outro tipo de violência perversa capaz de destruir por completo um indivíduo, aniquilando todas as suas forças e capacidade de reação: a violência psicológica. Tal forma de agressão, diante da cegueira e passividade das pessoas, por não enxergar ou preferir não se envolver, mostra-se como um problema gravíssimo a ser enfrentado pela sociedade atual.

Nas palavras de Hirigoyen (2008, p.09):

Um indivíduo pode destruir outro por um processo de contínuo e atormentante assédio moral. Pode mesmo acontecer que o ardor furioso desta luta acabe em verdadeiro assassinado psíquico. Todos nós já fomos testemunhas de ataques perversos em um nível ou outro, seja entre um casal, dentro das famílias, dentro das empresas, ou mesmo na vida política e social. No entanto, nossa sociedade mostra-se cega diante dessa forma de violência indireta. A pretexto de tolerância, tornamos-nos complacentes.

De fato, o assédio moral não é fenômeno exclusivo das relações trabalhistas, mas pode ser observado em diversos ambientes onde haja uma coletividade, como em escolas, comunidades eclesiais, corporações militares e em casas de família. Um indivíduo perverso utiliza diversas técnicas a fim de destruir a vítima. Algumas das habituais são: ataques à vida pessoal da vítima, críticas repetidas e prolongadas em relação a sua capacidade, exposição ao ridículo, isolamento, mentiras, humilhações, subentendidos, alusões malévolas, etc.

Conforme acentua Hirigoyen (2008, p. 11): “Por meio de palavras aparentemente inofensivas, alusões, sugestões ou não-ditos, é efetivamente possível desequilibrar uma



pessoa, ou até destruí-la, sem que os que a rodeiam intervenham.” Nesse contexto, o ataque perverso pode causar uma série de doenças mentais ou, até mesmo, levar ao suicídio, vindo de encontro princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal do Brasil (art. 1º, III) como fundamento da República.

Dessa forma, todo indivíduo pode, num momento de raiva, fúria, dor, apresentar um comportamento perverso. Todavia, tal comportamento não se repetirá, prolongando-se no tempo. Ao contrário, esse ato será seguido de um questionamento e provavelmente haverá inclusive um pedido de desculpas.

Uma pessoa perversa, ao contrário, jamais se questiona. É permanentemente perversa, possui aquela intenção malévola dentro de si, que sempre se manifestará quando houver oportunidade de agredir a vítima.

O agressor perverso tem, geralmente uma personalidade narcísica e é movido pela inveja, cujo objetivo é a apropriação do poder e do que é do outro. Do encontro do desejo de poder com a perversidade nasce a violência e a perseguição. Não obstante, vale dizer que nem todos os traços narcísicos de personalidade – egocentrismo, necessidade de ser admirado, intolerância à crítica, etc, - podem ser considerados patológicos. Estes se distinguem dos perversos por serem ocasionais e seguidos de remorso ou arrependimento. O perverso, geralmente, não apresenta nenhum sinal de arrependimento ou culpa, pelo contrário, ele se vangloria e sente prazer com o sofrimento alheio. (QUEIROZ, 2007).

Segundo Hirigoyen (2008), quando as vítimas procuram ajuda, é comum que não sejam ouvidas, afirmando não ser raro que analistas aconselhem as vítimas de um ataque perverso a verificarem até onde foram responsáveis pela agressão que sofreram, até que ponto inclusive a desejaram, mesmo inconscientemente.

Com a falta de proteção e ajuda, a vítima tende a ficar confusa, não sabendo como se defender de seu agressor. Por vezes tomará iniciativas veementes, que serão voltadas contra ela pelo perseguidor, o que a torna ainda mais impotente diante da situação. O objetivo do agressor é exatamente de transtorná-la, levando-a a uma total perturbação que a faça cometer erros.

Com isso, um processo perverso é um fenômeno circular, pois, quanto mais ataques a vítima sofre, torna-se mais ansiosa, confusa, perturbada, o que a faz cometer erros e, conseqüentemente, as pessoas que a rodeiam tendem a considerá-la neurótica e culpada pela situação. Isso pode levar a própria vítima a questionar se realmente não deu causa às agressões. Diante disso, faz-se necessário que esse mal seja combatido e, para isso, todos precisam entender o assédio moral e sua gravidade.

1.2. PANORAMAHISTÓRICO

Apesar de o assédio moral ser um fenômeno tão antigo quanto o próprio trabalho, o termo *mobbing*, derivado de *mob*, o qual traduz a idéia de amotinar, cercar, atacar, segundo Hirigoyen (2002, p. 76, apud MOLON, 2004):

[...] foi presumivelmente utilizado pela primeira vez pelo etnólogo Konrad Lorenz, a propósito do comportamento agressivo de animais que querem expulsar um animal intruso, e reproduzido nos anos 60 pelo médico sueco, Peter Heinemann, para descrevero comportamento hostil de determinadas crianças em relação a outras, dentro das escolas. Em 1972, ele publicou o primeiro livro sobre *mobbing*, o qual trata da violência de um grupo de crianças.

Assim, houve um ponto em comum entre as pesquisas realizadas por Lorenz e Heinemann, qual seja o comportamento agressivo do grupo (animais ou crianças) ao tentar expulsar um ser intruso, através da hostilidade.

Posteriormente, Heinz Leymann, pesquisador em psicologia do trabalho, realizou estudos que foram desenvolvidos principalmente na Suécia, constatando que:

[...] em um ano 3,5% dos trabalhadores, de uma população economicamente ativa de 4,4 milhões de pessoas, sofreram perseguição moral por um período superior a 15 meses. Leymann estabeleceu que, para caracterizar a ação como de *mobbing*, era necessário que as humilhações se repetissem pelo menos uma vez na semana e tivessem a duração mínima de seis meses. (MOLON, 2004).

Leymann publicou seus estudos no fim da década de 80 e início da de 90, tornando-se difundidos por toda a Europa. Então, alguns estudos sobre aspectos do assédio moral passaram a ser desenvolvidos em alguns países, como Alemanha, França e Itália. Então, o *mobbing* passou a atrair a atenção de estudiosos de outros ramos da Ciência, além da Psicologia e da Medicina, principalmente, o Direito. Com efeito, trata-se de tema complexo, multidisciplinar, não podendo ser esgotado por apenas uma área do conhecimento.

Marie-France Hirigoyen, psicanalista e psicoterapeuta da família, formada em vitimologia na França e nos Estados Unidos, realizou grandes pesquisas e estudos sobre assédio moral, com o levantamento de vários casos clínicos e publicou, no fim da década de 1990, uma obra primorosa sobre a violência psicológica em liça, oferecendo uma enorme contribuição ao seu entendimento: “Assédio Moral: A Violência Perversa do Cotidiano”. Este livro foi traduzido rapidamente para diversos idiomas, tornando-se um *best-seller*.

No Brasil, segundo Zimmermann, Santos & Lima (2002) “a primeira pesquisa sobre o tema é da médica do trabalho Margarida Barreto, que, em sua tese de mestrado “Jornada de Humilhações”, concluída em 22.05.2000, ouviu 2.072 pessoas, das quais 42% declararam ter

sofrido repetitivas humilhações no trabalho.”

Em conseqüência, o tema tornou-se alvo de pesquisa de diversos autores, surgindo diversas obras e artigos jurídicos tratando do assunto, além de matérias veiculadas na mídia. Os legisladores atentaram para o fenômeno com a edição de algumas leis a seu respeito. As ações legislativas acerca do assédio moral serão tratadas posteriormente neste trabalho.

1.3. CONCEITO

Pamplona Filho (2006), buscando estabelecer um conceito genérico de assédio moral, tendo em vista tal prática não ser exclusiva das relações trabalhistas afirma:

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

Hirigoyen (2008, p. 65) conceitua assédio moral no ambiente de trabalho como:

Toda e qualquer conduta abusiva manifestando-se sobretudo por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam trazer dano à personalidade, à dignidade ou à integridade física ou psíquica de uma pessoa, pôr em perigo seu emprego ou degradar o ambiente de trabalho.

Nascimento (2009, p. 2) afirma que:


A doutrina pátria define o assédio moral como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que atenta contra a dignidade psíquica, de forma repetitiva e prolongada, e que expõe o trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, capazes de causar ofensa à personalidade, à dignidade ou à integridade psíquica, e que tem por efeito excluir o empregado de sua função ou deteriorar o ambiente de trabalho.

Diante dos conceitos acima transcritos, podem-se extrair algumas conclusões, a fim de delimitar a conceituação do fenômeno “assédio moral no ambiente de trabalho”, pois tal expressão é freqüentemente utilizada de forma errônea, para designar fatos em que não estão presentes os elementos caracterizadores da violência psicológica em estudo.

1.3.1. Condutaabusiva

Primeiramente, temos como um dos requisitos essenciais para a configuração do assédio moral a conduta abusiva. De fato, deve-se fazer uma diferenciação entre o que seja ou não abuso de direito. Sabe-se que, em qualquer relação social, principalmente em ambientes laborais, há conflitos entre os indivíduos. Assim, o mero conflito entre colegas e/ou chefes, por si só, não configura assédio moral.

Consoante orienta Nascimento (2009, p. 4):



Mesmo que situações de conflito sejam desagradáveis e inoportunas para a empresa, o conflito é útil, pois se origina da necessidade de mudança, que permite mobilizar energias, modificar alianças e reunir pessoas. Conflito é guerra, assédio moral é guerrilha. Conflito gera mudança, assédio gera insegurança. Conflito implica tomada de decisões, o assédio visa o isolamento do trabalhador.

Com efeito, nas relações de trabalho, é absolutamente normal que haja conflitos, discussões, debates contundentes, mas com a finalidade precípua do sucesso empresarial e/ou profissional, sem uma intenção malévola de ferir a dignidade de outrem, o que configuraria abuso.

Também, se deve atentar para as recorrentes “brincadeiras” existentes entre colegas de trabalho. Estas podem ser feitas de forma livre, desde que não ultrapasse os limites do aceitável. O sarcasmo é uma das técnicas mais utilizadas pelos agressores para humilhar, ridicularizar, menosprezar a vítima e, por isso, é necessário que se verifique se as ironias, em conjunto com outras práticas, não são, na verdade, formas de o assediador violentar psicologicamente sua vítima.

Ressalta-se ainda que a celebração do contrato de trabalho atribui ao empregador o poder diretivo, segundo o qual a empresa pode, por exemplo, impor sanções disciplinares, óbvio que sujeitas aos limites legais, sem causar constrangimentos ou humilhações aos trabalhadores. Logo, atos do empregador como cobrar produtividade, estipular metas, exigir cumprimento de horários, fazer transferências, avaliações de desempenho, críticas ao trabalho, desde que realizados de modo objetivo e respeitoso, sem ferir a dignidade do trabalhador, são legítimas manifestações do poder diretivo do empregador, não configurando assédio moral.

O que não se admite são as perseguições; críticas repetidas e prolongadas em relação à produtividade e à capacidade profissional da vítima, com a ridicularização ou o menosprezo de suas atividades profissionais; estabelecimento de metas impossíveis de serem realizadas e muita pressão psicológica para seu cumprimento; ataques à sua vida pessoal, imposição freqüente de horários extraordinários, com ameaças de despedida caso o trabalhador ouse recusar, etc.

1.3.2. Reiteração da conduta

Outro ponto que merece destaque para a conceituação do fenômeno de que se trata diz respeito à necessidade da reiteração da conduta, já que para a configuração do assédio moral, faz-se necessário que as agressões repitam-se e prolonguem-se no tempo.

Deve-se assim fazer uma distinção entre agressão moral pontual e assédio moral. De fato, a prática de uma agressão pontual de cunho psicológico pode até ferir a dignidade da pessoa vitimada, causando-lhe dano moral, e, conseqüentemente, propiciando-lhe o direito de pleitear indenização por danos morais, porém não configura assédio moral.

Conforme anota Pamplona Filho (2006), “isto não implica, por certo, que o dano decorrente de um único ato ofensivo não venha a ser reparado. O que se quer dizer é que, em síntese, tal conduta danosa não deve ser tida como assédio moral”.

Corroborando com tal entendimento, Nascimento (2009, p. 4):

A agressão moral e pontual, ainda que única, atinge a dignidade do indivíduo. É aberta, direta e identificável. Ela pode até ensejar uma indenização por danos morais. Mas não se confunde com a prática do assédior moral.

Não há como se estipular teoricamente um parâmetro temporal para se resolver essa questão. A repetição e a freqüência devem ser examinadas segundo o caso concreto, em conjunto com os outros fatores que caracterizam o terrorpsicológico.

Acerca do tema, vejamos as seguintes ementas:

ASSÉDIO MORAL. CARACTERIZAÇÃO. O termo "assédio moral" foi utilizado pela primeira vez pelos psicólogos e não faz muito tempo que entrou para o mundo jurídico. O que se denomina assédio moral, também conhecido como *mobbing* (Itália, Alemanha e Escandinávia), *harcèlement moral* (França), *acoso moral* (Espanha), terror psicológico ou assédio moral entre nós, além de outras denominações, são, a rigor, atentados contra a dignidade humana. De início, os doutrinadores o definiam como "a situação em que uma pessoa ou um grupo de pessoas exercem uma violência psicológica extrema, de forma sistemática e freqüente (em média uma vez por semana) e durante um tempo prolongado (em torno de uns 6 meses) sobre outra pessoa, a respeito da qual mantém uma relação assimétrica de poder no local de trabalho, com o objetivo de destruir as redes de comunicação da vítima, destruir sua reputação, perturbar o exercício de seus trabalhos e conseguir, finalmente, que essa pessoa acabe deixando o emprego" (cf. Heinz Leymann, médico alemão e pesquisador na área de psicologia do trabalho, na Suécia, falecido em 1999, mas cujos textos foram compilados na obra de Noa Davenport e outras, intitulada *Mobbing: Emotional "Abuse in The American Work Place"*). O conceito é criticado por ser muito rigoroso. Esse comportamento ocorre não só entre chefes e subordinados, mas também na via contrária, e entre colegas de trabalho com vários objetivos, entre eles ode forçar a demissão da vítima, o seu pedido de aposentadoria precoce, uma licença para tratamento de saúde, uma remoção ou transferência. Não se confunde com outros conflitos que são esporádicos ou mesmo com más condições de trabalho, pois o assédio moral pressupõe o comportamento (ação ou omissão) por um período prolongado, premeditado, que desestabiliza psicologicamente a vítima. Se a hipótese dos autos revela violência psicológica intensa sobre o empregado, prolongada no tempo, que acabou por ocasionar, intencionalmente, danos psíquicos (depressão e síndrome do pânico), marginalizando-o no ambiente de trabalho, procede a indenização por dano moral advindo do assédio em questão. (TRT 3ª Região, 2ª Turma, Processo 01292-2003-057-03-00-3 RO, Rel. Alice Monteiro de Barros, Publicado em 11/08/2004, DJMG, p. 13).

RECURSO DA RECLAMADA. ASSÉDIO MORAL. REQUISITOS NÃO CONFIGURADOS. O assédio moral caracteriza-se pela exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, de forma repetitiva e prolongada durante a jornada de trabalho, e com o objetivo de desestabilizar a relação do mesmo com o ambiente de trabalho e com a própria empresa, forçando-o a desistir do emprego. Não comprovada a continuidade desta prática, mas apenas de um único episódio em que empregado e empregador trocaram ofensas mútuas, não reconheço o assédio moral alegado na origem e afasto por completo a indenização deferida a este título. Recurso patronal provido. RECURSO DO RECLAMANTE. ACIDENTE DE TRABALHO. INDENIZAÇÕES POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. CONFISSÃO DE CULPA EXCLUSIVA. Improvada a culpa da Empresa e, por outro lado, confessada culpa exclusiva do obreiro na ocorrência do acidente que lhe causou lesão não-incapacitante, há de ser mantida a sentença quanto ao indeferimento das indenizações (danos morais e materiais) pleiteadas em virtude do acidente de trabalho relatado na inicial. Recurso obreiro improvido. (TRT 23ª Região, Processo RO - 01045.2007.066.23.00-2, 2ª Turma, Rel. Osmair Couto, julgado em 18/06/2008, publicado em 23/06/2008).

Desse modo, deve-se averiguar no caso concreto se houve repetição e prolongamento no tempo das práticas do agressor suficientes para configurar assédio moral. O que se exige, fundamentalmente, é a repetição das agressões no tempo, afastando-se do conceito as meramente esporádicas.

1.3.3. Natureza psicológica da agressão

Consoante Lima (2007, p.148), “assédio dá uma idéia de cerco, pressão, opressão. Moral, significa em torno da estrutura psicológica do indivíduo. Daí o nome assédio moral.” Com efeito, o comportamento do agressor se concretiza através da junção de ofensas, humilhações, insultos, intimidações diversas. A vítima é menosprezada, ridicularizada, inferiorizada e isolada no ambiente laboral.

Assim, o assédio moral consiste exatamente numa ofensa a dignidade da pessoa humana, ao atentar contra os direitos da personalidade do indivíduo. Tal fato não impede que, durante a prática deste terror psicológico ocorram, também, por exemplo, agressões físicas, desde que sejam apenas meios empregados pelo agressor para humilhar, menosprezar, isolar, ferir a dignidade da vítima, caracterizando o assédio moral.

1.3.4. Finalidade de atingir o empregado

Foi utilizado o termo “atingir” pois são vários os objetivos do agressor ao violentar psicologicamente a vítima, não se podendo resumir em forçar o pedido de demissão. Quando o comportamento ocorre entre colegas de trabalho, por exemplo, pode-se visar, também, um pedido de aposentadoria precoce, remoção, transferência ou, simplesmente, prejudicar o empregado, desestabilizando seu ambiente de trabalho.

O que se faz necessária, obrigatoriamente, é a intenção do agressor em atingir o agredido.

Assim, o assédio pressupõe ato doloso do agente, não podendo configurar-se por atos culposos. Na verdade, pelos próprios elementos caracterizadores do assédio moral já citados, constata-se que se trata de ato necessariamente doloso, visto que a conduta abusiva praticada reiteradamente no tempo configura intenção do agente em denegrir a imagem da vítima.

Consoante orienta Pamplona Filho (2006):

[...] a questão é muito mais profunda do que se possa imaginar, à primeira vista, uma vez que tal finalidade pode ser extraída dos fatos postos em juízo, mesmo quando a intenção declarada ao público é diametralmente oposta. É o caso, por exemplo, das campanhas motivacionais tão incensadas no meio empresarial, notadamente nos ramos destinados a vendas. Se há a intenção de motivar o trabalhador para o alcance de metas, que se estimule ou premie os melhores, de forma a fazer com que aqueles, que não tiveram o mesmo êxito, busquem lograr tal galardão. Contudo, é inaceitável a imposição de "brincadeiras" que exponham a vítima ao ridículo.

Então, o *mobbing* é conceituado como uma conduta abusiva, de natureza psicológica, que ocorre de forma reiterada e prolongada, atentando contra a dignidade psíquica do indivíduo, através de sua exposição a situações humilhantes e constrangedoras.

1.3.5. Ponderações sobre a necessidade da ocorrência de danos psíquico-emocional

Há autores que afirmam ser necessária a comprovação de dano psíquico-emocional na vítima para a configuração do assédio moral. Neste sentido, Nascimento (2004) entende que:

[...] a configuração do assédio moral depende de prévia constatação da existência do dano, no caso, a doença psíquico-emocional. Para tanto, necessária a perícia feita por psiquiatra ou outro especialista da área para que, por meio de um laudo técnico, informe o magistrado, que não poderia chegar a tal conclusão sem uma opinião profissional, sobre a existência desse dano, inclusive fazendo a aferição do nexocausal

Todavia, pela própria conceituação do fenômeno “assédio moral”, trata-se de uma conduta abusiva capaz de gerar dano psíquico-emocional nas vítimas, não sendo obrigatória a verificação do dano. Caracteriza-se por uma violência psicológica praticada reiteradamente objetivando atingir o empregado.

Há indivíduos mais resistentes ao assédio moral, não sofrendo qualquer tipo de doença psíquica motivada pelas agressões. Tal fato, por óbvio, não pode afastar a caracterização do fenômeno.

Através da brilhante conceituação de Hirigoyen (2008, p.65), depreende-se que

assédio moral no ambiente de trabalho seja qualquer conduta abusiva que possa trazer danos psíquico- emocionais, não sendo imprescindíveis, portanto, tais danos para a caracterização do terror psicológico.

O que se exige é o potencial ofensivo das agressões, no sentido de serem aptas a abalar psicologicamente a vítima, podendo inclusive vir a causar doenças crônicas. A maior/menor resistência/sensibilidade da vítima frente aos ataques é fator menos importante, frente ao potencial lesivo do ato perverso.

Dessa forma, na constatação da concretização do assédio moral, a doença psíquico-emocional figura como consequência e possui relevância como elemento de prova, mas não é um requisito para sua existência.

O assédio moral – ato ilícito que é - provoca, sem dúvida alguma, dano moral, suscetível de reparação pecuniária, porque atinge diretamente a honra e a dignidade do trabalhador, **podendo** comprometer sua saúde física e mental, além de arranhar sua imagem no mercado de trabalho e na comunidade em que vive, dificultando a convivência social e familiar, suas relações com outras pessoas, e até mesmo podendo dificultar ou impedir a obtenção de novo emprego, nos casos em que, pela gravidade da conduta do empregador ou dos seus prepostos, o trabalhador é levado a romper o contrato de trabalho. (PAROSKI, 2006, grifo nosso).

De fato, a doença psíquico-emocional, como patologia, **pode** advir do assédio, **mas não necessariamente ocorrerá, nem é elemento indispensável**, pois o que é relevante, na caracterização do mobbing, é a violação do direito da personalidade, cuja materialização ou prova dependerá do caso concreto. (PAMPLONA FILHO, 2006, grifo nosso).

1.4. PRÁTICAS COMUNS CARACTERIZADORAS DE ASSÉDIOMORAL

Podem-se definir as condutas mais comuns no terror psicológico, quais sejam:

- Críticas reiteradas e freqüentes em relação à capacidade profissional da vítima, insinuando suadesqualificação;
- Rigorexcessivo;
- Comunicações incorretas em relação às tarefas a serem executadas;
- Reprovação velada e sutil a qualquer comportamento da vítima;
- Transmitir tarefas alheias à atividade profissional do empregado, muitas vezes degradantes;
- Ignorar a vítima constantemente;
- Ameaças explícitas ou veladas;
- Isolamento da vítima dos eventos realizados pela empresa, como jantares e confraternizações;
- Isolamento da vítima no próprio ambiente de trabalho, sem tarefas, contatos, nem

permissão para qualquer passatempo ou sair mais cedo;

- Estipulação de metas impossíveis de serem realizadas, bem como muita pressão psicológica para seu cumprimento, com a depreciação do trabalho realizado pelo empregado;
- Exposição aoridículo;
- Ataques à vida pessoal da vítima, como criar boatos sobre sua opçãosexual;
- Rotulação da vítima como paranóica, com mania de perseguição, loucaetc.;
- Atribuir tarefas superiores às forças doempregado;
- Solicitação de atividades urgentes, muitas vezes extremamente trabalhosas, para depois jogá-lasfora;
- Retirada de material de trabalho, funcionários de apoio ou sala paratrabalho;
- Imposição de horáriosinjustificados;
- Boicote de materiais utilizados na realização do serviço, como computador etelefone.

Cumprê salientar que tal rol é meramente exemplificativo, já que cada agressor pode agir de determinada forma a fim de violentar psicologicamente a vítima. Conforme afirma Pamplona Filho (2006), “definitivamente, não há limites para a criatividade humana quando quer violentar direitos.”


1.5. DISTINÇÃO ENTRE ASSÉDIO MORAL E SEXUAL NO LOCAL DETRABALHO

Segundo Nascimento, (2009, p.82) “Assédio sexual é toda conduta de natureza sexual não desejada que, embora repelida pelo destinatário, é continuamente reiterada, causando constrangimento à intimidade do assediado.”Doutrinariamente, o assédio sexual no local de trabalho pode ser conceituado como a prática reiterada e contínua de atos de cunho sexual, reprováveis, indesejáveis e expressamente rejeitados, cerceando a liberdade sexual da vítima.

Diante disso, não resta dúvida de que há vários traços que assemelham o assédio moral do sexual. Ambos atentam contra a honra e a dignidade do trabalhador, gerando direito de pleitear indenização por danos morais.

Tanto o assédio moral no trabalho quanto o assédio sexual no trabalho são formas injustas de perseguição do trabalhador. O assédio, seja moral seja sexual, é uma *falta grave* capaz de justificar a rescisão do contrato de trabalho. O assédio moral e o assédio sexual no trabalho são ato ilícitos que atentam contra a honra do trabalhador, que, por conseguinte, pode requerer a reparação pelo dano moral sofrido. (PRATA,2010).

O principal traço distintivo dos dois fenômenos sociais reside no fato de que, no assédio moral, a finalidade precípua do agressor é de prejudicar a vítima, deteriorando seu



ambiente de trabalho, muitas vezes, com a pretensão de forçá-la a pedir demissão. Tem-se assim um sentimento de repulsa, visando excluí-la do ambiente laboral, através do terrorpsicológico. Já no assédio sexual, o principal objetivo do agressor é o de obter favores sexuais da vítima. Aqui o sentimento é de atrair o agredido para si e, não, de repulsa, como no assédio moral.

Todavia, na prática trabalhista, não é fácil verificar essas distinções. Pois, após a recusa da vítima, muitas vezes o assédio sexual pode degenerar em assédio moral. Havendo a repulsa, o agressor que, primordialmente objetivava obter favores sexuais da vítima, pode passar a odiá-la, e com o ego ferido, partir para uma vingança.

Tudo isso é feito com o intuito de ridicularizar a vítima, humilhá-la, a fim de prejudicá-la no ambiente de trabalho. Não se trata de desejar obter favores sexuais da vítima, de atraí-la para si, mas, sim, de denegrir sua imagem, afetar sua honra, menosprezando-a, deteriorando suas condições de trabalhar.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através do presente trabalho, pôde-se entender o assédio moral no ambiente de trabalho como um fenômeno complexo, que requer uma série de elementos para sua caracterização, não podendo ser confundido com conflitos comuns recorrentes nos ambientes laborais.

Ocorre que, muitas vezes, é difícil identificar os pressupostos para a configuração de tal conduta na prática, principalmente, no que tange à finalidade de atingir o empregado, já que o *mobbing* é quase sempre mascarado pelo agressor, o que torna o tema ainda mais tormentoso. Dessa forma, é necessário que a sociedade atente para tal violência capaz de acarretar seqüelas que acompanharão as vítimas por toda a vida. E quando se tem um ataque tão cruel, as conseqüências tendem a abalar toda uma estrutura familiar.

Nesse contexto, tratando-se da exposição do trabalhador a situações humilhantes e constrangedoras, o assédio moral representa uma clara afronta ao princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado na Constituição Federal como fundamento da República (art. 1º, III).

Com efeito, o fato de não existir uma lei específica de âmbito nacional regulando o assédio moral não significa, de forma alguma, que tal prática seja permitida pelo ordenamento

jurídico pátrio, na medida em que os princípios constitucionais podem (e devem) ser invocados para assegurar a proteção do agredido.

Em consequência, deve-se destacar, também, que, diante da ocorrência do assédio moral, surge a responsabilidade civil, manifestada pelo direito da vítima de pleitear indenização por danos morais e materiais, assegurado constitucionalmente e previsto no Código Civil.

Conforme a nova sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, constatou-se a previsão de responsabilidade objetiva do empregador pelos atos de seus empregados ou prepostos, independentemente e sem prejuízo da possibilidade de responsabilização direta do agente causador do dano, ressaltando-se que o dano moral é presumido diante do *mobbing*.

Todavia, não seria razoável o Direito meramente estabelecer a responsabilidade do empregador por atos que o mesmo não concorreu com culpa, assegura-se a ele o direito de regresso contra o empregado assediador, para ser ressarcido dos gastos que teve pelo ato imputável a este empregado.

Enfim, é de fundamental importância que todos atentem para a existência do assédio moral, pois nunca se sabe onde o fenômeno poderá ocorrer e quais consequências danosas poderá acarretar, já que, apesar da previsão de reparação civil pelos danos morais causados, tal prática pode destruir por completo um indivíduo e toda sua estrutura familiar, deixando seqüelas para sempre.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho. 3ª Região. 2ª Turma. Processo 01292-2003-057-03-00-3 RO, Rel. Alice Monteiro de Barros, Publicado em 11/08/2004, DJMG, p 13. Disponível em: <<http://as1.trt3.jus.br/jurisprudencia/acordaoNumero.do?evento=Detalhe&idAcordao=389971&c odProcesso=385489&datPublicacao=11/08/2004&index=0>>. Acesso em: 01 de março de 2010

_____. Tribunal Regional do Trabalho. 23ª Região. 2ª Turma. Processo RO - 01045.2007.066.23.00-2, Rel. Osmair Couto, julgado em 18/06/2008, publicado em 23/06/2008. Disponível

em: <<http://www2.trt23.gov.br/jurisprudenciaonline/pages/buscacfg.jsf;jsessionid=8E956EBFF17F2F5F3208182A765209BC>>. Acesso em: 05 de março de 2010.

HIRIGOYEN, Marie-France. Assédio moral: a violência perversa no cotidiano. 10. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2008.

LIMA, Francisco Meton Marques de. Elementos de direito do trabalho e processo trabalhista.

12. ed. São Paulo: LTr, 2007.

MOLON, Rodrigo Cristiano. Assédio moral no ambiente de trabalho e a responsabilidade civil: empregado e empregador. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6173&p=1>>. Acesso em: 25 de fevereiro de 2010.

NASCIMENTO, Sonia A. C. Mascaro. Assédio moral. São Paulo: Saraiva, 2009.

_____. Assédio moral no ambiente de trabalho. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5433>>. Acesso em: 03 de agosto de 2020.

PAMPLONA FILHO, Rodolfo. Noções conceituais sobre o assédio moral na relação de emprego. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8838&p=1>>. Acesso em: 02 de março de 2010.

PAROSKI, Mauro Vasni. Assédio Moral no trabalho. 2006. –Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=9021>>. Acesso em: 22 de março de 2010.

PRATA, Marcelo Rodrigues. Assédio moral e assédio sexual: noções distintivas. 2010. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=14675>>. Acesso em: 02 de maio de 2010.

QUEIROZ, Marisa. Sobre o assédio moral: A violência perversa. 2007. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/artigos/647121>>. Acesso em: 20 de março de 2010.

ZIMMERMANN, Silvia M.; SANTOS, Tereza Cristina D. R. dos; E LIMA, Wilma Coral M. de. O assédior moral e o mundo do trabalho. 2002.

Disponível em: <http://docs.google.com/viewer?a=v&q=cache:xm6fall1eBNoJ:www.prt12.mpt.gov.br/prt/ambiente/arquivos/assedio_moral_texto.pdf+pesquisa+margarida+barreto&hl=pt-BR&gl=br&pid=bl&srcid=ADGEESjV8ISYaO3bg7yhVmOTLP9irX-z29X8hdNbxp9MUciCmKNsupc6tQcKjD7v8fDHnLinBVloR7esjUa-jzVrwDkTbXjUBwe9A_Nv5y12e7O3wAmYDOrVg-YiecqT3-bYYbH8Ly_W&sig=AHIEtbQuqFK3xLedzekOyBkXca_rllkm7g>. Acesso em: 01 de março de 2010.

CAPÍTULO 3

A CRIMINALIZAÇÃO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DE INFORMAÇÃO: ETNO-HISTÓRIA DA INFORMAÇÃO E DA DESINFORMAÇÃO

Luiz Antonio Costa de Santana, Universidade do Estado da Bahia (UNEB)

Marcelo Augusto Sousa Andrade, Bacharel em Direito, UNEB

Placianne Alves Sousa, Bacharel em Enfermagem (UPE), Especialista em Gestão em Saúde, UNIVASF

Teciano Carvalho Araújo, Faculdade de Ciências Sociais e Aplicadas de Petrolina (FACAPE), Bacharel em Direito (UNEB)

Carlos Alberto Batista Santos, Universidade do Estado da Bahia (UNEB)

RESUMO

O presente artigo não tem como escopo abordar todos os aspectos da liberdade de expressão. Ele é fruto de reflexão oriunda da crescente tentativa de criminalizar o jornalismo e a própria difusão de ideias e opiniões na sociedade brasileira, abordando aspectos do direito de informar e o direito de ser informado, corretamente.


Palavras-chave: Manifestação do pensamento, Liberdade de expressão, Direito público.

INTRODUÇÃO

Há muito se discute sobre os limites e possibilidades do exercício da manifestação do pensamento e, por extensão, o direito de ser informado corretamente. Para os fins a que se destina, serão evidenciados alguns dos problemas enfrentados pela sociedade brasileira.

Relevante assinalar que a tradição constitucional brasileira é marcada por períodos longos de déficit democrático; democracia plena, se que é que já tivemos, ocorrem pequenos hiatos. Naturalmente, o exercício da liberdade de expressão e de informação seguiu a mesma lógica, com forte traço de restrição no seu exercício, servindo, muitas vezes, como uma forma abstrata de sentir o grau de democracia dos governos imponderados.

Nos EUA, que legaram ao mundo o arcabouço da liberdade de imprensa e da proibição da censura, conforme estabelecido em sua primeira Emenda à Constituição, podemos extrair um importante paradigma para abordarmos o tema.



De fato, a sociedade americana erige a liberdade da expressão da democracia, o que, de acordo com Cooley (1982) consiste tal liberdade no principal meio para defender os princípios da liberdade e preparar o país a resistir à opressão; e, nesse sentido, foi tamanha sua eficácia, que eclipsou todos os outros benefícios.

Em *tterraebrasilis*, no entanto, como releva nossa história, o primeiro grande problema no tocante à liberdade de expressão reside no fato de que aos meios tradicionais de produção de conteúdo jornalístico aderiram, com raríssimas exceções, ao poder, seja ele político, quer seja econômico.

Também é notória a sistemática perseguição aos poucos que ousaram enfrentar o establishment. Dom Pedro I, por exemplo, em 1822 processou o jornalista Soares Lisboa, sob a acusação de exercer abusivamente do direito de informar (SODRÉ, 1966).


Hodiernamente, a realidade da liberdade de imprensa e da palavra não foge ao rumo que nossa frágil democracia enveredou. A realidade social brasileira revela uma parcela considerável de pessoas que aderem anti-intelectualismo. Não à toa, por exemplo, o famigerado terraplanismo é tema frequente e com ardorosos defensores, especialmente nas redes sociais, meio de comunicação que, fugindo ao objetivo de informar, tornou-se terreno fértil para a propagação de informações fantasiosas e inverídicas.

Este artigo tem como objetivo dissertar sobre o direito de manifestação do pensamento e liberdade de expressão, assim como o direito à informação.

O PAPEL DA MANIFESTAÇÃO DO PENSAMENTO NA DEMOCRACIA

Não há como se negar a existência de desvios e abusos no tocante à informação. A opinião pública é manipulada até mesmo em países cujos padrões de educação são elevados. Eleições são decididas, governantes são afastados, e interesses inconfessáveis são protegidos pelo uso de informações faltas.

Neste sentido, sobretudo as redes sociais se tornaram um campo fértil para disseminação de mentiras e assassinato de reputações, num claro e manifesto exercício abusivo do direito constitucional à manifestação do pensamento. Por isso convém assinalarmos que o exercício de qualquer direito abusivamente, é conduta tida por ilícita (art. 187 do CC).



O século XXI inegavelmente inaugurou uma nova era de informação, com benefícios e prejuízos, para o bem e para mal. *Fake news* (Notícia falsa), *junk news* (notícia de baixa qualidade), e *firehosing* (Método russo de disseminação de *fake News*), em ambiente virtual, são fenômenos que cotidianos, desafiando o exercício dos direitos fundamentais e da própria existência do Estado de Direito.

Não bastasse isso, o modelo de desenvolvimento econômico prevalente põe em xeque a dignidade da pessoa humana, na medida em que as diferenças sociais e econômicas são estonteantes, e sem perspectiva de melhoria. A incerteza que emerge desse caos social é um aspecto que o cidadão é desafiado diuturnamente.

Esse aspecto da vida pós-moderna é bem definido pelo fenômeno intitulado modernização reflexiva ou pós-modernidade, que, na linha do pensamento de Beck (1997), se constitui na “possibilidade de uma (auto)destruição criativa para toda uma era: aquela da sociedade industrial” (BECK, 1997).


Neste quadrante, dando mais elementos para compreendermos a atual realidade social, Anthony Giddens afirma que:

“um cético poderia perguntar: não há nada de novo aqui? A vida humana não foi sempre marcada pela contingência? O futuro não foi sempre incerto e problemático? A resposta a cada uma dessas perguntas é ‘sim’. Não é que atualmente nossas circunstâncias de vida tenham se tornado menos previsíveis do que costumavam ser; o que mudou foram as origens da imprevisibilidade. Muitas incertezas com que nos defrontamos hoje foram criadas pelo próprio desenvolvimento do conhecimento humano” (BECK, 1997).

Historicamente, liberdade de expressão se constituiu um pressuposto para a implantação do Estado de Direito, e, conseqüentemente, da democracia; é, pois, inegavelmente, um instrumento legítimo para o controle do exercício do poder. Neste sentido, é importante citarmos um evento que bem define a importância da liberdade de expressão como fundamento para o Estado de Direito.

Em 1972 o presidente Richard Nixon foi reeleito, logrando êxito em 49 dos 50 Estados norte-americanos. Uma vitória incontestável. A par dessa expressiva vitória eleitoral, dois jornalistas do hebdomadário *Washington Post*, ao longo de uma série de reportagens, ligaram o então presidente ao escândalo *Watergate*.

Para tanto, receberam ajuda de uma fonte, chamada de “garganta profunda”. As reportagens tiveram a força de, ao revelar a espionagem realizada na sede do Partido



Democrata, culminar com a renúncia de Nixon, a despeito do fato de que a oposição não tinha, inicialmente, os 2/3 dos votos dos senadores. A pressão da opinião pública levou senadores do Partido Republicano, o mesmo do então presidente, a sinalizar que votariam favoravelmente pelo impeachment.

A legitimidade da votação que elegeu Nixon, na maior potência militar e econômica da história da humanidade, não lhe conferiu imunidade. E nem poderia. Nesse caso, a opinião pública pendeu entre a informação jornalística e a defesa pública do mandatário citado, ficando com a primeira, o que denota grande apreço e fortalecimento da liberdade de imprensa. O papel da mesma, neste episódio, mostrou sua missão e seu poder em um ambiente democrático, de preservar os pilares sob os quais deve se assentar o Estado de Direito, como defendido por Fiss (2005).

Dworkin (2006), nesta linha, ao analisar a Primeira Emenda à Constituição, afirma que a “liberdade não é importante porque as pessoas têm o direito moral intrínseco de dizer o que bem entenderem, mas porque a permissão de que elas o digam produzirá efeitos benéficos para o conjunto da sociedade”. Por isso mesmo, é a atividade jornalística, ao longo de nossa história, foitão perseguida.

O avanço tecnológico deu novos contornos à liberdade de expressão e do pensamento. A forma e a velocidade como as ideias se propagam, através das redes virtuais, trouxe notáveis modificações na dinâmica das relações econômicas e sociais.

A tecnologia, no entanto, trouxe também efeitos colaterais nocivos ao ambiente democrático. Aparentemente superada a barbárie da 2ª Guerra Mundial, e a negação do homem como homem, pela nefasta ideologia nazista (AGAMBEN, 2008), que tinha no aniquilamento da dignidade da pessoa humana seu traço marcante, atualmente, voltamos a discutir o problema do discurso do ódio. No tocante a nossa democracia, a liberdade de expressão como manifestação do direito de informar e de ser informado corretamente, no que se refere à liberdade de expressão e do pensamento, sem sobra de dúvida, no Estado **Democrático** de Direito brasileiro estatuí, indubitavelmente, **um direito de informar e um direito de ser informado**, ambos protegidos pela ordem jurídica.

O jornalismo é um importante veículo de disseminação de informação. Seja através das mídias tradicionais, seja através das redes virtuais de comunicação e relacionamento, as ideias circulam rapidamente pois é ela produzida não de forma aleatória e sim, um fruto

laboral com regras e ciência própria que objetiva a aproximação ou demonstração da realidade, naquilo que é possível, o que afasta das opiniões sem fundamentos lógico-coerente.

Entretanto, quais os contornos jurídicos que colmatam o direito de informar? Para o decano do Supremo Tribunal Federal, Ministro Celso de Melo, relator do Agravo Regimental na Reclamação nº 15.243 (STF, 2019a), deixou assentado:

– **A liberdade de imprensa**, qualificada por sua natureza essencialmente constitucional, assegura aos profissionais de comunicação social, inclusive àqueles que praticam o jornalismo digital, o direito de opinar, de criticar (ainda que de modo veemente), de buscar, de receber e de transmitir informações e ideias por quaisquer meios, ressalvada, no entanto, a possibilidade de intervenção judicial – necessariamente “a posteriori” – nos casos em que se registrar prática abusiva dessa prerrogativa de ordem jurídica, inócua na espécie, resguardado, sempre, o sigilo da fonte quando, a critério do próprio jornalista, este assim o julgar necessário ao seu exercício profissional. **Precedentes.**

– Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de manifestação do pensamento e de imprensa cujo exercício – por não constituir concessão do Estado – configura direito inalienável e privilégio inestimável de todos os cidadãos. “Uma imprensa livre é condição fundamental para que as sociedades resolvam seus conflitos, promovam o bem-estar e protejam sua liberdade” (Declaração de Chapultepec).

– A prerrogativa do jornalista de preservar o sigilo da fonte (e de não sofrer qualquer sanção, direta ou indireta, em razão da prática legítima dessa franquia outorgada pela própria Constituição da República), oponível, por isso mesmo, a qualquer pessoa, inclusive aos agentes, autoridades e órgãos do Estado, qualifica-se como verdadeira garantia institucional destinada a assegurar o exercício do direito fundamental de livremente buscar e transmitir

– A crítica que os meios de comunicação social e as redes digitais dirigem às pessoas públicas, por mais dura e veemente que possa ser, deixa de sofrer, quanto ao seu concreto exercício, as limitações externas que ordinariamente resultam dos direitos de personalidade.

– Não induz responsabilidade civil, nem autoriza a imposição de multa cominatória ou “astreinte” (Rcl 11.292-MC/SP, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – Rcl 16.434/ES, Rel. Min. ROSA WEBER – Rcl 18.638/CE, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Rcl 20.985/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.), a publicação de matéria jornalística cujo conteúdo divulgue observações em caráter mordaz ou irônico ou, então, veicule opiniões em tom de crítica severa, dura ou, até, impiedosa, ainda mais se a pessoa a quem tais observações forem dirigidas ostentar a condição de figura pública – investida, ou não, de autoridade governamental –, pois, em tal contexto, a liberdade de crítica qualifica-se como verdadeira excludente anímica, apta a afastar o intuito doloso de ofender. **Jurisprudência. Doutrina.**

– O Supremo Tribunal Federal tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático.

– Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais) o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação a repressão, ainda que civil, à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juizes e

Tribunais – **não dispõe** de poder algum **sobre** a palavra, **sobre** as ideias e **sobre** as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa. **Precedentes** do Supremo Tribunal Federal (AI 705.630-AgR/SC, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.). **jurisprudência comparada** (Corte Europeia de Direitos Humanos e Tribunal Constitucional Espanhol). (destaque no original).

O precedente acima mencionado tem sua *ratio* julgamento da ADPF nº 130, que apreciou a questão da recepção pela atual ordem constitucional da Lei de Imprensa (BRAZIL, 1967), sua precisa fundamentação. Relatada pelo ex-Ministro Carlos Ayres Britto, no julgamento da citada demanda, realizado em 30 de abril de 2009, o plenário do STF assinalou que o art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua exclusão, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob os tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

RELAÇÃO DE INERÊNCIA ENTRE PENSAMENTO CRÍTICO E IMPRENSA LIVRE. A IMPRENSA COMO INSTÂNCIA NATURAL DE FORMAÇÃO DA OPINIÃO PÚBLICA E COMO ALTERNATIVA À VERSÃO OFICIAL DOS FATOS.

O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e “real alternativa à versão oficial dos fatos” (Deputado Federal Miro Teixeira).

NÚCLEO DURO DA LIBERDADE DE IMPRENSA E A INTERDIÇÃO PARCIAL DE LEGISLAR

A uma atividade que já era “livre” (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de “plena” (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado “núcleo duro” da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação lato sensu, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o “estado de sítio” (art. 139), o Poder Público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa, respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte (“quando necessário ao exercício profissional”); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos “meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que

contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente” (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, “a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público”.

AUTORREGULAÇÃO E REGULAÇÃO SOCIAL DA ATIVIDADE DE IMPRENSA.

É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de “plena” (§ 1 do art. 220).

Na mesma assentada, o Ministro Celso de Melo registrou que:

Nada mais nocivo e perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão e pensamento. Informar e buscar informação, opinar e criticar são direitos que se encontram incorporados ao sistema constitucional em vigor no Brasil,”

(...)

as críticas dos meios de comunicação social dirigidas às autoridades – citou como exemplo -, por mais dura que sejam, não podem sofrer limitações arbitrárias. Essas críticas, quando emitidas com base no interesse público, não se traduzem em abuso de liberdade de expressão, e dessa forma não devem ser suscetíveis de punição. Essa liberdade é, na verdade, um dos pilares da democracia brasileira”

Calha, no ponto, trazer à baila a observação feita, neste julgamento, pelo saudoso Ministro Menezes Direito, para quem,

“A sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para a sua sobrevivência institucional, proteção igual a liberdade de expressão e a dignidade da pessoa humana e esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história”

Por certo, nossa Constituição Federal estabeleceu uma coexistência, nem sempre harmoniosa, entre o direito à intimidade e à vida privada, art. 5º, X; direito à liberdade de informação e expressão, art. 5º, IX. É dizer, o texto constitucional protege conceitos diametralmente opostos, cuja prevalência se dará sempre pela incidência da técnica da ponderação (ALEXI, 2007), no caso concreto.

Assim, temos que a Carta Magna dá guarida liberdade de expressão e informação, **vedando a censura**, assim como protege a inviolabilidade da honra, da vida privada, da intimidade e da imagem das pessoas.

A censura sempre flerta com a tirania. Basta ver a nossa história e fatos recentes, como o famigerado inquérito (STF, 2019b) que tramita no Supremo Tribunal Federal, relatado pelo Ministro Alexandre de Moraes. Mencionado procedimento, instaurado de ofício pelo presidente da Corte, é bem sintetizado nas palavras do relator, ao negar pedido de arquivamento do feito realizado pela Procuradora Geral da República.

Trata-se de inquérito instaurado pela Portaria GP No 69, de 14 de março de 2019, do Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente, nos termos do art. 43 do Regimento Interno desta CORTE, para o qual fui designado para condução, considerando a existência de notícias fraudulentas (*fake news*), denúncias caluniosas, ameaças e infrações revestidas de *animus caluniandi, diffamandi ou injuriandi*, que atingem a honorabilidade e a segurança do Supremo Tribunal Federal, de seus membros e familiares, extrapolando a liberdade de expressão, como ressaltado pelo Decano desta Corte, Ministro Celso de Mello:

“Ninguém tem o direito de atassalhar a honra alheia, nem de proferir doestos ou de vilipendiar o patrimônio moral de quem quer que seja! A liberdade de palavra, expressão relevante do direito à livre manifestação do pensamento, não se reveste de caráter absoluto, pois sofre limitações que, fundadas no texto da própria Constituição da República (art. 5º, V e X, c/c o art. 220, § 1º, “in fine”) e em cláusulas inscritas em estatutos internacionais a que o Brasil aderiu (Convenção Americana de Direitos Humanos e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos), deslegitimam o discurso insultuoso, moralmente ofensivo ou impregnado de ódio! O abuso da liberdade de expressão constitui perversão moral e jurídica da própria ideia que, no regime democrático, consagra o direito do cidadão ao exercício das prerrogativas fundamentais de criticar, ainda que duramente, e de externar, mesmo que acerbamente e com contundência, suas convicções e sentimentos! Se é inegável que a liberdade constitui um valor essencial à condição humana, não é menos exato que não há virtude nem honra no comportamento daquele que, a pretexto de exercer a cidadania, degrada a prática da liberdade de expressão ao nível

primário (e criminoso) do insulto, do abuso da palavra, da ofensa e dos agravos ao patrimônio moral de qualquer pessoa!” (STF, 2019c).

Como se observa, STF está a exercer, abusivamente, o direito de tutelar a honra contra abuso do direito ao exercício da liberdade de expressão. Nesse sentido, reza o art. 187 do Código Civil, ao tratar do instituto do abuso de direito, afirma que “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa fé, ou pelos bons costumes”.

O art. 187 do CC não exige intenção prejudicar; **basta o excesso no exercício de um direito**, o que denota a similitude do instituto com o desvio de poder.

Não bastasse o abuso de direito na manifestação do pensamento, a Suprema Corte também enfrentou interessante questão. Trata-se do *Habeas Corpus* nº 82.424-2 (caso Ellwanger). Ao apreciar o caso, o Supremo Tribunal Federal, decidiu ser possível o controle da liberdade de expressão, sempre que for veiculada informação violadora da moralidade ou a práticas de crimes, em homenagem ao princípio da dignidade da pessoa humana, destacamos que O Ministro Carlos Ayres Britto proferiu voto divergindo do voto condutor do julgado. Para ele a liberdade de expressão é um valor absoluto.

Vale dizer, a dignidade da pessoa humana é princípio que não pode sofrer restrição em caso de colisão com a liberdade de expressão. Contudo, o **exercício regular do direito** de se manifestar não pode sofrer censura. Ferreira Filho realça a noção da vedação à censura no ordenamento jurídico brasileiro:

“(…) essa consiste na verificação, anterior à divulgação, da compatibilidade entre um pensamento que se quer exprimir e as normas legais vigentes. Tal verificação, obviamente, pressupõe um texto sobre o qual se faça o exame, o que exclui a manifestação do pensamento pela palavra falada. Pela palavra falada espontânea, ou não lida, evidentemente, acrescente-se. Por outro lado, é inerente ao conceito o caráter prévio da verificação. A censura é, pois sempre prévia. “Censura” a posteriori é repressão” (FERREIRA FILHO, 1997).

De fato, no plano infraconstitucional o CC estabelece nos art. 20 e 21, **uma forte diretriz que confere proteção à privacidade e à intimidade**:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

Parágrafo único. Em se tratando de morto ou de ausente, são partes legítimas para requerer essa proteção o cônjuge, os ascendentes ou os descendentes.

Art. 21. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.


O Supremo Tribunal Federal, voltou a enfrentar a os limites da liberdade de expressão ao apreciar o mérito da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.815. Nesta demanda, foi requerido que fosse conferida interpretação conforme a Constituição para que os arts 20 e 21 do CC não fossem obstáculo à produção e publicação de biografias, isto é, sem a necessidade prévia de autorização do biografado ou dos seus responsáveis. Unanimemente, a Suprema Corte afastou a necessidade de autorização prévia. A questão é por demais complexa. Será que o passado tem que se projetar no presente? Vejamos o caso do direito ao esquecimento (CJF, 2013).

O caso Lüth (BVerfGE 7, 198-230), que tramitou no Tribunal Constitucional alemão, aplicou a técnica da ponderação no conflito de princípios, servindo de paradigma para aplicação da técnica.

Na década de 50 do século passado, Veit Harlan, famoso cineasta alemão, que dirigiu a película “O Judeu Süß”, em 1940, cujo enredo era manifestamente antissemita durante o regime nazista, teve contra um filme o qual dirigiu a produção, “amada imortal”, um boicote liderado por Erich Lüth, diretor do Clube de Imprensa de Hamburgo. O Tribunal de Justiça de Hamburgo determinou que Lüth cessasse a campanha contra o filme.

Inconformado, Lüth impetrou com reclamação constitucional (BVerfGE 7, 199/203) perante a Corte Constitucional, ao fundamento de que a decisão da Corte de Hamburgo violara a liberdade de livre expressão e informação sobre o passado nazista de Veit Harlan. O Tribunal Constitucional Federal alemão acolheu a pretensão de Lüth, oportunidade em que deixou assentado que no conflito de princípios, necessários se faz ponderar os bens jurídicos tutelados. Com efeito, teve o caso Lüth a primazia de expor que o uso da técnica de ponderação de interesses no conflito entre princípios não impõe a prevalência de um sobre outro, vale dizer, só o caso concreto revelará a primazia de incidência. Para Gilmar Mendes (1994):

“No processo de ponderação desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade.”



No Brasil, o direito ao esquecimento foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, podendo ser citadas duas importantes decisões, conhecidos como caso Chacina da Candelária e o caso Aída Curi, decidiu que o ordenamento jurídico confere proteção ao direito ao esquecimento (STJ, 2013).

No caso da Chacina da Candelária, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento e condenou a Rede Globo de Televisão, ao pagamento de indenização a determinada pessoa denunciada pela prática do crime, no programa “Linha Direta”, mas posteriormente absolvida. Entendeu o Tribunal que a história poderia ser contada sem a necessidade de divulgação do nome e da foto da pessoa.

Já no caso Aída Curi, irmãos de Aída Curi, vítima de abuso sexual e posterior homicídio, no Rio de Janeiro, em 1958, ingressou em juízo buscando indenização, em razão da Rede Globo de Televisão, através do programa “Linha Direta”, ter exposto o nome da vítima e fotos, motivo pelo qual os autores da demanda afirmaram que a retomada e exposição da história lhes trouxeram sofrimento.

Em razão da veiculação do programa, os irmãos da vítima moveram demanda contra a emissora de televisão, com o objetivo de receber indenização por danos morais, materiais e à imagem. O STJ, no caso, decidiu que era indevida condenação, tendo em vista se tratar de fato histórico, cujo lapso temporal entre o crime e a reportagem contribuiu para abrandar o sofrimento da família:

“(…) o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aída Curi, sem Aída Curi.”

Nas decisões do STJ acima mencionados, ambas relatados pelo Ministro Luís Felipe Salomão, ficou assentado que o interesse público é fator de superação do direito ao esquecimento. O Ministro deixa registrado a preponderância do interesse público de acessar a informação, como exemplo, nas hipóteses de “crimes genuinamente históricos, quando a narrativa desvinculada dos envolvidos se fizer impraticável” (STJ, 2013).

No ponto, a Suprema Corte Alemã, ao decidir o famoso caso Lebach, decidiu de modo diverso. O Tribunal alemão, ainda que tenha deixado consignado que o direito à informação prepondere nas questões de cunho histórico, como crimes graves praticados é preciso resguardar o direito fundamental à intimidade, notadamente pela incidência do princípio da

proporcionalidade. Assim, foi vetada a divulgação do nome e da imagem de Lebach (VVerfGE 35, 202 (203)).

O que vem a ser interesse público? Para Escola (1989),

O interesse público não é mais que um querer majoritário orientado à obtenção de valores pretendidos, isto é, uma maioria de interesses individuais coincidentes, que é interesse porque se orienta à busca de um valor, proveito ou utilidade resultante daquilo sobre o qual recai tal coincidência majoritária, e que é público porque se destina a toda a comunidade, como resultado dessa maioria coincidente.”

Por outro lado, se não existir interesse público atual, a pessoa poderá exercer seu direito ao esquecimento, devendo ser impedidas notícias sobre o fato que já ficou no passado.

O direito ao esquecimento, assim, não entra em conflito com o direito à memória (verdade histórica) justamente pelo aspecto do interesse público.

Frise-se que o Brasil sofreu condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 24/11/2010 (Caso “Gomes Lund e outros”, Guerrilha do Araguaia), sobretudo porque não concedeu acesso aos arquivos governamentais que detém dados sobre a guerrilha do Araguaia, situação em que traça um marco jurisprudencial a ser seguido pelas cortes brasileiras, quando preponderar o interesse público de acessar a informação.

O exercício da liberdade de expressão traz o dever de veracidade da informação transmitida, vale dizer, há um direito fundamental à informação correta. Com efeito, em 1992 a Suprema Corte argentina julgou intrigante caso, que joga luzes sobre a questão.

No dia 11 de junho de 1988, num programa de televisão, estimulado pelo entrevistador, determinada pessoa, o entrevistado, desferiu violentos ataques a Jesus Cristo e a Virgem Maria. Ekmakjian, espectador do programa, encaminhou carta com o objetivo de rebater e corrigir o equivocado pronunciamento do entrevistado (estimulado pelo apresentador do programa de TV); contudo, a carta não foi lida.

O espectador, então, deduziu demanda, sendo que em 1992 a Corte Suprema de Justicia de la Nación (KMEKDJIAN, SOFOVICH, 1992) acolheu a pretensão do espectador, com fundamento no art. 14 do Pacto de San Jose da Costa Rica:

Artigo 14 - Direito de retificação ou resposta

1. Toda pessoa, atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral, tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.
2. Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.

3. Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável, que não seja protegida por imunidades, nem goze de foro especial.

Note-se que esta decisão da Suprema Corte da Argentina também analisou a questão da legitimidade. Vê-se que o autor passa a ser o representante de uma coletividade que tem o direito à informação correta.

Ao apreciar o RE 683.751(Julgado em XXX), o Supremo Tribunal Federal, através do voto do Ministro Relator Celso de Melo, enfrentou e deu contornos jurídicos ao direito de resposta:

O direito de resposta, como se sabe, foi elevado à dignidade constitucional, no sistema normativo brasileiro, a partir da Constituição de 1934, não obstante a liberdade de imprensa já constasse da Carta Política do Império do Brasil de 1824.

O art. 5º, inciso V, da Constituição brasileira, ao prever o direito de resposta, qualifica-se como regra impregnada de suficiente densidade normativa, revestida, por isso mesmo, de aplicabilidade imediata, a tornar desnecessária, para efeito de sua pronta incidência, a “interpositiolegislatoris”, o que dispensa, por tal razão, ainda que não se lhe vede, a intervenção concretizadora do legislador comum.

Isso significa que a ausência de regulação legislativa, motivada por transitória situação de vácuo normativo, não se revela obstáculo ao exercício da prerrogativa fundada em referido preceito constitucional, que possui densidade normativa suficiente para atribuir, a quem se sentir prejudicado por publicação inverídica ou incorreta, direito, pretensão e ação cuja titularidade bastará para viabilizar, em cada situação ocorrente, a prática concreta da resposta e/ou da retificação.

É interessante assinalar, por oportuno, que o direito de resposta somente constituiu objeto de regulação legislativa, no Brasil, com o advento da Lei Adolpho Gordo (Decreto nº 4.743, de 31/10/1923, arts. 16 a 19), eis que – consoante observa SOLIDONIO LEITE FILHO (“Comentários à Lei de Imprensa”, p. 188, item n. 268, 1925, J. Leite Editores) – “Não havia na legislação anterior à lei de imprensa nenhum dispositivo regulando o direito de resposta” (grifei).

O que me parece relevante acentuar, neste ponto, é que a ausência de qualquer disciplina ritual regedora do exercício concreto do direito de resposta não impede que o Poder Judiciário, quando formalmente provocado, profira decisões em amparo e proteção àquele atingido por publicações inverídicas ou inexatas.

É que esse direito de resposta/retificação não depende, para ser exercido, da existência de lei, ainda que a edição de diploma legislativo sobre esse tema específico possa revelar-se útil e, até mesmo, conveniente.

A premissa adotada na decisão de que inexistente disciplina quanto ao direito de resposta, no entanto, é equivocada. Embora o relator tenha concluído que a ausência de regramento não impediria o exercício do direito de resposta, forçoso assinalar que o já mencionado art. 14 do Pacto de San Jose da Costa Rica, é o marco legal para a matéria. Segue o Ministro Relator, em seu voto:

O direito de resposta não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual, nem tampouco como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta

não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elástico para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público. Com efeito, algumas notícias, embora lícitas, contêm informação incorreta ou defeituosa, devendo-se assegurar ao público o direito de conhecer a versão oposta.

A meu ver, portanto, o direito de resposta deve ser visto como um instrumento de mídia colaborativa ('collaborative media') em que o público é convidado a colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista. A autonomia editorial, a seu turno, seria preservada desde que seja consignado que a versão ou comentário é de autoria de um terceiro e não representa a opinião do veículo de comunicação(...)."

A mídia tem assim, importantíssimo papel na seara da difusão de informações. Tem, deste modo, na notícia, sua matéria prima; o leitor, com efeito, tem direito de ser informado **corretamente**.

Questão muito polemica é a que envolve em nome do interesse público, a relativização do direito fundamental à privacidade e intimidade, quando presentes o interesse público:

"Nesse contexto, já vimos que o direito de informação, com esta nova ótica constitucional, importa no direito à informação verdadeira, e que esta constitui um direito difuso da sociedade.

Sendo assim, o direito de resposta deve, por sua vez, reajustar-se para adaptar-se a esta nova ordem jurídica" (CARVALHO, 2003).

O Superior Tribunal de Justiça, nesta ordem de ideias, já deixou consignado que:

A liberdade de informação e de manifestação do pensamento não constituem direitos absolutos, sendo relativizados quando colidirem com o direito à proteção da honra e da imagem dos indivíduos, bem como ofenderem o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana" (STJ, 2008).

Para Silva (2006), a imprensa tem no interesse público da notícia divulgada:

"(...) a despeito de a imprensa ser, de maneira geral, um negócio e de a notícia ser, de maneira genérica, uma mercadoria, é plausível a hipótese de que numa sociedade civil – plural e complexa –, a imprensa cumpre uma função de campo". Acrescenta, ainda "o jornalismo transcende a simples atividade industrial [inclusive, de indústria cultural] e mercantil, para se desempenhar como um dos pilares da vida pública livre, autônoma [soberana] e justa".

Não obstante, entende o Supremo Tribunal Federal que a privacidade e a intimidade não possuem caráter de um direito absoluto. Em verdade, não há tal aspecto em qualquer garantia fundamental:

"Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa - permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado,

a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros” (STF, 2000).

Com muita frequência os órgãos de imprensa divulgam “vazamentos” de operações policiais, investigações do Ministério Público, ou mesmo processos judiciais que tramitam em segredo de justiça. Tal prática, embora criminosa do ponto de vista de quem vazou, é um atípico penal para o profissional da mídia.

É que o crime previsto no art. 10 da Lei 9296/96 estabelece que, constitui crime realizar interceptação de comunicações telefônicas, de informática ou telemática, ou quebrar segredo da Justiça, sem autorização judicial ou com objetivos não autorizados em lei, sendo a pena reclusão, de dois a quatro anos, e multa.

O Supremo Tribunal Federal, quando decidiu pelo recebimento da denúncia no “caso Francenildo” (STF, 2005), que envolveu (e derrubou) o então Ministro da Fazenda, Antônio Palocci, estabeleceu balizas sobre o significado da expressão “quebra de sigilo”, oportunidade ficou assentado que a quebra de sigilo, fora das hipóteses autorizadas nesta Lei Complementar, constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, e multa, aplicando-se, no que couber, o Código Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis.

Na mesma oportunidade a Suprema Corte estabeleceu a diferença entre as condutas de “violar” e “divulgar”, no tocante às informações sigilosas:

“(…)a conduta de “divulgar” pressuporá que o agente, detendo legitimamente a informação, a entregue ou a revele a terceiro não integrante da cadeia de pessoas autorizadas a conhecer o seu teor. Nessa hipótese, só poderá realizar o núcleo do tipo o sujeito que detinha a autorização de acesso.”

Inegavelmente, é certo que a Constituição Federal de 1988 valorizou os meios de comunicação como expressão de um Estado de Direito, ao assinalar no art. 220 que:

“A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”, acrescentado no parágrafo primeiro que: “Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5, IV, V, X, XIII e XIV”.

Tal entendimento, apenas para não deixar dúvidas sobre a atipicidade do crime em relação ao profissional de imprensa, não se aplica ao agente que quebrou o sigilo, como o

caso de um hacker, como noticia a imprensa no caso que envolve o atual Ministro da Justiça, Sérgio Moro e integrantes do Ministério Público Federal, no âmbito da operação “lava-jato”.

Aliás, neste caso, temos três questões bastante interessantes: conceito de prova ilícita, sua possível validade jurídica e o sigilo da fonte.

CONCLUSÕES

A par dos inegáveis benefícios logrados pela sociedade, é cada vez mais claro o efeito deletério que a modernidade tecnológica propicia nos ambientes democráticos mundo afora, ao descredibilizar a importância e o papel do jornalista como agente valizador das informações prestadas. Inicialmente divulgada como o auge da humanidade no tocante a liberdade de informar e se informar, a rede mundial de computadores tornou-se campo fértil para o ressurgimento de ideias aparentemente ultrapassadas, o que tem levado ao poder, mundo afora, líderes políticos que simbolizam essas ideias e que, passo seguinte, incentiva e fortalece ideias que são a base de uma sociedade livre, plural e que valora positivamente os direitos humanos fundamentais.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, G. **O que resta de Auschwitz: o arquivo e a testemunha**. São Paulo: Boitempo, 2008.

ALEXY, R. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: GIDDENS, Anthony; BECK, Ulrich; LASH, Scott. **Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna**. São Paulo: Ed. UNESP, 1997

BRASIL. Lei 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

CARVALHO, L. G. G. C. **Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**, Renovar, 2003.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL, CJF. **VI Jornada de Direito Civil do CJF/STJ**. 2013.

COOLEY, T. **Princípios gerais de direito constitucional dos Estados Unidos da América do Norte**. V. 5 Editora Revista dos Tribunais, 1982.

DWORKIN, R. **O direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana**. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ESCOLA, H. J. **El Interés Público como Fundamento del Derecho Administrativo**. Buenos Aires: Depalma, 1989.

FERREIRA FILHO, M. G. **Comentários à Constituição brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1997.

FISS, O. **A Ironia da liberdade de expressão: estado, regulação e diversidade na esfera pública**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2005.

KMEKDJIAN, M. Á.; SOFOVICH, G. (org). **Corte Sup.**, 07/07/1992, Fallos: 315:1492.

MENDES, G. F. **Colisão de direitos fundamentais: liberdade de expressão e de comunicação e direito à honra e à imagem**. Brasília, a. 31, n. 122, maio/julho, p. 297-301. 1994.

SILVA, L. M. Jornalismo, espaço público e esfera pública, hoje. Comunicação e Espaço Público. **Revista do Programa de Pós-graduação da Faculdade de Comunicação**, Universidade de Brasília, Ano IX, nº 1 e 2, 2006, pp. 44-45.

SODRÉ, N. W. **História da imprensa no Brasil**. Civilização Brasileira, 1966.

STF, **Agravo Regimental na Reclamação nº 15.243**, rel. Min. Celso de Melo, 2ª Turma, julgado em 29/04/2019. 2019a.

STF, **Inquérito nº 4.781**. Trata-se de inquérito instaurado pela Portaria GP Nº 69, de 14 de março de 2019, do Excelentíssimo Senhor Ministro Presidente, nos termos do art. 43 do Regimento Interno desta Corte. 2019b.

STF, **Agravo Regimental no Inquérito nº 4.435**, Pleno, sessão de 14/3/2019. 2019c.

STF, **MS nº 23.452**, Rel. Min. Celso de Mello, DJ 12/05/00.

STF, **Pet. nº 3.898**. 2005. Rel. Min. Gilmar Mendes, DJ XXX.

STJ, **REsp nº 1.335.153-RJ** (caso Aída Curi) e **REsp nº 1.334.097-RJ** (caso Chacina da Candelária), Rel. Min. Luís Felipe Salomão, ambos julgados em 28/5/2013.

STJ, **REsp nº 783.139**, Rel. Min. Massami Uyeda, 4a Turma, julgado em 11/12/2007, DJ 18/02/2008.

CAPÍTULO 4

DIREITO CIVIL E UM PARALELO HISTÓRICO DA PERDA DE PROPRIEDADE NO BRASIL COLONIAL: O CASO DAS SESMARIAS PIAUIENSES

Hemerson Cardoso de Araújo, Graduando em Direito, UFPI

Charlyan de Sousa Lima, Doutorando em Ciências: Ambiente e Desenvolvimento, Univates

Bruna Cruz Magalhães, Mestra em Saúde do Adulto, UFMA

Kaiomi de Souza Oliveira Cavalli, Professora do Departamento Acadêmico de Direito, UNIR

RESUMO

O presente artigo tem por objetivo central analisar como ocorria a perda da propriedade no Brasil colonial, nos séc. XVII a XIX, período em que vigoraram as Ordenações e leis do Reino de Portugal, precisamente o Código Phillipino. Os títulos de propriedade, à época, eram adquiridos por meio da concessão de sesmarias, portanto estas tomam para si a atenção central deste escrito. Destarte, observa-se a caracterização desse instituto jurídico, sua aquisição e sua perda, à luz das Ordenações. Ademais, faz-se um detalhamento do caso das sesmarias piauienses, a fim evidenciar o exposto.

PALAVRAS CHAVES: Ordenações do Reino, Propriedade, Sesmarias.

INTRODUÇÃO

Da Ilha de Vera Cruz à propriedade de suasterras

Decerto é que muitas léguas de terra acham-se pertencentes ao território Brasileiro, ou, à época, Terra de Vera Cruz; em sua totalidade, hoje, são oito milhões quinhentos e quinze mil setecentos e sessenta e sete quilômetros e quarenta e nove metros quadrados¹(IBGE, 2012). Crível também é a sua grandiosa extensão que impressionava, desde o seu descobrimento, como o fez com o escrivão da armada de Pedro Álvares Cabral, Pero Vaz de Caminha (CORRÊA, 2006), ao tentar relatar a sua extensão à Coroa lusitana:

Esta terra, Senhor, me parece que da ponta que mais contra o sul vimos até à outra ponta que contra o norte vem, de que nós deste porto houemos vista, será tamanha que haverá nela bem vinte ou vinte e cinco léguas por costa.²

¹ IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS). **Agência**. 2012. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14318-asi-ibge-apresenta-nova-area-territorial-brasileira-8515767049-km>>. Acesso em 22 junho 2019.

² MINISTÉRIO DA CULTURA. **A carta de Pero Vaz de Caminha**. 20xx. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/Livros_eletronicos/carta.pdf>. Acesso em 20 junho 2019.

Nessa mesma esteira, outras observações importantes foram feitas:

Nela, até agora, não pudemos saber que haja ouro, nem prata, nem coisa alguma de metal ou ferro; nem lho vimos. Porém a terra em si é de muito bons ares, assim frios e temperados, como os de Entre Doiro e Minho, porque neste tempo de agora os achávamos como os de lá. Águas são muitas; infindas. E em tal maneira é graciosa que, querendo-a aproveitar, dar-se-á nela tudo, por bem das águas que tem.³

Desse modo, fatores e justificativas como as de grande extensão e território propício, além, é claro, dos motivos que fizeram Portugal partir rumo aos oceanos, nas Grandes Navegações⁴, como a insuficiência portuguesa em metais preciosos para a cunhagem da moeda, falta de produtos agrícolas e de mão-de-obra, desejo de expandir a fé cristã e a necessidade de novos mercados, mostraram-se suficientes para que a Coroa fizesse tão logo a colonização e exploração da Terra de Vera Cruz. Assim, começaram as tentativas da Coroa de fazer as terras, antes inexploradas, produzir e dar proveitos.

Contudo, fazia-se necessário um meio para que a terra pudesse ser tomada, povoada e, mais ainda, produzisse riquezas para a Metrópole. Tendo em conta que toda a imensidão territorial da colônia pertencia à Coroa, *“inevitável se tornava a transplantação do instituto das sesmarias, para a terra achada por Cabral, suposto que meio legal diverso não havia para povoamento da imensa gleba, ainda inviolada”*(LIMA, 1988, p. 36).

A metrópole portuguesa passou a conceder pedaços de terra a pessoas que se dispusessem a nelas lavrar, cuidar e fazer produzir, retirando delas o usufruto possível. Segundo Paulo Mêrea, esse mesmo dispositivo legal do ordenamento jurídico português havia sido aplicado na colonização das Ilhas do Atlântico, a exemplo da carta de Dom Henrique, de 1 de novembro de 1443, pela qual Bartolomeu Perestrelo recebeu o governo da ilha do Porto Santo e a responsabilidade de distribuir sesmarias, sob determinadas condições (MERÊA, 1924, p.168).

Sendo essa a forma pela qual as pessoas, residentes na colônia, tinham para adquirir propriedade de uma terra ou bem de raiz, no Brasil colonial, nossa análise dar-se-á, então, sobre ela – a sesmaria. No entanto, apesar de concedidas, as sesmarias carregavam consigo encargos, aos quais deveriam os novos proprietários estar atentos, sob pena de perdê-las. Desse modo, dentro das Ordenações do Reino – Direito de Portugal aplicado no Brasil – e

³A carta de Pero Vaz de Caminha.

⁴INFOESCOLA: **Grandes Navegações**. 201x. Disponível em:<<https://www.infoescola.com/historia/grandes-navegacoes/>>. Acesso em 21 junho 2019.

casos concretos, observaremos como ocorria a perda da propriedade no Brasil colonial, mais precisamente no Piauí.

AS ORDENAÇÕES FILIPINAS E AS SESMARIAS

Urge, primeiramente, elencar o que eram as sesmarias e porque esse instituto jurídico português passou a ser aplicado na colônia – Brasil. Dentre as Ordenações do Reino – Direito da Coroa Portuguesa aplicado à colônia – importam-nos as Ordenações Filipinas ou o Código Filipino, resultado da reforma feita, durante o período da União Ibérica, ao Código Manuelino, por Felipe I de Portugal, cuja vigência data desde a sua primeira edição, em mil seiscentos e três, até a promulgação do Código Civil brasileiro de mil novecentos e dezesseis⁵. As ordenações são compostas de cinco livros, subdivididos em títulos, que versam sobre os mais diversos assuntos pertinentes ao Direito da época, desde a compra e venda, como no Livro IV, ao Direito Penal, Livro V.

Destarte, por ser colônia, no Brasil, aplicava-se a ordem jurídica portuguesa que encontrava suas bases nas Ordenações do Reino, doutro modo, todas as leis que incidiam na vida e no território da metrópole, eram teoricamente aplicáveis à colônia, a despeito de algumas incongruências e problemas derivados da grande extensão e o baixo conhecimento para interpretar e aplicar a lei⁶.

Noutras palavras, todas as terras coloniais pertenciam à Coroa portuguesa, e a concessão de pedaços de terra chamados de sesmarias foi o único meio de obtenção de terras e seu título de propriedade.

Dessa maneira, compreendido o escopo de sua aplicação, é necessário delimitar dentro das Ordenações o que são as Sesmarias. No Livro IV, título XVIII, o Código Filipino trata das sesmarias como sendo:

Sesmarias são, propriamente, as dadas de terra, casaes ou pardieiros, que foram, ou são de alguns senhorios, e que já, em outro tempo, foram lavrados e aproveitadas, e agora o não são. As quaes terras, e os bens assi danificados, e destruídos podem e devem ser dados de sesmarias, pelos Sesmeiros, que para isto foram ordenados. E a

⁵ SENADO FEDERAL. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/242733>>. Acesso em 22 junho 2019.

⁶ UNIVERSITAT. **Publicações de Normas no Brasil Colônia**. 20xx. Disponível em <<https://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/xavier2/Publicaciones-de-Normas-no-Brasil-Colonia.cid221840>>. Acesso em 23 junho 2019.

nós somente pertence dar os ditos sesmeiros e os pôr nos lugares onde houver terras ou bem de raízes que de sesmarias se devem dar. ⁷(ALMEIDA, 1870, p. 822).

Candido Mendes de Almeida disserta, em suas notas feitas ao Código Filipino, que há duas prováveis palavras de onde nasceu o termo sesmaria. Há quem diga que veio do termo latino *cæsinae*, algo como os cortes ou rasgões feitos na superfície da terra pela relha do arado ou pela enxada; ainda, que deriva simplesmente do verbo sesmar, partir, dividir, demarcar terras (ALMEIDA, 1870, P. 822). Ademais, é preciso observar a atual dupla acepção do termo *sesmeiro*, ora tido como aquele reparte as terras, ora como aquele a quem se deu uma sesmaria para cultivar⁸.

Conhecidas as sesmarias, então, como a única forma de aquisição de título de propriedade na colônia, são elas, portanto, concessões das terras pertencentes à Coroa, que foram aproveitadas, mas que agora não o são. A despeito das terras virgens brasileiras não poderem ser dadas como sesmarias, por não terem sido aproveitadas em outra época, assim foram tratadas, porquanto se achavam desaproveitadas (ALMEIDA, 1870, p. 822).

Portanto, como dissertam as Ordenações, todos os bens de raízes ou terras danificados ou destruídos que carecem de alguém que os cuide, lavrem e aproveitem, poderão ser concedidos, por meio dos sesmeiros, como sesmarias àqueles que se proporem a agir de modo a lavrá-las e cultivá-las. Não obstante todas essas exigências, “no Brasil, não havia limite certo para as concessões; as sesmarias variavam. Ora as datas ou dadas eram de meia, ora de légua quadrada” (ALMEIDA, 1870, p. 822). Assim, a observância na extensão das sesmarias concedidas estava não em uma predeterminação de tamanho, mas em julgar a proporcionalidade entre a terra ou bem de raiz concedida e o tempo estipulado para isso.

Em suas outras linhas, as ordenações cuidam em desenrolar acerca de como devem ser adquiridas as sesmarias, estipulando requisitos probatórios e prazos de, por exemplo, um ano para que se ache o proprietário daquela terra ou bens. Mas esse não é o cerne de nossa discussão, por isso não fará falta uma explanação longa sobre isso. No entanto, há que se tocar em um ponto estipulado no código, justamente o mandato de que os sesmeiros não deem maiores terras a uma pessoa de sesmaria que, razoavelmente, pareça não ser possível aproveitá-la no dito tempo (ALMEIDA, 1870, p.823-824).

⁷ As notas de rodapé estão repletas de pertinentes informações históricas e de interpretação acerca do das Ordenações do Reino, Código filipino.

⁸ "sesmeiro", in Dicionário Priberam da Língua Portuguesa, 2019, <http://www.priberam.pt/dlpo/chave> [consultado em 21-06-2019].

Isso é importante, pois reforça a ideia de que a Coroa lusitana tinha o real intento de, não só povoar ao promover a colonização, mas também de aproveitar os extensos territórios das terras da colônia (GARCIA, 1958, p. 9).

AS SESMARIAS PIAUIENSES

O território do estado do Piauí, compreendido como hoje é, na época do Brasil colonial, era parte de capitanias hereditárias distintas: capitanias do Piauí, Itamaracá e Pernambuco (CINTRA, 2015). Demarcadas as capitanias, com intento, por parte da Coroa lusitana, de grande produção açucareira; em 1676, a Casa da torre, comandada por Francisco Dias D'Ávila, partiu em perseguição aos índios gurguês, com a finalidade de tomada do território para produção (LIMA, 2016, p.23 *apud* CHAVES, 1953). No mesmo ano, em outubro, depois de conquistada a terra e dizimados os indígenas, são concedidas, pelo Governador de Pernambuco, Dom Pedro de Almeida, as primeiras sesmarias em território piauiense “a Domingos Afonso Mafrense, Julião Afonso Serra, Francisco Dias D'Ávila e Bernardo Pereira Gago”(NUNES, 1966. p. 72).

Posto que “os domínios privados do século XVII possuíam como origem exclusiva a doação de sesmarias que, no geral, não apresentavam demarcação precisa”(LIMA, 2016, p.23). Solimar Oliveira de Lima faz uma observação, em seu livro: Fazenda: pecuária, agricultura e trabalho no Piauí escravista (séc. XVII – séc. XIX), de que em 1711, o sertanista Domingos Afonso morreu, deixando suas posses para os padres inacianos, ao patrimônio herdado foram acrescentadas outras fazendas, mas que em 1760, as propriedades passaram à administração da Coroa portuguesa, sendo denominadas Fazendas do Real Fiasco ou Fazendas do Fiasco. Findos os laços coloniais, tornaram-se propriedades da nação(LIMA, 2016, p.24) Essa informação é importante para o nosso trabalho, na medida em que revela a enorme incidência que a coroa mantinha sobre as terras coloniais, ao recolher para si as terras ora sem dono.

Batava, então, para a aquisição de propriedades certa influência, “papel e tinta” (ABREU, 1975. P. 260). Assim, formavam-se os grandes proprietários das primeiras terras, fazendas ou sítios, piauienses. Há aqui uma importante distinção feita, por Mott, entre o que eram as fazendas e os sítios, porquanto não apenas de cultivo passou a viver a terra, mas também da pecuária, que apesar de enfrentar péssimas condições nas estradas, ataques de animais, desgarramentos fadigas e furtos, era uma atividade rentável (LIMA, 2016, p.14). “A

fazenda se chama a de gado vacum ou cavalariças ditas vulgarmente currais; sítios se tomam pela fazenda que se cultiva, separada das de gado” (MOTT, 2010, p. 28). À vista disso, uma maior possibilidade do que se fazer com a terra, tendo uma boa rentabilidade, surgiram duas novas figuras, os posseiros e os arrendatários.

O cenário de disputa deu-se em face, logicamente, da terra. As largas propriedades não aproveitadas deram nome a seus donos de sesmeiros absenteeistas. Aqueles que não cultivavam, mas arrendavam suas terras, impunham “o pagamento de dez mil réis, decada ano e de cada fazenda, o que provocou geral clamor”(NUNES, 1966, p. 146) entre os arrendatários. Não bastava essa disputa, surgiram também os “chamados posseiros que, clandestinamente ou desfrutando do consentimento senhorial, passaram a ocupar grandes e médias extensões de forma produtiva, com criação de gados e lavouras”(LIMA, 2016, p.27).


Tamanha eram as contendas que fizeram o ex-governador do Maranhão confessar à Cora portuguesa:

tendo eu corrido todos os domínios de Vossa Majestade em Portugal, Índia e Brasil, me parece que não achei em parte alguma aonde os vassallos de Vossa Majestade experimentassem de outro vassallo mais violências.(MARTINS, 1944. p. 28).

Solimar (LIMA, 2016, p.32) associa dois fatos históricos importantes à época, decorrentes dessas contendas entre sesmeiros, posseiros e arrendatários: a concessão de 16 sesmarias nas terras piauienses, em 1743, e, dez anos depois, as provisões do Conselho Ultramarino de 11 e 23 de abril e uma de 2 de agosto que consideraram “cassadas, anuladas e abolidas todas as datas, ordens e sentenças” relacionadas às disputas de terras envolvendo “antigos e novos possuidores” (LIMA, 2016, p.32 *apud* NUNES, 1966. p. 149) e a de 20 de agosto, dirigida ao governador de Pernambuco, que se posicionou efetivamente em relação aos conflitos e às tensões.

A decisão da Coroa lusitana, por meio das provisões, solucionou os problemas de maneira sábia, valendo-se de uma logística para manter e ampliar as suas alianças. Respalhada nos argumentos de que

evitar as pressões e prejuízos que se me têm representado haverem parecidos moradores de Piauí, Sertão da Bahia e dessa capitania de Pernambuco, por ocasião das contendas e litígios que se lhe moveram os chamados sesmeiros de um exercício excessivo número de Léguas de terra de sesmaria que nulamente possuem por não se cumprir o fim para que se concederam(LIMA, 2016, p.32 - 33. *apud* Cf. COSTA, 1974, p. 114).



E de que também os proprietários das sesmarias enfrentaram vexações⁹ (COSTA, 1974, p. 121 – 123.), a decisão real, segundo Solimar, possibilitou dois desdobramentos disciplinares. São eles a organização do espaço e a organização social, haja vista delimitou os tantos de terras concedidos por sesmarias, ao reorganizar o território, e, conseqüentemente, deu luz a uma nova conjuntura social, uma vez que a sociedade da época era pautada nas posses de terras.

No que respeita à organização social, a provisão validou duas categorias de latifundiários como estratégia de consolidação de poder sobre o território; manteve a presença de grandes proprietários absenteístas, garantido propriedades e permitindo a ampliação de posses; e oficializou a existência, a partir dos arrendatários e posseiros, de grandes proprietários residentes e domiciliados nas terras. O governo garantia, com a medida, antigas alianças e criava novas, importantes para assegurar o controle sobre o progresso de ocupação. O novo status conferido aos não proprietários traria mudanças significativas nos rumos não só da estrutura social, mas também da produção. (LIMA, 2016, p.37).

A provisão apresentou-se, assim, de forma clara e eficiente, na medida em que estabeleceu o nomeado desembargador Manuel Sarmiento, cuja diligência deveria ser feita primeiramente no Piauí, para que examinasse os tais sítios a que se referem às disputas, ouvindo as partes, sem figura de juízo, e desse modo pudessem conceder as tais sesmarias de acordo com o observado na prática – quem estava com a posse da terra, se estavam sendo cultivadas e por quem estavam sendo aproveitadas. O intento, portanto, era de determinar as terras que os sesmeiros têm cultivado por se acharem ainda incultas, além de examinar também aquelas que se acham cultivadas e povoadas por outras pessoas à sua custa, porque nelas teriam os seus cultores e povoadores preferência pedindo de sesmarias as terras, ainda que fossem lhe dadas de aforamento ou arrendamento. Nisso consistiu boa parte da incipiência do ato (LIMA, 2016, p.32-37).

Ademais, além de demarcar as sesmarias por áreas de três léguas de comprimento e uma de largura (cerca de treze mil hectares) e a distância de uma légua (cerca de seis quilômetros) entre as propriedades, as provisões ordenaram que essa distância entre as fazendas seria conhecida como a “roça dos comuns”, passível de entrar “igualmente os vizinhos a procurar os seus gados, sem contudo poderem nela levantar casas ou currais”(LIMA, 2016, p.36). Por consequência, a instituição da roça dos comuns traria um favorecimento enorme para a pecuária, porquanto era praticada de forma intensiva, no séc. XVIII.

⁹ Vide a transcrição da provisão citada em COSTA, F. A., 1974, p. 121 – 123.

A PERDA DA SESMARIA

Já nos é conhecido que as sesmarias eram a única forma de aquisição de título de propriedade – “constituem o regime jurídico básico acerca da terra”¹⁰ (NOZOE) , e que, portanto, a perda da propriedade de qualquer terra ou bem de raiz implicava, na realidade, na perda de um título de sesmarias. Ou seja, a perda da propriedade consiste em fazer aquele bem – de raiz, fazenda ou sítio – voltar ao seu estado anterior ao da concessão da sesmaria. O modo, os resultados e as razões da perda de uma sesmaria são disciplinados também no quarto livro das Ordenações, em seu título quarenta e três – “Das Sesmarias”.

Antes de elucidar aqui os dispostos nas ordenações acerca da perda da propriedade, faz-se necessário lembrar que, além de simplesmente dadas de terras, casas e/ou pardieiros, a fim de que sejam aproveitados, lavrados e cuidados, a concessão de sesmarias implicava em um tempo para que tudo isso fosse feito, devendo as suas proporções estarem de acordo com o devido tempo estipulado: “E serão avisados os Sesmeiros de que não dêem maiores terras a huma pessoa de sesmarias, que as que razoadamente parecer que no dito tempo poderão aproveitar” (ALMEIDA, 1870, p.823-827).

Assim, o primeiro ponto a ser tocado é: existe um tempo para que aquele a quem é concedida a sesmaria aja de acordo com o prescrito em lei, dando-se de tal forma:

E em qualquer caso que os Sesmeiros dêem sesmarias, assinem sempre tempo aos que as derem ao mais de cinco annos, e dahipara baixo, segundo a qualidade das sesmarias, que as lavrem, e aproveitem sob certa pena, segundo virem, que o caso require, a qual não passará de mil réis, e será para nossa Camera, se as terras forem tributarias, e os tributos se arrecadarem para Nós, e se separa outrem se arrecadarem, que tragão as terras de nossa mão, serão as penas para elles, por se melhor requererem. E se as terras forem isentas serão as penas para os Concelhos onde estiverem. E não lhes assinando certo termo a que aproveitem, Nós por esta Ordenação lhe havemos por assinados cinco annos. (ALMEIDA, 1870, p.823).

Assim sendo, fazia-se necessária a assinatura do Sesmeiro para estipular o tempo das sesmarias aos que as concederem, se superior a cinco anos ou disto a menos, em consonância com a qualidade dela. Caso não assinado o tempo, a Ordenação estipula-o como de cinco para que se hajam feitas as devidas modificações ou proveitos. Ademais, esse preceito gozava de uma força coercitiva repressiva, a pena. Caso não cumpridos os requisitos, aplicar-se-ia uma pena pecuniária, com um destino estabelecido de acordo com o disposto no código, não ultrapassando mil conto de réis.

¹⁰ NOZOE, Nelson. **Sesmarias e apossamento de terras no Brasil colônia**. 201x.21fls. Artigo. Universidade de São Paulo. p.02

Caso decorrido o tempo estabelecido e não lavradas ou cuidadas estiverem as sesmarias:

E se as pessoas a que assi forem dadas as sesmarias, as não aproveitarem ao tempo que lhes for assinado, ou no tempo que nesta Ordenação lhes assinamos, quando expressamente lhe não for assinado, façam logo os Sesmeiros executar a penas que lhes forem postas e dêem as terras que não stiverem aproveitadas, a outros que as aproveitem, assinando-lhes tempo, e pondo-lhes a dita pena.(ALMEIDA, 1870, p.824).

Contudo, são reservados os direitos de provar o contrário, se fizeram uso das sesmarias:

Porém, aquelle a que primeiro foram dadas, se tiver legítimos embargos a se darem, poderá requerer sua justiça. E os autos que os Sesmeiros fizerem, sejam escritos por Tabellião ou Serivão que de Nós tenha para isso autoridade. E nas Cartas de sesmarias se ponha sumariamente a substancia dos ditos autos, para se saber se foram dadas como deviam.(ALMEIDA, 1870, p.824).


Ainda no mesmo sentido, as Ordenações cuidaram também de disciplinar os possíveis casos em que se achem aproveitadas as sesmarias, além de determinar que não haja citação de antigo proprietário para o caso daquelas sesmarias que não se acharem aproveitadas:

E as que lhes acharem aproveitadas lhesdeixarão com mais algum logradourodo que não stiver aproveitado, quanto lhesparecer necessário para a terra aproveitadasque lhes ficam. E as que não stiveremaproveitadas darão sem ser citada apessoa aque primeiro foram dadas. (ALMEIDA, 1870, p.824).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fator tempo aliado à condição de se acharem não aproveitadas as sesmarias ao findar-se o prazo apresentou-se como o motivo central, dentro das Ordenações Filipinas, para que ocorresse a perda da dada de terra ou bem de raiz. Noutra esteira, é possível afirmar a função social da propriedade como o real fator determinante – lavrá-las, utilizá-las, ou seja, tirar proveito daquela concessão de propriedade. Isso porque a exigência de que se tire proveito da terra, em um prazo de tempo predeterminado, antes analisado e julgado suficiente para fazer jus ao mandato, torna clarividente o escopo da Coroa em conceder as propriedades, dar-lhes uma finalidade ou, ainda, valer-se das sesmarias como meio para promover a colonização, como disserta Paulo Garcia, em *Terras devolutas; defesa possessória, usucapião, regime Torrens*(GARCIA, 1958, p. 9).

Compreendida a delimitação estabelecida nas Ordenações, é possível analisar o caso das sesmarias piauienses com mais propriedade. Uma vez que a redistribuição das terras não se deu, tão somente, em face do absenteísmopraticado por parte do proprietários das grandes



porções de sesmarias do Piauí, mas também devido à situação caótica e ao clima de enfrentamento entre os sesmeiros – aqui no sentido de proprietários das sesmarias – e às figuras novas, oriundas da situação de inercia em que se mantinham os sesmeiros, em face de suas sesmarias, os posseiros e arrendatários. É importante relatar que o foco do autor de “Fazenda”, Solimar, não era analisar a fundo as sesmarias, tampouco dissertar acerca delas como um instituto jurídico, por isso, muito provavelmente, não ressaltou o aspecto majoritário da provisão da Coroa Lusitana, por meio do Conselho Ultramarino.

Entretanto, o fato de o autor fazer menção e uma breve explanação quanto às provisões, que consideraram “cassadas, anuladas e abolidas todas as datas, ordens e sentenças” concernentes às disputas de terras que envolviam “antigos e novos possuidores” (LIMA, 2016, p.32 apud NUNES, 1966. p. 149) e à provisão que, depois, redistribuiu o território piauiense, conferindo-lhe uma nova conjuntura, nos revela o caráter majoritariamente político dessas decisões. Haja vista, alinhada ao aspecto jurídico de fazer valer o que a lei dispunha acerca da função esperada das sesmarias, disciplinada nas Ordenações do Reino, a provisão de 2 de agosto de 1753, como disserta Solimar, teve o intento de posicionar-se “efetivamente em relação aos conflitos e às contendadas”, cuidar de um fato que se refere às organizações geográfica, social e política (LIMA, 2016).

Além disso, não somente era o intento, como foi o realizado. Solimar sustenta que, no que se refere à organização social, a provisão dirimiu as contendadas, formando uma nova conjuntura. Conservou as antigas alianças com os proprietários – ainda que sesmeiros absenteístas, não lhes retirando as terras como prescrito em lei – e consolidou novas com as figuras dos arrendatários e posseiros (LIMA, 2016).

Assim, mais do que preocupado com a letra da lei, o Conselho ultramarino mostrou-se concentrado em agir politicamente, ao buscar a forma sábia de moldar o tecido político-social.

A julgar pelos fatos narrados e pelas disposições contidas nos livros das Ordenações, desvela-se um conjunto de traços idiossincráticos pertencentes ao Brasil e ao modo como os seus dilemas foram dirimidos. Concluimos, portanto, que, além dos aspectos estritamente jurídicos da perda das sesmarias, ou melhor, da propriedade, fora considerados, no caso concreto das sesmarias piauienses, ora destrinchado no presente trabalho, outros aspectos, como político-organizacionais ou sociais, cuja importância obteve-lhes os papéis de

protagonistas na tomada de decisão do Conselho, no que concerne à perda das sesmarias ou, como se propõe esse trabalho, da propriedade.

REFERÊNCIAS

ABREU, Capitalismo de. **Caminhos antigos e povoamento do Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira; Brasília: INL, 1975.

ALMEIDA, Candido Mendes de. **Ordenações e leis do Reino de Portugal**. Rio de Janeiro. 1870.

CINTRA, Jorge Pimentel. As capitânicas hereditárias no mapa de Luís Teixeira. **Anais do Museu Paulista: História e Cultura Material**, v. 23, n. 2, p. 11-42, 2015.

CORRÊA, Dora Shellard. Historiadores e cronistas e a paisagem da colônia Brasil. **Revista Brasileira de História**, v. 26, n. 51, p. 63-87, 2006.

IBGE (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICAS). **Agência**. 2012. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/14318-asi-ibge-apresenta-nova-area-territorial-brasileira-8515767049-km>>. Acesso em 22 junho 2019.

INFOESCOLA: **Grandes Navegações**. 201x. Disponível em:<<https://www.infoescola.com/historia/grandes-navegacoes/>>. Acesso em 21 junho 2019.

GARCIA, Paulo. **Terras devolutas; defesa possessória, usucapião, regime Torrens. Ação discriminatória**. Belo Horizonte: Edição da Livraria Oscar Nicolai.

LIMA, Ruy Cirne. **Pequena história territorial do Brasil: sesmarias e terras devolutas**.4.ed. Brasília: ESAF, 1988.

LIMA, Solimar Oliveira. **Fazenda** (pecuária, agricultura e trabalho no Piauí escravistas séc. XVII - séc XIX). Universidade Federal do Piauí. 2016.


MARTINS, F.A. Oliveira. **Um herói esquecido**(Diário da viagem de regresso para o reino de João da Maia da Gama, e de inspecção das Barras do Rio do Maranhão das capitânicas do Norte, em 1728). Lisboa: Agência Geral das Colônias, 1944.

MINISTÉRIO DA CULTURA. **A carta de Pero Vaz de Caminha**. 20xx. Disponível em: <http://objdigital.bn.br/Acervo_Digital/Livros_eletronicos/carta.pdf>. Acesso em 20 junho 2019.

MERÊA, Paulo. **A solução tradicional da colonização do Brasil**. DIAS, Carlos Malheiro (Dir.). *História da colonização portuguesa no Brasil*. Porto: Litografia Nacional, 1924.

MOTT, Luiz. **Piauí colonial: população, economia e sociedade**. Teresina: APL; Fundac: Detran, 2010.

NOZOE, Nelson. **Sesmarias e apossamento de terras no Brasil colônia**. 201x.21fls. Artigo. Universidade de São Paulo.



NUNES, Odilon. **Pesquisas para a história do Piauí**. Teresina: Imprensa Oficial, 1966.

UNIVERSITAT. **Publicações de Normas no Brasil Colônia** . 20xx. Disponível em <<https://fci.uib.es/Servicios/libros/veracruz/xavier2/Publicacoes-de-Normas-no-Brasil-Colonia.cid221840>>. Acesso em 23 junho 2019.

CAPÍTULO 5

DESAFIOS CONTEMPORÂNEOS DO DIREITO PENAL: UMA REFLEXÃO CRÍTICA

Diana Melissa Ferreira Alves Diniz, Mestranda em Direito pela Universidade Federal Rural do Semiárido – UFRSA. Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Regional do Cariri – URCA. Professora temporária na URCA

RESUMO

O presente trabalho teve como objetivo analisar os desafios que o Direito Penal dos Estados Democráticos de Direito tem enfrentado em meio ao contexto contemporâneo, pautado pela crise da pós-modernidade, pela sociedade de risco e pela anomia. Para tanto, foram abordados os princípios centrais do ramo jurídico, sua função e questões intrínsecas a ele. Dessa forma, utilizou-se do método dialético, para vislumbrar a temática em sua totalidade, historicidade e movimento, no sentido considerar os aspectos jurídicos, mas também sociais. A pesquisa, por sua vez, foi bibliográfica e qualitativa. Como síntese dos resultados, observou-se a necessidade de reflexões críticas que considerem os desafios atuais do Direito Penal para além de perspectiva punitivista.

Palavras-chave: Direito Penal. Princípios. Sociedade de risco. Anomia. Desafios contemporâneos.

INTRODUÇÃO

A vida em sociedade é marcada pela existência de determinados valores e crenças coletivas. Esses valores têm a função de gerar estabilização e integração social, quanto mais fortes e menos questionados eles são, mais coesa é a sociedade. Entretanto, há momentos em que ocorre uma perda de efetividade ou desmoronamento das normas e dos valores vigentes que mantêm o equilíbrio e harmonia. O fenômeno da anomia se dá quando ocorre uma “crise de coesão social”, havendo ausência de regras na sociedade.

Diante disto, é inevitável perceber que a pós-modernidade se apresenta como uma grande crise de coesão social. Se os valores estão sendo constantemente redefinidos, não é de espantar que o equilíbrio entre a sociedade e os mesmos seja alterado, o que terá grandes reflexos no campo do Direito, inclusive, penal. Nesse sentido, o momento atual faz surgirem desafios para esse ramo jurídico nos Estados Democráticos de Direito.

Surge, portanto, o problema central da pesquisa: é possível uma reflexão crítica frente aos desafios contemporâneos que enfrenta o Direito Penal nos Estados Democráticos de

Direito com resposta para além do punitivismo?

Para respondê-lo, pautou-se pelo método dialético de abordagem para analisar o conceito, os princípios e função do Direito Penal em sua totalidade, historicidade e movimento, atendo-se não só para os aspectos jurídicos, mas também sociais. Utilizou-se da pesquisa bibliográfica e qualitativa por meio de livros, artigos e periódicos.

Inicialmente, tratou-se dos aspectos e eixos do Direito Penal, buscando-se entender quais os princípios que o norteiam nos Estados de Direito, como é o caso do brasileiro, que traz previsões constitucionais principiológicas a respeito do tema.

Observou-se, em seguida, a ideia de bem jurídico e a forma como as leis criminais podem servir de instrumentos de controle social, sendo manobrado pela estrutura de poder vigente. Nesse sentido, tratou-se da política criminal e da Teoria do Etiquetamento.

Dando-se sequência, questionou-se a função do Direito Penal, obtendo as respostas do funcionalismo sistêmico e teleológico, bem como observou-se as funções da pena. Tratou-se, ainda, das formas de coesão social, abordando a influência de contextos anômicos na sociedade e no mundo jurídico.

Por fim, observou-se os reflexos da pós-modernidade no Direito Penal, versando-se sobre a questão da sociedade de risco e da nova criminalidade, percebendo-se a necessidade de um esforço teórico crítico para oferecer soluções que possam ir além do simples punitivismo.

DESENVOLVIMENTO

Na seção serão abordados conceitos acerca do Direito Penal e de alguns de seus institutos, cujo entendimento se faz necessário para compreender os desafios contemporâneos pelos quais o ramo jurídico passa. Nesse contexto, é mister analisar a Política criminal e o sistema penal enquanto instrumentos de poder, eis que são formas de controle que atuam para manter a estrutura social vigente.

Além disto, é preciso considerar o contexto social atual. Nos tempos incertos da pós-modernidade, a sociedade se depara com inúmeros problemas e finda por eleger o Direito Penal como a primeira solução, mesmo quando há formas de solução de conflitos menos gravosas e mais adequadas.

Essa ideia abre espaço para a aposta na produção exacerbada de legislações criminalizantes e para o recrudescimento das penas já existentes. É assim que as tendências punitivistas findam por adentrar sorrateiramente nos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito, como se verá adiante.


Para a literatura criminal, o conceito de Direito Penal não reside apenas em um aspecto. Para Cunha (2017), ele se materializa em três eixos, o formal ou estático; o material; e o sociológico ou dinâmico. Sob o aspecto formal, trata-se de um conjunto de normas que cria infrações penais a partir da qualificação de determinados comportamentos humanos reprovados e atribui sanções para lhes serem aplicadas. Sob o aspecto material, atenta para os comportamentos reprováveis que atinjam os bens jurídicos indispensável à conservação do organismo social e de seu progresso.

O aspecto sociológico do Direito Penal é de especial relevância, pois é entendido como mais um instrumento de controle social de comportamentos desviados que se distingue dos demais ramos do direito por uma característica peculiar, isto é, ser a *ultimaratio*, aplicando-se de forma subsidiária e fragmentária, para proteger apenas os bens jurídicos mais importantes.

Por sua vez, Zaffaroni e Pierangeli (2011) entendem que a expressão Direito Penal designa duas entidades diferentes, a legislação penal e o seu sistema de interpretação. A legislação penal refere-se ao conjunto normativo que almeja a tutela de bens jurídicos, cuja violação é o “delito”, que deve ter como consequência uma reprimenda jurídica grave, com fim de prevenir a ocorrência de novos delitos por parte do autor. Já o sistema de interpretação da legislação penal é o que se tem por “saber do direito penal”, que é o sistema de compreensão de seu objeto, o próprio direito penal.

Nucci (2014), por seu turno, entende que o Direito Penal se trata de um conjunto de normas jurídicas voltado à fixação dos limites do poder de punir estatal, que institui as infrações, as sanções penais respectivas e, ainda, as regras de sua aplicação. Fato é que, nos Estados de Direito, o Direito Penal carrega uma carga principiológica, sem a qual é impossível compreendê-lo. Desta feita, serão analisados seus Princípios basilares.

Primeiramente, observa-se que há dois princípios intimamente relacionados à missão fundamental do Direito Penal, que são o Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos e o Princípio da Intervenção Mínima.



Nota-se que a noção de “bem jurídico” é fundamental em sede de Direito penal. Neste sentido, o bem jurídico nada mais é do que um ente material ou imaterial definido como de especial relevância para a sociedade e que emana dos valores erigidos na Constituição e nos princípios do Estado Democrático de Direito (CUNHA, 2017).


Assim, o Princípio da exclusiva proteção de bens jurídicos significa que os tipos penais devem ser pautados de forma proibir condutas que exponham a perigo ou lesionem os bens jurídicos indispensáveis para aquela sociedade. Por sua vez, o Princípio da intervenção mínima destaca o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal, no sentido de que sua aplicação fica restrita ao fracasso das demais esferas de controle, bem como, que somente deve ser aplicado nos casos de estrita necessidade, perante ofensa ou perigo de lesão considerados graves(CUNHA, 2017).

Também têm grande relevância os princípios relacionados com o fato do agente, quais sejam, Exteriorização do fato, Legalidade e Lesividade. O Princípio da exteriorização do fato muito nos interessa, tendo em vista que ele significa que está vedado o direito penal do autor, ideia muito próxima ao direito penal do inimigo, que será oportunamente abordada no próximo capítulo. Por este princípio, de forma simples, tem-se que o Estado somente pode criminalizar as condutas humanas que sejam voluntárias e não as condições existenciais ou internas do indivíduo(CUNHA, 2017).

Por seu turno, o Princípio da Legalidade é garantia fundamental prevista na Constituição Federal da República e dispõe que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer nada senão em virtude da lei”, bem como que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”(BRASIL, 1988).

Fato é que se faz possível tecer muitas considerações acerca deste princípio, entretanto, não cabe fazê-lo nesta monografia, sendo suficiente perceber que, quando se fala em Princípio da Legalidade no âmbito penal, refere-se a uma limitação real do poder do Estado, quando atua na esfera das liberdades individuais(CUNHA, 2017).

Já o Princípio da Lesividade (*nullumcrimensineiniuria*) se destina tanto ao legislador, quanto ao aplicador da norma penal, eis que ambos devem observar se a conduta efetivamente causou lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico protegido. Nesse sentido, há uma discussão a respeito dos crimes de perigo abstrato, que tem se tornado uma tendência da produção legislativa atual(CUNHA, 2017).



Dentre os princípios relacionados com o agente do fato, destacam-se o da Responsabilidade pessoal; da Responsabilidade subjetiva; da Culpabilidade e da Presunção de inocência (não culpa).

O Princípio da responsabilidade pessoal atua no sentido da vedação de responsabilização pelo fato de outrem. Da mesma forma, não há em sede penal, responsabilidade coletiva. Nesse sentido, é obrigatório que haja a individualização tanto da acusação, quanto da pena. Já o Princípio da responsabilidade subjetiva, ensina que não basta que o agente tenha causado o fato, é preciso que tenha agido com dolo ou culpa para que haja sua responsabilização(CUNHA, 2017).


Por Princípio da culpabilidade, entende-se que o Estado somente pode atuar com seu poder de punir, impondo sanção penal, caso o agente seja penalmente capaz, isto é, imputável, bem como exista perante a conduta, potencial consciência da ilicitude e ainda, quando for possível exigir dele conduta diversa(CUNHA, 2017).

Quanto ao Princípio da presunção de inocência, previsto constitucionalmente no art. 5º, LVII, que dispõe que: *“ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”*, temos que se trata, na verdade, de uma presunção de não culpabilidade, eis que visa impedir a incidência dos efeitos condenatórios antes do trânsito em julgado. Ressalte-se que, atualmente, o entendimento jurisprudencial superior é de que a prisão após a apreciação de recurso em segunda instância não ofende tal princípio, nem qualquer ditame constitucional (BRASIL, 1988).

Por fim, há os princípios relacionados com as penas, dentre os quais se destacam os seguintes: Princípio da dignidade da pessoa humana, Princípio da individualização da pena, Princípio da proporcionalidade, Princípio da pessoalidade e Princípio da Vedação de *“bis in idem”*.

O primeiro aduz que não haverá penas ofensivas à dignidade da pessoa humana, isto é, indignas, cruéis, desumanas ou degradantes. O segundo é previsto constitucionalmente e ensina que tanto na definição do crime pelo legislador, quanto na aplicação e na execução da pena deverá ser observada a sua individualização(CUNHA, 2017).

O Princípio da proporcionalidade em sede penal tira fundamento lógico da ideia de individualização da pena, eis que para que a sanção atinja seu objetivo, deve estar ajustada não só à relevância do bem jurídico protegido, mas também às condições pessoais do agente.



Previsto na Carta Magna, o princípio da pessoalidade ensina que “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado*”(CUNHA, 2017).

Por último, disposto no Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional, o Princípio do “*ne bis in idem*” significa que ninguém pode ser processado duas vezes pelo mesmo crime, condenado duas vezes pelo mesmo fato, tampouco sofrer duas execuções por condenações relacionadas a um único fato.

Por todo o exposto, percebe-se que as normas jurídicas penais, parte de um ordenamento jurídico fundado nos princípios do Estado de Direito, visam proteger determinados bens jurídicos que são alçados à condição de maior importância pelo legislador, que deve se basear nos valores que permeiam a sociedade.


Ademais, as leis criminais também servem como forma de controle, devendo ter a finalidade de preservar o organismo social. Entretanto, o poder dado ao órgão legiferante pode ser utilizado para a obtenção de interesses diversos, como os econômicos e políticos, fazendo operar diferentes formas de opressão de alguns indivíduos sobre outros. Neste diapasão, fazem-se pertinentes os conceitos de sistema penal e política criminal, expostos a seguir.

Partindo das concepções dos autores argentino e brasileiro, Zaffaroni e Piarangeli (2011), entende-se que o sistema penal é responsável por selecionar e criminalizar pessoas dentro do âmbito estabelecido pela lei penal. Assim, a legislação não se mostra como um objeto em si mesmo, mas que se realiza, a partir de seu caráter programático. As soluções propostas pelos postulantes dependem da posição política adotada.

Neste sentido, há teóricos que, diante da percepção de que o Direito Penal serve à estrutura social de poder vigente, sugerem a sua aniquilação e conseqüente substituição por uma estrutura não marginalizante. Por outro lado, há os que defendem um sistema que previna pelo terror, pois creem na eficácia preventiva do Direito Penal. São os que levantam o argumento “pela segurança nacional” como é o caso da nova direita em países centrais e da ultradireita norte-americana (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011).

É neste contexto que surge relevante questão que será abordada no presente trabalho, que reside na confrontação entre a realidade do Direito Penal e a efetivação dos Direitos e das Garantias previstos no ordenamento jurídico do Estado Democrático de Direito.

É possível dizer que o conceito de sistema penal muito se aproxima do de política criminal que tem a exclusiva finalidade teleológica de trabalhar estratégias e meios de



controle social da criminalidade. Desse modo, ela se coloca em posição anterior ao direito vigente, pois orienta à produção e à reforma da legislação (CUNHA, 2017).

O termo política criminal surgiu no princípio do século XX, ao dar nome a uma corrente doutrinária que apresentava soluções legislativas voltadas para uma maior repressão da criminalidade. Depois, a Organização das Nações Unidas(ONU) passou a utilizar o termo para determinar os critérios orientadores da legislação e os projetos e programas voltados à prevenção do crime e ao controle da criminalidade (NUCCI, 2014).


Zaffaroni e Piarangeli, por seu turno, entendem a política criminal como um fenômeno oriundo dos atos do governo que diz respeito ao âmbito criminal. Para os autores, a política criminal tem função de guia e de crítica. A norma teria origem na decisão política, mas essa relação seria cortada pelo princípio da legalidade. Desta feita, o bem jurídico tutelado, escolhido por uma decisão política, é o componente com valor teleológico, isto é, que aponta a finalidade da norma (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011).

Isto posto, há uma interessante teoria criminológica que parece demonstrar a relação de poder intrínseca a estes institutos. É o “*Labeling Approach*”, que surgiu na criminologia crítica e tem como objeto de estudo o controle social. Desta forma, o sistema penal é encarado como fenômeno de controle, pois, ao criar o controle social formal, cria também a criminalidade a serviço de uma sociedade desigual (NOBREGA, 2009).

Esta teoria é uma corrente de pensamento de transição entre o paradigma etiológico-determinista e a criminologia crítica moderna. Ela findou por deslocar o foco da pessoa do criminoso e das causas do crime. Passa-se a questionar, então, a definição de criminoso, quem são os sujeitos assim definidos e quais efeitos surgem da atribuição desta condição. Assim, os estudos ficaram concentrados nos processos sociais que culminam na criminalização de condutas e no poder de defini-las.

Em suma, o questionamento principal do “*Labeling Approach*” seria: por que algumas pessoas são “etiquetadas” (por isto também chamada de teoria do etiquetamento ou rotulação) pela sociedade e outras não são? Nesse sentido, a tese principal que emana é a de que a criminalidade não seria uma qualidade intrínseca da conduta, mas uma etiqueta atribuída a determinados indivíduos por meio de processos de seleção, um processo duplo que passa pela definição legal de crime e da seleção que etiqueta um autor (NOBREGA, 2009).

Assim, não seria a prática dos crimes o fator responsável por rotular alguém, mas os



mecanismos e procedimentos sociais de definição e seleção, eis que, para a sociedade, o delinquente é aquele que preenche certos requisitos e é etiquetado pelas instâncias criminalizadoras. Acerca do tema:

desvio primário é consequência de uma série de fatores socioeconômico culturais e psicológicos, enquanto que os desvios subsequentes são resultados de um etiquetamento que é atribuído ao indivíduo pela sociedade e tem como finalidade a estigmatização, pois trata-se de um sistema desigual de atribuições de estereótipos. Isso ocorre porque a intervenção do sistema penal, nas penas detentivas, ao invés de reeducar para o convívio na sociedade acaba por consolidar uma identidade desviante do condenado e o seu ingresso em uma verdadeira carreira criminal (NOBREGA, 2009, p. 03).


Por tudo isto, percebe-se que, enquanto o sistema penal criminaliza pessoas, a política criminal criminaliza (ou descriminaliza) condutas, atentando para o crime enquanto valor. A utilização destes institutos torna-se perigosa ao passo que as pessoas e as condutas são criminalizadas para sedimentar a violência autoritária das elites, através de programas repressivos de controle da criminalidade voltados para o “inimigo” mais adequado para os detentores do poder, aquele que é geralmente “etiquetado”.

Ante a estas colocações, faz-se necessário questionar a quem serve o direito penal numa sociedade globalizada, marcada pelo avanço tecnológico, mas ao mesmo ainda traduzida na contradição capital/assalariado? As teorias políticas da criminalização redefinem o crime como fenômeno social criado pela lei penal e o criminoso como sujeito estigmatizado pelo sistema. Por tudo isto, indaga-se qual a verdadeira função do Direito Penal.

O Funcionalismo busca explicar a questão. Ele é apresentado como um fenômeno ou corrente doutrinária atual, cujo objetivo é analisar a função real do Direito Penal e do qual se sobressaem dois seguimentos principais, quais sejam, o Teleológico e o Sistêmico.

Claus Roxin, segundo Cunha (2017), é tido como o maior expoente da corrente teleológica, segundo a qual a função do Direito Penal é assegurar bens jurídicos, isto é, valer-se da política criminal para preservar aqueles valores indispensável à convivência da sociedade.

Gunther Jakobs é o defensor do funcionalismo sistêmico, também chamado de radical, pois assevera que a função do Direito Penal é assegurar o império da norma, resguardando o sistema e demonstrando que o direito está posto e não deve ser violado. O jurista entende que quando o direito penal atua, o bem jurídico já foi ofendido, assim, a função primordial só poderia residir na garantia de validade do sistema (CUNHA, 2017).



Entretanto, outros autores alertam para o fato de antes mesmo da década de 1970, na Europa, havia uma forte pressão sobre as ciências, inclusive a penal, no sentido de uma mudança de perspectiva, não sendo a nomenclatura funcionalismo penal uma novidade (MORAES, 2006).


Moraes (2006, p. 56), dissertando sobre o pensamento de Roxin, pontua que o jurista alemão inseria o funcionalismo na chamada jurisprudência dos valores (*Wertungsjurisprudenz*) que seria um “método segundo o qual as construções jurídicas devem ser conscientemente guiadas por determinados valores e finalidades”. Assim, tal jurisprudência guarda uma questão fundamental que consiste em saber de onde vêm os valores que edificam o sistema.

Percebe-se assim, uma mudança de paradigmas. Os juristas passaram a preterir a questão do conteúdo propriamente dito do Direito para questionarem para que ele serve, transformação esta que objetivava a eficácia do sistema penal. O foco passa a residir no direito de punir do Estado e na busca da prevenção da criminalidade, esteiras para o surgimento dos conceitos de “Direito Penal da Normalidade” e “Direito Penal do Cidadão” de JAKOBS. (MORAES, 2006)

Nesse sentido, Jakobs fundamenta a sua metodologia funcionalista na teoria dos sistemas de Luhmann, bem como atenta para a função preventivo-integradora da pena. O jurista alemão prega a prevenção geral positiva, apresentando a pena como responsável pela validação da norma, isto é, ela tem a função de atuar preventivamente, mantendo a norma e assegurando que a sociedade se preserve como todo orgânico e estabilizando o sistema social (MORAES, 2006).

Por sua vez, Zaffaroni e Piarangeli questionam o sentido de buscar o objetivo da legislação penal, aduzindo que a função social do direito penal expressa no “discurso jurídico” difere daquela que existe de fato na realidade. Entretanto, também nos conduz a necessidade de que ao político e jurista é necessário questionem o tema. Como se depreende do seguinte excerto:

(...)destas perguntas dependerá que, tomando em conta a informação procedente da realidade, o político criará a lei e indicará reformas legislativas que aproximem a lei positiva a seus objetivos, enquanto o jurista, também tomando em conta a informação real, buscará pela interpretação o sentido e os limites das disposições legais, de maneira compatível com o objetivo geral. (ZAFFARONI, PIERANGELI, 2011, p. 88)



Neste sentido, os autores apontam que há duas respostas usuais para a questão do objetivo do Direito Penal. A primeira parte da ideia de que ele tem por meta a segurança jurídica, para a outra, seu objetivo é a proteção da sociedade. Para os partidários da segurança jurídica, a pena tem caráter de prevenção geral, tendo efeito sobre a comunidade jurídica, isto é, se direciona aos que não delinquiram, para que não o façam. Para os teóricos da defesa social, a pena tem caráter preventivo especial, se direcionando o delinquente para que não volte a fazê-lo.


Ressalte-se que a pena enquanto prevenção geral é característica do funcionalismo radical defendido por Jakobs e é base estrutural da Teoria do Inimigo, conforme foi dito anteriormente. Interessante observar que os juristas oferecem uma crítica a tese da prevenção geral, posto que ela se dá por meio do “exemplo”, que é o caminho para a “repressão intimidatória” e, por conseguinte, para a vingança.

A prevenção, desta forma, atuaria voltada a mecanismos inconscientes de uma multidão anônima, não sendo legítima que o direito penal atue como instrumento de vingança voltado a ela, alimentando, assim, o irracionalismo vingativo para obter o controle social (ZAFFARONI & PIERANGELI, 2011).

Somente num Estado autoritário se admitem tais meios, pois funcionam como autêntico instrumento de dominação. Por outro lado, no Estado do Direito, se aspira a formação de cidadãos conscientes e responsáveis que se afastem do conceito de multidão irracional. Somente o direito penal de uma sociedade como esta mostrará verdadeira aspiração libertadora.

Pelo exposto, percebe-se que, para o funcionalismo, o Direito Penal tem uma função dentro da ordem jurídica e os seus institutos devem ser compreendidos de acordo com ela. A função do Direito Penal reside na proteção de bens jurídicos, segundo o funcionalismo teleológico e, na preservação da vigência do sistema, segundo o funcionalismo sistêmico.

O que se questiona, diante disto e da análise crítica a respeito do tema, é: quem define os bens jurídicos relevantes e que fatores orientam o sistema penal? No Brasil, em termos teóricos, os responsáveis são os representantes eleitos democraticamente. Entretanto, atualmente, não apenas no país, mas em sede global se tem enfrentado uma verdadeira crise de representatividade em que os poderes legiferantes parecem afastar-se cada vez mais dos interesses da sociedade, como também ignorar os princípios que sedimentam a ciência penal.



O funcionalismo mostra a “ponta de iceberg” e instiga a questionar os interesses que fundamentam os rumos que o Direito Penal está tomando. Para compreender este fenômeno, atentar-se-á, a seguir, para o contexto do direito penal contemporâneo e seus desafios.

Acredita-se que toda sociedade pressupõe a existência de determinados valores e crenças coletivas. Esses valores têm a função de gerar estabilização e integração social, quanto mais fortes e menos questionados eles são, mais coesa é a sociedade.


Alguns exemplos destes sistemas de valores são os meios de coerção social, por exemplo o Direito, a Moral e as Regras do trato social. Por exemplo, ao confeccionar a Constituição Federal de 1988, o constituinte cuidou de ouvir os diversos segmentos sociais, para fazer com que a Lei Maior fosse uma grande síntese dos valores que permeavam a sociedade da época. Desse modo, os princípios fundamentais erigidos na Constituição podem ser entendidos como valores estáveis, que atingem a esfera do indivíduo como um fato social – são exteriores, gerais e coercitivos.

Entretanto, há momentos em que ocorre uma perda de efetividade ou desmoronamento das normas e dos valores vigentes que mantêm o equilíbrio e harmonia. Esse movimento gera profundas alterações sociais que debilitam a consciência coletiva, entendida como uma espécie de poder regulador necessário que limita e modela os apetites e as expectativas individuais. Os sociólogos chamam este fenômeno de Anomia, sendo os maiores estudiosos do tema Durkheim e Merton(SABADELL, 2014)

Segundo as ideias de Émile Durkheim, o fenômeno da anomia se dá quando ocorre uma “crise de coesão social”, havendo ausência de regras na sociedade. Assim, gera-se o caos, fazendo com que a normalidade social não seja mantida. Surge um estado marcado pela falta de regulamentação, paixões ilimitadas, horizontes infinitos e tormento (SABADELL, 2014).

Ante o exposto, é inevitável perceber que a pós-modernidade se apresenta como uma grande crise de coesão social. Se os valores estão sendo constantemente redefinidos, não é de espantar que o equilíbrio entre a sociedade e os mesmos seja alterado, o que terá grandes reflexos no campo do Direito.

Pode-se dizer que na história recente há três grandes exemplos de crises anômicas de caráter global: a “Grande depressão”, também chamada de crise de 1929; o pós-segunda guerra mundial; e o atentado às Torres gêmeas, nos Estados Unidos, em 2001. O pós-guerra é



tido para muitos como uma espécie de marco inicial da pós-modernidade, que vem se desdobrando e perpassa esta última crise de anomia pós-atentado.

Assim, não é sem motivo que a literatura especializada tem se dedicado à ideia de Pós-modernidade, tentando defini-la e conceituá-la, embora não haja consensos. Entende-se que se trata de um estado atual das coisas, um processo de modificações sobre as diversas dimensões da experiência contemporânea de mundo (valores, hábitos, ações grupais, necessidades coletivas, concepções, regras sociais, modos de organização institucional...) (BITTAR, 2009).


Aceita-se que ela não chega consolidada, não nasce de uma escola filosófica e vem ainda impregnada de valores modernos, surgindo na segunda metade do século XX. Em acepção cabível, é um olhar crítico da sociedade para suas próprias mazelas, uma tentativa de superar os erros cometidos na Modernidade, uma reestruturação da vida e do projeto social, um processo dialético de transformação da cultura, da sociedade e conseqüentemente, do mundo jurídico (BITTAR, 2009).

Mas, é sabido que nenhuma transição se faz de modo pacífico, sem quebras e sem resistência. Em meio a esta crise anômica, se vive certa sensação de instabilidade, incerteza, indeterminação, não há valores consolidados e existem dúvidas sociais latentes: “quais rumos tomaremos e o que o Direito poderá fazer por nós? E qual é o papel do Direito Penal ante a tantas incertezas?”

Em suas reflexões, o sociólogo Zygmunt Bauman chamava a atenção para o que afirma ser a fluidez do mundo pós-fordista. Contrapondo-se dramaticamente às certezas da modernidade, que se nos apresentava como a era do progresso, em que o homem e a ciência trariam todas as soluções para os problemas que surgissem. O autor chama este período de “modernidade líquida”(BAUMAN, 2007).

Essa experiência do novo e do não vivido gera um temor generalizado e é nesse sentido que surge umas das principais características da Pós-modernidade, o Medo do desconhecido. Nos ensinamentos de Bauman:

Uma vez investido sobre o mundo humano, o medo adquire um ímpeto e uma lógica de desenvolvimento próprios e precisa de poucos cuidados e praticamente nenhum investimento adicional para crescer e se espalhar irrefreavelmente. Nas palavras de David L. Altheide, o principal não é o medo do perigo, mas aquilo no qual o medo pode se desdobrar, o que se torna. [...] os medos nos estimulam a assumir uma ação defensiva. Quando isso ocorre, a ação defensiva confere proximidade e tangibilidade ao medo. São nossas respostas que reclassificam as premonições sombrias como realidade diária, dando corpo à palavra (BAUMAN, 2007, p. 15).



É nesse contexto, que a sociedade passa a viver em um ambiente de insegurança generalizado, nem sempre justificável, mas incentivado frementemente pela mídia, telejornais, programas policiais: o cenário perfeito para atuação do populismo penal. Existe a sensação de que a violência “bate à porta” ou de que a qualquer momento seremos acometidos por um ato brutal, tal como sequestro, roubo, assassinato.

As pessoas mudam seus hábitos, seus horários, seus caminhos, passam a conviver como estranhos, que só tem objetivo comum, que é lutar contra um inimigo invisível: a insegurança. E é assim, que surge a ideia de que o Direito Penal, que deveria ser a “ultimaratio”, será o grande salvador do povo ou a solução para as mazelas sociais, como a violência. Bauman sinaliza para o verdadeiro perigo que se tem enfrentado, que é a Política do medo cotidiano, segundo a qual a construção de mais presídios e pena de morte são as respostas habituais(BAUMAN, 2007).


Partindo disto, há os que clamem por um Direito penal mais duro, crendo que a sensação de insegurança explanada é gerada pela ineficiência do mesmo e traduzida através da impunidade. Sugere-se penas mais severas, incorrendo em um absurdo filosófico de involução: o retorno do Suplício nas penas como forma de prevenção da violência.

Acredita-se que, se a vingança pública atingir o corpo do condenado, por meio de tortura e castigos físicos, o problema na violência será resolvido, indo, assim, de encontro à luta de séculos pelos direitos humanos fundamentais e retornando às práticas que entre os séculos XVII e XVIII passaram de espetáculo público à desonra punitiva (FOUCAULT, 2013).

Beck (1999), por sua vez, debruçando-se sobre o conceito de globalização, apresenta a “sociedade de risco”. Segundo sociólogo alemão, a sociedade industrial foi deslocada pela sociedade de risco, havendo uma mudança nos aspectos sociais, econômicos e geográficos típicos de modernidade.

Essa mudança acompanha o processo de globalização e contribui para o descontrole de riscos relativos à saúde humana e ao meio ambiente. Riscos esses, muitas vezes, legitimados cientificamente e minimizados politicamente. Alguns aspectos relevantes dessa sociedade são a pobreza em massa, o crescimento do nacionalismo, o fundamentalismo religioso, as crises econômicas, as guerras e as catástrofes ambientais.

Isto reforça o contexto de insegurança da sociedade ante a tamanhas mudanças. Nesta sociedade marcada pelo risco em virtude do avanço tecnológico, novas realidades se impõem,



fazendo surgir novas legislações penais, novos tipos de perigo abstrato ou omissivos impróprios, no sentido de dar respostas supostamente adequadas a tais riscos (BECK, 1999)

Vê-se a decadência da ordem mundial que se estabelecia com predominância dos países ocidentais desenvolvidos e crescimento dos países subdesenvolvidos. Do mesmo modo ocorre com o Direito que acompanhava tais mudanças a partir do processo de Constitucionalização. O Princípio da Dignidade da pessoa humana começava a permear os ordenamentos jurídicos e passava-se a conhecer a Face Garantista do Direito, especialmente do Direito Penal, com a contribuição de Luís Ferrajoli. Entretanto, esse mundo que passava por um período de estabilização de paradigmas, hoje desmorona em sucessivas crises.


Como já foi mencionado anteriormente, o atentado de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, veio para um total desmonte desta estabilização, traduzindo uma grave quebra de paradigmas. Os Estados se viram obrigados a enfrentar uma ameaça desconhecida, para a qual o Direito Penal não estava preparado.

Assim, o terrorismo avança em proporções mundiais e, de outro lado, a extrema direita ganha cada vez mais espaço na política internacional. A violência cresce. A xenofobia aumenta. A sociedade passa a querer se armar, a promover a justiça com as próprias mãos, ficando o Estado descredibilizado por não ser capaz de executar políticas públicas básicas, o que só aumenta a criminalidade.

É nesse contexto que ganhou força a aplicação de um Direito penal do Inimigo numa tentativa de manter a ordem jurídica vigente, já que estes inimigos seriam capazes de rompê-la. O desdobrar disto, vem trazendo um direito penal cada vez mais simbólico e um crescimento voraz do punitivismo, em que os agentes políticos tentam passar a impressão de um legislador atento e decidido, apenas para nos tranquilizar. Pertinentes são as palavras de Moraes, ao dissertar sobre o tema:

A complexidade e contingência da atualidade e a forma inadequada com que se vem legislando, máxime diante das novas demandas da sociedade pós-industrial (interesses difusos, criminalidade organizada, lavagem de dinheiro etc.), têm permitido que uma legislação com sinais de 'Direito Penal do Inimigo' se infiltre, de forma contumaz, no direito pátrio e estrangeiro, sem clara delimitação com Direito penal clássico, pautado por garantias e prerrogativas típicas de um 'Direito Penal do Cidadão' (MORAES, 2006, p. 13).

Sem dúvidas, a pós-modernidade, a globalização e a sociedade de risco influenciam a estrutura social e, em consequência, a forma com que o Direito se apresenta. Novas realidades se impuseram, não havia respostas para os delitos relacionados as mudanças climáticas, aos crimes cibernéticos, ao terrorismo. Ao mesmo tempo em que os Estados têm se mostrado



incapazes de oferecer respostas eficazes aos crimes mais comuns oriundos da violência cotidiana.

Há um esforço teórico em curso para oferecer soluções, mas este não é tão veloz a ponto de acompanhar as ações políticas. Por todo o exposto, após a análise os paradigmas em que se sedimenta a sociedade contemporânea com suas características fragmentadas, foi possível delimitar o contexto da discussão jurídica ora debatida.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como foi visto ao longo deste trabalho, tem-se enfrentado, desde a segunda metade do século passado e, com mais intensidade, depois do atentado terrorista de 11 de setembro de 2001, uma crise nos paradigmas modernos sobre os quais se consolidaram os valores sociais e jurídicos. Na sociedade pós-moderna, ou sociedade de risco, novas formas de criminalidade surgiram, fazendo-se questionar as bases do Direito Penal vigente.

Neste sentido, percebe-se no meio social e político uma grande crise anômica a nível global, fazendo-se ressurgir, através da cultura do medo cotidiano, movimentos de caráter simbolista e punitivista, fatores que vão de encontro a construção mais moderna dos direitos penais e processuais penais, enquanto instrumentos de liberdade e proteção dos indivíduos frente ao Estado.

Dentro deste contexto, têm adentrado progressivamente nos ordenamentos jurídicos dos países ocidentais, com maior ou menor intensidade, legislações cada vez mais rígidas, que findam por tolher direitos e garantias duramente conquistados, em prol da ideologia da defesa social, pautada na necessidade de proteção nacional.

Entretanto, nos Estados de Direito, há princípios que barram a entrada dessa visão. A política criminal e o sistema penal agem enquanto instrumentos de poder, mas não se pode admitir, sob o pretexto da segurança da norma e da preservação do organismo social, que o direito penal deixe de ser a *ultimaratiopra* ser a *prima*.

Por todo progresso da sociedade, é inaceitável prescindir-seda ideia de Estado de Direito. Quem se cala diante da opressão poderá ser o próximo inimigo. Quem admite o Estado de exceção para qualquer de seus pares, admite para si mesmo.

Percebe-se uma incompatibilidade desse fenômeno com os valores que sustentam os regimes políticos vigentes, pois se estruturam nos Direitos Humanos, na Dignidade da Pessoa

Humana, nas Liberdades Individuais e nos Direitos Sociais. Neste aspecto, não se pode admitir retrocessos. Considerando as críticas apresentadas, a exacerbação punitivistasomente se mostra possível em regimes totalitários, em que o autoritarismo político permite a dicotomia entre cidadãos e inimigos.

Sem dúvidas, emerge a necessidade de um verdadeiro esforço teórico e político para se buscar uma realidade em que haja compatibilidade e obediência aos princípios constitucionais que regem o direito penal. Entretanto, é perceptível que as tentativas para conter a nova criminalidade têm falhado por apresentarem um direito penal autor e legislações puramente simbólicas.

Nota-se que é preciso encontrar formas diferentes de encarar ameaças diferentes, mas a experiência tem mostrado que abandonar o cerne do modelo clássico-liberal atinentes a liberdade, este valor supremo humano, não é solução eficaz.

No Estado Democrático de Direito, não há justificativa possível para que os Princípios Constitucionais e os Direitos e Garantias penais e processuais penais sucumbam. A tipificação e a punição de delitos interferem em direitos fundamentais, especialmente, na liberdade. Portanto, não se pode afastar as garantias dos réus em geral, tais como a não retroatividade da lei penal, a individualização da pena e o devido processo legal.

Assim, os aspectos simbólicos e punitivistas dessa visão apenas ludibriam a população que anseia por uma solução para o problema da criminalidade. Enquanto o direito penal for utilizado por legisladores mal-intencionados, sensacionalistas ou ambos, para promoção pessoal e promoção dos interesses empresariais que defendem, não haverá salvação possível para a ciência penal.

REFERÊNCIAS

- ARENDDT, Hannah. **Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1989;
- BAUMAN, Zygmunt. **Tempos líquidos**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2007.
- BECK, Ulrich. **O que é globalização?** Tradução de André Carone. São Paulo: Paz e Terra, 1999;
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca. **O Direito na Pós-Modernidade e Reflexões Frankfurtianas**. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2009

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito penal**: parte geral (arts. 1º ao 120)/ Rogério Sanches Cunha – 5. Ed. ver. ampl. e atual. – Salvador: JusPODIVM, 2017.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência nas prisões**. Tradução de Raquel Ramallete. 41. ed. Petrópolis: Vozes, 2013.

MELIÁ, Manuel, in JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. **Direito Penal do Inimigo Noções Críticas**, Org e trad. André Luís Callegari, Nereu José Giacomolli. 2 ed – Porto Alegre: Livraria do Advogado. Ed, 2007.

MORAES, Alexandre Rocha Almeida de. **A terceira Velocidade do Direito Penal**: o ‘Direito Penal do Inimigo’. Dissertação de mestrado – Direito Penal. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. São Paulo, 2006.

NOBREGA, Izanete de Mello. LabelingApproch - A teoria do Etiquetamento Social. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis/SC, 29 abr. 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/sobre-investidura/3368-labeling-approach-a-teoria-do-etiquetamento-social. Acesso em: 22 out. 2017

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal** / Guilherme de Souza Nucci. – 10ed. ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.

SABADELL, Ana Lúcia. **Manual de sociologia jurídica**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal brasileiro**: volume I: parte geral/Eugenio RaúlZaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 9. Ed. rev. E atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

CAPÍTULO 6

O VIÉS ELETRÔNICO DO CONTRATO

Diego Bianchi de Oliveira, Mestre em Direito, UNIPAR

RESUMO

O comércio eletrônico está presente quase que diariamente na vida dos brasileiros, desta forma a presente pesquisa buscou tratar da figura do contrato eletrônico. Já que é cada vez maior o número de negócios realizados através da internet. Deste modo, este trabalho teve por objetivo apresentar os conceitos necessários para compreensão da contratação eletrônica, tal como o instrumento contratual digital, a maneira como se dá o vínculo contratual em ambiente virtual, a adequação das condições de validade e sua sujeição ao ordenamento jurídico brasileiro. Buscou-se ainda apresentar os princípios especificamente aplicados aos contratos eletrônicos, conforme recomenda a Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico da UNCITRAL, bem como apresentar uma classificação de formas eletrônicas de contratação.

PALAVRAS-CHAVE: Comércio eletrônico. Internet. Direito Contratual. Formação do contrato. Validade do contrato.

INTRODUÇÃO

A internet proporciona a desmaterialização de objetos, e, por sua vez, os ambientes virtuais transmitem a ideia de quebra de barreiras geofísicas e comunicações instantâneas. Cumpre destacar que as barreiras geofísicas são quebradas sem a utilização da força do homem, bastando um simples teclar no computador. Assim, ao ter conhecimento das potencialidades da grande rede de computadores, logo o homem migrou para o ciberespaço a mais antiga de suas atividades: o comércio.

Assim, com o crescimento da inovação e da tecnologia, os modelos anteriores de contratação mudaram. A formação do contrato, a oferta e a aceitação (consentimento) são hoje realizados por via eletrônica, isto é, por meio de impulsos magnéticos ou digitais, entre pessoas que devem, ou preferem, comunicar-se por esse meio.

Portanto, faz-se necessário investigar como se dá a formação do vínculo obrigacional frente às características tão particulares, quais as transformações provocadas no conceito tradicional do contrato. Do mesmo modo, questiona-se se o suporte virtual do contrato é

juridicamente válido e se a estrutura normativa atual é capaz de se amoldar aos contornos contratuais realizados na internet.

Através do método dedutivo e pesquisa bibliográfica e documental, buscar-se-á apresentar o novo viés eletrônico do contrato com uma breve definição do documento eletrônico para então distinguir o contrato eletrônico de seu suporte digital (instrumento contratual). Para então esmiuçar algumas particularidades da contratação eletrônica, tais como seus princípios, condições de validade, formação e sua classificação.

A AMPLIAÇÃO DO CONCEITO DE DOCUMENTO

É primordial para essa pesquisa que se inicie pela definição do que seria o documento eletrônico. A crescente tendência de diminuição do uso de documentos físicos na realização de contratos, propostas e mesmo para a divulgação de obras, produtos e serviços, acabou causando a transformação de uma característica básica que era comum em nosso modelo de obrigações: o uso do papel (PINHEIRO, 2013).

Documento – palavra derivada do latim *documentum* – constitui “qualquer texto ou registro gráfico que sirva para certificar ou comprovar um assunto, uma pesquisa, um fato, um processo etc” (MARQUES, 2011, p. 121). Lucca (2000, p. 43) citando Paolo Guidi (1950, p. 46) conceitua documento como sendo “objeto corpóreo, produto da atividade humana da qual conserva traços, o qual, por intermédio da percepção dos sinais sobre ele impressos, [...], é capaz de representar, de modo permanente, a quem observa, um fato exterior a esse documento”.

Pôde-se notar que a “ideia central de documento se consubstancia numa coisa, fixada materialmente; por essa razão, muitos entendem que o elemento-conteúdo é inseparável de seu suporte físico” (MARQUES, 2011, p. 123). Em que pese conceito tradicional de documento esteja intrinsecamente relacionado ao papel escrito, Bill Gates (1995, p. 145) revela que sua importância como meio de encontrar, preservar e distribuir informações já está diminuindo, mesmo que embora o papel ainda esteja presente por tempo indeterminado.

Assim, na medida em que a definição tradicionalista de documento se restringe a sua representação à forma escrita, essa acepção não mais se coaduna com a realidade fática. Considerando o dinamismo da sociedade e os avanços tecnológicos é preciso refletir acerca de uma redefinição do documento em si.

Nesse sentido Gates (1995, p. 146) destaca que “um documento pode ser qualquer corpo de informação. Um artigo de jornal é um documento, mas a definição mais ampla inclui também um programa de televisão, uma canção ou um vídeo game interativo”.

Essa ampliação conceitual abrange, portanto, aqueles documentos gerados ou arquivados através de um computador, resultando na desmaterialização do documento, que deixa de ser representado no suporte clássico de papel e passa a ser representado em um suporte digital.

Desse modo, o documento eletrônico – também chamado de documento informático ou documento digital – não se prende ao meio físico em que está gravado, tendo em vista ser constituído por uma sequência de *bits* (MARQUES, 2011, p. 126-127). Um *bit* é a menor unidade de informação que pode ser armazenada ou transmitida na comunicação de dados que de acordo com Almeida Filho e Castro (2005, p. 17) fazem parte do sistema binário, baseado na utilização de apenas dois dígitos ou *binary digit*: 0 e 1– bits.


O documento em formato eletrônico é, portanto “uma sequência de bits, intangível, que pode ser infinitamente reproduzido” (OTTONI, 2006, p. 245). E, havendo esta autonomia em relação ao meio físico, se exige um suporte material, como um determinado programa de computador, que seja capaz de representar o fato (MARQUES, 2011, p. 127).

Entendendo que o conceito de documento eletrônico deve abranger outros meios de comunicação, como o *fax*, Almeida Filho e Castro (2005, p. 172) conceituam de maneira mais ampla o documento eletrônico como “qualquer representação de um fato, decodificada por meios utilizados na informática, nas telecomunicações e demais formas de produção cibernética, não perecível e que possa ser traduzido por meios idôneos de reprodução [...]”.

De qualquer maneira, Marques (2011, p. 130) verifica que “ontologicamente, não existe uma diferença entre a noção tradicional de documento e a nova noção de documento eletrônico, porque o *ciberdocumento* também será meio real de representação de um fato”. E conclui, evidenciando que a “diferença reside, tão somente, no meio real utilizado, não mais representado pelo papel e sim, por disquetes, *cd roms*, discos rígidos etc”.

A INSTRUMENTALIZAÇÃO DIGITAL DO CONTRATO

É comum confundir o contrato com a forma pela qual ele se exterioriza ao mundo fático. Todo negócio jurídico possui uma forma onde encontra seu suporte fático – seja escrito



ou verbal – onde se encontra “uma manifestação de vontade, significando que todo ato de autonomia privada pressupõe uma determinada forma pela qual será exteriorizado na atividade econômica” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 251).

O contrato é negócio jurídico bilateral formado pela convergência de vontades contrapostas (consentimento). Noutra via, o instrumento contratual consiste na documentação do negócio, isto é, sua expressão escrita, composta por cláusulas contratuais, e, por vezes, por um ou mais anexos.

Contudo, o modo pelo qual é realizada essa manifestação da vontade das partes não precisa necessariamente ser por escrito. Por exemplo, o indivíduo que vai até a padaria comprar alguns pães: solicita-se os pães, o produto é entregue e paga-se pelo seu fornecimento extinguindo-se a obrigação. Foi estabelecido entre as partes um rápido negócio jurídico, bastando a estipulação do momento da entrega do produto, que foi imediata, e a forma de pagamento, que foi em dinheiro – percebe-se que a relação que foi descrita configura a concretização de um contrato que realizou-se através da comunicação verbal, sem suporte físico.

Conforme explica Roppo (1988, p. 84-85), o “contrato não é um elemento da realidade física, cuja existência se possa propriamente constatar, tal como é possível constatá-la quanto aos objectos do mundo natural”. De modo que “a formação do contrato consiste num processo, isto é, numa sequência de actos e comportamentos humanos, coordenados entre si”.

Seguindo a lógica, não haveria porque ignorar o fato de que as novas tecnologias, principalmente no tocante à informática e à internet, proporcionaram uma nova forma de exteriorizar a manifestação de vontade através da troca de mensagens digitais. Nessa esteira, Teixeira (2013, p. 117) ressalta que a liberdade de contratar, de contrair ou não vínculo contratual, atualmente pode ser exercida de forma virtual, o que dá ensejo à análise das peculiaridades que cercam essa questão.

Não há um consenso doutrinário quanto à nomenclatura ideal para essa classificação contratual. Cláudia de Lima Marques utiliza a expressão contratos do comércio eletrônico. Por sua vez Maurício de Souza Matte denomina-o de contrato por meio eletrônico. Fábio Malina Losso o chama de contrato informático. Já Newton De Lucca considera a expressão contratos eletrônicos (TEIXEIRA, 2013, p. 119). Contudo, a expressão “**contrato eletrônico**” é a mais comum e parece se firmar cada dia mais.

Com efeito, destaca-se que a forma contratual eletrônica seria um gênero do qual Lucca (2003, p. 33) faz questão de distinguir em contratos informáticos e contratos telemáticos. De modo que os primeiros constituiriam “o negócio jurídico bilateral que tem por objeto bens ou serviços relacionados à ciência da computação”. Enquanto os segundos, por sua vez, seriam “o negócio jurídico bilateral que tem o computador e uma rede de comunicação como suportes básicos para sua celebração”.

Independente desta distinção, o que vai definir o contrato eletrônico é se a manifestação de vontades foi realizada através de meios de comunicação eletrônicos, mais notadamente a internet. Nesse sentido, Rincón (2002, p. 112) assenta:

[...] lo que define que el contrato sea celebrado por vía electrónica es la manifestación del consentimiento por cualquier medio electrónico, es decir, la transmisión de la aceptación por medios electrónicos, sin que sea realmente trascendente para tomar tal calificación el que la oferta o la ejecución del contrato sea por medios electrónicos o por cualquier otro medio. Lo que realmente va a definir un contrato como electrónico es la manifestación de la aceptación a través de medios de comunicación electrónicos.

O conceito de contrato eletrônico, deste modo, está enraizado no próprio conceito de contrato, acrescido o fato de que ele é celebrado por via eletrônica (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 72). Alinhado ao conceito doutrinário comum, Barbagalo (2001, p. 37) os define como “acordos entre duas ou mais pessoas para, entre si, constituírem, modificarem ou extinguírem um vínculo jurídico, de natureza patrimonial, expressando suas respectivas declarações de vontade por computadores interligados entre si”.

Logo, mais precisamente, “pode-se entender por contrato eletrônico aquele em que o computador é utilizado como meio de manifestação e de instrumentalização da vontade das partes” (LEAL, 2007, p. 79). Da mesma forma, Souza (2009, p. 49) afirma se tratar de “negócios jurídicos bilaterais que utilizam o computador e as novas tecnologias como mecanismo responsável pela **formação e instrumentalização** do vínculo contratual” (grifo nosso).

Em que pese toda a discussão jurídica a respeito do conceito, da classificação ou do objeto dos contratos eletrônicos, especialmente em razão de não existir legislação específica, é indispensável destacar que tais contratos não devem ser considerados uma “espécie” contratual – categoria autônoma – mas tão somente um novo formato para formação e instrumentalização do vínculo contratual.

Nesse sentido, Cavalieri Filho (2014, p. 302) aduz que a “designação *contratos eletrônicos*, tal como *contratos de adesão*, não indica um novo tipo de contrato, ou categoria autônoma; refere-se apenas ao meio ou instrumento pelo qual é celebrado”. Oportuno mencionar que os contratos eletrônicos são celebrados, na maioria das vezes, na forma de adesão, cuja tônica é padronizada e realizada em série (KLEE, 2012, p. 423).

Deste modo, da mesma forma que o documento eletrônico não se prende ao meio físico em que está gravado, o instrumento contratual eletrônico – documentação do negócio – também não passa da representação digital – em *bits* – de sua versão anteriormente física. Nesse sentido, Coelho (2014, p. 53) ressalta que o “contrato pode ter, hoje, dois diferentes suportes: o papel, no qual se lançam as assinaturas de punho dos contratantes (contrato-p), e o registro eletrônico, em que as partes manifestam suas vontades convergentes por meio de transmissão e recepção eletrônica de dados (contrato-e)”.


Em suma, desde que a declaração de vontade emitida por todas as partes do contrato, em conformidade com o ordenamento jurídico, seja realizada por meio da rede mundial de computadores, independente da espécie contratual – compra e venda, troca, empréstimo, etc. – , será entendido como eletrônico, salvo aqueles que demandem solenidade específica.

PARTICULARIDADES DA CONTRATAÇÃO ELETRÔNICA

A utilização dos novos meios de comunicação, notadamente a internet, modificou a estrutura da formação e execução do contrato. Da contratação em ambiente virtual surgem algumas características peculiares, já que transforma significativamente a sistemática até então existente de se procederem nas transações negociais, surgindo diversos questionamentos. Portanto, faz-se necessário apresentar os princípios, as condições de validade, a formação e a classificação que decorre da contratação eletrônica.

Princípios da contratação eletrônica

Com efeito, apesar da contratação à distância em ambiente virtual indicar algumas características/modalidades próprias, não estão alheias à incidência das normas contratuais previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Toda principiologia contratual é aplicável aos contratos eletrônicos. Não obstante, Lawand (2003, p. 41) leciona que a Lei Modelo sobre o Comércio Eletrônico da UNCITRAL (*United Nations Commission On International Trade Law*) elencou alguns princípios específicos às relações por meio eletrônico.



O primeiro princípio trata da **equivalência funcional** dos atos jurídicos produzidos por meios eletrônicos com atos tradicionais. Nesse sentido, o suporte eletrônico cumpre as mesmas funções que o papel, de modo que não há razões para se considerar inválido ou ineficaz o contrato tão só pela circunstância de ter sido registrado em meio eletrônico (COELHO, 2014, p. 55).

A equivalência funcional, segundo Lawand (2003, p. 44), “implica, em suma, a não discriminação das mensagens de dados eletrônicos em comparação às produzidas tradicionalmente, ou melhor, às declarações de vontade, verbais ou escritas”.

A tecnologia é dinâmica e avança sempre em velocidade cada vez maior, impossibilitando uma regulamentação adequada de todas as hipóteses. Logo, se “exige que as normas voltadas à regulamentação do comércio eletrônico e do ambiente digital de um modo geral estejam revestidas de duas características principais: a neutralidade e a perenidade” (LEAL, 2007, p.90).

Nesse contexto é que se estabeleceu o **princípio da neutralidade tecnológica** das disposições reguladoras do comércio eletrônico, cuja finalidade é evitar a obsolescência do diploma normativo. Propondo que “as normas disciplinadoras do comércio eletrônico abarcarão, não somente a tecnologia existente no momento em que foram promulgadas, mas também as futuras sem necessidade de ser submetida a alguma espécie de modificação” (LAWAND, 2003, p. 45).

Encerrando o tratamento principiológico específico dos contratos eletrônicos, destaca-se o **princípio da inalterabilidade** do direito existente sobre obrigações e contratos, partindo da premissa de que a internet proporcionou um novo meio de transmissão da declaração de vontades das partes contratantes, e não uma nova espécie contratual.

O suporte eletrônico do negócio jurídico não altera sua essência, sendo assim, Lawand (2003, p. 47) frisa que “a regulamentação das relações obrigacionais elaboradas, executadas e consumadas por esta via não devem acarretar necessariamente uma mudança no direito preexistente que já baliza legalmente todos os contratos privados”. Sujeitando-os aos preceitos do Código Civil (CC), bem como o Código de Defesa do Consumidor (CDC), quando o contrato versar acerca de relações de consumo.

Condições de validade do contrato eletrônico

Ainda tratando das particularidades do contrato eletrônico, ressalta-se que, da mesma forma que o contrato convencional, trata-se de negócio jurídico, e, portanto, sujeito às condições de validade previstas no art. 104 do Código Civil, quais sejam: capacidade do agente, objeto lícito e forma válida, sendo este último elemento que irá variar. Nesse sentido, Teixeira (2013, p. 118) frisa que a princípio a contratação eletrônica “se dá no mesmo molde da contratação ‘convencional’ quanto à capacidade do agente, objeto lícito e forma válida. No entanto é a forma que vai variar”.

Se todo negócio jurídico pressupõe uma declaração da vontade, Diniz (2012, p. 485) ensina que é imprescindível que o agente seja capaz para participação válida na seara jurídica, isto é, os efeitos negociais advêm da declaração volitiva, que é sua *causa efficiens*.

Em ambiente virtual o grande problema está na incerteza sobre a identidade dos contratantes. Contudo, de acordo com Ventura (2010, p. 43) a confirmação da capacidade deve ser realizada “através de processos de identificação segura, tais como os processos de assinatura eletrônica por meio de sistemas criptográficos de chave pública e chave privada”.

Além da capacidade civil, o objeto do negócio jurídico deverá sempre ser lícito e não implicar prestações impossíveis. Conforme explica Diniz (2012, p. 489), para que se repute perfeito e válido além de versar sobre objeto lícito, ou seja, conforme a lei, não sendo contrário aos bons costumes, à ordem pública e à moral, deverá o objeto do ato negocial ser perfeitamente possível, física ou juridicamente.

Por esta razão, na seara eletrônica, pode-se considerar uma ilicitude o *download* de um *software* por meio da internet, com o pagamento via cartão de crédito ou outro meio, cujo valor importa tributação, mas sem o seu recolhimento (VENTURA, 2010, p. 43).

Por fim, a terceira e última condição de validade prevista no art. 104 do Código Civil é a forma, considerada o meio pelo qual se externa a manifestação da vontade nos negócios jurídicos, devendo ser prescrita ou não defesa em lei. Deste modo, o método adotado pelo “nosso Código Civil inspira-se pelo princípio da forma livre, o que quer dizer que a validade da declaração da vontade só dependerá de forma determinada quando a norma jurídica explicitamente o exigir” (DINIZ, 2012, p. 547).

Com efeito,

[...] no que diz respeito à forma como requisito de validade dos contratos, é importante ter em mente que os contratos eletrônicos não englobam os contratos que exigem solenidades para sua validade. Embora as negociações preliminares possam ser entabuladas por meio das redes de computadores, o contrato solene não será válido se desobedecer a formalidade prescrita em lei, que, invariavelmente, não prevê a hipótese da utilização dos meios eletrônicos como suplementar ou alternativa a essas solenidades (BARBAGALO, 2001, p. 40).

A forma como ocorre o negócio jurídico em ambientes virtuais é, sem dúvida, o campo de maior divergência da sistemática usual. Levando-se em conta que é através da forma que a manifestação de vontade se apresenta no campo da concretude, um único e simples clique de *mouse* é capaz, por si só, de comprovar inequivocamente essa manifestação de vontades? É o que se passa a analisar no item seguinte.


Formação dos contratos eletrônicos

A *priori*, a contratação eletrônica é similar à contratação tradicional, onde as relações de consumo passam a se efetivar através de uma técnica de contratação à distância, apresentando algumas características peculiares. Assim, nas palavras de Teixeira (2013, p. 118), “é uma contratação na qual a formalidade se dará em ambiente virtual, no caso, a internet”.

De início, a dúvida paira em saber se os contratos realizados em ambientes virtuais “são constituídos entre ausentes ou entre presentes, haja vista a existência de implicações normativas diferentes, fundamentalmente no tocante ao envio e recebimento de ofertas, aceitações e contra-ofertas” (LAWAND, 2003, p. 89).

Para Ventura (2010, p. 44), antes de se definir se contratos celebrados na internet são entre presentes ou entre ausentes, é preciso esclarecer qual a natureza jurídica da internet. O Código Civil dispõe que se reputará celebrado o contrato no lugar em que foi proposto, desse modo: a internet seria um lugar ou um meio?

Considerando-se a internet um lugar, a proposta e a aceitação seriam realizadas na internet (local). Desta forma, o contrato deveria ser considerado celebrado entre presentes, pois as partes se encontraram no mesmo local (virtual), isto é, a internet. Entretanto, considerando-se a internet um meio, a proposta e a aceitação seriam realizadas em lugares diversos. E neste caso, o contrato deveria ser considerado celebrado entre ausentes (VENTURA, 2010, p. 44).



De qualquer modo, o entendimento que prevalece é de que a internet é apenas um meio de efetivação do contrato. Assim, o comércio eletrônico (via internet) se insere em uma das categorias de venda à distância, tal como a venda por correspondência (via postal) ou por telefone (via telefônica), cujos modelos de contratação não configuram qualquer novidade para a sociedade consumerista.

A venda por correspondência consistia no envio de um catálogo pelo fornecedor, onde este oferece seus produtos e o consumidor os encomendava via postal. Trata-se de venda à distância celebrada entre ausentes, na medida em que não havia simultaneidade na troca de manifestações de vontade (MULHOLLAND, 2006, p. 72).

No entanto, a venda por telefone – aquela realizada através do *telemarketing* – possibilitou que, mesmo à distância física um do outro, os contratantes pudessem simultaneamente manifestar sua oferta e sua aceitação. Em meio ao debate sobre o momento da formação (entre presentes ou ausentes) o Código Civil de 2002 pacificou a discussão (art. 428), estabelecendo que a pessoa que contrata por meio de telefone considera-se presente (MULHOLLAND, 2006, p. 72).

Considerando o caráter virtual da contratação eletrônica, o que permite a interação das partes independentemente da distância geográfica, isto é, verifica-se que as partes não estão fisicamente presentes – como na venda por correspondência ou por telefone –, contudo o tempo de comunicação entre a oferta e a aceitação pode variar, sendo ora simultânea, ora não.

Destarte, pode-se constatar que havendo capacidade dos contratantes de se comunicarem em tempo real, sem longos intervalos entre cada declaração de vontade, tais como os contratos firmados em ambientes virtuais de conversação, os chamados *chats*, analogicamente comparados aos contratos celebrados por telefone, reputam-se contratos celebrados entre presentes.

Noutra via, são considerados contratos celebrados entre ausentes aqueles em que há um intervalo na comunicação dos contratantes, tal como ocorre nos contratos por correspondência, que em ambiente digital se assemelha ao *e-mail* (correio eletrônico).

Está claro, portanto, que “o conceito de contratação entre presentes e entre ausentes, no campo dos contratos eletrônicos, não possui relação direta com a distância física que separa os contratantes, mas sim, a instantaneidade ou não da comunicação” (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 74).

Para que seja reputado formado o vínculo contratual é preciso haver a oferta de uma proposta e uma aceitação, ou seja, o consentimento mútuo (princípio do consensualismo). O Código Civil estabelece que a proposta de contrato obriga o proponente (art. 427). Desse modo, “a oferta será qualificada pela firmeza, precisão e completude, consubstanciando todos os elementos do contrato que será celebrado. A proposta é uma manifestação de vontade com carga de definitividade” (FARIAS; ROSENVALD, 2015, p. 59).

Encontra-se aqui – acerca da oferta e da aceitação – outra peculiaridade do contrato eletrônico, pois a oferta poderá ocorrer através de correio eletrônico (*e-mail*), por programas de conversação eletrônica (*chats*) ou por uma página na *web* (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 79). Não pairam dúvidas quanto à manifestação de vontade, contendo a oferta, quando da chegada da mensagem no aparelho computador do destinatário nas contratações via *e-mail* ou *chats*. Todavia, no tocante às ofertas contidas nos *web sites* é que se suscitam dúvidas.

Os fornecedores que se valem de *web sites* para realização de suas transações comerciais, fazem uso da inteligência artificial, onde “diante da prévia programação existente, a vontade expressada por meio de um computador é eficaz para dar nascimento a um negócio jurídico válido. A própria programação já é a expressão da vontade do proponente” (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 79).

Pode-se entender que a oferta contida em um *site* equipara-se a oferta ao público, que se caracteriza “quando se utiliza qualquer meio de divulgação coletiva e indeterminada, inclusive mediante publicidade” (LÔBO, 2011, p. 83). O Código Civil equipara a oferta ao público à proposta (art. 429), de modo que “se um *web site* que propõe a venda de um bem ou a prestação de um serviço encerra os requisitos essenciais do contrato, estará caracterizada a proposta” (VENTURA, 2010, p. 33-34).

Seguindo tal raciocínio, o consumidor que ao acessar um *web site* interativo encontrar a descrição do produto, o preço e a forma de pagamento estará diante de uma proposta. Contudo, ressalta-se que “não pode ser considerado como realizada a aceitação por simples visita ao *site*, ou mesmo pelo simples clicar em determinados botões, sem que haja, de modo expresse, claro e objetivo, uma explicação a respeito da concretização dos negócios” (LAWAND, 2003, p. 135).

Assim sendo, “dar-se-á a aceitação da oferta pelo consumidor ao confirmar que gostaria de fazer a contratação, identificando-se e fornecendo os seus dados para o envio de

boleto bancário ou pagamento por cartão de crédito” (SCHERKERKEWITZ, 2014, p. 80). Logo, “a aceitação estará concretizada a partir do instante em que os dados transmitidos pelo consumidor adentram os computadores da empresa fornecedora dos produtos ou serviços” (LAWAND, 2003, p. 135).

Em suma, a partir do momento em que a página está no ar, caracteriza-se a oferta. E assim que o consumidor clica no botão “comprar” e encaminha seus dados para o fornecedor, configura-se como o momento da aceitação.


Classificação dos contratos eletrônicos

Considerando o exposto até aqui, para que fiquem mais claras as características da metodologia contratual em ambiente virtual, tendo em vista a ampliação da atividade comercial dentro da rede mundial de computadores, é optou-se por apresentar a classificação doutrinária dos contratos eletrônicos por último. De acordo com Mariza Delapieve Rossi citada por Lôbo (2011, p. 34) é possível classificá-los em três tipos: contratos interpessoais, contratos intersistêmicos e contratos interativos.

Nos **contratos interpessoais**, “as pessoas utilizam o meio eletrônico para veicular oferta e aceitação, através de mensagens eletrônicas” (LÔBO, 2011, p. 34). Podem ser firmados de forma instantânea ou não. No primeiro caso, o contrato é firmado em tempo real, por exemplo, as pessoas que utilizam salas de conversação – *chats* – ou programas de conversação – *messengers*. Contudo, semelhante ao contrato epistolar – celebrado mediante carta –, tais contratos são podem ser celebrados através do correio eletrônico (*e-mail*), havendo um intervalo entre a declaração das partes.

Dessa maneira, Lawand (2003, p. 96) ilustra “que dois ou mais ‘internautas’, conectados na grande rede de computadores, estabelecem contratos por meio da troca de mensagens escritas, onde consta a declaração de suas vontades”. Assim, configurada a intenção de realizar um contrato, interagindo através de mensagens eletrônicas, em tempo real ou não, as partes podem criar um negócio jurídico válido.

Os **contratos intersistêmicos**, por sua vez, são realizados em redes fechadas através do intercâmbio eletrônico de dados, isto é, “são formados mediante troca de informações entre sistemas informatizados” (LÔBO, 2011, p. 34). Segundo Lawand (2003, p. 101) esse intercâmbio eletrônico de dados é conhecido pela sigla EDI (eletronic data interchange), e que basicamente consiste em um conjunto de protocolos de comunicação projetados para permitir



a troca de dados e execução de transações comerciais, automaticamente, em computadores diferentes.

Essa modalidade contratual baseia-se na transmissão e recepção de dados através do computador, normalmente utilizado entre as empresas e seus fornecedores para relações comerciais de atacado. Assim, a comunicação entre as partes ocorre através de sistemas aplicativos previamente programados, operados em redes fechadas (LEAL, 2007, p. 82).

Por exemplo, imagine que determinada livraria (empresa comercial) mantenha o controle do seu estoque em um banco de dados eletrônico. Quando o sistema verifica que determinadas obras estão se esgotando, automaticamente, transmite o pedido eletrônico para o sistema da editora (empresa fornecedora).


Já os **contratos interativos** são os mais comuns em ambiente virtual, de acordo com Leal (2007, p. 86) são aqueles cuja comunicação entre as partes é realizada por meio da interação entre uma pessoa e o computador, através de um sistema aplicativo previamente programado.

São contratos realizados “por clique” – conhecidos no direito comparado como *click-through agreements* – assim o operador do *web site* oferece mercadorias ou serviços, e o consumidor adquire transmitindo uma ordem de compra na tela do computador através de um mero clique de *mouse* sobre um botão onde consta “eu concordo” ou “comprar” (LAWAND, 2003, p. 103).

Perceba que o maior volume de transações são relações consumeristas, cujo “o teor das cláusulas e condições é pré-estabelecido unilateralmente pelo fornecedor, restando ao consumidor aceitá-las ou não” (LEAL, 2007, p. 87). Motivo pelo qual são considerados “típicos contratos de adesão, tendo uma pessoa interessada de um lado e sítio virtual do outro, muito utilizados para aquisição de bens e serviços oferecidos *on-line*, ou para reservas de hotéis, viagens, espetáculos” (LÔBO, 2011, p. 34-35). Vale ainda dizer:

Os contratos celebrados via Web são, com raras exceções, caracterizados pela apresentação de cláusulas preestabelecidas pelo titular do Web site, unilateralmente, sem possibilidade de alteração dessas cláusulas, pela outra parte, cabendo-lhe apenas aceitar ou rejeitar as disposições preconcebidas e, em as aceitando, fornecer as informações que faltem, geralmente concernentes à identificação da própria parte e à especificação do objeto (BARBAGALO, 2001, p. 56).

Enfim, a contratação eletrônica é a expressão jurídica do comércio eletrônico, que seguindo a tendência de massificação da relação de consumo, constituindo a circulação de



bens e serviços através de uma rede de comunicações informatizada. E os problemas que suscitam não são substancialmente distintos daqueles relativos à contratação ordinária (LAWAND, 2003, p. 34).

São contratos que, em sua maioria, nascem do “comércio entre fornecedores e consumidores realizado através de contratações a distância, que são conduzidas por meios eletrônicos (*e-mail* etc.), por internet (*online*) ou por meios de telecomunicação de massa”, ou seja, “sem a presença física simultânea dos dois contratantes no mesmo lugar” (MARQUES, 2014, 118-119).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Atualmente já não se pode negar a vertiginosa crescente dos contratos realizados pela internet, as compras feitas por aplicativos são uma realidade na vida de muitos brasileiros. A internet e o comércio eletrônico são utilizados quase que diariamente, o que justifica a presente pesquisa.

Diante de uma legislação relativamente tímida a respeito do assunto, a jurisprudência e a doutrina já tratam do assunto com muita normalidade. Assim, o contrato eletrônico não é considerado uma nova espécie contratual, mas uma nova forma de exteriorização da vontade das partes. São contratos realizados (instrumentalizados) por meios eletrônicos, na maioria das vezes, na forma de adesão (com o clicar de um botão), onde o contratante apenas anui a um contrato padronizado e disponibilizado eletronicamente pelo fornecedor.

Consequência lógica do raciocínio anterior é que o contrato eletrônico não está alheio à incidência da pricipiologia contratual e das normas contratuais previstas no ordenamento jurídico brasileiro, estando sujeito inclusive a todas as condições de validade previstas no código civil, independentemente do modo pelo qual se exterioriza ao mundo fático.

Além dos princípios tradicionais do direito contratual, aos contratos eletrônicos, aplicam-se o princípio trata da equivalência funcional que equipara o instrumento contratual eletrônico (digital) ao físico (de papel); o princípio da neutralidade tecnológica das disposições reguladoras do comércio eletrônico; e o princípio da inalterabilidade do direito existente sobre obrigações e contratos.

Sendo assim, apenas a forma é que poderá variar, dando ensejo a uma classificação particular desse meio: contratos interpessoais (através de e-mail, chats e etc.), contratos

intersistêmicos (sistemas fechados de comunicação) e contratos interativos (realizados “por clique” ou click-through agreements).

Com a ampliação conceitual de documento, incluindo os documentos gerados ou arquivados através de um computador (digital), Infere-se que as regras de instrumentalização, formação e validade do contrato amoldam-se perfeitamente as características particulares da contratação eletrônica.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA FILHO, J. C. de A.; CASTRO, A. A. **Manual de informática jurídica e direito da informática**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

BARBAGALO, E. B. **Contratos eletrônicos: contratos formados por meio de redes de computadores** – peculiaridades da formação do vínculo. São Paulo: Saraiva, 2001.

CAVALIERI FILHO, S. **Programa de direito do consumidor**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

COELHO, F. U. **Curso de direito comercial: direito de empresa**. v. 3. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

DINIZ, M. H. **Curso de direito civil brasileiro: teoria geral do direito civil**. 29. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

FARIAS, C. C. de; ROSENVALD, N. **Curso de direito civil: contratos - teoria geral e contratos em espécie**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

GATES, B.; et. al. **A estrada do futuro**. Tradução: Beth Vieira et. al. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

GUIDI, P. Teoria Giuridica del Documento. Milão: Giuffrè, 1950, apud LUCCA, N.. Títulos e contratos eletrônicos: o advento da informática e seu impacto no mundo jurídico. In: LUCCA, N.; SIMÃO FILHO, A. (coord.). **Direito e Internet: aspectos jurídicos relevantes**. Bauru: Edipro, 2000.

KLEE, A. E. L. O diálogo das fontes nos contratos pela internet: do vínculo contratual ao conceito de estabelecimento empresarial virtual e a proteção do consumidor. In: MARQUES, C. L. (coord.). **Diálogo das fontes: do conflito à coordenação de normas do direito brasileiro**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

LAWAND, J. J. **Teoria geral dos contratos eletrônicos**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

LEAL, S. R. C. S. **Contratos eletrônicos: validade jurídica dos contratos via internet**. São Paulo: Atlas, 2007.

LÔBO, P. **Direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2011.

LUCCA, N. de. **Aspectos jurídicos da contratação informática e telemática**. São Paulo: Saraiva, 2003.

MARQUES, A. T. G. L. **A prova documental na internet: validade e eficácia do documento eletrônico**. Curitiba: Juruá, 2011.

MARQUES, C. L. **Contratos no código de defesa do consumidor: o novo regime das relações contratuais**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

MULHOLLAND, C. **Internet e contratação: panorama das relações contratuais eletrônicas de consumo**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

OTONI, M. B. Certificação digital. In: BLUM, R. O. et. al. (org.). **Manual de direito eletrônico e internet**. São Paulo: Lex, 2006.

PINHEIRO, P. P. **Direito digital**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

RINCÓN, M. I. A de. La formación y perfección del contrato por internet. **Revista Chilena de Derecho**. v. 29, n. 1, p. 111-126, 2002.

ROPPO, E. **O Contrato**. Tradução: Ana Coimbra e M. Januário C. Gomes. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHERKERKEWITZ, I. C. **Direito e Internet**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SOUZA, S. I. N. de. **Lesão nos contratos eletrônicos na sociedade da informação: teoria e prática da juscibernética ao Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEIXEIRA, T. **Curso de direito eletrônico e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. São Paulo: Saraiva, 2013.

VENTURA, L. H. **Comércio e contratos eletrônicos: aspectos jurídicos**. 2. ed. Bauru: Edipro, 2010.

CAPÍTULO 7

O USO DO UNIFORME E A MERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHADOR: INOVAÇÃO LEGISLATIVA QUE FERRE O DIREITO A IMAGEM

Ana Flávia Alves, Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho, USP - FDRP
Gabriele Ferreira Beirigo, Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho, USP - FDRP

RESUMO

O presente trabalho, intenta discutir, as alterações trazidas pela Lei 13.467/2017, quanto ao uniforme e a faculdade de se inserir propaganda do próprio empreendedor e de terceiros parceiros, e se existe a extrapolação dos limites auferidos ao empregador mediante o poder diretivo do empregador. Abarcando na discussão a conceituação daquilo que se compreende por direitos de personalidade do trabalhador e como seu contexto pode ou não limitar o já referido poder diretivo de seu empregador. Ademais, abarca questões com a capacidade de mercantilização do trabalhador em contraposto a filosofias, normatizadas internacionalmente a se denotar a Organização mundial do Trabalho, que adota como um de seus preceitos balizadores, a ideia, adotada na Declaração da Filadélfia que pontua: o Trabalho não é Mercadoria. Para tanto emprega-se o método indutivo dedutivo através da pesquisa bibliográfica.

Palavras Chave: Lei nº 13.467/17, trabalho digno, direitos da personalidade, direito a imagem, marketing, mercantilização.

INTRODUÇÃO

Está incluso no poder diretivo do patrão, deliberar acerca do padrão da vestimenta de seus empregados, melhor dizendo ele é livre no momento da escolha dos uniformes, seja na sua cor, no estilo, modelo, podendo nele inserir logomarcas, símbolos e agora, com permissão legislativa, mediante a Lei 13.467/17, é possível também a inclusão de se inserir logo de parceiros comerciais ou conexos.

Este artigo intenta analisar mediante abordagem fundamentada na dignidade da pessoa humana, direitos personalíssimos do empregado analisa os contornos do poder diretivo que reduz o valor subjetivo do trabalhador e promove a objetificação de seus valores intrínsecos, como a honra e seu direito à imagem, em uma verdadeira colisão com a aversão da mercantilização do labor e do sujeito, pessoa humana, levantando o questionamento, o artigo 456, *caput*, da Consolidação das Leis do Trabalho mercantiliza o trabalhador?

O EMPREGADO - DIREITOS DA PERSONALIDADE E O TRABALHO DIGNO

Em busca da paz e justiça social mundial, em um período pós-guerra, a Organização Internacional do Trabalho (OIT) convencionou direitos de cunho social que abrandam as desigualdades das condições de trabalho em um contexto global.

A OIT tem um de seus princípios fundamentais e primordiais traduzidos pela máxima, o “*trabalho não é mercadoria*”¹¹ que sustenta a compreensão de que o labor humano não está constricto em uma mera mercadoria, vedando a mercantilização do trabalhador sendo impossível o dissociar do respeito à dignidade da pessoa humana. A OIT assim define a construção de trabalho decente como aquele operado em ocupação produtiva, que é remunerada e que é desempenhada em condições de liberdade, equidade, seguridade e respeito à **dignidade da pessoa humana**.


A dignidade da pessoa humana já fora definida pela percepção do homem, humano sempre dotado de “um valor em si e por si, e exige ser considerado e tratado como tal, e nunca ser considerado e tratado como um objeto que se usa, um instrumento”¹².

Juridicamente, a dignidade da pessoa humana é propagada e disseminada mediante uma rede de normativos que visam a proteção de peculiaridades da personalidade do homem, se contrapondo as tentativas de submissão humana. Pressupõe e limita o direito, vez que determina e delimita estrategicamente o conjunto de direitos de cada indivíduo. É transcendente ao ponto de preceder a política e a sociedade, sobremaneira que é necessário coordenar a relação dada em relação ao homem e o Estado, ao prescrever direitos, preceitos e deveres, de forma recíproca. A economia, partindo do pressuposto da dignidade da pessoa humana; deve servir ao homem.

Considerando estes aspectos e os utilizando como base para a análise do que entendemos por trabalho digno, podemos concluir que, no trabalho digno existe a proteção dos direitos fundamentais, enquanto trabalhador, em seu bem estar e autonomia.

¹¹OIT. Declaração de Filadélfia. Disponível em <<http://www.ilo.org/public/english/realm/ilc87/rep-i.htm>> Acesso em 10 de janeiro de 2020.

¹²Exortação apostólica *Christifideles Laici*, pg 65, João Paulo II, 16ª edição Editora Paulinas



E que, no contexto próprio do trabalho digno se garante ao homem trabalhador, a liberdade de ação pública, a liberdade associativa e de expressão e que neste contexto, aprimora sua personalidade, ao utilizar o trabalho como instrumento de transformação da natureza em riqueza. O trabalho digno dessa forma, finda a não delimitação do empregado a mero instrumento a serviço do sistema de produção, seja na intenção de obter vantagens econômicas para si próprio ou terceiro.

Tomando como eixo a dignidade da pessoa humana prescrita na Constituição Federal de 1988 consagrou como fundamentos da República Federativa do Brasil, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, mas ao estabelecer constitucionalmente como atributo maior de nosso sistema a sua finalidade social, ao dar contorno a função ao emprego social agregado a compreensão de propriedade, estabelece prioridade ao homem face ao capital.

O direito voltado ao estudo do trabalho, portanto, se apoia na tolerância ao trabalho digno, ao ponto que, não resta dignidade humana caso não seja afirmado o direito ao trabalho. Alheio a esta conformação, a reforma trabalhista desconjunta a medula espinhal da proteção social, firmando-se conforme políticas neoliberais e na lógica do mercado.

Não se limita a um único dispositivo da Lei 13.467/2017 as violações a dignidade da pessoa humana. Passaremos a análise de um em específico, o artigo 456-capu, que exhibe de a mercantilização do trabalhador de forma inquestionável, em uma violação frontal a honra subjetiva do trabalhador, naquilo que toca a sua imagem pessoal, social; assim como ao conceito de trabalho digno.

O PODER DIRETIVO DO EMPREGADOR

Antes de adentrarmos com mais profundidade a análise do artigo retro mencionado, cabe destacar alguns conceitos e entendimentos naquilo que concerne e se entende por poder diretivo.

O poder de organização dos fatores e meios de produção por parte do patrão, é o que se entende por “poder diretivo”; sendo que, a doutrina usualmente o subdivide em poder de organização (a faculdade de organizar seu empreendimento em atenção a seus melhores interesses econômicos, financeiros e produtivos; o poder de controle, no qual o empregador detém o poder de fiscalização podendo ser substabelecido a seus prepostos mediante a práticas previstas legalmente (observe-se o controle de jornada através de cartão de ponto eletrônico), o poder disciplinar que assiste ao empregador o condão de penalizar empregados

desidiosos ou indisciplinados, sendo que tais penalidades só podem ser aplicadas se previstas em lei (sendo estritamente três, advertência, suspensão e por fim demissão por justa causa, em últimos casos), vedadas as penalidades arbitrárias.

No que lhe concerne, o poder diretivo, pode e deve ser relativizado em função do bem-estar social, considerando que este pode por diversas vezes colidir com direitos e garantias individuais.

O ARTIGO 456-A CAPUT E A MERCANTILIZAÇÃO DO TRABALHADOR


O artigo 456, *caput*, da CLT estabelece que, ao empregador cabe resolver o padrão de vestimenta dos empregados no ambiente de trabalho, sendo permitido, nestes incluir “*logomarca da própria empresa ou de empresas parceiras e de outros itens de identificação relacionados a atividade desempenhada*”.

Essa capacidade atribuída ao empregador com a entrada em vigor da Lei 13.467/2017, advém do poder diretivo, ou seja, do poder de dar forma a atividade desempenhada pelo empregado atendendo aos melhores interesses de seu empreendimento. Tendo em mente a Constituição Federal, ficam respeitados e resguardados a imagem, a honra da mesma maneira que sua dignidade, porquanto direitos da personalidade do sujeito humano, sendo penalizáveis os abusos.

Há por seu turno um jogo de forças neste artigo, ao ultrapassar o imperativo de identificação funcional e do empreendimento, facilmente atingido pela mera inserção da logomarca do empreendimento do empregador, admite-se agora que no uniforme se incluam sinais voltados, pode-se por assim dizer, a propaganda. Transformando o trabalhador em mera ferramenta de publicidade, ausente contrapartida ou possibilidade de escolha.

O Trabalhador e o direito de imagem

É indiscutível que o artigo supra toca no direito quanto ao trabalhador e sua imagem nas esferas pública e privada (relacionado a sua subjetividade). Consiste em direito a integridade de sua imagem, o direito de “não ver sua efigie exposta em público ou mercantilizada sem seu consentimento e o de não ter sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando danos à reputação.(DINIZ, 2018, pág. 04)” Pode ainda ser entendido como o conjunto de atributos distintos que permitam a individualizar na sociedade, diz respeito a seu arranjo físico, como olhos, boca, cabelo.



Partindo desta premissa, o direito a imagem, moralmente, representa a capacidade de se opor a exposição não autorizada de sua imagem, e economicamente, na possibilidade de se explorar economicamente a própria imagem, conforme e nos limites dos permissivos legais, e finalmente, o direito a imagem abrange um caráter extrapatrimonial, pois ainda que não alienável ou seja passível monetariamente, produz de igual forma reflexos de ordem econômica e patrimonial.

Essencialmente, por se tratar de direito personalíssimo, é intransmissível, permitindo-se a concessão ou a permissão ao uso de sua imagem, condicionada e veiculada à vontade de seu titular jamais se desligando deste, desde que não causem alienação, renúncia ou privação do direito, não há pois, transferência do direito de imagem, mas a faculdade de uso.

Analisando mais profundamente a CLT, podemos denotar que não existe previsão expressa quanto a proteção no tocante a imagem do empregado, assim serve ao feito o regramento constitucional e do direito comum. Considerando o artigo 8º, §1º da CLT que determina a aplicação do direito comum como fonte subsidiária, resta claro que na presença de lacuna na legislação será aplicado regras de direito civil.

Assim, inexistente regramento específico que se volte ao empregado e sua imagem, resta buscar no direito civil, regra que dê suporte a essa proteção. O código Civil, no artigo 20 prevê que mediante o uso da imagem de alguém não precedida de autorização se abre margem a possibilidade de indenização pelo seu uso indevido, leia-se abaixo, *in verbis*:

“Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.”¹³

Partindo-se do entendimento e do reconhecimento do poder diretivo do empregador, que confere a este alteridade enquanto realiza a gestão de seus empreendimentos, onde assumem os riscos de seus negócios, necessário se observar um cerne de proteção ao foro íntimo e a seus personalíssimos direitos.

O direito a proteção e integridade da imagem relacionado simbioticamente com o direito de personalidade, podendo por inúmeras vezes com ele se confundir, consiste em verdade em direito autônomo sendo que qualquer lesão que o inflija repercute diretamente na

¹³ BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.

esfera extrapatrimonial do trabalho, sendo que inclusive, quanto a indenização a danos da personalidade é independente da demonstração, comprovação do prejuízo, bastando tão somente que exista o uso desautorizado para que o dano seja indenizável. Tal entendimento é inclusive, tese pacificada mediante a Súmula 403, editada pelo STJ. (BRASILIA, 2014).¹⁴

Ocorre que, anteriormente a entrada em vigor da Lei 13.467/147 (BRASIL, 2017), os tribunais do trabalho, passaram a compartilhar do mesmo entendimento, compartilhando a ideia que o dano moral proveniente do uso não autorizado da imagem do trabalhador se presume dispensando comprovação de prejuízos seja de ordem moral, emocional, ou monetária, bastando tão somente o seu efetivo emprego para a consumação da lesão, do dano.

O entendimento jurisprudencial também dava conta que o mero uso de uniformes contendo logomarca de empresas terceiras a do empregador efetivo do trabalhador, consistia em dano moral, pois tratava-se de um uso de imagem não autorizado, vez que, tendo em conta que o trabalhador se insere em uma relação naturalmente assimétrica, posto em situação de hipossuficiência, inquestionável que não havia ao empregado possibilidade de recusa, tão pouco contraprestação pecuniária pelo seu uso, como instrumento de propaganda.

Observe-se os julgados abaixo:

DANO MORAL. USO INDEVIDO DA IMAGEM. UTILIZAÇÃO DE UNIFORME FORNECIDO PELO EMPREGADOR CONTENDO APLIQUES DE PROPAGANDA DE DETERMINADAS MARCAS DE PRODUTOS VENDIDOS NA DEMANDADA. CONFIGURAÇÃO DE LESÃO À ÓRBITA DO PATRIMÔNIO MORAL DO OBREIRO PELA EXPLORAÇÃO DE SUA IMAGEM. A utilização pelo empregado de uniforme fornecido pelo empregador, contendo apliques de propaganda de determinadas marcas de produtos vendidos na empresa, configura, por si só, lesão à órbita do patrimônio moral do obreiro, pelo uso indevido de sua imagem, sendo cabível a imposição da indenização postulada na peça vestibular. A subordinação jurídica que emana do contrato de emprego não dá direito ao empregador de explorar o corpo de seu empregado com propaganda de terceiros, sem o expresse consentimento e sem que exista alguma vantagem pecuniária para o trabalhador.

(TRT-1 - RO: 00108495320145010045 RJ, Data de Julgamento: 02/12/2015, Sétima Turma, Data de Publicação: 22/01/2016)¹⁵

RECURSO DE REVISTA INTERPOSTO SOB A ÉGIDE DA LEI Nº 13.015/2014. DANO MORAL. DIREITO DE IMAGEM. UNIFORMES COM LOGOMARCAS DE FORNECEDORES E PROPAGANDA DE PRODUTOS. USO OBRIGATÓRIO PELOS EMPREGADOS. FINALIDADE COMERCIAL. ART. 20 DO CÓDIGO CIVIL 1. O art. 5º, V e X, da Constituição Federal consagrou o direito

¹⁴ STJ. **SÚMULA 403 DE 2014**. Proferida em Embargos de Divergência em Recurso Especial de nº 230.268 - SP. (2001/0104907-) em fevereiro de 2014.

¹⁵ **TRT-1. RECURSO ORDINÁRIO.RO: 00108495320145010045** RJ, Data de Julgamento: 02/12/2015, Sétima Turma, Data de Publicação: 22/01/2016..

fundamental à reparação do dano moral. 2. Consoante se depreende do art. 20 do Código Civil, o uso da imagem de uma pessoa, sem autorização, para fins comerciais, ainda que não haja ofensa, constitui ato ilícito. 3. Empregador que determina o uso de uniformes com logotipos de empresas fornecedoras e de produtos comercializados, sem possibilidade de recusa pelo empregado e sem compensação pecuniária. Destinação comercial inequívoca, haja vista que os empregados, em ambiente frequentado por muitos consumidores, divulgavam marcas dos clientes do seu empregador. 4. Caracterização da responsabilidade do empregador pelo ilícito praticado em face de direito personalíssimo dos empregados, daí defluindo a respectiva obrigação de reparar o dano moral causado pelo uso indevido da imagem. 5. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 678005420145130006, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 22/06/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016)¹⁶

Os julgados acima, exprimem o entendimento anteriormente adotado de que o uso de uniforme dado ao trabalhador pelo empregador, conteúdo, imagens, símbolos, logomarcas que exprimam propaganda de seu próprio empreendimento ou de terceiro configurava *per si* lesão a esfera patrimonial do empregador, sobremaneira que mesmo no exercício de seu poder diretivo, não poderia este ultrapassar os limites da subordinação jurídica, impostos por princípios de dignidade, e trabalho decente.

Não é isolado o caso em que os trabalhadores são forçados a usar uniformes, casacos e afins estando insertos logomarcas de produtos e empresas diversas sem poder opor a seu uso, sob risco de se ver demitido, mais grave ainda, inúmeros empregados sequer possuíam conhecimento que possuíam direito a uma compensação monetária.


A reforma trabalhista então, veio com a solução enfrentada pelo patronado. Contraopondo-se ao entendimento jurisprudencial, o legislador intentou impedir a condenação em danos morais advindos da lesão a esfera extrapatrimonial do trabalhador em decorrência do isso indevido, não autorizado não compensado do trabalhador.

O Artigo 456-A, *caput* da CLT - Lei 13.467/17

O artigo 456-A, *caput*, fora acrescido ao texto original da CLT com a intenção óbvia de se frear entendimento jurisprudencial contrário aos interesses patronais, em favor a lógica do mercado, que considera que o trabalho é sim, mercadoria.

Opondo-se ao entendimento anteriormente solidificado (ou as vésperas de assim o ser) que o poder de organização dos modos e meios de produção de um empreendimento; deveria ser limitado ante as prerrogativas inerentes a dignidade da pessoa humana e aos direitos de

¹⁶TST. RECURSO DE REVISTA. RR: 678005420145130006, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 22/06/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016.



personalíssimos, as decisões passam serem constringidas e fundamentadas nessa “inovação” trazida pela Lei 13.467/17 (Brasil, 2017); impedir a inserção de logomarcas para a mera divulgação ou do próprio empreendimentos ou de terceiros significa tolher o empresário em suas atividades.

Admite-se, assim, a veiculação da exploração do labor, que se sobressai, com a veiculação de natureza publicitária. O que não traz espantos considerando que a referida lei fora criada em respeito a moldes neoliberais, pautados em políticas de austeridade num contexto a nível internacional que reduz cada vez mais o trabalhador em instrumento em favor do mercado, e tão somente em favor do mercado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Através da análise deste trabalho até aqui, e todos os conceitos outrora expostos, denota-se o regramento exposto no artigo 456-A, *caput* da CLT vai em oposição as garantias constitucionais e aos direitos de personalidade tornando-se permissivo da mercantilização do empregado a mera ferramenta de marketing.

O referido artigo, avia-se de sua função orientadora, ou seja, a de proteção do trabalhador, veja, considerando a assimetria que se dá na relação empregador e empregado, conforme na sua hipossuficiência em relação à aquele; o ordenamento jurídico trabalhista adota um imperativo ético que se traduz na ampliação progressiva da tutela jurídica do trabalhador. Dessa forma o dispositivo estudado deveria, prever medidas de proteção ao trabalhador, limitando o seu poder diretivo quanto, aqui especificamente, na escolha do uniforme e dos elementos que o compõem, para garantir ao trabalhador sua não submissão a extravagâncias de patrão que possam ferir sua honra impedindo se expor ao ridículo e ao vexame.

Podendo se observar é a reificação do trabalhador o transforma em objeto de marketing, ferindo sua autoestima, e a forma com que é valorizado no mundo do trabalho, o que enfraquece sua personalidade e diminui sua importância enquanto sujeito inserido no mundo produto vez que seu valor é diretamente e simbioticamente ligado a quantidade de valor econômico consegue em si agregar.

Além de forçar o trabalhador a alienar sua corporeidade que passa a ser instrumento a disposição de uso do empregador quando este considerar conveniente a seu empreendimento.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BOMFIM CASSAR, Vólia. **Resumo de direito do trabalho**. 6 ed. Rio de Janeiro: Forence; SãoPaulo: METODO, 2018.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 8 ed. Saraiva Jur: Rio de Janeiro, 2015.

_____. BRASIL. **Lei nº o 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm> Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

_____. BRASIL. **Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm> Acesso em 10 de janeiro de 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Manual de Direito Civil**. 2ª edição, Volume 1. Saraiva Jur: 2018.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil 1988. < Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm > Acesso em: 08 out. 2018.

Organização Internacional do Trabalho. OIT. **Declaração de Filadélfia**. Disponível em < <http://www.ilo.org/public/english/realml/ilc87/rep-i.htm>> Acesso em 10 de janeiro de 2020.

_____. *Superior Tribunal de Justiça*. **SÚMULA 403 DE 2014**. Proferida em Embargos de Divergência em Recurso Especial de nº 230.268 -SP. (2001/0104907-). Disponível em <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=3&ved=2ahUKEwi v3onxt67nAhUTHrkGHcBID84QFjACegQIAhAB&url=https%3A%2F%2Fww2.stj.jus.br%2Fdocs_internet%2Frevista%2Feletronica%2Fstj-revista-sumulas-2014_38_capSumula403.pdf&usg=AOvVaw3BmGDzBbjb8SLHcXMY-6o0> Acesso em: 08 de janeiro de 2020.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. TST. **RECURSO DE REVISTA. RR: 9558020135050464**, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 29/04/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 08/05/2015. Disponível em< <https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/186850953/recurso-de-revista-rr-9558020135050464?ref=serp.>> Acesso em 10 de janeiro de 2020.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. TST. **RECURSO DE REVISTA.RR: 678005420145130006**, Relator: João Oreste Dalazen, Data de Julgamento: 22/06/2016, 4ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2016. Disponível em: < <https://trt->

18.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/773743870/rorsum-104937420195180121-go-0010493-7420195180121?ref=serp>.Acesso em: 15 de janeiro de 2020.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. TST. **RECURSO DE REVISTA.RR: 3916620135050023**, Relator: Walmir Oliveira da Costa, Data de Julgamento: 03/08/2016, 1ª Turma, Data de Publicação: DEJT 05/08/2016. Disponível em: <<https://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/370425931/recurso-de-revista-rr-3916620135050023?ref=serp>>Acesso em : 10 de janeiro de 2020.

_____.Tribunal Superior do Trabalho. TST. **RECURSO DE REVISTA. RR - RR-8-22.2013.5.20.0007**. ACÓRDÃO PROFERIDO PELA 5ª TUMA DO TST, Min. Rel. BRENO MEDEIROS. Dje: 21.03.2018. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2018/4/art20180413-06.pdf> > Acesso em: 10 de janeiro de 2020.

_____.Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. TRT-1. **RECURSO ORDINÁRIO. RO: 00108495320145010045** RJ, Data de Julgamento: 02/12/2015, Sétima Turma, Data de Publicação: 22/01/2016. Disponível em<<https://trt-1.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/299705959/recurso-ordinario-ro-108495320145010045-rj?ref=serp>. Acesso em 10 de janeiro de 2020.

CAPÍTULO 8

A ECONOMIA SOLIDÁRIA COMO ENFRENTAMENTO DA PRECARIZAÇÃO: LINHAS SOBRE AUTOGESTÃO E REAFIRMAÇÃO DO TRABALHO

Gabriele Ferreira Beirigo, Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho, USP - FDRP

RESUMO

A Economia solidária surge como resposta a precarização laboral resultado direto dos tidos confrontos cíclicos da política de economia capitalista que em verdade se engendram e solidificam como uma crise estrutural do desemprego e da informalidade, não limitada ao cenário nacional, que por sua vez reforça discursos neoliberais de mudanças com efeitos sociais pautados tão somente nos interesses do mercado que traduzem diretamente os anseios e desejos do patronado em se ver diminuído o espectro protetivo social do trabalho que assegura a dignidade do sujeito enquanto trabalhador. Mas seria os empreendimentos solidários realmente capazes de aplicar a autogestão em ignorância ao contexto solidificado da sociedade voltada a produção e ao capital?


Para o estudo aplicou-se a metodologia bibliográfica através do método hipotético-dedutivo, baseando na análise literária que conforma os conceitos de economia solidária, precarização e trabalho digno.

Palavras chaves: empreendimentos solidários, neoliberalismo, precarização e auto gestão.

INTRODUÇÃO

As propostas insertas nas filosofias dos empreendimentos solidários se apresentam como propostas mais adequadas a conjuntura de desmonte do trabalho estável e formalizado. Se opõe ao trabalho pautado na heterogestão, na competitividade, resiste a racionalidade do domínio burocrático da produção e prefere a lógica auto gestionária, as concepções de solidariedade e ajuda mútua em um ambiente voltado a promoção coletiva do trabalho como amplificação do trabalho decente e do trabalho digno.

De maneira que a dignidade é essencial para a determinação do individuo como sujeito no seio social, visto que seu valor está diretamente atrelado a sua capacidade de produzir e de atrelar valor econômico em si, em uma relação quase simbiótica. O trabalho decente é ferramenta última para que se garanta ao indivíduo uma existência digna, em verdadeira resistência ao cerne de proposituras liberais que visam o lucro e o lucro somente, e para tal desvaloriza o trabalho humano, o reduzindo a mercadoria.



As Economias Solidárias propõem um modelo de superação da vulnerabilidade do trabalho em sua posição assimétrica em relação ao patronado. A autogestão como projeto oposto a heterogestão capitalista é fenômeno que necessita ser estudado e entendido para que não se desvie os propósitos animadores dos empreendimentos solidários,

Não podendo, no entanto, se ignorar na presente análise o contexto em que se insere as economias solidárias, vez que ao competir com empreendimentos pautados no mercado e no lucro, se mostra em desvantagem, pois joga no campo do time contrário, com as regras do time contrário.


A DIGNIDADE HUMANA COMO PRESSUPOSTO DO TRABALHO DECENTE

Partindo da compreensão de que o valor do homem é definido pelo valor produtivo que agrega em si através do trabalho, existe o entendimento constitucional de que a dignidade humana se relaciona diretamente a garantia do exercício do trabalho.

O trabalho pode ser analisado como recurso capaz de promover a integração do homem na coletividade, atribuição de valor como instrumento de reconhecimento social. Sobremaneira, o trabalho pode ser também visto através de seu valor como instrumento de amplificação de proveito econômico. Ao elevar a dignidade da pessoa humana, em preceito basilar a Constituição a toma como mecanismo orientador de todo o seu conjunto de sistemas.

Sobremaneira que, obviamente, se reflete no Direito do Trabalho ao qual se impera o tomar como objetivo. A dignidade da pessoa humana é juízo resultante de elaborações construídas através de jogos de reação e resistência ao longo da história da humana, não é estático, mas sim dinâmico em constante construção. Se não afirmado como condão intrínseco do homem, o deve ser como valor e princípio que percorre toda a sociedade, a política e o direito, desprezando atos que degradem e desumanizem, na perspectiva do trabalho precede a existência do contrato, pois é concedido a todos os cidadãos que por inúmeras vezes acontecem de serem trabalhadores, o que converte a dignidade em virtude laboral mandamental.

A percepção de dignidade é também propulsor do que se entende por trabalho decente, que por sua vez, “se apoia em quatro pilares estratégicos: os direitos e princípios fundamentais do trabalho, a promoção do emprego de qualidade, a extensão da proteção social e o diálogo social” (ABRAMO, 2006), e quando perquirido em conjunto ao conceito de



trabalho digno amplia-se as esferas da honra e da autoestima, alcançando ao campo da moral do homem trabalhador.

Para Mocellin (2009), o oposto de trabalho decente é o trabalho precário. De forma que o trabalho decente axiologicamente embate de maneira direta o desemprego ao trabalhador.

A REFORMA TRABALHISTA – PRECARIZAÇÃO DAS RELAÇÕES DE TRABALHO


A remodelação da legislação trabalhista, resultou em inovações diversas, como a patente flexibilização da jornada de trabalho, a possibilidade de existência de contratos de trabalho não perenes, veja-se os contratos intermitentes, a possibilidade de se negociar horário para refeição, assim como negociar horas extras, além de agora vivermos sob a égide do negociado sobre o legislado.

Inequívoco que a política neoliberal justaposta a conveniência do capital, paulatinamente findam em precarizar o trabalho, seguida pela desregulamentação conformado na flexibilização, assentindo ao patronado reconfigurar o molde das relações de trabalho, fixando salários igualmente flexíveis e variáveis, instituindo novas jornadas de trabalho, substituindo mão de obra estável e contratados formalmente por temporários, terceirados ou sob o manto de informalidade.

Estratégias tuteladas pela ideologia liberal de responsabilização do indivíduo, ou seja, o sucesso de sua empreita inserida no contexto do mundo produtivo vincula-se diretamente a sua capacidade de empreender, qualificação pessoal, capital social e ajuda mútua. Ignora a dinâmica do capital e da alienação do processo de produção.

Como resultamos temos uma perene tendência de resistência e conflitos diretos perante o capital. Ao se falar em desemprego no cenário brasileiro, o correto é afirmar a crise estrutural, pois a proeminente taxa de desemprego contumaz é a negativa de que se trata de um fenômeno cíclico capitalista o que por sua vez aponta para o crescimento da precarização.

Em períodos de crise do capital, há um empenho em se converter o mercantilizar o trabalho em uma marcha progressiva de precarização, resultando na volta a seu caráter ontológico de mercadoria.



Assim, ante a acumulação do capital, o trabalho é sempre adaptável e passível de corte de gastos, significando uma constrição a ampliação e manutenção de direitos de cunho social. Expressado pela flexibilização do trabalho, com aumento do trabalho informal, que pode igualmente repercutir em redução do número de trabalhadores assalariados, Marx (1974), conceitua essa propensão como fruto dos resíduos da produção, onde a predisposição natural do capital é de,

“(…) reduzir ao necessário o trabalho vivo diretamente empregado, a encurtar sempre o trabalho requerido para fabricar um produto — explorando as forças produtivas sociais do trabalho — e, portanto, a economizar o mais possível o trabalho vivo diretamente aplicado”¹⁷

Nacionalmente essa tendência de flexibilização concluiu na reorganização do trabalho informal, qualificado pela ausência de jornada, baixa renda, obstados ao acesso a direitos sociais e trabalhistas. Pretere-se a uma melhoria no conjunto econômico como juízo de análise adotado para a organização das relações e condições de trabalho.

A precarização é também metodologia social que concatena a insegurança perene e inconstância no trabalho, “fragilizando os vínculos e impondo perdas nas mais variadas áreas (direitos, emprego, saúde e vida) para todos os que vivem do trabalho” (Druck, Franco e Seligmann-Silva, 2010).


Realizado a opção pelo mercado em detrimento ao trabalho, a flexibilização desponta aos ideais neoliberais, programados por políticas de austeridade, como única resposta a crise globalizada do capitalismo; tida como exigência máxima para a consecução da modernidade.

Consiste na trama que impõe uma estreiteza entre o sujeito e o trabalho, que individualiza o limitando, opondo-se a sua capacidade de promover a solidariedade, a dignidade e as potencialidades humanas.

A ECONOMIA SOLIDÁRIA – CONCEITO E PROPOSTA

Em um contrassenso a pauta política e econômica voltada ao bem-estar, a justiça social e a valorização como primado último de nossa República Constitucional existe em crescente déficit quanto ao acesso a direitos finalísticos da dignidade humana, abordando com maior especificidade o trabalho. O desmonte cada vez maior dos aparatos de proteção do mundo do mundo laboral, faz surgir a necessidade de emersão de filosofias que tenham a valorização do trabalho decente como objetivo e fim do trabalho.

¹⁷ MARX, Karl. 1974, **O Capital. Livro III**. Edição revisada e traduzida. Edições 70 – Brasil: 2017. p. 97 e 99.



Os engendramentos estabelecidos em nosso país, solidificados por uma mentalidade pós-escravista, já dificultava grandemente o acesso da população aos postos de trabalho formais, sendo que a informalidade e os trabalhos precários já representavam uma realidade robusta em nossa realidade desde a década de 90, marcada pelo profundo desmonte econômico e trabalhista, que após um período de prosperidade (observe-se o crescimento econômico exponencial experimentado pelo período 2004 a 2014) agora se agrava pelas medidas adotadas pela Lei 13.467/2017, alimentada pela tendência da desvalorização do trabalho humano pelas potencialidades tecnológicas.

O termo, economia solidária possui mais de duzentos anos de história e datam suas origens no início do século XIX, em configurações cooperativistas, inspiram-se em correntes socialistas, segundo Arruda (2003) acentuada em períodos de acentuadas lutas sociais e intensos declínios econômicos dos países europeus.

A proposta da economia solidária é tida por diversos estudiosos como manobra de enfrentamento da exclusão social, ao desemprego, ao trabalho informal e a precarização da mão-de-obra assalariada. Fala-se em alternativa ao modo de produção capitalista, tratando-se de uma construção social econômica, fundada na autogestão, na solidariedade, laços de autoajuda, cooperação, horizontalização do poder, na negação da burocracia alienadora do trabalho-produção capitalista.

Ainda, informa Lisboa (2005) que é:

“(…) característico das atividades econômicas que estamos tipificando como solidárias o fato de a acumulação material que aportam estar submetida a limites, sem deixar de possibilitar a reprodução ampliada da vida, ou seja, a melhoria das condições de vida. Para enfatizar esse ponto, não estamos falando da reprodução simples de mercadorias, de atividades meramente de subsistência, duma economia pobre para pobres, duma "economia de sobrevivência nas catacumbas". Trata-se duma outra economia que se confronta com os interesses da reprodução do capital e do poder, duma outra economia que contribui para o avanço civilizatório de duas formas. Primeiramente pelo desenvolvimento das forças produtivas, duma forma sustentável a longo prazo que se traduz em economias internas pela eliminação de atravessadores, obtendo-se menores custos de produção e maior capacidade de acumulação. E, segundo, por gerar um novo padrão de relacionamento humano.¹⁸”

Admite práticas econômicas e sociais amoldadas nas formas associativas, cooperativistas, auto gestionárias, mediante “o auto emprego coletivo de pessoas que querem voltar à produção social. Sejam cooperativas ou de outras formas associativas de trabalho.

¹⁸ MELO LISBOA, Armando de. **Economia solidária e autogestão: imprecisões e limites**. FGV EAESP. RAE – Revista de Administração de Empresas, vol. 45, n. 3, 2005.

Ao se juntarem, as pessoas ganham condições de competir no mercado com empresas médias e até grandes e, com isso, viabilizam sua reinserção”. (SILAS, VINHAS, 2018).

Nas economias solidárias se ultrapassa os valores pautados na competição capitalista. Gontijo e Paula (2019) ao analisar as práticas de economia solidária, identifica que mesmo diante,

“(…) da fragmentação e pluralidade verificadas a respeito do conceito de ES na literatura, entendeu-se que é possível caracterizar duas vertentes principais, estabelecendo uma dialética entre posições liberais e revolucionárias de ES para orientar esse artigo: 1) ES crítica, que busca transformação social ampla, ligada à ideia de autonomia, e que ultrapassa o aspecto econômico para alcançar também as esferas política, cultural, ambiental, de gênero etc.; e, 2) ES neoliberal, que se restringe à renda e capacidade de consumo, de reprodução do capital, tendo como foco a questão econômica¹⁹.

Assim, podemos entender que as economias solidárias podem representar a alforria mediante introdução ao mercado econômico em fugindo dos moldes de inserção baseado no poder de consumo de um determinado grupo social, assim como a libertação pelo embate as formas organizativas de consumo, produção e gestão do capital.

Lisboa (2005), aponta o fato de que,

“(…) as atividades econômicas que estamos tipificando como solidárias o fato de a acumulação material que aportam estar submetida a limites, sem deixar de possibilitar a reprodução ampliada da vida, ou seja, a melhoria das condições de vida. Para enfatizar esse ponto, não estamos falando da reprodução simples de mercadorias, de atividades meramente de subsistência, duma economia pobre para pobres, duma "economia de sobrevivência nas catacumbas". Trata-se duma outra economia que se confronta com os interesses da reprodução do capital e do poder, duma outra economia que contribui para o avanço civilizatório de duas formas. Primeiramente pelo desenvolvimento das forças produtivas, duma forma sustentável a longo prazo que se traduz em economias internas pela eliminação de atravessadores, obtendo-se menores custos de produção e maior capacidade de acumulação. E, segundo, por gerar um novo padrão de relacionamento humano”.²⁰

Salientando que a Economia solidária e a sua manifestação e emancipação, existem de forma dialética ao avanço da precarização e da flexibilização do trabalho, seus projetos se apresentam com maior frequência em crises do capital, traduzidas no aumento da informalidade e no desemprego.

¹⁹GONTIJO, Felipe Marques Carabeti; PAULA, Ana Paula Paes de. **Os sentidos da economia solidária: reflexões sobre um curso de formação**. Educ. Pesqui., São Paulo, v. 45, e185054, 2019.

²⁰MELO LISBOA, Armando de. **Economia solidária e autogestão: imprecisões e limites**. Op cit.

A AUTOGESTÃO - UM MOLDE ATÍPICO

As qualidades que fazem da economia solidária um modelo de economia atípica é a adoção de táticas de embate ao desmoronamento do aparato trabalhista em vistas ao crescente desemprego e marginalização da mão de obra assalariada, uma resposta alternativa aos impactos do neoliberalismo.

A autogestão se apresenta como o instrumento central da economia solidária, empresa autogestionária é aquela em que os “sócios são os trabalhadores e cujos trabalhadores são os sócios, sem presença de outros vínculos de trabalho ou de investimento”, (SINGER, apud SATO; ESTEVES, 2002, p. 6).

As ditas empresas auto-gestionárias possuem como atores, grupos de trabalhadores, que antes possuíam algum tipo de ocupação, e se encontram desempregados, ou vias de se assim se tornar, ou então aqueles que foram obstados do acesso a um posto formal de emprego, e devido a isso, se ativam em empreendimentos próprios para sua manutenção podendo ainda, eventualmente, ocasionar postos de trabalho.

Os empreendimentos solidários, se diferem, exatamente, na natureza de sua gestão, que se baseia em princípios como igualdade, solidariedade e democracia.

O CONTEXTO E A ECONOMIA SOLIDÁRIA

É imprescindível ter em mente que os empreendimentos solidários, se encontram inseridos no mercado, dessa forma se sujeitam como se mercadorias fossem. Assim, não se trata de um ramo não monetizado, e que não auferem o lucro, a exemplo do terceiro setor, sendo este aspecto que permite conferir se uma atividade tida como econômica é eficiente, além de permitir sua expansão, renovação e sustentabilidade.

Ocorre que, os empreendimentos solidários inovam ao se inserir no mercado, atuando através de práticas de atribuição de contraprestação justa auferida à aquilo que empreende, assim não submete a desenfreada busca pelo máximo lucro. Nesses empreendimentos há sim, frenesi em torno da rentabilidade, mas se equilibra com a preocupação a valores humanistas.

No entanto em decorrência de divisão hodierna do trabalho, onde se predetermina as atividades a serem desenvolvidas, não é possível se excluir totalmente as formas heterogêneas de produção, vez que o agir profissional é entremeado por conhecimentos específicos inseridos em uma realidade tecnológica, com demonstração de crescente tecnicidade, dividido de forma

complexa macrossocialmente. O que forja insígnias alienantes ao trabalho e formas de produção de modo insuperável, de maneira que “a alienação do trabalho não se reduz à sua condição de mercadoria, nem seria revogada se esta pudesse ser abolida.” (LISBOA, 2005).

É indissociável dos processos produtivos, o espectro da heterogestão, já que preestabelecido sistematicamente, não havendo como escolher ou a este aspecto se opor, vez que nossa existência é indissociável do contexto ao qual nos inserimos, por isso, inúmeros empreendimentos solidários reproduzem normas neoliberalistas, como marketing, endo competição, hierarquia e não raramente jornadas de trabalhos extenuantes.

Isto se deve ao fato de que, apesar da expectativa, a economia solidária não se configura como novo modo de produção, podendo ser reduzida a ações particulares que prosperam pela competição aplicando a mutuo ajuda como instrumento potencializador, acontece que, este potencializador, denominado mutuo-ajuda ou auto ajuda dos empreendimentos solidários se confunde com o conceito de auto gestão. Representam, tão somente, cooperativas de resistência (BENINI, NETO, apud FARIA, 2005, p. 8). Para além disso, é notável que a autogestão é insuficiente para quebra comportamental capitalista, a mera constatação de uma propriedade coletiva não é tradução de eliminação da exploração e de classes sociais, sobremaneira que, não é incomum que, “a igualdade jurídica na propriedade da empresa e seus mecanismos formais de representação e participação encobrem uma imensa desigualdade interna entre gestores e trabalhadores, visualizada nos grandes desníveis dos rendimentos (LISBOA, 2005)”.

Um dos resultados diretos deste fato é muitas vezes, a marginalização dos empreendimentos solidários, Gontijo e Paula (2019) de maneira relevante denota que,

“(…) as organizações geradoras de trabalho e renda, ainda que não tipicamente capitalistas, como ocorre no caso de empreendimentos de ES, frequentemente operam de forma marginal, inseridas e dependentes do modo de produção capitalista e por isso ainda não conformam um novo modo de produção global.²¹”

Estes empreendimentos em quase sua totalidade são engendrados em bases rústicas, restringido o acesso tecnológico, além de não contarem com experiência administrativa, crédito, de autonomia reduzida, o que gera sujeição aos grandes empreendimentos capitalistas, que impõem preços e outros aspectos determinantes na produção daquilo a que se prestam a produzir.

²¹GONTIJO, Felipe Marques Carabetti; PAULA, Ana Paula Paes, op. cit.

Inquestionável, portanto, a necessidade de uma agenda política que inclua em pauta a discussão das economias solidárias. Em análise as políticas públicas, e sua relação com as economias solidárias, Godoy, estabelece que:

Para o fortalecimento da Economia Solidária no Brasil o Ministério do Trabalho e Emprego criou a SENAES (Secretaria Nacional de Economia Solidária) que, juntamente com o Fórum Brasileiro de Economia Solidária, está realizando o mapeamento dos empreendimentos solidários em todo o território nacional. Para isto foi implantado o SIES – Sistema de Informações de Economia Solidária, que se constitui em um instrumento para visibilidade da Economia Solidária e que tem como objetivo orientar e subsidiar os processos de formulação e execução de políticas para seu desenvolvimento.

O levantamento, iniciado em 2005, já identificou 21.859 mil empreendimentos econômicos solidários, superando a expectativa de que houvesse em torno de 20 mil em todo o país. Também se constatou que está havendo um crescimento da Economia Solidária na década de 1980, mas com o principal incremento a partir da década de 1990.

O Programa Economia Solidária em Desenvolvimento, elaborado pelo Governo Federal através da SENAES/ MTE visa à articulação de políticas públicas de geração de trabalho e renda ao combate à pobreza e a inclusão social. Aproveitando as bases e redes já existentes, de prefeituras municipais e governos estaduais, o programa busca através da Rede Nacional de Gestores Públicos de Políticas de Fomento à Economia Solidária, construir a integração destas políticas com vistas a sua consolidação.

Na análise dos dados preliminares do levantamento realizado pela Secretária Nacional de Economia Solidária ligada ao Ministério do Trabalho e Emprego verifica-se que os números de empreendimentos solidários crescem a cada pesquisa, mas o que não se verifica ainda é um programa sistemático de apoio a Economia Solidária nos estados da federação. No estado de São Paulo, por exemplo, há uma contagem de 813 empreendimentos presentes em 174 municípios representando 3,71% do número de EES do Brasil em 2007. Mas o governo estadual ainda não possui uma política exclusiva sobre Economia Solidária. O que existe atualmente é um projeto de lei apresentado por uma Frente Parlamentar Pró-Economia Solidária instalada na Assembléia Estadual de São Paulo.


Por outro lado, municípios do interior do estado de São Paulo que já contam com um efetivo número de empreendimentos começam a sistematizar políticas públicas de apoio à economia solidária, como é o caso do município de São Carlos, atualmente com um levantamento de 24 empreendimentos solidários e com ações de apoio e fomento desenvolvidas por sua Secretaria Municipal de Desenvolvimento Sustentável, Ciência e Tecnologia.²²

Assim a economia solidária deve ser incentivada mediante a políticas públicas de desenvolvimento para que possam alcançar seus objetivos últimos junto a sociedade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Referendada pela concepção de ser medida alternativa voltada ao capital, a Economia Solidária parece ressurgir em um contexto de crise econômica, que reflete nos modos e nas

²² PINTO DE GODOY, Tatiane Marina. **Políticas Públicas para economia solidária no Brasil: a autogestão na reprodução das relações sociais de produção**. Revista eletrônica e-cadernos CES. 2008: Novos mapas para as ciências sociais e humanas. Disponível em: < <https://journals.openedition.org/eces/1256> >. Acesso em: 18 nov. 2019.



relações do trabalho. Em resposta a um conjunto de medidas tomadas com o intuito de soerguer o mercado através da desvalorização do trabalho humano, essa alternativa baseada na solidariedade, na autogestão e na mutua ajuda, parece ser uma resposta aos padrões capitalistas.

A Economia solidária não separa o indivíduo do processo produtivo e busca a efetividade do valor social do trabalho, em um cenário de desenvolvimento coletivo que favorece e engrandece os modos de produção baseados na cooperação.

Surge como resposta a proposta de um mercado precarizado pois se baseia na solidariedade na cooperação, onde os trabalhadores figuram na do detentor dos modos e meios de produção.

No entanto ainda que sua filosofia não vise ao lucro, não se pode descartar ou ignorar a lógica baseada no capital que permeia o mercado, em um sistema preestabelecido de técnicas e conhecimentos que reproduzem o *modus operandi* do trabalho do qual, nem mesmo a economia solidária pode se furtar. Sobremaneira, que a economia solidária acaba por ter negado o seu papel de revitalizador dos processos produtivos, vez que inseridas num cenário capitalista, concorre com os empreendimentos do capital, que dominam a experiência, os produtos e a decisão de preços.

Isso se deve também a má compreensão generalizada dos termos autogestão e cooperativismo. Confundindo-se as economias solidárias, com empreendimentos cooperativos pontuais que só sobreviveram em competir com o capital mediante políticas de ajuda mutua, vez que ainda que prosperem em se livrar daquele que se posta como o empregador, o patrão, detentor dos meios de produção, ainda assim, se inserem em um contexto de mercado heterogêneo (marcado pela heterogestão produtiva).

Para que tais economias possam representar resposta efetiva a precarização, é necessário que antes, se proceda a elaboração de um projeto de cunho político que busque a edificação de um modo produtivo baseado em diretrizes de matriz socialistas, sob pena de as economias solidárias ficarem condenadas a permanecer como “cooperativas de resistência”, ou a ver precarizado seus próprios trabalhadores.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRANTES, José João. **A autonomia do Direito do Trabalho, a Constituição Laboral e o artigo 4º do Código do Trabalho.** In: FERNANDES, António Monteiro. Estudos de direito do trabalho em homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea. Coimbra: Almedina.

BENINI, Elcio Gustavo; NETO, Leonardo Francisco Figueiredo. **Desemprego e Economia Solidária: Repesando a Autogestão.** SEGeT. Simpósio de Excelência em Gestão e Tecnologia. UFMS. Universidade Federal de Mato Grosso do Sul. Disponível em: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKewjAtr--o67nAhX3ErkGHcGJAuIQFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.aedb.br%2Fseget%2Farquivos%2Fartigos07%2F1412_Economia_Solidaria_Seget.pdf&usq=AOvVaw2TGUtKtTAcJLy47wktQBTD> Acesso em 31 de janeiro de 2020.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do direito do trabalho no Brasil – Desregulação ou Regulação Anética do Mercado?** 1 ed. São Paulo: LTr 2008.

COSTA SANTOS. Raphael Salomão Eulálio da. **Economia Solidária: uma opção aos excluídos do mercado formal de trabalho.** Monografia (bacharelado) – Universidade Federal do Rio de Janeiro – Instituto de Economia, Rio de Janeiro: 2014.

DRUCK, M. G., FRANCO, T. & SELIGMANN-SILVA, E. (2010). **As novas relações de trabalho, o desgaste mental do trabalhador e os transtornos mentais no trabalho precarizado.** Rev. bras. Saúde ocupacional. São Paulo, 35 (122), p. 229- 248. Recuperado em 12 de março, 2017, Disponível em < http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0303-76572010000200006> Acesso em 20 de janeiro de 2020.

GALVAO, Andréia et al. **REFORMA TRABALHISTA: precarização do trabalho e os desafios para o sindicalismo.** Cad. CRH, Salvador , v. 32, n. 86, p. 253-270, Aug. 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-49792019000200253&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 31 de janeiro de 2020.

GONTIJO, Felipe Marques Carabetti; PAULA, Ana Paula Paes de. **Os sentidos da economia solidária: reflexões sobre um curso de formação.** Educ. Pesqui., São Paulo, v. 45e185054, 2019. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1517-97022019000100523&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 de janeiro de 2020.

MARX, Karl. 1974, **O Capital. Livro III.** Edição revisada e traduzida. 1 ed. Edições 70 – Brasil: 2017.

MELO LISBOA, Armando de. **Economia solidária e autogestão: imprecisões e limites.** FGV EAESP. RAE – Revista de Administração de Empresas, vol. 45, n. 3, 2005. Disponível em: <<http://www.fgv.br/rae/artigos/revista-rae-vol-45-num-3-ano-2005-nid-46022/>> Acesso em: 31 de janeiro de 2020.

SENAES. **Atlas Digital da Economia Solidária.** Ipea: 2013. Disponível em: <



<http://atlas.sies.org.br/sobre.html> > . Acesso em: 21/11/2019.

SILVA. Gabriela Scur. VINHAS. Ana Paula. **A Economia Solidária como Alternativa ao Desenvolvimento Econômico**. Disponível em: < www.anpad.org.br/admin/pdf/enanpad2003-pop-1725.pdf >. Acesso em: 21 de janeiro de 2020.

SCHIAVI, Mauro. Manual de Direito Processual do Trabalho. 14 ed. São Paulo: LTr, 2018.

SCHMITZ. José Carlos. **A dignidade humana, o valor social do trabalho e aplicação do princípio da proteção no direito do trabalho no brasil**. Revista Jurídica – FURB. Disponível em:<http://proxy.furb.br/ojs/index.php/juridica/article/view/3453>> Acesso em: 18 nov. 2018

SOARES FILHO, José. **Sociedades pós-individual e os impactos da globalização na sociedade, no trabalho, na economia e no Estado**. Curitiba: Juruá, 2007.

CAPÍTULO 9

AS RESPONSABILIDADES FAMILIARES ANTE A PROMOÇÃO DA IGUALDADE DE OPORTUNIDADES E TRATAMENTO NO BRASIL À LUZ DA OIT

Ana Flávia Alves, Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho, USP - FDRP
Gabriele Ferreira Beirigo, Pós-graduanda em Direito e Processo do Trabalho, USP - FDRP

RESUMO


A OIT foi um dos primeiros instrumentos legais regulamentadores do trabalho da mulher em um primeiro momento focada na proteção a maternidade e hodiernamente com foco na noção de oportunidades e de tratamento. A OIT visa através de convenções e recomendações garantir um trabalho decente a homens e mulheres, o escritório da OIT no Brasil, aborda a tese da promoção de oportunidades e tratamento no mundo do trabalho como dos garantidores do trabalho decente. As questões relativas as responsabilidades familiares são fundamentais ao fomento da igualdade de oportunidades e tratamento de homens e mulheres no trabalho. Através da metodologia bibliográfica e método hipotético-dedutivo, o presente artigo busca analisar como os rígidos papéis de gênero que determinam a divisão e organização do trabalho reprodutivo e produtivo impõem as mulheres se ativarem em maior número em trabalhos informais e estatuem embaraços para ingressarem e permanecerem no mercado trabalho. Conclui em demonstrar a abordagem positivista da OIT ao conflito de responsabilidades familiares *versus* o mundo do trabalho, e da necessidade da ratificação da Convenção nº 156 sobre trabalhadores com responsabilidades familiares ainda em discussão no Brasil.

Palavras-chave: Igualdade de gênero, OIT, força de trabalho.

INTRODUÇÃO

A Organização Internacional do Trabalho desde sua fundação em 1919, buscam garantir condições de trabalho decente para homens e mulheres. No conceito de trabalho decente, promoção da igualdade é ponto central e compõe princípios e direitos fundamentais do trabalho, lastreado por toda a declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho de 1998.

Anteriormente, numa primeira abordagem a discussão da promoção da igualdade entre homens e mulher primeiro foca na questão da proteção a maternidade e em um segundo momento na noção de igualdade de oportunidade e tratamento, fazendo uma análise além da questão reprodutiva, mas também focando na promoção concreta da igualdade como acesso ao emprego, formação profissional e de progressão funcional.



Na Década de 1970, se intensifica a urgência em se revisar a maneira a qual se distribui e organiza o trabalho produtivo e reprodutivo nas sociedades, e é nesse espectro de discussões que se adota a Convenção nº 156 sobre trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares.

AS RESPONSABILIDADES FAMILIARES

O mercado de trabalho, historicamente é estruturado de maneira dicotômica entre a esfera pública e produtiva e a esfera privada e doméstica, onde o homem figura como provedor, exercendo, portanto, trabalho remunerado – inserto nessa dinâmica na esfera pública e produtiva – e a mulher como cuidadora, responsável pelos filhos e tarefas domésticas– ai na esfera privada e doméstica.

O trabalho se organizava em trabalhos estáveis com jornadas predefinidas pensadas nos “trabalhadores ideais”, homens alheios as responsabilidades familiares inteiramente disponíveis para o trabalho.

A conciliação entre família e trabalho se assentava em rígidos papéis de gênero nos moldes de família biparental. Ocorre que os moldes de produção na qual essas concepções se assentavam, não condizem mais com a realidade. Existem atualmente uma multiplicidade de arranjos familiares, sendo que inclusive cada vez mais mulheres figuram no papel de chefes de família, além do perceptível crescimento do envelhecimento da população em geral e a incidência cada vez maior de doenças crônicas em pessoas idosas aumentando responsabilidades familiares, sendo que, em contrapartida os serviços formais de assistência se despontam rudimentares – outro fator que entra na conta é a inserção cada vez maior das mulheres em papéis sociais antes ocupados somente por homens, com sua crescente escolarização, maior participação no mercado de trabalho, passando a não serem vistas como provedoras secundárias, mas essenciais.


Essa divisão do trabalho no interior das famílias é particularmente acentuada pelos seguintes fatores:

Estereótipos tradicionais que associam o papel de cuidadora à função “natural” da mulher;

Ausência e/ou insuficiência de serviços públicos de apoio acessíveis e convenientes, como creches, horários escolares compatíveis com as jornadas de trabalho, assistência a adultos ou pessoas idosas, com deficiência ou doença;

Exigências dos locais de trabalho, que muitas vezes impedem que ambos os membros do casal dediquem mais tempo a eles próprios e às suas famílias.²³

²³Escritório da OIT no Brasil. As Notas da OIT sobre trabalho e família. Nota 2 - Promoção da igualdade de gênero e políticas de conciliação entre o trabalho e a família. Organização Internacional do Trabalho, 2009.



Hodiernamente as mulheres dividem na esfera pública em nível considerável o tempo direcionado ao trabalho remunerado com os homens, sendo que tal fato não se reflete na distribuição das responsabilidades familiares, conforme revelado pelo estudo “*Outras Formas de Trabalho*²⁴” da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Continua liderado pelo IBGE, de acordo com o referido estudo as mulheres dedicam em média, 21,3 horas por semana em afazeres domésticos e cuidado de pessoas em 2018, em contrapartida os homens, colaboram com tais atividades na média de cerca de 10,9 horas semanais. A mulher, mesmo quando trabalha fora, ainda de acordo com o estudo epigrafe; empreendia 8,2 horas a mais em afazeres domésticos e atividades de cuidado que o homem, igualmente ocupado em trabalhos formais ou informais na esfera pública, hiato que se amplia quando em relação aos homens não ocupados, nessa condição a diferença aumenta para 11,8 horas a mais em relação aos homens.

A conjuntura apresentada faz com que as mulheres busquem emprego que se compatibilizem com suas responsabilidades familiares, resultando em trabalhos de tempo parcial, por conta própria ou em seus próprios domicílios. O que reflete diretamente em seus rendimentos, agravando a desigualdade pois unida a aspectos como a discriminação salarial e a segregação ocupacional, mesmo que em relação aos homens possuam graus mais elevados de escolaridade.


As mulheres são penalizadas pelas responsabilidades familiares, situação reforçada pelo estereótipo de que seu profissionalismo e desempenho são afetados pelas tais.

OIT E A CONVENÇÃO Nº 156: TRABALHADORES E TRABALHADORAS COM RESPONSABILIDADES FAMILIARES.

A congruência entre o Trabalho e as Responsabilidades Familiares implicam em um verdadeiro desafio vez que são consideradas como pertencentes a esferas diferentes e não compatíveis entre si, a esfera privada, nos seios familiares, e a esfera pública atinente ao mercado de trabalho. No entanto são esferas que se comunicam e se influenciam reciprocamente.

Disponível em: < https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS_302653/lang--pt/index.htm > Acesso em: 16/09/2019.

²⁴PNAD. IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio 2018 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Continua. Estatísticas de Gênero.** 2018. Disponível em: < https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf >



A tensão originada pela tentativa de equilíbrio entre as responsabilidades e o trabalho, recaem de forma significativa sobre as mulheres vez que responsáveis por estas em sua quase totalidade. Necessário, portanto, que existam medidas que sejam catalizadores na conciliação entre a vida doméstica e a laboral para a consecução de avanços na promoção da igualdade de gênero e do trabalho decente.

A Convenção nº 156 da OIT sobre trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares enxergam como ponto e objetivo central de tais medidas conciliatórias a igualdade de oportunidades, oferecendo orientações políticas para sua formulação. Versa também sobre a questão da igualdade de oportunidades e de tratamento, não apenas para as mulheres, as de maneira ampla para trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares. Sendo definidos como:

(...)

“homens e mulheres com responsabilidades com relação a seus filhos e filhas dependentes, quando estas responsabilidades restringem a possibilidade de se prepararem para uma atividade econômica e nela ingressar, participar ou progredir.”²⁵.

Além de estabelecer algumas medidas genéricas de fundo principiológico, prevê e impõe aos Estados que a ratificam a obrigação de incluir em suas políticas nacionais, entre seus objetivos, medidas que oportunizem que os trabalhadores e trabalhadoras com responsabilidades familiares possam, sem discriminação e sem conflitos, exercer suas atividades laborais.


Entre tais medidas se incluem aquelas que ampliam os programas, públicos e privados, assistenciais voltados a família, principalmente às crianças, idosos e pessoas com deficiências, os maiores demandadores de cuidados nos seios familiares levando em conta as reais necessidades deste grupo de trabalhadores.

Assinalando por fim que as responsabilidades familiares não devem ser motivadoras, de forma isolada, de causas para demissão.

Apesar dos indiscutíveis avanços que a Convenção poderia trazer ao solo brasileiro, o Brasil figura como o único país do Mercosul que não ratificou referida convenção.

Importa trazer a discussão que o Brasil vem aos poucos inserindo em suas

²⁵OIT. Convenção nº 156. **Convenção sobre os Trabalhadores com Encargos de Família, de 1981**. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242709/lang--pt/index.htm#note>. Acesso em: 16/09/2019.



políticas públicas algumas medidas, e adequando os seus marcos legais para as tais em atenção as novas configurações familiares, de emprego e que decorrem da conciliação entre família e trabalho.

No mesmo sentido caminham sindicatos e empresas que cada vez mais implementam ações que buscam essa conciliação.

Para exemplificação, fora ampliado para 180 (cento e oitenta) dias a licença maternidade para as servidoras públicas federais ou trabalhadoras do âmbito privado inseridas em empresas que aderiram a programas de concessão fiscal do governo. Estando inclusa em pauta a questão da ampliação da licença paternidade, em discussão no Congresso Nacional.

No entanto apesar de serem palatáveis os avanços, existe ainda uma série de lacunas nos marcos legais brasileiros, principalmente naquilo que se refere políticas públicas assistenciais, a insuficiente oferta de serviços públicos de assistência a crianças, idosos/as e pessoas com doença ou deficiência, que não vem aumentando na medida necessária. Persiste também o desafio de se estabelecer políticas amplas, integrais e em larga escala para impedir que responsabilidades familiares não remuneradas dificultem o acesso ao e permanência no trabalho remunerado e, assim, o alcance do trabalho decente e da igualdade de gênero.

Advém daí a importância da ratificação da Convenção nº 156, vez que propõe diversas medidas conciliatórias que preencheriam as lacunas legais e administrativas. Para simples exemplificação, a Convenção nº 156 da OIT, em seu art. 5º, b, prevê, exatamente a obrigação dos Estados ratificadores adotarem medidas que conciliem o desenvolvimento de serviços e políticas públicas no sentido de se fornecer assistência à infância e a família.

A urgência pela ratificação de referida convenção no Brasil, também reside no fato de que nos países subdesenvolvidos, esse desequilíbrio entre as responsabilidades familiares e o trabalho é ainda maior, pois também é grande influenciador o acesso a equipamentos eletrônicos que reduzem o tempo depreendido em afazeres domésticos.

CONCLUSÃO

O Brasil pode superar a lacuna legislativa dos incentivos específicos à proteção do mercado de trabalho da mulher mediante a ratificação da Convenção nº 156 da OIT, sobre a Igualdade de Tratamento de Trabalhadoras e Trabalhadores com Responsabilidades Familiares.

A discriminação às trabalhadoras e aos trabalhadores com responsabilidades familiares é um tipo de discriminação em matéria de emprego e ocupação, cuja eliminação será possível por meio de normas de conciliação entre a vida profissional e familiar de ambos os sexos; deve-se mediante não só da ratificação mas da edição e adoção de marcos legais conciliar medidas que proporcionem criar um ambiente de corresponsabilidades familiares.

Na hipótese de ser concretizada a igualdade de gênero no mercado de trabalho ocasionará impacto positivo na economia, eleva-se o PIB, aumenta-se a receita previdenciária e oportuniza um maior nível educacional das crianças.

REFERÊNCIAS

Escritório da OIT no Brasil. **As Notas da OIT sobre trabalho e família**. Nota 1 - Trabalho e responsabilidades familiares: novos enfoques. Organização Internacional do Trabalho, 2009. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS_302653/lang--pt/index.htm> Acesso em: 16/09/2019.

Escritório da OIT no Brasil. **As Notas da OIT sobre trabalho e família**. Nota 2 - Promoção da igualdade de gênero e políticas de conciliação entre o trabalho e a família. Organização Internacional do Trabalho, 2009. Disponível em: <https://www.ilo.org/brasil/temas/g%C3%AAnero-e-ra%C3%A7a/WCMS_302653/lang--pt/index.htm> Acesso em: 16/09/2019.

OIT. Convenção nº 156. **Convenção sobre os Trabalhadores com Encargos de Família, de 1981**. Disponível em: < https://www.ilo.org/brasil/convencoes/WCMS_242709/lang--pt/index.htm#note>. Acesso em: 16/09/2019.

PNAD. IBGE. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio 2018 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicilio Continua. Estatísticas de Gênero**. 2018. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101551_informativo.pdf> Acesso em: 16/09/2019.

CAPÍTULO 10

O DIREITO AO RECEBIMENTO DE SALÁRIO-MATERNIDADE DAS MÃES INDÍGENAS MENORES DE DEZESSEIS ANOS

Gabrielle Ota Longo, Mestre em Direito pela Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito de Ribeirão Preto

Ana Cristina Alves De Paula, Mestre em Direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho”, Faculdade de Ciências Humanas e Sociais de Franca


RESUMO

Destinou-se este trabalho a analisar os aspectos jurídico-sociais que permeiam o recebimento de salário-maternidade pelas mães indígenas menores de dezesseis anos e a investigar os argumentos jurídicos que fundamentam as decisões judiciais proferidas para tutelar esse direito. Buscou-se, ainda, confrontar a realidade brasileira com as normas previdenciárias e protetivas dos direitos dos indígenas, com vistas à efetiva aplicação do texto constitucional para a tutela dos direitos das minorias. Utilizou-se como método de abordagem o dedutivo e como método de procedimento o comparativo, a revisão bibliográfica como principal técnica de pesquisa, além do levantamento de julgados referentes ao tema. Inicialmente, abordam-se a proteção dos direitos sociais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Então, apresenta-se o tratamento conferido pelo legislador, nos planos constitucional e infraconstitucional, à salvaguarda dos direitos dos índios. Em seguida, demonstra-se a necessidade de garantir os direitos das minorias, mediante, sobretudo, ações afirmativas pautadas no princípio da igualdade material. Após a exposição da legislação trabalhista e previdenciária pertinente e das particularidades do salário-maternidade, argumentou-se pela necessidade de se concretizar o direito em menção. Verificou-se que, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, erigiram direitos sociais e, dentre eles, os previdenciários. Enquadradas na categoria de segurados especiais, as indígenas detêm características sociais e culturais próprias, iniciam o trabalho na agricultura precocemente e têm filhos no início da adolescência, podendo, ainda, desempenhar a atividade rural antes dos dezesseis anos na condição de aprendiz. Ainda que Constituição Federal proíba, em regra, o trabalho de menores de dezesseis anos e que o ingresso no Regime Geral de Previdência Social somente seja possível após essa idade, o reconhecimento do direito ao recebimento do salário-maternidade pelas mães indígenas menores de dezesseis anos é consentâneo ao princípio da igualdade material, o qual deve nortear o tratamento dos direitos das minorias.

Palavras-chave: direitos dos indígenas; direitos sociais; igualdade material; proteção das minorias; salário-maternidade.

INTRODUÇÃO

Destinou-se este trabalho a analisar os aspectos jurídico-sociais que permeiam o recebimento de salário-maternidade pelas mães indígenas menores de dezesseis anos e a



investigar os argumentos jurídicos que fundamentam as decisões judiciais proferidas para tutelar esse direito. Buscou-se, ainda, confrontar a realidade brasileira com as normas previdenciárias e protetivas dos direitos dos indígenas, com vistas à efetiva aplicação do texto constitucional para a tutela dos direitos das minorias.

Para tanto, adotou-se, como método de procedimento, o levantamento de dados por meio da técnica de pesquisa bibliográfica em materiais publicados (por exemplo, artigos, legislação, doutrinas, julgados extraídos do endereço eletrônico do Superior Tribunal de Justiça, entre outros) e, como métodos de abordagem, o dedutivo e o comparativo.

Inicialmente, aborda-se a proteção dos direitos sociais à luz do princípio da dignidade da pessoa humana. Então, apresenta-se o tratamento conferido pelo legislador brasileiro à salvaguarda dos direitos dos índios. Em seguida, demonstra-se a necessidade de garantir os direitos das minorias, mediante, sobretudo, ações afirmativas pautadas no princípio da igualdade material.

Após a exposição da legislação trabalhista e previdenciária pertinente e das particularidades do salário-maternidade, argumentou-se pela necessidade de se concretizar o direito em menção.

PROTEÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS E DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

A afirmação dos direitos humanos é compreendida por Norberto Bobbio como o “ponto de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos”, no sentido de positivos ou efetivos (BOBBIO, 1992, p. 29). Eles exsurgiram como direitos naturais universais, desenvolveram-se como direitos positivos particulares, mas foi como direitos positivos universais que tais direitos encontraram sua plena realização (BOBBIO, 1992). Em suma, constituem produtos graduais das reivindicações da humanidade por emancipação e melhores condições de vida, verificadas no decorrer da história.

O desenvolvimento histórico dos direitos humanos se apresenta através de dimensões. Na segunda delas, foram reconhecidos como humanos os direitos de igualdade, contemporâneos ao surgimento do modelo de Estado Social ou do Bem-Estar Social, que objetivaram atenuar as desigualdades sociais e econômicas intensificadas pela Revolução Industrial (FERREIRA FILHO, 1995). Em conjunto com os direitos econômicos e culturais, destacam-se como humanos os direitos sociais, quais sejam, “a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a

proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados”, materializados pelo art. 6ª da Constituição Federal de 1988 (CF) (BRASIL, 1988). Refletiu-se, assim, a preocupação do legislador constituinte brasileiro com a satisfação das necessidades sociais dos cidadãos, consentânea aos ideais do Estado do Bem-Estar Social.

Nessa conjuntura, a seguridade social compreende “um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”, nos termos do art. 194 da CF (BRASIL, 1988). Consagraram-se, assim, medidas destinadas a satisfazer as necessidades básicas dos indivíduos, conferindo-lhes condições sociais mínimas, seja por meio dos benefícios previdenciários concedidos aos segurados da Previdência ou das iniciativas da Assistência Social, consubstanciada em uma política social voltada à proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa com deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social (art. 4º, da Lei nº 8.212/1991) (BRASIL, 1991).

Desse modo, objetiva-se contribuir para a concretização da dignidade da pessoa humana, elevada pelo art. 1º, inciso III, da CF a um dos fundamentos da República Federativa do Brasil e detentora de posição central no ordenamento jurídico brasileiro (BRASIL, 1988). O “epicentro axiológico do nosso ordenamento constitucional” (SILVA, 1998, p. 92) ou, ainda, “o vértice da pirâmide, o ponto mais alto da estrutura preconizada por Hans Kelsen ao hierarquizar as normas do ordenamento jurídico” (ALMEIDA; SOUZA, 2014, p. 155), o princípio da dignidade humana deve orientar as atividades dos legisladores e operadores do Direito, fazendo-se essencial, também, no âmbito dos Direitos do Trabalho e Previdenciário.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2002), a dignidade humana consiste em um fator limitador de ingerências dos poderes públicos que contrariem a dignidade pessoal, cumprindo ao Estado, também, proteger os indivíduos contra agressões de terceiros e fornecer condições materiais necessárias para promover a dignificação humana.

A garantia de proteção da dignidade humana, materializada por meio dos direitos sociais trabalhistas, previdenciários e da saúde, entre outros, também é extensiva aos indígenas no Brasil. Segundo o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 6.001/1973, conhecida como Estatuto do Índio, “aos índios e às comunidades indígenas se estende a proteção das leis do País, nos mesmos termos em que se aplicam aos demais brasileiros, resguardados os usos, costumes e tradições indígenas, bem como as condições peculiares reconhecidas nesta Lei”

(BRASIL, 1973). Por conseguinte, os direitos e particularidades culturais dos índios devem ser respeitados.


OS DIREITOS E PARTICULARIDADES CULTURAIS DOS INDÍGENAS NO BRASIL

O Estatuto do Índio (Lei nº 6.001/1973), em seu art. 3º, inciso I, define índio ou silvícola como “todo indivíduo de origem e ascendência pré-colombiana que se identifica e é identificado como pertencente a um grupo étnico cujas características culturais o distinguem da sociedade nacional” (BRASIL, 1973). Em outras palavras, índio é todo ser humano que se identifica e é identificado como pertencente a uma comunidade indígena (BARRETO, 2003).

Influenciada pela Constituição de Weimar da Alemanha e pelos valores do Estado Social, a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1934 foi a primeira Constituição brasileira que cuidou dos direitos dos povos indígenas, consignando o seu direito congênito e primário sobre suas terras, independentemente de título ou registro formal (BRASIL, 1934). O preconceito e o desconhecimento sobre a história e a cultura dos índios no Brasil, o espírito conquistador do colonizador, somado à voracidade de ocupação do território, preponderaram na elaboração e interpretação das normas indigenistas exurgidas até o advento da Constituição Federal de 1988 (CF) (SANTOS FILHO, 2012).

Assim, a CF apresentou significativa evolução no tocante ao tratamento dos direitos e garantias dos indígenas ao reconhecer a eles e a suas comunidades o direito à diferença, rompendo o paradigma integracionista que até então orientava a criação e aplicação de tais direitos (SANTOS FILHO, 2012). Destinou-se o Capítulo VIII (“Dos Índios”) do Título VIII (“Da Ordem Social”) para reconhecer a eles sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, além dos direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam (art. 231, *caput*, da CF) (BRASIL, 1988). Ainda, o art. 215, § 1º, da CF atribui aos Estados o dever de proteger as manifestações das culturas indígenas, entre outras, perfilhando a multiétnica e a pluralidade cultural no país (BRASIL, 1988).

A Constituição de 1988, também, conferiu legitimidade para os índios, suas comunidades e organizações ingressarem em juízo em defesa de seus direitos e interesses (art. 232 da CF) (BRASIL, 1988). Também, reconheceu-se aos indígenas o direito à igualdade material, para serem tratados na medida de suas distinções por meio de discriminações positivas.



Baniwa (2012) identifica outros direitos dos índios no Brasil, quais sejam, o reconhecimento da capacidade civil e como sujeitos de direitos individuais e coletivos; o usufruto exclusivo das riquezas naturais presentes no território; processos próprios de aprendizagem, com uso da língua nativa; a autonomia e a autodeterminação territorial e étnica; a denominação de povos; o direito de serem ouvidos, de forma qualificada, no que lhes disser respeito, sobretudo em obras públicas ou privadas; bem como o consentimento prévio e informado nos assuntos que os afetem.


Os povos indígenas possuem como traço distintivo sua diversidade cultural, considerada patrimônio da humanidade pela Convenção 169 da OIT. Em suma, são inúmeras as particularidades quanto às organizações sociais, políticas e econômicas erigidas ao longo de milhares de anos, assim como ocorreu com outras civilizações dos demais continentes.

Sua subsistência é obtida através da produção agrícola, extrativista e artesanal, além de estarem autorizados a explorar os recursos naturais e a praticar a caça e a pesca em suas terras como forma de manutenção física e cultural. A organização social indígena está centrada nas relações de parentesco e nas alianças políticas e econômicas estabelecidas por cada povo ou grupo familiar. As mitologias, os rituais e os conhecimentos tradicionais acerca do mundo natural e sobrenatural orientam os hábitos cotidianos, como também os casamentos e as divisões hierárquicas, relacionadas à ocupação de determinados territórios, ao acesso a recursos naturais e ao controle do poder político.

As mulheres indígenas, às quais este trabalho dá enfoque, casam-se, em geral, com idade anterior aos dezesseis anos, uma vez que são consideradas adultas (portanto, aptas para se casarem) desde a menarca (primeira menstruação), que ocorre entre nove e quinze anos, acontecendo, em média, aos doze anos de idade. Alcançada a vida adulta, a participação das indígenas em atividades vitais como a agrícola e a extrativista, ainda que menores de dezesseis anos, é relevante para o desenvolvimento de sua comunidade.

AÇÕES AFIRMATIVAS E PROTEÇÃO DOS DIREITOS DAS MINORIAS

Diante da premente necessidade de redução das desigualdades sociais e de proibição de qualquer tipo de discriminação, quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, surgiram as ações afirmativas. Segundo José Carlos Machado de Brito Filho (2014), tais medidas visam, de algum modo, intervir nas relações sociais para quebrar a ordem vigente na sociedade e facilitar o acesso a bens jurídicos que se mostrem inacessíveis ou de acesso muito



difícil para certo grupo social minoritário (excluído social e historicamente pela classe dominante), no sentido de promover a igualdade material por meio da igualdade de oportunidades, alavancando as minorias para uma sociedade equânime.


A discriminação positiva (*reverse discrimination*) ou ação afirmativa é uma forma de discriminação legítima, que consiste em discriminar de maneira vantajosa um grupo historicamente marginalizado de modo a inseri-lo no *mainstream*, evitando que o princípio da igualdade formal funcione como mecanismo perpetuador da desigualdade. Tem como função tratar de maneira preferencial aqueles grupos tidos como minorias em direito, tentando colocá-los em patamar similar aos outros.

De acordo com José Carlos Machado de Brito Filho (2014), a ação afirmativa se caracteriza pela sua natureza distributiva e compensatória. Distributiva porque surge da necessidade de equalizar a distribuição ou o acesso de determinado bem jurídico entre todos os entes da sociedade. Compensatória porque visa privilegiar grupos que por fatores históricos de discriminação e exclusão social, foram afetados consideravelmente nos seus direitos, merecendo uma atenção diferenciada.

Quanto aos objetivos das ações afirmativas, estes se encontram insculpidos no próprio conceito apresentado e estão bastante envolvidos com a natureza dessas políticas. José Carlos Machado de Brito Filho (2014) ensina que elas objetivam de forma imediata promover o acesso de segmentos marginalizados aos bens jurídicos fundamentais a que não tenham adequado acesso e promover a igualdade de oportunidades perante a sociedade, o que significa a eliminação dos desequilíbrios e, por conseguinte, a efetivação do princípio da igualdade material.

Além de apresentar um objetivo imediato, a ação afirmativa tem igualmente por finalidade romper com a estrutura responsável pela segregação que lhe ensejou, mostrando-se mais do que uma mera medida emergencial, com vistas a romper o ciclo causador do processo discriminatório (BRITO FILHO, 2014).

As mais reconhecidas ações afirmativas para indígenas são os estabelecimentos de quotas, seja em partidos políticos, em vagas de emprego ou para o ingresso em universidades. Contudo, há outras formas de ação dentro desta abordagem, e que possuem caráter simbólico ainda maior. Trata-se, por exemplo, da celebração da diferença por meio de ações conjuntas (nas áreas da atenção básica, saúde, cultura, esporte, etc.). Não se trata de medida



discriminatória, mas de uma ação de resgate simbólico das peculiaridades dos indígenas, que apenas enriquecem sua identidade, sem, de forma alguma, questionar negativamente sua igualdade.


Acrescente-se, por fim, que pensar políticas afirmativas para povos indígenas implica enfrentar a questão da interculturalidade, vez que, lamentavelmente, as políticas públicas a eles dirigidas, a despeito da retórica de respeito a diversidade, continuam a ser elaboradas com base em uma concepção genérica de índio, reduzindo diferentes povos a uma mesma categoria (COELHO, 2015). Nesse sentido, destacam-se as Diretrizes Para a Política Nacional de Educação Escolar Indígena, as Diretrizes Nacionais Para o Funcionamento das Escolas Indígenas, e da Política Nacional de Atenção à Saúde dos povos Indígenas, entre outros, produzidas à revelia desses povos e em evidente desconsideração dos laudos antropológicos sobre eles já produzidos.

OS INDÍGENAS COMO SEGURADOS ESPECIAIS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E O LIMITE DE IDADE PARA INGRESSO NO RGPS

A Previdência Social é um seguro que garante renda ao trabalhador contribuinte e sua família em casos de doença, acidente, gravidez, morte e velhice, definido pela Constituição Federal em seus arts. 201 e 202 e pela Lei nº 8.213/91, fazendo parte da Seguridade Social brasileira. Como regra geral, os segurados obrigatórios da previdência social são todos aqueles que exercem atividades remuneradas, com filiação compulsória e direito às prestações previdenciárias, sendo que a Lei nº 8.213/91 classificou-os em cinco categorias, quais sejam: (i) empregado; (ii) empregado doméstico; (iii) contribuinte individual; (iv) trabalhador avulso e (v) segurado especial (BRASIL, 1991).

Necessário destacar a situação dos segurados facultativos, uma categoria de exceção que abrange todos aqueles maiores de 16 (dezesseis) anos que se filiam ao Regime Geral de Previdência Social, de maneira não compulsória, mediante contribuição, desde que não estejam incluídos no rol do art. 11 da Lei nº 8.213/91 (segurados obrigatórios), nem filiados ao Regime Próprio de Servidor Público (RPPS).

Conforme o art. 11, VII, *caput*, da Lei nº 8.213/91, são segurados obrigatórios da previdência social as pessoas físicas, na condição de segurado especial, o produtor rural (seja proprietário, usufrutuário, possuidor, assentado, parceiro ou meeiro outorgados, comodatário ou arrendatário), seringueiro ou extrativista vegetal e o pescador artesanal ou a este



assemelhado, que exerça essas atividades individualmente ou em regime de economia familiar, com ou sem auxílio eventual de terceiros (BRASIL, 1991).

Entende-se como regime de economia familiar a atividade em que o trabalho dos membros da família é indispensável à própria subsistência e ao desenvolvimento socioeconômico do núcleo familiar e é exercido em condições de mútua dependência e colaboração, sem a utilização de empregados permanentes (art. 11, VII, § 1º) (BRASIL, 1991). Auxílio eventual de terceiros é, por sua vez, aquele exercido ocasionalmente, em condições de mútua colaboração, não existindo subordinação nem remuneração.

Os benefícios previdenciários garantidos ao segurado especial se restringem ao salário maternidade, aposentadoria por idade, pensão por morte, auxílio-doença, auxílio-acidente e auxílio reclusão.

Com base nas características das atividades desenvolvidas pelos povos indígenas (produção agrícola, artesanal e extrativista, vez que estão autorizados a explorar os recursos naturais e a praticar a caça e a pesca como forma de manutenção física e cultural em suas terras), verifica-se que não se enquadram em nenhuma das categorias de segurados obrigatórios ou facultativos, conforme interpretação literal do art. 11, inc. VII, da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991). Porém, a matéria está regulamentada no art. 55 do Estatuto do Índio, o qual estabelece que o “regime geral da previdência social será extensivo aos índios, atendidas as condições sociais, econômicas e culturais das comunidades beneficiadas” (BRASIL, 1973).

O que o dispositivo prevê é não apenas a extensão do RGPS aos indígenas, mas também a necessidade de se atender às condições sociais, econômicas e culturais das comunidades indígenas. Há, portanto, lei específica que relaciona o RGPS e sua aplicação aos índios, de acordo com suas condições, o que atende ao princípio da seletividade.

Ademais, o art. 7º, § 3º, da Instrução Normativa nº 45 INSS, de 6 de agosto de 2010 (BRASIL, 2010), enquadra-os como segurados especiais, desde que o índio tenha sido reconhecido pela Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e que trabalhe como artesão e utilize matéria-prima proveniente de extrativismo vegetal, ou o que exerça atividade rural individualmente ou em regime de economia familiar e faça dessas atividades o seu principal meio de vida e de sustento, independentemente do local onde resida ou exerça suas atividades,

sendo irrelevante a definição de indígena aldeado, indígena não-aldeado, índio em vias de integração, índio isolado ou índio integrado.

Em síntese, os costumes e tradições indígenas não geram automaticamente o direito aos benefícios previdenciários. A comprovação do exercício de atividade rural do segurado especial indígena será feita mediante a apresentação de certidão fornecida pela FUNAI certificando a condição do índio como trabalhador rural, devendo ser submetida à homologação do INSS para análise de sua forma, em observância ao art. 118, § 2º, da Lei nº 8.213/91 (BRASIL, 1991).

ASPECTOS TEÓRICOS E PRÁTICOS DO BENEFÍCIO SALÁRIO-MATERNIDADE CONCEDIDO PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL

O salário-maternidade é benefício previdenciário concedido durante a licença-maternidade, garantindo às trabalhadoras que contribuem para a Previdência Social (empregadas, empregadas domésticas, trabalhadoras avulsas, contribuintes individuais, facultativas e seguradas especiais) o recebimento de renda mensal em valor igual a sua remuneração integral durante no máximo 120 dias, período no qual ficam afastadas de sua ocupação profissional, por ocasião do parto, inclusive no caso de natimorto e de adoção ou guarda judicial para fins de adoção (independentemente da idade do adotado, que deverá ter no máximo doze anos de idade). Na hipótese de aborto não criminoso e comprovado por atestado médico, o benefício terá duração de duas semanas a partir da ocorrência do aborto.

Trata-se do único benefício previdenciário que pode ser pago com valor superior ao teto. E no caso de empregos concomitantes ou de atividade simultânea na condição de segurada empregada com contribuinte individual ou doméstica, a segurada fará jus ao salário-maternidade relativo a cada emprego ou atividade. Mas em situação de adoção ou parto de mais de uma criança, o(a) segurado(a) terá direito somente ao pagamento de um salário-maternidade.

O benefício pode ter início até 28 dias antes do parto, exceto no caso da desempregada (a partir do parto) e do(a) adotante (a partir da adoção ou guarda para fins de adoção). Se for solicitado antes do nascimento da criança, comprovar-se-á por via de atestado médico específico para gestante. Mas, se o for depois do parto, basta a certidão de nascimento (vivo ou morto) do dependente. Em caso de guarda, o(a) segurado(a) deve apresentar o Termo de Guarda, constando que a guarda se destina à adoção. Já, em caso de adoção, deverá apresentar a nova certidão de nascimento expedida após a decisão judicial.

Para ter direito ao salário-maternidade, o(a) trabalhador(a) contribuinte individual, facultativo(a) e segurado(a) especial deve ter preenchido o período de dez meses de carência na data do parto, aborto ou adoção, isento para as seguradas empregadas de microempresa individual, empregadas domésticas e trabalhadoras avulsas que estejam em atividade na data do afastamento, parto, adoção ou guarda com a mesma finalidade. As desempregadas devem comprovar a qualidade de segurada do INSS e, conforme o caso, cumprir carência de dez meses trabalhados. Caso tenha perdido a qualidade de segurada, deverá realizar dez novas contribuições antes do evento gerador do benefício.

Cumprido destacar que o salário maternidade será devido ao adotante do sexo masculino, para adoção ou guarda para fins de adoção ocorrida a partir de 25 de outubro de 2013, data da publicação da Lei nº 12.873/2013 (BRASIL, 2013).

Por fim, a partir de 23 de janeiro de 2013, data da vigência do art. 71-B da Lei nº 8.213/91, fica garantido, no caso de falecimento da segurada ou segurado que tinha direito ao recebimento de salário-maternidade, o pagamento do benefício ao cônjuge ou companheiro(a) sobrevivente, desde que este também possua as condições necessárias à concessão do benefício em razão de suas próprias contribuições (BRASIL, 1991). Para o reconhecimento deste direito é necessário que o sobrevivente solicite o benefício até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário (120 dias). Esse benefício, em qualquer hipótese, é pago pelo INSS.

O DIREITO AO RECEBIMENTO DE SALÁRIO-MATERNIDADE DAS MÃES INDÍGENAS MENORES DE DEZESSEIS ANOS: REFLEXOS SÓCIOJURÍDICOS

Embora a Constituição Federal, em seu art. 7º, XXXII, proíba qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos (BRASIL, 1988), e o ingresso como segurado especial no Regime Geral de Previdência Social (RGPS) apenas seja permitido para maiores de dezesseis anos que tenham participação ativa nas atividades rurais do grupo familiar (art. 11, § 6º, da Lei 8.213/1991) (BRASIL, 1991), tem-se decidido favoravelmente à concessão do salário-maternidade às mães indígenas menores de dezesseis anos de idade.

O Poder Judiciário tem considerado as peculiaridades sociais e culturais das indígenas, que atingem a vida adulta ainda muito jovens, por volta dos doze anos de idade, estando aptas para se casarem e terem filhos, além de contribuírem para a subsistência de seu grupo familiar

por meio do desempenho de atividades produtivas, conforme assinalam estudos antropológicos, nos quais devem se basear os julgadores ao proferir suas decisões.

Em linhas gerais, as decisões têm admitido a possibilidade de equiparar a condição das mães indígenas, maiores de quatorze e menores de dezesseis anos de idade, que atuam na atividade rural, a do aprendiz (art. 428 e seguintes da CLT) (BRASIL, 1973), haja vista que adquirem os conhecimentos e a habilidade necessários ao exercício da atividade, não se confundindo com o trabalho infantil exploratório.

O Parecer Conjunto nº 01/2016/Subgrupo OS nº 30/2014/DEPCONSU/PGF/AGU, elaborado pelas Procuradorias Federais Especializadas da Funai e do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), e por representantes do Departamento de Consultoria e Contencioso da Procuradoria-Geral Federal e da Advocacia-Geral da União, tratou sobre a possibilidade de concessão de salário-maternidade às mães indígenas menores de dezesseis anos, em atenção à peculiaridade de suas condições sociais, econômicas e culturais e em decorrência da interpretação do ordenamento jurídico pátrio. Entendeu-se pelo reconhecimento de tal direito, sem prejuízo do cumprimento das regras necessárias à concessão do benefício e das do próprio RGPS, sobretudo a qualidade de segurado e a carência (BRASIL, 2016).

Com a finalidade de contribuir para a concretização dos princípios constitucionais, o Subgrupo sugeriu também a inclusão do parágrafo § 9º no art. 18 do Decreto nº 3048/1999 (BRASIL, 1999), ressaltando o direito às jovens indígenas menores de dezesseis anos:


REDAÇÃO ATUAL

Art. 18: § 2º A inscrição do segurado em qualquer categoria mencionada neste artigo exige a idade mínima de 16 anos.

REDAÇÃO SUGERIDA

Art. 18: (...) § 9º É permitida a inscrição de indígena menor de 16 anos, na condição de segurada especial, para fins de recebimento de salário-maternidade.

O parecer se baseou em laudos antropológicos que demonstram que o modo de organização social próprios povos indígenas permite que as mulheres adquiram responsabilidade laborativa ainda jovens, não podendo ser prejudicadas pela norma constitucional que veda o trabalho a menores de dezesseis anos, nos casos em que as indígenas tenham direito ao benefício, mas não atingiram tal idade. Dessa forma, desempenhando as jovens mães indígenas atividade rural no âmbito de sua comunidade, elas deverão receber o salário-maternidade mesmo antes de completados os dezesseis anos de idade, pois o casamento e a maternidade precoces integram seus costumes e tradições.



Após manifestação encaminhada ao Procurador-Geral Federal em 25 de maio de 2016, o parecer foi aprovado, seguindo para posterior submissão ao Advogado Geral da União e aos Ministros de Estado da Fazenda e do Desenvolvimento Social e Agrário.

Em síntese, o salário-maternidade, enquanto um instrumento de efetivação dos direitos sociais estabelecidos na Constituição Federal, consiste em um direito pertencente às mães indígenas independentemente da sua idade, cumprindo ao Poder Público observar a diversidade cultural brasileira. Deve-se, assim, primar por um entendimento consentâneo à multiculturalidade reconhecida pela Constituição Federal de 1988 e por tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Não há que se considerar o direito à igualdade apenas como fonte formal ou material de equiparação de indivíduos, mas, especialmente, como diretriz para o reconhecimento da diferença.

ANÁLISE DAS DECISÕES JUDICIAIS QUE TUTELAM O DIREITO AO RECEBIMENTO DE SALÁRIO-MATERNIDADE DAS MÃES INDÍGENAS MENORES DE DEZESSEIS ANOS

Realizou-se uma análise de julgados, por meio do método de levantamento, para apurar o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ) no tocante ao reconhecimento do direito e à concessão de salário-maternidade às mães indígenas menores de dezesseis anos. No dia 29 de setembro de 2020, inseriu-se a palavra-chave “salário maternidade indígena menor” no campo de busca denominado “Pesquisa Livre” na área de “Jurisprudência do STJ” no endereço eletrônico do STJ, sem a indicação de datas no campo “Data” na “Pesquisa por campos específicos”, selecionando a opção “Todas”. Retornaram dezessete decisões monocráticas e quatro acórdãos. Apenas os dados destes e de dez entre aquelas foram analisados, pois somente estes julgados são condizentes ao recorte temático da pesquisa, estando expostos na tabela a seguir os dados de algumas das decisões proferidas pelo STJ.

Processo	AgInt no REsp nº 1473518 – SC (2014/0198969-6)	Recurso Especial nº 1709883 – RS (2017/0291973-1)	Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.559.760 - MG (2015/0249238-9)	Recurso Especial nº 1.686.583 – RS (2017/0178625-9)
Classe processual	Acórdão	Acórdão	Acórdão	Decisão monocrática
Data da publicação	30/05/2019	19/11/2018	14/12/2015	29/05/2019
Julgador	Assusete Magalhães	Herman Benjamin	Humberto Martins	Regina Helena Costa
Deferimento do pedido/Reconhecimento do direito das mães indígenas menores	Não/Sim	Não/Sim	Não/Sim	Não/Sim
Fundamentos legais	Súmula 182 do STJ	Constituição da República de 1988, a Convenção 129 da Organização Internacional do Trabalho e o Estatuto do Índio	Súmula 83 do STJ	Convenção 169 sobre Povos Indígenas e Tribais, a Declaração das Nações Unidas, a Constituição e Estatuto do Índio – Lei 6.001/73
Síntese da decisão	Não merece prosperar o Recurso Especial, quando a peça recursal não refuta determinado fundamento do acórdão recorrido, suficiente para a sua manutenção, em face da incidência da Súmula 283/STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles")..	O acórdão impugnado está em consonância com o entendimento do STJ em casos idênticos aos dos autos.	Violação de dispositivos constitucionais (arts.7º, XXXIV, e 201, da CF), ainda que para fins de prequestionamento, não pode ser apreciada em sede de recurso especial, competindo exclusivamente ao Supremo Tribunal Federal, nos termos do art. 102, inciso III, da Constituição da República.	A norma do art. 7º, inciso XXXIII, da CF tem caráter protetivo, visando coibir a exploração do trabalho das crianças e adolescentes, preservando o seu direito à educação, ao lazer e à saúde. Não se coaduna, portanto, com a finalidade da lei valer-se dessa regra para negar aos trabalhadores menores direitos previdenciários e trabalhistas reconhecidos aos trabalhadores maiores de idade. Assim, sob pena de estabelecer uma discriminação à mulher indígena impúbere, comprovada a maternidade e a qualidade de segurada especial da mulher indígena, no caso da etnia Kaingang, durante o período de carência, deve ser concedido o benefício de salário-maternidade.

Destaque-se que, na mesma data assinalada, foram inseridas as palavras-chave “salário maternidade indígena”, “salário maternidade indígena menor” e “salário maternidade indígena aprendiz”, separadamente, no campo “Pesquisa Livre” na área de “Pesquisa de Jurisprudência” no endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal (STF), sem a indicação

de datas no campo “Data” na “Pesquisa por campo específico”, selecionando a opção “Todas”. Por meio da palavra-chave “salário maternidade indígena”, retornaram dois acórdãos, quais sejam, o Agravo Regimental (AgR) no Recurso Extraordinário (RE) 1061044, julgado em 22/02/2019 e publicado em 18/03/2019, pela Primeira Turma do STF e com relatoria do Ministro Luiz Fux, e o RE 1192837 AgR, julgado em 20/12/2019 e publicado em 13/02/2020, também pela Primeira Turma do STF e com relatoria do Ministro Roberto Barroso.

A busca com a palavra-chave “salário maternidade indígena menor” resultou no retorno dos mesmos resultados obtidos com os primeiros termos utilizados (RE 1061044 AgR e RE 1192837 AgR). Por fim, o emprego da palavra-chave “salário maternidade indígena aprendiz” possibilitou o retorno de quatro decisões monocráticas, ou seja, o RE 953372, julgado em 15/09/2017 e publicado em 21/09/2017, com relatoria do Ministro Alexandre de Moraes; o RE 920290, julgado em 06/12/2016 e publicado em 13/12/2016, com relatoria do Ministro Teori Zavascki; o RE 1140879, julgado em 19/06/2018 e publicado em 22/06/2018, com relatoria do Ministro Roberto Barroso; e o RE 1225475, julgado em 14/08/2019 e publicado em 19/08/2019, com relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Todos os julgados foram objeto da análise realizada. Diante desses resultados, verifica-se que a jurisprudência do STF é no sentido de que deve ser reconhecida a condição de segurada especial a indígenas menores de 16 anos de idade, sob pena de se estabelecer uma discriminação à mulher indígena impúbere. Por consequência, deve ser reconhecido às genitoras indígenas com idade inferior a 16 anos – a partir de 14 anos – o direito previdenciário de salário-maternidade, não sendo admitido evocar a proibição do art. 7º, XXXIII, da Constituição Federal para obstar o acesso a esse direito. Isso porque tal dispositivo constitucional não deve ser interpretado em prejuízo da criança ou adolescente, uma vez que a regra em comento foi criada para a proteção e defesa dos trabalhadores, não podendo ser utilizada para privá-los dos seus direitos.

CONCLUSÃO

Verificou-se que, com a transição do Estado Liberal para o Estado Social, erigiram direitos sociais e, dentre eles, os relacionados à saúde, ao trabalho e à Previdência Social, além dos direitos assegurados aos índios. As ações afirmativas são a forma de concretização

da igualdade jurídica em seu aspecto material e da promoção de políticas públicas para discriminar de forma positiva o cidadão discriminado negativamente pela sociedade.

Neste sentido, as comunidades indígenas merecem proteção diferenciada, uma vez que representam etnias que possuem características próprias, consistentes na sua cultura e tradições, bem como em razão de historicamente terem sofrido perseguição e discriminação. Logo, por meio de ações afirmativas, torna-se possível concretizar em favor dos povos indígenas o ideal de igualdade de acesso aos bens sociais prestados pelo Estado, a partir da referência do respeito aos seus modos de vida e ao direito de continuarem sendo povos diferenciados.

Em complemento ao exposto, enquadradas na categoria de segurados especiais, as indígenas detêm características sociais e culturais próprias, iniciam suas atividades laborais na sua comunidade precocemente, atingem a vida adulta, casam-se e geram filhos antes dos dezesseis anos, uma vez que a menarca ocorre, em média, aos seus doze anos de idade.

Ainda que Constituição Federal proíba, em regra, o trabalho de menores de dezesseis anos e que o ingresso no Regime Geral de Previdência Social somente seja possível após essa idade, o reconhecimento do direito ao recebimento do salário-maternidade pelas mães indígenas menores de dezesseis anos é consentâneo ao princípio da igualdade material, o qual deve nortear o tratamento dos direitos das minorias. Ainda, a despeito do exposto, as mães indígenas podem desempenhar o trabalho rural antes dos dezesseis anos na condição de aprendiz.

Verifica-se que, embora a Constituição Federal de 1988 tenha rompido com a perspectiva tutelar e integracionista, ampliando os direitos e garantias dos indígenas no Brasil, a concretização das normas que dispõem sobre eles ainda se trata de um processo em curso.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Victor Hugo de; SOUZA, André Evangelista de. O direito à saúde na perspectiva labor-ambiental. In: MIESSA, Élisson; CORREIA, Henrique (Org.). **Temas atuais de Direito e Processo do Trabalho**. Salvador: JusPodivm, 2014. p. 149-165.

BANIWA, Gersem dos Santos Luciano. A conquista da cidadania indígena e o fantasma da tutela no Brasil contemporâneo. In: RAMOS, Alcida Rita (Org.). **Constituições nacionais e povos indígenas**. Belo Horizonte: UFMG, 2012, p. 206-227.

BARRETO, Helder Girão. **Direitos indígenas vetores constitucionais**. Curitiba: Juruá, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (de 16 de julho de 1934). **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, RJ, 16 jul. 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Decreto n. 3.048, de 6 de maio de 1999. Aprova o Regulamento da Previdência Social, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 mai. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Instrução normativa INSS/PRES n. 45, de 06 de agosto de 2010. Dispõe sobre a administração de informações dos segurados, o reconhecimento, a manutenção e a revisão de direitos dos beneficiários da Previdência Social e disciplina o processo administrativo previdenciário no âmbito do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 ago. 2010. Disponível em: <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2010/45_1.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Lei n. 6.001, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o Estatuto do Índio. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 21 dez. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui Plano de Custeio, e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8212cons.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. Lei n. 12.873, de 24 de outubro de 2013. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 out. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/Lei/L12873.htm>. Acesso em: 23 out. 2016.

_____. **PARECER CONJUNTO N° 01/2016/SUBGRUPO OS n° 30/2014/DEPCONSU/PGF/AGU.** Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/ascom/2016/doc/parecer.pdf>>. Acesso em: 23 out. 2016.

BRITO FILHO, José Carlos Machado de. **Ações afirmativas à luz da Constituição Federal de 1988.** Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/27001/acoes-afirmativas-a-luz-da-constituicao-federal-de-1988>>. Acesso em: 23 out. 2016.

COELHO, Elizabete Maria Beserra. **Ações afirmativas e povos indígenas: o princípio da diversidade em questão.** Disponível em: <www.revistapoliticaspUBLICAS.ufma.br/site/download.php?id_publicacao=691>. Acesso em: 23 out. 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 22. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.

SANTOS FILHO, Roberto Lemos dos. **Apontamentos sobre o direito indigenista.** 1. ed. (ano 2005). 5. reimpr. Curitiba: Juruá, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo.** Rio de Janeiro. v. 212. p. 89-94. abr.-jun./1998.

CAPÍTULO 11

DIREITO PENAL E PSICOLOGIA FORENSE: UMA REFLEXÃO SOBRE POSSÍVEIS INTERSEÇÕES

Isabella Leandra Silva Santos, Mestranda em Psicologia Social

Universidade Federal da Paraíba

Iamara Araújo Costa, Advogada

Tailson Evangelista Mariano, Pesquisador de Pós-Doutorado em Psicologia Social

Universidade Federal da Paraíba

RESUMO


Como a psicologia forense, que usa de teorias e técnicas psicológicas com fundamentação científica para descrever, explicar e entender o comportamento e as intenções humanas, pode interagir com o direito penal? E como o direito penal, responsável por definir as condutas delituosas praticadas pelo indivíduo, poderia interferir na psicologia forense? Essas são apenas duas das questões que são abordadas nesse capítulo que busca levantar algumas reflexões sobre as interseções entre essas duas disciplinas para o contexto brasileiro. E para tal, utiliza da visão experiente e prática de profissionais e pesquisadores, na construção de conceitos e aplicações das duas perspectivas com atribuições que possam contribuir para a resolução de conflitos e problemas de utilidade pública, como a segurança nacional.

PALAVRAS-CHAVE: Psicologia forense; direito penal; avaliação psicológica forense.

INTRODUÇÃO

O direito penal é o ramo do direito público responsável por definir as condutas delituosas praticadas pelo indivíduo, onde esses comportamentos têm a capacidade de colocar em risco o bem-estar social, bem como as prerrogativas inerentes à sociedade, e por conseguinte, atribuir as possíveis penas a esses delitos. Assim, é cabível mensurar que as leis provenientes desse instituto são disciplinadas pelo Código Penal promulgado em 1940. Neste sentido, o direito penal pode ser constituído por meio do poder concedido ao Estado em seu aspecto punitivo e autoritário, como instrumento de controle social limitado e reconhecido pela sociedade, consoante a punições aplicáveis para comportamentos contrários ao admitidos por lei (ANDREUCCI, 2018; CARVALHO, 2020).

A partir dos estudos dessa doutrina pode-se entender a importância da psicologia forense na seara do direito penal. Que de forma breve, é uma área da psicologia que tem por



objetivo o uso de teorias e técnicas psicológicas com fundamentação rigorosamente científica para lidar com as mais diversas demandas judiciais buscando descrever, explicar e entender o comportamento e as intenções humanas. Sendo utilizada, por exemplo, em casos que envolve a inimizabilidade do indivíduo, em processos que envolva acordo entre as partes, ou em disputas de custódia de incapazes, dentre outras; com o intuito de subsidiar a juntada de informações necessárias para a tomada de decisão de promotores e juizes (CARVALHO, 2020; SAKS & KOEHLER, 2005).


Levando essas duas áreas em consideração, buscamos apresentar algumas de suas interseções, como é o caso dos modelos de reabilitação que são utilizados. Tendo em vista que a ineficácia dos modelos de reabilitação atual são um dos principais fatores da reincidência carcerária no Brasil (SAPORI et al., 2017). Assim, todas essas questões serão apresentadas e analisadas, além de fornecerem reflexões para a compreensão do modelo de ligação existentes entre elas. Desde modo, no decorrer do presente trabalho será delineado o conceito em conformidade aos estudiosos da área, bem como finalidade e aspecto geral de cada disciplina.

A partir dessa discussão, o objetivo do presente capítulo é discutir algumas interseções entre o Direito Penal e a Psicologia Forense relevantes para o contexto brasileiro, analisando possibilidades de aplicação prática do conhecimento de ambas as áreas.

O QUE É DIREITO PENAL?

Compreender o direito penal é entender a evolução da sociedade no âmbito de suas relações intersubjetivas, bem como a conduta coletiva frente às normas responsáveis por disciplinar a vida em comunidade (CARVALHO, 2020). Neste sentido, o sistema jurídico penal se apresenta como o ordenamento responsável por regulamentar o controle social, surgindo assim, para solucionar os conflitos aparentes e definir os limites das ações humanas.

Assim, para garantir determinados direitos adquiridos pela sociedade surge a necessidade do indivíduo defender aquilo que é seu, todavia, a utilização da autotutela seria ineficaz nesse aspecto, por isso, a necessidade do Estado garantir a proteção desses direitos (ANDREUCCI, 2018). Na visão de Thomas Hobbes na sua obra, *Leviatã*, o Estado deve ter o controle do cumprimento das leis e a defesa dos direitos sociais obtidos. Enquanto que para John Locke, o Estado deve assegurar apenas os direitos inerentes a propriedade e a vida. E assim, mesmo com pensamentos diversos é notório o consenso quanto a defesa dos direitos




individuais provenientes de um Estado punitivo (ANDREUCCI, 2018; CARVALHO, 2020; BITENCOURT, 2018).

Desde modo, o direito penal tem como principal vertente a proteção dos bens jurídicos para manter a ordem e a harmoniosa convivência em sociedade. Assim, é essencial destacar a importância da análise do bem jurídico como pressuposto da compreensão do sistema jurídico penal, neste sentido, de uma forma mais retilínea o bem jurídico pode ser entendido como tudo aquilo que tem valor para o ser humano (BITENCOURT, 2018). Destarte, a Constituição Federal de 1988 traz em seu bojo os principais bens que devem ser assegurados pelas normas penais, tais como, a proteção do direito à liberdade, vida, honra, integridade física, igualdade e justiça, e propriedade. Assim, quando o fato social opõe-se ao que reza o ordenamento jurídico, lesionando os bens fundamentais da sociedade, a norma penal intervém para garantir o vigor da norma e a manutenção do convívio social.

Nesta diapasão, o direito penal apresenta-se, como um conjunto de normas jurídicas responsáveis por disciplinar a ordem pública, além de elencar as infrações penais, aplicando as devidas sanções correspondentes ou medidas de segurança, em contrapartida, estabelece princípios que norteiam a aplicação das penas, impondo limites no poder de punição do Estado. Por conseguinte, esse conjunto de normas e princípios ordenados coordenam a aplicação prática da lei, sobrepondo a utilização do rigoroso princípio da justiça nos casos concretos, tornando possível a convívio em sociedade (BITENCOURT, 2018).

Na visão de Hans Wezel, direito penal é parte do ordenamento jurídico que serve para consolidar os atributos da ação delituosa, definindo as penas e medidas de segurança adequada (DE OLIVEIRA, 2019). Já no estudo conceitual de Mezger, direito penal é o conjunto de normas jurídica que regulam o exercício de poder punitivo do estado, onde relaciona o delito como pressuposto, e a pena é o resultado (TANGERINO; OLIVE, 2018). E Cuello Calón, define direito penal como sendo um conjunto de normas determinadas pelo Estado que estabelecem a concepção de crime, impondo as medidas de punição, correção e segurança disciplinadas pela lei (SHIMABUKURO, 2017). No mesmo modo, exemplifica Magalhães Noronha, como sendo o direito penal um conjunto de preceitos jurídicos que possuem o condão de limitar o poder punitivo do Estado, observando o fato de natureza criminal e aplicando as medidas cabíveis para quem os praticam (DRESCHER, 2018).




Em síntese, no entendimento de Fernando Capez, é um fragmento do ordenamento jurídico que tem o papel de definir os comportamentos humanos nocivos e mais perigosos para sociedade, com a capacidade de colocar em perigo os pressupostos elementares do convívio social, e defini-los como condutas delituosas, e conseqüentemente, taxar essas práticas em sanções, além de determinar a eficaz aplicação da pena correta e justa (ANDREUCCI, 2018).

Diante o exposto, cabe mencionar ainda que o direito penal é disciplinado pelo Código Penal, promulgado pelo decreto-lei número 2.848 de 7 de dezembro de 1940, cuja vigência ocorreu em 1º de janeiro de 1942. Assim, o Código Penal está estruturado em duas partes, sendo elas: parte geral e especial. A primeira compreende os princípios norteadores do direito penal e regras que regulam o direito punitivo; e a segunda parte, especifica as condutas criminosas, adequando-as ao tipo penal correspondente, bem como as penas cabíveis para cada comportamento delituosos.

É notório que desde a promulgação do Código Penal em 1940 muitas mudanças ocorreram na sociedade brasileira, e conseqüentemente, evoluíram-se os delitos e a criminalidade. Além, dos bens jurídicos ora tutelados e disciplinados pela norma, outros novos passaram a compor o meio social, e assim, diante da necessidade de abarcar esses novos valores, os legisladores disciplinaram leis esparsas, como por exemplo, lei dos crimes hediondos nº 8.025 de 25 de julho de 1990, lei de drogas nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, lei dos crimes contra o meio ambiente nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998, lei de crimes praticados por grupos de extermínio ou milícia privada de nº 12.720 de 27 de setembro de 2012. E para concluir, lei dos crimes cibernéticos, também conhecida como lei “Carolina Dieckman de nº 12.737 de 30 de novembro de 2012.

Assim, essas reformas tornaram-se constantes ao longo dos anos e muitas vezes discrepantes ao código penal vigente. Diante desses cenários, o Senado Federal em 2011 constitui uma comissão de juristas com o intuito de elaborar um novo projeto para o Código Penal em conformidade aos anseios da sociedade atual. Todavia, hodiernamente o anteprojeto PLS nº 236/2012 segue em tramitação no Senado Federal (ANDREUCCI, 2018; BITENCOURT, 2018).

Dado o exposto, pode-se mencionar que o direito penal tem o condão de proteger os bens jurídicos e valores fundamentais oriundos da sociedade, bem como disciplinar as



condutas delituosas, definindo-as de acordo com as infrações penais, além de ditar as regras e princípios que o Estado deve seguir para aplicar seu poder punitivo, e assim delimitar os limites utilizados para impor a ordem e justiça.

O QUE É PSICOLOGIA FORENSE?

Com a definição de Direito Penal em mente, é necessário estabelecer o que é a Psicologia Forense, tendo em vista que essa não é a única intersecção possível entre a Psicologia e o campo legal. A Psicologia Forense é a área que aplica os conhecimentos psicológicos (em especial da Psicologia Clínica) ao sistema legal (HUSS, 2011). Numa definição mais ampla, essa subdisciplina psicológica utiliza os conhecimentos técnicos, éticos e científicos da Psicologia para auxiliar questões legais, contratuais e administrativas (MACNEIL; SOPER, 2019).

Ela se diferencia da Psicologia Criminal, que busca compreender de forma mais geral os fatores que influenciam o comportamento criminal (SILVA; FONTANA, 2011), mesmo que no contexto brasileiro essas distinções estejam muito mais no campo teórico do que de atuação propriamente dita. O psicólogo forense tem como objetivo fornecer aos profissionais do Direito as ferramentas e informações necessárias sobre os aspectos psicossociais que necessitem de compreensão para o manejo de um caso (SILVA; FONTANA, 2011).

No contexto internacional, a Psicologia Forense atua principalmente em três tipos de questão: 1) em casos familiares, o psicólogo forense pode auxiliar em decisões acerca da guarda dos filhos ou na avaliação de candidatos à adoção; 2) já no Direito Civil, esse profissional pode auxiliar na avaliação da capacidade civil de um sujeito para tomar decisões financeiras e/ou médicas; 3) por fim, no contexto penal, foco desta discussão, o psicólogo forense atua principalmente na determinação (se necessário) da capacidade de um sujeito de participar de um julgamento, ou ainda, de ser imputado por suas ações (DENNEY et al., 2010; FRANZEN, 2010; WEITHORN, 2006).

A Psicologia Forense também pode ser dividida de acordo com três áreas específicas de atuação. De acordo com Huss (2011), essas são:

- 1. Avaliação:** exame de um sujeito utilizando técnicas e instrumentos psicológicos objetivando um diagnóstico/conclusão acerca de seu estado psicológico que seja de algum modo útil a resolução de um processo judicial. Um exemplo seria a avaliação da inimputabilidade;

2. **Tratamento:** aplicar estratégias da Psicologia para auxiliar na recuperação do estado mental/ajustamento de um sujeito. Esse tratamento pode ser considerado sob duas visões: Durante o processo judicial (por exemplo, quando a recuperação de um sujeito é essencial para o prosseguimento do caso), e após o processo (na utilização da Psicologia para aliviar o sofrimento e desenvolver estratégias de reabilitação no contexto penitenciário).
3. **Consultoria:** consiste em auxiliar os profissionais legais (em especial advogados) a compreender questões psicológicas relacionadas a um caso, ou ainda avaliar a atuação de um perito no caso.

Com estas noções introdutórias em mente, nos tópicos a seguir iremos focar em duas possibilidades de aplicação da Psicologia Forense ao contexto penal: a Avaliação Psicológica no Direito Penal; e uma área ainda pouco explorada no contexto brasileiro, os modelos de reabilitação de infratores.

AVALIAÇÃO PSICOLÓGICA NO CONTEXTO PENAL

A avaliação psicológica forense possui base jurídica no Código de Processo Civil (Art. 139) e no Direito Penal (Lei nº 11.690/08), e vem exercendo um importante papel no meio jurídico nos últimos anos. Os testes psicológicos, são ferramentas e instrumentos que desempenham um papel cada vez mais significativo na determinação do resultado de processos judiciais. Medidas de personalidade de vários tipos são frequentemente apresentadas em casos que julgam as mais diversas causas, a exemplo da aptidão dos pais para fins de custódia ou na rescisão dos direitos dos pais, bem como nos casos em que um réu criminal declara incompetência para ser julgado ou insanidade no momento de um crime (NEAL et al., 2019). Assim, são em situações como essas que, às vezes, levam um juiz a depender de laudos técnicos de psicólogos peritos experientes na avaliação de determinada área.

A importância do processo de avaliação psicológica se dá pelo seu caráter de verificação da demanda, que por sua vez, contribui com novos elementos para o entendimento do caso, seja como comprovante de veracidade, causalidade ou intenção. De tal modo, o leitor pode pensar que um processo como esse, que pode influenciar uma decisão judicial, deve ser sempre realizado de forma cuidadosa e embasado no método científico. Contudo, isso nem sempre acontece. As avaliações não são fáceis de serem realizadas, requerem baterias de

diferentes testes sobre o mesmo objeto avaliado, no curto intervalo de tempo determinado pela justiça; além de sua natureza litigiosa e os possíveis ganhos e perdas envolvidos no processo que podem influenciar o perito (SAKS & KOEHLER, 2005).

Levando tudo isso em consideração, já se nota os desafios que estão implicados em uma avaliação psicológica no contexto penal. A começar pela própria vontade da pessoa que irá se submeter a tal procedimento, posto que na maioria dos casos a decisão é atribuída por um juiz. Então, isso por si só já poderiam interferir na validade dos resultados da avaliação? Sim e não. Geraria dúvidas se os instrumentos não fossem adequados e validados, e caso o resultado tiver sido realizado com um único teste (TRENTINI; BANDEIRA; ROVINSKI, 2012); e não geraria caso a bateria de testes utilizados tiverem parecer favorável vigente do SATEPSI (Sistema de Avaliação de Testes Psicológicos, Conselho Federal de Psicologia, 2013; ROVINSKI, 2004; SANTOS; ANDRETTA; COUTO, 2012).

A falta de rigor científico e imparcialidade ainda é um fator que desqualifica muitos laudos psicológicos nas cortes. E quando tais falhas metodológicas não são reconhecidas e um parecer desse é utilizado para chegar a decisões judiciais, o risco de erro aumenta e a legitimidade do sistema legal é ameaçada (BELL et al., 2018). Nesse sentido, os testes psicológicos, questionários e inventários que compõem as baterias de avaliação, aqui em especial no contexto forense, devem ser rigorosa e apropriadamente validados (com amostras representativas e equivalentes com a pessoa avaliada) para trazerem novos dados que possam ser interpretados corretamente, contribuindo assim para a conclusão do caso com informações que não são adquiridas por outros meios.

PSICOLOGIA FORENSE E MODELOS DE REABILITAÇÃO

Dentre as problemáticas relativas à criminalidade no contexto brasileiro, a reincidência é uma das questões que mais contribui para a população carcerária brasileira, sendo um grave problema da segurança pública nacional (SAPORI et al., 2017). No enfrentamento da reincidência, é essencial falar de reabilitação, ou seja, do processo de reinserção do ofensor na sociedade de maneira eficaz, apresentando possibilidades reais de recuperação da exceção da cidadania (BITENCOURT, 2009; RIBEIRO; CALIMAN, 2015). Nesse sentido, a Psicologia contribui com dois modelos de reabilitação utilizados no contexto internacional, apesar de pouco conhecidos no Brasil: o Modelo de Risco-Necessidade-Responsividade para Avaliação e Reabilitação de Infratores (ou Modelo RNR) (ANDREWS; BONTA, 2010; ANDREWS;

BONTA; WORMITH, 2006; ANDREWS; DOWDEN, 2006; ANDREWS et al., 1990; GENDREAU; ANDREWS, 1990) e o Modelo das Vidas Dignas (LAWS; WARD, 2011; WARD; GANNON, 2006; WARD; MARUNA, 2007; YATES; PRESCOTT; WARD, 2010).

O Modelo RNR é um modelo teórico que busca basear recomendações de avaliação e tratamento de ofensores. Ele é baseado em três princípios gerais que guiam a atuação:

1. **Risco:** se refere a uma questão mais quantitativa e uma mais qualitativa. Do lado quantitativo, quanto maior a possibilidade de um sujeito reincidir, maior deve ser a intensidade do tratamento; do lado qualitativo, diferentes delitos possuem diferentes riscos, necessitando assim de estratégias de atuação diferenciadas (ANDREWS; BONTA, 2010);
2. **Necessidade:** a necessidade traz centralidade a importância de se lidar com as “origens” do comportamento criminal, ou seja, as características de um sujeito e seu meio que o levaram a cometer um delito (OGLOFF; DAVIS, 2004);
3. **Responsividade:** por fim, a responsividade aponta que, para a reabilitação ser eficaz, ela deve considerar as características biopsicossociais do sujeito (SPRUIT et al., 2016).

A partir desses princípios-guia, o modelo RNR tem três objetivos: 1) desenvolver estratégias de reabilitação eficazes; 2) prever e compreender os riscos com base em pesquisas científicas; e 3) classificar os sujeitos atendidos em diferentes formas de ação, de modo a utilizar estratégias que sejam mais adequadas para a sua situação (WARD et al., 2007). Mas qual a real eficácia da aplicação do modelo?

Tuncer e colaboradores (2020), por exemplo, observaram que um treinamento de apenas um dia baseado no modelo RNR levou a diminuição de atitudes negativas em uma amostra turca de menores em conflito com a lei. Já Dyck e colaboradores (2018), apontam que, apesar das ferramentas desenvolvidas com base nesse modelo teórico serem bastante eficazes na predição da reincidência, ainda existe uma dificuldade de traduzir os três princípios centrais para a atuação concreta no campo. Desse modo, surge o questionamento, existem outros modelos de reabilitação que podem contribuir para esse campo?

Com uma aproximação oposta, mas complementar, ao modelo RNR, o modelo das Vidas Dignas tem ganhado notoriedade. Sua diferença central é o foco nos fatores protetivos, e não de risco, dando importância maior as forças do sujeito como catalisador das mudanças

iniciadas no processo de reabilitação (FORTUNE, 2018; FORTUNE et al., 2012). Os objetivos da utilização desse modelo são: a promoção do bem-estar, a redução do risco de reincidência e a atuação com base nos objetivos futuros dos sujeitos (BARNAO et al., 2016).

As estratégias de reabilitação do modelo das Vidas Dignas se baseiam na premissa de que o delito é causado pela utilização de uma rota mal adaptativa para a satisfação de uma necessidade; essa rota é tomada graças a quatro dificuldades possíveis (WARD, 2010):

1. A incapacidade de se alcançar essa satisfação por uma rota adaptativa (seja essa incapacidade do sujeito ou do seu contexto);
2. A deficiência de um bem primário (objetivos universais dos seres humanos, como vida saudável, paz interior e bons relacionamentos);
3. O uso de meios inapropriados para atingir a satisfação da necessidade;
4. A incoerência entre a necessidade que se deseja suprir e o comportamento do sujeito.

Portanto, o modelo das Vidas Dignas pauta suas estratégias no reconhecimento e manejo de como essas dificuldades se manifestam, para assim auxiliar os sujeitos a encontrarem formas adaptativas de satisfazer as necessidades e alcançar o acesso aos bens primários (PURVIS et al., 2011). Mas qual a performance deste modelo na aplicação prática?

Van Damme e colaboradores (2016), numa amostra de menores em conflito com a lei do sexo feminino observaram relações diretas entre a satisfação com os relacionamentos sociais após a soltura e a reincidência, bem como uma relação mediada entre a qualidade de vida - sintomas psicopatológicos - probabilidade de reincidência. Aprofundando essa questão, Barnao e colaboradores (2015) apontam quatro fatores que afetam o nível de mudança real após a reabilitação com base no Modelo das Vidas Dignas, são elas: a duração da intervenção (quanto mais sessões, mais significativa a mudança), o nível de conhecimento do profissional responsável, a intenção de mudança do sujeito e consistência da atuação com os pressupostos do modelo.

Considerando essa breve exposição acerca dos modelos de reabilitação carcerária, é possível observar que a Psicologia Forense traz possibilidades não só diretamente relacionadas no campo do Direito Penal; essa área da ciência psicológica pode auxiliar na manutenção da segurança pública através da diminuição da reincidência. É necessário assim que estudos futuros observem as possibilidades de aplicação desses modelos ao contexto brasileiro.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após essa apresentação de conceitos e práticas de ambas as disciplinas, parecem estar claros o quanto as duas estão entrelaçadas, tanto na conduta jurídica quanto psicológica e social. Tendo assim o capítulo cumprido com seus objetivos principais, além de lançar luz sobre os possíveis processos psicológicos que subjazem um problema de segurança pública, como a reabilitação carcerária, evidenciando estudos que avaliaram dois modelos diferentes de reabilitação e suas características específicas. Cabe ressaltar, que apesar de extensa e aprofundada discussão e análise sobre a temática, a mesma não se encerra aqui, dado tamanha importância e relevância social.

REFERÊNCIAS

- ANDREUCCI, Ricardo Antonio. **Manual de direito penal**. Saraiva Educação SA, 2018.
- ANDREWS, D. A., & BONTA, J. **The psychology of criminal conduct** (5 ed.). New Providence, NJ: Elsevier, 2010.
- ANDREWS, D. A., & DOWDEN, C. Risk principle of case classification in correctional treatment. **International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology**, v. 50, p. 88–100. 2006.
- ANDREWS, D. A., BONTA, J., & WORMITH, J. S. The recent past and near future of risk and/or need assessment. **Crime & Delinquency**, v. 52, p. 7–27. 2006.
- ANDREWS, D. A., ZINGER, I., HOGE, R. D., BONTA, J., GENDREAU, P., & CULLEN, F. T. Does correctional treatment work? A clinically relevant and psychologically informed meta-analysis. **Criminology**, v. 28, p. 369–404. 1990.
- BARNAO, M., WARD, T., & CASEY, S. Taking the Good Life to the Institution. **International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology**, v. 60, n. 7, p. 766–786. 2015. Disponível em: doi:10.1177/0306624x15570027
- BARNAO, M., WARD, T., & ROBERTSON, P. The Good Lives Model: A New Paradigm for Forensic Mental Health. **Psychiatry, Psychology and Law**, v. 23, n.2, p. 288-301. 2016.
- BELL, Suzanne et al. A call for more science in forensic science. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, v. 115, n. 18, p. 4541-4544, 2018.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal 4-Crimes contra a dignidade sexual até crimes contra a fé pública**. Saraiva Educação SA, 2018.
- BITTENCOURT, C. R. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva. 2009.
- CARVALHO, Salo de. **Penas e medidas de segurança no direito penal brasileiro**. Saraiva Educação SA, 2020.

CONSELHO FEDERAL DE PSICOLOGIA – CFP. **Cartilha avaliação psicológica**. Brasília, DF. 2013.

DE OLIVEIRA, Vivian Brenner. O Direito Penal e o liberalismo: considerações a respeito do papel do Direito Penal em um estado liberal. **Revista Fronteiras Interdisciplinares do Direito**, v. 2, n. 2, p. 131, 2019.

DENNEY, R. L., & TYNER, E. A. Criminal law, competency, insanity and dangerousness: competency to proceed. Em: A. M. HORTON, JR., & L. C. HARTLAGE (Eds.), **Handbook of forensic neuropsychology**, p. 211-234. New York: Springer, 2010.

DRESCHER, Sophia et al. Direito penal e dominação masculina: representações sobre a mulher nos manuais de direito penal. **Anais do Salão Internacional de Ensino, Pesquisa e Extensão**, v. 10, n. 1, 2018.

DYCK, H. L., CAMPBELL, M. A., & WERSHLER, J. L. Real-world use of the risk–need–responsivity model and the level of service/case management inventory with community-supervised offenders. **Law and Human Behavior**, v. 42, n. 3, p. 258–268. 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/lhb0000279>

FORTUNE, C.-A. The Good Lives Model: A strength-based approach for youth offenders. **Aggression and Violent Behavior**, v. 38, p. 21–30. 2018. Disponível em: [doi:10.1016/j.avb.2017.11.003](https://doi.org/10.1016/j.avb.2017.11.003)

FORTUNE, C.-A., WARD, T., & WILLIS, G. M. The rehabilitation of offenders: Reducing risk and promoting better lives. **Psychiatry, Psychology and Law**, v. 19, n. 5, p. 646-661. 2012. Disponível em: [doi:10.1080/13218719.2011.615809](https://doi.org/10.1080/13218719.2011.615809)

FRANZEN, M. Neuropsychological evaluations in the context of civil competency decisions. Em: A. M. HORTON, JR., & L. C. HARTLAGE (Eds.), **Handbook of forensic neuropsychology**, pp. 197-210. New York: Springer. 2010.

GENDREAU, P., & ANDREWS, D. A. Tertiary prevention: What a meta-analysis of the offender treatment literature tells us about ‘what works’. **Canadian Journal of Criminology**, v. 32, p. 173–184. 1990.

HUSS, M. **Psicologia forense: pesquisa, prática clínica e aplicações**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

LAWS, D. R., & WARD, T. **Desistance and sexual offending: Alternatives to throwing away the keys**. New York, NY: Guilford Press. 2011.

MACNEILL HORTON, A. & SOPER, H. V. Forensic psychology: practice issues. **Handbook of Psychological Assessment**, p. 533–550. 2019. Disponível em: [doi:10.1016/b978-0-12-802203-0.00017-1](https://doi.org/10.1016/b978-0-12-802203-0.00017-1)

NEAL, Tess MS et al. Psychological assessments in legal contexts: Are courts keeping “junk science” out of the courtroom?. **Psychological Science in the Public Interest**, v. 20, n. 3, p. 135-164, 2019.

OGLOFF, J. R. P., & DAVIS, M. R. Advances in offender assessment and rehabilitation: Contributions of the risk-needs-responsivity approach. **Psychology, Crime & Law**, v. 10, p. 229–242. 2004.

PURVIS, M., WARD, T., & WILLIS, G. The Good Lives Model in Practice: Offence Pathways and Case Management. **European Journal of Probation**, v. 3, n. 2, p. 4-28. 2011.

RIBEIRO, N., & CALIMAN, G. Reabilitação Criminal: O papel da Educação Social em Processos de Violência e Exclusão. **Interacções**, v. 38, p. 80-101. 2015.

ROVINSKI, SRL. O contexto do trabalho pericial. **Fundamentos da perícia**, 2004.

SAKS, Michael J.; KOEHLER, Jonathan J. The coming paradigm shift in forensic identification science. **Science**, v. 309, n. 5736, p. 892-895, 2005.

SANTOS, Rodrigo Soares; ANDRETTA, Michelli Miranda; COUTO, Gleiber. Avaliação Psicológica Forense e Ética Profissional. **Revista PsicoFAE: Pluralidades em Saúde Mental**, v. 1, n. 1, p. 45-59, 2012.

SAPORI, L., SANTOS, R., & MAAS, L. Fatores Sociais Determinantes Da Reincidência Criminal No Brasil: O Caso De Minas Gerais. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 32, n. 94, p. e329409. 2017. Disponível em: <https://dx.doi.org/10.17666/329409/2017>

SHIMABUKURO, Rafael. Comentários sobre o livramento condicional e suas divergências doutrinárias e jurisprudenciais. **Etic-encontro de iniciação científica - ISSN 21-76-8498**, v. 13, n. 13, 2017.

SILVAI, M. & FONTANA, E. Psicologia Jurídica: Caracterização da Prática e Instrumentos Utilizados. **Est. Inter. Psicol.**, Londrina, v. 2, n. 1, p. 56-71, jun. 2011.

SPRUIT, A., WISSINK, I. B., & STAMS, G. J. J. M. The care of Filipino juvenile offenders in residential facilities evaluated using the risk-need-responsivity model. **International Journal of Law and Psychiatry**, v. 47, p. 181–188. 2016. Disponível em: [doi:10.1016/j.ijlp.2016.04.005](https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2016.04.005)

TANGERINO, Davi de Paiva Costa; OLIVE, Henrique. Sobre uma política criminal baseada na teoria do direito penal do inimigo. **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v. 1, n. 39, 2018.

TRENTINI, Clarissa Marceli; BANDEIRA, Denise Ruschel; ROVINSKI, Sonia Liane Reichert. Algumas considerações acerca do psicodiagnóstico nos contextos jurídico/forense e clínico. NORONHA, Ana Paula Porto; SANTOS, Acácia Aparecida Angeli; SISTO, Fermio Fernandes. **Facetas do fazer em avaliação psicológica**. São Paulo: Vetor, 2006.

TUNCER, A., ERDEM, G., & RUITER, C. The impact of a brief RNR-based training on Turkish juvenile probation officers' punitive and rehabilitative attitudes and recidivism risk perceptions. **Journal of Community Psychology**, v. 48, n. 3, p. 921-931. 2019.

VAN DAMME, L., HOEVE, M., VERMEIREN, R., VANDERPLASSCHEN, W., & COLINS, O. F. Quality of life in relation to future mental health problems and offending:

Testing the good lives model among detained girls. **Law and Human Behavior**, v. 40, n. 3, p. 285–294. 2016. Disponível em: <https://doi.org/10.1037/lhb0000177>

WARD, T. The Good Lives Model of offender rehabilitation: Basic assumptions, a etiological commitments, and practice implications. Em: F. McNeill, P. Raynor, & C. Trotter (Eds.), **Offender Supervision: New Directions in Theory, Research and Practice**, p. 41-64. Oxon, UK: Willan Publishing. 2010.

WARD, T., & FORTUNE, C.-A. The role of dynamic risk factors in the explanation of offending. **Aggression and Violent Behavior**, v. 29, p. 79–88. 2016. Disponível em: [doi:10.1016/j.avb.2016.06.007](https://doi.org/10.1016/j.avb.2016.06.007)

WARD, T., & GANNON, T. A. Rehabilitation, etiology, and self-regulation: The comprehensive good lives model of treatment for sexual offenders. **Aggression and Violent Behavior**, v. 11, n. 1, p. 77-94. 2006. Disponível em: [doi:10.1016/j.avb.2005.06.001](https://doi.org/10.1016/j.avb.2005.06.001)

WARD, T., & MARUNA, S. **Rehabilitation: Beyond the risk assessment paradigm**. London, UK: Routledge. 2007.

WARD, T., MELSER, J., & YATES, P. M. Reconstructing the Risk–Need–Responsivity model: A theoretical elaboration and evaluation. **Aggression and Violent Behavior**, v. 12, n.2, p. 208–228. 2007. Disponível em: [doi:10.1016/j.avb.2006.07.001](https://doi.org/10.1016/j.avb.2006.07.001)

WEITHORN, L. A. The legal contexts of forensic assessments of children and families. Em: S. N. SPARTA, & G. P. KOOCHEER (Eds.), **Forensic mental health assessment of children and adolescents**, p. 11-29. New York: Oxford, 2006.

YATES, P. M., PRESCOTT, D. S., & WARD, T. **Applying the Good Lives and Self-Regulation Models to sex offender treatment: A practical guide for clinicians**. Brandon, Vermont: The Safer Society Press. 2010.

CAPÍTULO 12

DO DIREITO CONSTITUCIONAL À NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO: REFLEXÕES SOBRE O BANCO DE DADOS DE PERFIS GENÉTICOS

Jessé Lindoso Rodrigues, Pós-Graduando em Direito Civil e Direito Processual Civil, pelo IPOG, Graduado em Direito UNICEUMA

RESUMO


A partir das reflexões acerca da coleta e armazenamento de DNA de condenados por crimes hediondos ou violentos contra a pessoa, pretende-se discutir a constitucionalidade do Banco de Dados de Perfis Genéticos (BDPG), introduzido pela lei 12.654/2012. O marco teórico fundamenta-se no impedimento de se privilegiar um direito fundamental em face de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou esvazie o seu núcleo fundante (DWORKIN, 2002; ALEXY, 2008). O método adotado é o exploratório e descritivo, do tipo documental. Nota-se que, embora as reflexões constitucionais em relação ao tema ainda não sejam pacíficas, a utilização de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente. O capítulo está dividido em três seções: a primeira traz reflexões sobre a confrontação entre o princípio da não autoincriminação e o princípio da liberdade probatória. Na segunda, focará nos apontamentos práticos sob a polêmica constitucional que cerca o BDPG. Ao cabo, a atenção se volta sobre o embate teórico quanto à constitucionalidade do BDPG, evidenciando a colisão de direitos fundamentais na espécie e apresentando a possibilidade de aplicação da técnica da ponderação. Por fim, vê-se que embora as discussões constitucionais ainda não estejam sedimentadas, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente.

Palavras-chave: Banco de dados. Perfil Genético. Constitucionalidade.

INTRODUÇÃO

A evolução da sociedade atual, marcada por características bem próprias, notadamente o acelerado avanço tecnológico, influenciou significativamente o ordenamento jurídico pátrio. O Direito Penal (material e processual) não esteve imune a tais alterações, ao ponto em que se viu a necessidade de adaptar-se a tais avanços tecnológicos e modernizar o aparelho investigativo estatal, objetivando aperfeiçoar a tutela jurisdicional na resolução de conflitos e responder o anseio social, projetando políticas públicas mais eficazes e voltadas ao combate ao crime e a violência.

Nesse cenário, de modernização da investigação criminal, a Lei n.º 12.654 é promulgada em 2012, alterando dispositivos da lei de Identificação Criminal do Civilmente



Identificado e a Lei de Execução Penal. Tal lei determinou, por exemplo, que dados coletados seriam armazenados em um banco de dados de perfis genéticos (BDPG) administrado por um órgão estatal - o Banco Nacional de Perfis Genéticos (BNPG) e a Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG).

Apesar do desejo do legislador de aperfeiçoar a persecução penal, as discussões sobre o BNPG tomaram proporção e pouco tempo depois das citadas inovações legislativas, em meados de maio de 2016, o Supremo Tribunal Federal (STF) foi instado a discutir sobre a constitucionalidade de algumas destas alterações.


O objeto de problematização deste artigo situação exatamente neste ponto: à luz do princípio constitucional do *nemo tenetur se detegere*, seria constitucional a obrigatoriedade da coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos, de forma automática após a condenação, com o objetivo de mantê-los armazenados em um banco de dados estatal com materiais e perfis genéticos, podendo tal material vir a ser utilizado futuramente em uma investigação criminal ou como prova em um processo penal?

A partir desta problemática, o presente trabalho inova e motiva-se ao fomentar a discussão acerca da constitucionalidade da coleta e armazenamento de DNA de condenados por crimes hediondos ou de natureza grave contra a pessoa, e, por conseguinte, a possibilidade de sua utilização em persecuções penais ou instruções processuais em curso.

Como proposta metodológica adota-se a weberiana, retirando-se das categorias sociológicas macroestruturais e manejando-se o recurso do tipo ideal, para o compromisso explícito com a análise empírica do real. Assim, a pesquisa adotou o tipo de pesquisa exploratória e descritiva com abordagem qualitativa e foco na estratégia de pesquisa documental, sobretudo, sobre a prova pericial obtida através do banco de dados de perfil genético e a discussão em torno da sua constitucionalidade.

Como a relevância científica e jurídica da presente reflexão visa discutir sobre a constitucionalidade do BDPG adota-se como referencial teórico as discussões que apontam para a impossibilidade de se privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou veja se esvaziar o seu núcleo essencial (DWORKIN, 2002; ALEXY, 2008).

O capítulo está dividido em três seções: a primeira traz reflexões sobre a confrontação entre o princípio da não autoincriminação e o princípio da liberdade probatória. Na segunda,



focará nos apontamentos práticos sob a polêmica constitucional que cerca o BDPG. Ao cabo, a atenção se volta sobre o embate teórico quanto à constitucionalidade do BDPG, evidenciando a colisão de direitos fundamentais na espécie e apresentando a possibilidade de aplicação da técnica da ponderação. Por fim, vê-se que embora as discussões constitucionais ainda não estejam sedimentadas, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente.

PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS EM QUESTÃO: O PRINCÍPIO DO NEMO TENETUR SE DETEGERE E O PRINCÍPIO DA LIBERDADE PROBATÓRIA

O Processo Penal, enquanto instrumento de efetivação das garantias e direitos fundamentais individuais, “deve estar completamente pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal”. Nessa linha, o processo deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade de efetividade da prestação jurisdicional (TÁVORA, 2016, p. 44).

Portanto, o Processo Penal não pode mais ser visto como mero instrumento de aplicação da legislação penal, mas sim, e principalmente, como instrumento de efetivação das garantias constitucionais. Diante disso, nasce a necessidade de entender e enxergar o Processo Penal sob uma perspectiva constitucional e, conseqüentemente, principiológica.

Na lição de Ferrajoli (1997), todo e qualquer texto normativo só é válido quando estiver de acordo com as normas e princípios constitucionais. Passa-se, então, ao estudo dos princípios constitucionais e processuais penais fundamentais para a devida compreensão do tema. Nesse cenário, dois princípios ganham relevo: o princípio da não autoincriminação e o princípio da liberdade probatória.

O princípio do *nemo tenetur se detegere*, ou o princípio da não autoincriminação dispõe que ninguém está obrigado a produzir provas contra si mesmo. Este princípio tem sido considerado um direito fundamental do cidadão e, mais especificamente, do acusado. Objetiva proteger o indivíduo contra excessos cometidos pelo Estado, na persecução penal, “incluindo-se nele o resguardo contra violências físicas e morais, empregadas para compelir o indivíduo a cooperar na investigação e apuração dos delitos, bem como contra os métodos proibidos de interrogatório, sugestões e dissimulações”(QUEIJO, 2012, p. 78).

Em verdade, trata-se de uma modalidade de autodefesa passiva, que é exercida por meio da inatividade do indivíduo sobre quem recai ou pode recai uma imputação. Consiste,

assim, na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimidação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação(LIMA, 2016).

Conforme preconiza Nucci é decorrência natural da união dos princípios constitucionais da presunção de inocência (art. 5º, LVII) e da ampla defesa (art. 5º, LV) com o direito humano fundamental que permite ao réu manter-se calado (art. 5º, LXIII). É direito do indivíduo inocente, até que seja provada sua culpa, permanecer em silêncio sem qualquer tipo de prejuízo à sua situação processual (NUCCI, 2014).

Nesse contexto, questão relevante consiste em averiguar quem seria o titular do direito de não produzir prova contra si mesmo. Em que pese, tudo indique que o destinatário seja apenas a pessoa que se encontra na condição processual de preso, ou que figura como acusado da prática de determinado delito, Lima (2016)entende que a doutrina mais aceita é a de que o princípio do *nemo tenetur se detegere* se preste a proteger não apenas o indivíduo que se encontra nestas situações, como também aquele que está solto, assim como qualquer pessoa a quem seja imputada a prática de um ilícito criminal.

O art. 5º, LXIII, da Constituição Federal dispõe que o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado. E, como já dito anteriormente, o *nemo tenetur se detegere* é uma decorrência natural do direito ao silêncio, previsto no referido artigo (BRASIL, 1988).

Diante disso, com o objetivo de se evitar uma autoincriminação involuntária por força do desconhecimento da lei, deve haver uma prévia e formal advertência quanto ao direito ao silêncio, sob pena de se macular de ilicitude a prova então obtida. O acusado deve, portanto, ser advertido que o direito ao silêncio é uma garantia constitucional, de cujo exercício não lhe poderão advir consequências prejudiciais (LIMA, 2016).

Trata-se, o art. 5º, inciso LXIII, de mandamento constitucional semelhante ao famoso “aviso de Miranda” (*Miranda rights* ou *Miranda warnings*) do direito norte-americano, em que o policial, no momento da prisão, tem de ler para o preso os seus direitos, sob pena de não ter validade o que por ele for dito (LIMA, 2016).

Por outro lado, o princípio da liberdade probatória consagra o direito das partes de provarem fatos relevantes ao processo, utilizando-se de qualquer meio de prova. Os sujeitos

processuais gozam, portanto, de liberdade para a obtenção, apresentação e produção de provas.


Nessa esteira de pensamento, conforme preconiza Lima (2016), existem dois interesses. De um lado, o interesse do indivíduo na manutenção de sua liberdade com o pleno gozo de seus direitos fundamentais, do outro, o interesse estatal no exercício do *jus puniendi*. Diante disso, deve-se buscar a tutela dos bens jurídicos protegidos pelas normas penais por meio da mais ampla liberdade probatória, seja quanto ao momento ou tema da prova, seja quanto aos meios de prova que podem ser utilizados.

Quanto aos meios de provas, vigora, no processo penal, ampla liberdade probatória, podendo a parte se valer tanto de meios de prova nominados, quanto de meios de prova inominados (LIMA, 2016). Porém, o princípio da liberdade probatória não é absoluto, visto que há limitações para as partes em sua atividade probatória. Diante disso, os meios de prova devem ter sido obtidos de forma lícita e com respeito à ética e à moral, haja vista o preceito constitucional que veda a admissibilidade, no processo, de provas obtidas por meios ilícitos.

Por fim, confrontando brevemente os princípios abordados, do *nemo tenetur se detegere* e da liberdade probatória, tendo em vista o objeto de interesse do presente artigo, indaga-se: obrigar condenados por crimes violentos ou hediondos a coletar o seu DNA com o objetivo de mantê-los armazenados em um BDPG, é instrumento hábil a qualificar, melhorar e modernizar a *persecutio criminis*, tornando-a mais eficiente ou, fazer isso, na verdade é medida desproporcional, irrazoável, que viola a intimidade física do indivíduo e, sobretudo, o seu direito constitucional de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo?

EVIDENCIANDO A POLÊMICA CONSTITUCIONAL QUE CERCA O BDPG NA PRÁTICA

Oportuno é analisar a polêmica que gira em torno do BDPG, notadamente a discussão acerca da constitucionalidade do banco, tendo em vista a colisão entre princípios constitucionais que tal questão traz à tona. Para tanto, inicia-se a análise à luz do RE 973.837/MG – que provocou o STF a discutir sobre a constitucionalidade do art. 9-A da Lei n. 7.210/84 (Lei de Execução Penal), que prevê a obrigatoriedade da extração do DNA e armazenamento em BDPG para fins de identificação do perfil genético do apenado -, e da RVCR 70049748627– que ensejou a realização de um novo julgamento no TJ-RS, por ocasião de uma prova pericial obtida através do banco de dados.



De início, em relação ao RE 973.837, o STF vai decidir se é constitucional a coleta de DNA de condenados por crimes violentos ou hediondos, com o objetivo de manter esse material genético armazenado em bancos de dados, gerenciado pelo próprio Estado.

O dispositivo questionado tem sua origem na Lei nº 12.654/2012, que introduziu o artigo 9-A à Lei de Execução Penal e instituiu a criação de BDPG a partir da extração obrigatória de DNA de criminosos condenados por crimes praticados dolosamente, com violência de natureza grave contra pessoa ou hediondos. Na origem, o recurso fora interposto contra acórdão do TJ-MG, em que a defesa de um condenado alega que a medida viola o princípio constitucional da não autoincriminação (BRASIL, 2016).

Ocorre que, um ano antes do RE chegar até o Supremo, em 2015, tivemos um caso bem intrigante envolvendo a utilização do BDPG: pela primeira vez no país, a Justiça brasileira decidiu rever uma condenação sobre um caso de estupro, ocorrido em 2008 no Rio Grande do Sul. Para realizar o novo julgamento, o argumento usado pela defesa foi justamente o surgimento de um fato inédito, obtido através do BDPG (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

À época em que os fatos ocorreram, ainda durante a fase de reconhecimento, um dos suspeitos do crime apontou um outro acusado como sendo, na verdade, o único autor do delito que fora cometido. A vítima, por sua vez, confirmou esta versão apresentada por um dos suspeitos do crime e o outro suspeito foi, então, preso.

Deve-se ressaltar que na cena do crime, a única pista encontrada fora uma mancha de sangue em um colchão, exatamente onde a vítima foi violentada. Este material encontrado fora avaliado por peritos, que então, elaboraram o laudo pericial que, para a surpresa de todos, concluiu que a amostracolhida, no entanto, não era compatível nem com o sangue do acusado – aquele apontado pela vítima como único autor do crime - nem com o sangue da vítima (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

Contudo, a decisão judicial privilegiou o que disse a vítima – que alegou ter reconhecido o rapaz como o único autor do crime -, e o manteve preso – sendo ele, posteriormente sentenciado pelo crime de roubo e estupro. Anos depois da condenação, porém, os dados do material genético encontrado no local do crime foram colocados no BDPG, e para surpresa do advogado do acusado (agora, já condenado e cumprindo a pena preso), as informações genéticas bateram exatamente com as do mesmo homem (que era um

dos suspeitos do cometimento do crime) que à época o acusou do estupro – lá na fase de reconhecimento. Ademais, posteriormente se descobriu que este mesmo homem já havia sido condenado outras vezes, e por crimes da mesma natureza (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

Tal fato ensejou o já citado pedido de Revisão Criminal, que foi devidamente pleiteado pela defesa. O pleito foi, então, deferido, ocasião em deu azo a um novo julgamento, agora em sede de Revisão Criminal. Não é objetivo do presente trabalho adentrar o mérito do julgado. No entanto, cabe mencionar brevemente que, mesmo com o uso da tecnologia, curiosamente os desembargadores do TJ-RS mantiveram a decisão do primeiro julgamento, proferido em 2008. Naquele ano, o acusado foi condenado por roubo e estupro a 11 anos e meio de prisão. Por maioria, os desembargadores entenderam que o depoimento e reconhecimento pessoal da vítima era suficiente e, portanto, julgaram improcedente a revisão, mantendo, portanto, a condenação primeva (G1, Rio Grande do Sul, 2015).

Tais casos práticos bem revelam o cenário de cisão que o tema provoca: de um lado, no RE 973.837/MG, um indivíduo pleiteia pelo direito constitucional de não ser compelido a produzir prova contra si mesmo, e conseqüentemente, não ser obrigado a coletar o seu material genético para que este fique armazenado em BDPG.

Por outro lado, na RVCR 70049748627 (TJ/RS), foi somente por ocasião do material genético coletado pela defesa, armazenado no BDPG e posteriormente cruzado com as informações constantes nele, que foi possível se identificar um suspeito de participar do crime - o que ensejou a revisão criminal. Antes disso, nem mesmo se cogitava a participação desse indivíduo no evento criminoso.

DISCUSSÃO TEÓRICA A RESPEITO DA CONSTITUCIONALIDADE DO BDPG, CONFLITO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS E A TÉCNICA DO SOPESAMENTO

Apesar do desejo do legislador de modernizar a sua máquina investigativa, a polêmica em torno do BDPG chegou até o STF, que foi provocado a discutir sobre a constitucionalidade da matéria instituída pela Lei n.º 12.654/12. Na espécie, trata-se do RE n.º 973.837, que teve repercussão geral reconhecida, por unanimidade, pelo Plenário Virtual da Corte. Em razão disso, o Min. Gilmar Mendes, relator do RE, convocou, nos dias 25 e 26 de maio de 2017, audiência pública para ouvir entidades, peritos, juristas, estudiosos do assunto, etc., sobre a aplicação da tecnologia genética em comento à investigação forense (BRASIL, 2017).

A audiência pública foi um marco histórico na justiça brasileira nessa temática e registrou a presença de autoridades nacionais e internacionais debatendo o assunto, como por exemplo, as indicadas pela Academia Brasileira de Ciências Forenses, peritos do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal. Na qualidade de *amicus curiae*, participaram a Academia Brasileira de Ciências Forenses, a Clínica de Direito Humanos/Biotecjus (UFPR), o Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro.

Dada a magnitude de tal audiência pública, bem como a sua contribuição para a temática ora proposta, imperioso fazer aqui o registro da fala de alguns desses especialistas no assunto como forma de contribuir para o debate sobre a constitucionalidade do BDPG.

João Costa Ribeiro Neto, advogado e membro da Academia Brasileira de Ciências Forenses, defendeu que a coleta de material genético de investigados não viola a Constituição Federal e evita injustiças no processo penal. Na sua avaliação, a medida não ofende o direito da pessoa não produzir provas contra si mesmo. Ele apontou que a coleta não é invasiva, como, por exemplo, a retirada do sangue da pessoa, pois basta o uso de um cotonete na boca (BRASIL, 2017a).


Guilherme Jacques²⁶, sustentou que “a utilização do perfil genético feito a partir da coleta de DNA serve não só para apontar um criminoso, mas também para inocentar alguém acusado injustamente por um crime”(Notícias STF, 2017c, p. 01). Chamou a atenção para o fato de que 80% dos inquéritos policiais acabam sendo arquivados por falta de provas²⁷, e advertiu que o reconhecimento pessoal equivocado ainda é um dos principais responsáveis por condenações injustas.

Mauro Mendonça Magliano, perito criminal, destacou levantamento feito pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), que revelou que o índice de reincidência, considerado o número de ocorrências policiais, é de pelo menos 70%²⁸. Por isso, frisou que a perícia criminal é fundamental no papel de identificar criminosos reincidentes, o que pode ser

²⁶ Este autor desempenha a função de Perito criminal federal e integrante da Sociedade Brasileira Ciências Forenses e do Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal (INC).

²⁷ Vale dizer que a taxa de investigação também é baixíssima. Isso porque o sistema de investigação está sucateado, obsoleto e sobrecarregado, pela falta de recursos. Muitas vezes, os inquéritos são abertos apenas quando o perpetrador é preso em flagrante. (BRASIL, 2019d).

²⁸ Em maio de 2012, o CNJ celebrou um acordo de cooperação técnica com o Ipea para que fosse realizada uma pesquisa sobre reincidência criminal. O resultado desse trabalho foi publicado no ano de 2016. Há duras críticas em relação à conclusão sobre tal percentual. Os críticos afirmam que essa porcentagem de 70% está superestimada pelos presos provisórios, que têm seu movimento influenciado pela atividade policial e que não necessariamente se convertem em condenações. Para mais informações consultar (IPEA, 2015).



feito mesmo sem prisão, através de vestígios materiais deixados em cenas de crime pelo indivíduo (BRASIL, 2017f).

Para Denise Hammerschmidt, juíza de Direito e pesquisadora, entende que é impossível, tão somente por meio do perfil genético, e nos moldes em que a legislação foi desenhada, acessar à intimidade genética do indivíduo e de seus familiares. A magistrada demonstrou que a Lei n.º 12.654/12 estabelece medidas para salvaguardar a intimidade do indivíduo, como por exemplo, a vedação de que no BDPG sejam revelados traços somáticos ou comportamentais. Lembrou que os dados possuem caráter sigiloso e que qualquer agente ou autoridade que permitir ou promover sua utilização para fins diversos do previsto em lei, responde civil, penal e administrativamente por tais atos (BRASIL, 2017d).


Quanto à compatibilidade da técnica de coleta do DNA com o princípio da dignidade da pessoa humana, Hammerschmidt defendeu que ela não constitui meio indigno ou cruel, não havendo lesão para a saúde do sujeito, sobretudo porque a lei estabelece que o procedimento deve ser indolor e por técnica adequada (BRASIL, 2017d).

Para Renato Brasileiro Lima é inegável que a Lei n.º 12.654/12 tem por escopo servir para fins processuais, afinal, é a possibilidade de utilização desse material genético para fins de prova na persecução penal que está em discussão no STF. Para ele, o preso deve ser advertido dos seus direitos, sendo inadmissível a coleta de um material biológico de maneira clandestina (BRASIL, 2017d).

Na visão de Lima, o indivíduo não pode ser obrigado a praticar qualquer tipo de comportamento ativo, que possa incriminá-lo, podendo inclusive negar-se a realizar a coleta de DNA. Contudo, advertiu que, havendo resistência para a realização da coleta, o material genético pode ser obtido por outras vias, não invasivas, como escova dental, talher, etc. (BRASIL, 2017d).

Sustentou que a identificação pelo perfil genético nada mais é do que uma modernização, uma nova espécie de identificação. Para ele, é necessário ter dados que permitam a identificação mais precisa do indivíduo. Renato Brasileiro finalizou dizendo que “precisamos beber da evolução dos métodos científicos, porque isso é saudável para o processo penal” (BRASIL, 2017f, p. 01).

Em sentido contrário às discussões anteriores, Taysa Schiocchet, Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Universidade Federal do Paraná (CDH/UFPR), salientou que



a controvérsia em pauta não se limita à colisão de interesses entre segurança pública e o direito à não autoincriminação, mas sim “no que se refere à tutela judicial efetiva, ou seja, punição de delitos, e não prevenção de delitos”. O cerne gira em torno da extração do material genético, sua análise, armazenamento em BDPG e, doravante, utilização do material como instrumento de investigação ou de prova no curso do processo penal (BRASIL, 2017f, p. 01).

Schiocchet elencou que a salvaguarda dos dados pessoais está diretamente relacionada aos direitos da personalidade, como o direito à autonomia, autodeterminação corporal e informacional, privacidade e intimidade, que refletem diretamente na dignidade da pessoa humana, no sentido de liberdade individual e na igualdade. Asseverou que “não há direitos, princípios ou prerrogativas absolutas, mas existem critérios para que isso seja feito”, e que, no seu entendimento, a atual legislação que rege o BDPG não atende a tais critérios (BRASIL, 2017h, p. 01).

Carlos Affonso Souza, Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do Rio de Janeiro (ITS-RIO), iniciou sua explanação falando sobre equívocos que podem ocorrer no processamento do DNA e na criação de bancos de perfis genéticos. Para ele, três fatores explicam a expansão dos BDPG: barateamento da tecnologia de identificação genética, interesses econômicos envolvidos no desenvolvimento de laboratórios, e a crença em nova fase de combate à criminalidade de que o DNA vai substituir a subjetividade da investigação criminal por suposta objetividade (BRASIL, 2017b).

Vitor Richter, cientista social e antropólogo, alertou em sua fala que, mesmos nos países onde o BDPG já foi pacificamente adotado e implantado, ainda não foi possível identificar precisamente os efeitos deste instrumento, por exemplo, no comportamento de um reincidente, tampouco quanto a real dissuasão que ele pode gerar quanto ao cometimento de crimes em geral²⁹. Para tal, a invisibilização das controvérsias técnico-científicas tem como efeito a minimização dos problemas e desafios que envolvem o uso dessa biotecnologia. Ainda, “[... produz um efeito de maximização de suas promessas, estabelecendo o risco de

²⁹ “Diante da realidade contextualizada, das características da criminalidade brasileira, e da finalidade principal do uso do DNA para fins criminais, não se pode afirmar que o banco de dados genéticos seja a solução para combater a criminalidade. Principalmente, levando-se em consideração que no Brasil a criminalidade possui características específicas, diferente dos países onde esse banco de dados já está implantado há anos. Ademais, em diversos países como o Reino Unido, a eficiência do banco de dados vem sendo questionada diante da relativização de garantias fundamentais, por não atingir a proporção esperada de solução de casos” (SCHIOCCHET, 2012, p. 45).

uma avaliação incompleta quando se vai decidir sobre a balança entre direitos e garantias constitucionais e a segurança pública” (Notícias STF, 2017h, p. 01).


Gustavo Grandinetti Castanho de Carvalho, representante da Associação Nacional dos Defensores Públicos (ANADep), fez duras críticas à Lei n.º 12.654/12, que considera inconstitucional. Ele afirmou que ela “viola os princípios da suficiência da identificação civil, proporcionalidade, privacidade, do direito à não autoincriminação e o sistema acusatório brasileiro”. Segundo Grandinetti, embora pareça inofensiva, a lei é muito mais agressiva ao sistema processual e constitucional do que pode parecer à primeira vista, e não pode ser considerada constitucional pelo Plenário do STF (BRASIL, 2017g, p. 01).

Além de inconstitucional, a lei é inadequada, desnecessária e desproporcional, na opinião de Grandinetti. Segundo ele, a norma não se apoia em uma necessidade objetiva e concreta, atingindo de forma genérica os condenados sem detalhar a finalidade prática dessa coleta generalizada. É desproporcional, em sua avaliação, porque o grau de lesividade da intimidade dos cidadãos será muito maior do que eventuais benefícios e proveitos que poderão advir para a investigação criminal. Para ele, a previsão de que a extração coercitiva seja feita por ofício pelo magistrado viola também o sistema acusatório (BRASIL, 2017g).

Vê-se claramente que a opinião dos especialistas sobre o assunto traz à tona a discussão acerca da colisão entre direitos fundamentais. Uns advogam pela inviolabilidade do direito constitucional que veda a autoincriminação e, por conseguinte, a vedação da obrigatoriedade da coleta e armazenamento do material genético em BDPG. Outros, defendem a modernização do aparato judicial, das perícias, viabilizando maior amplitude na elucidação de crimes; interessa, com maior ânimo, a liberdade de produzir todas as provas.

Eis o impasse entre direitos fundamentais, que assim é definido por Nathalia Masson como os positivados no âmbito estatal interno, são dotados de conteúdos nucleares impregnados de abertura e variação, podendo ser revelados apenas no caso concreto e nas interações entre si ou quando relacionados com outros valores consagrados na Constituição. Assim, podem entrar em colisão entre si, ou podem colidir com outros valores protegidos constitucionalmente (MASSON, 2016).

Neste ponto, a fim de buscar uma saída possível para tal problemática, mister resgatar as lições de Ronald Dworkin e Robert Alexy quanto ao tema da colisão entre direitos fundamentais, suporte teórico basilar.




Nas palavras de Dworkin, é de natureza lógica a diferença entre os princípios jurídicos e as regras jurídicas, eis que as regras são aplicáveis à maneira tudo-ou-nada. “[...] Noutro giro, quando os princípios se inter cruzam, aquele que vai resolver o conflito tem de levar em conta a força relativa de cada um – a dimensão do peso ou importância, dimensão que as regras não têm” (DWORKIN, 2002, p.39-42).

Para Alexy, a distinção entre regras e princípios está naquilo que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. “[...] Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização. Quanto às regras, por outro lado, são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos” (ALEXY, 2008, p. 90-91).

Portanto, havendo conflito entre princípios, deve-se buscar a conciliação entre eles, aplicando-se cada um deles em extensões variadas, conforme a relevância que apresentarem no caso concreto, não sendo admitida a exclusão de um deles do ordenamento jurídico. A busca por soluções conciliadoras diante das colisões de direitos fundamentais exige o manuseio do postulado da proporcionalidade e da técnica de ponderação (MASSON, 2016, p. 210).

O juízo de ponderação conecta-se ao postulado da proporcionalidade, exigindo que o sacrifício de um direito seja útil para a solução do problema, isto é, que não exista outro meio menos danoso para atingir o resultado desejado e que seja proporcional em sentido estrito. Assim, devem ser comprimidos no menor grau possível os direitos em colisão, de maneira a preservar a sua essência, o seu núcleo fundamental (MENDES, 2015, p. 183).

Indubitavelmente, tendo em vista a questão a ser enfrentada pelo Supremo no RE 973.837, uma solução possível para esta colisão entre princípios, seja ela qual for, perpassa por uma leitura constitucional à luz de tais suportes teóricos, basilares. Isso porque, como bem demonstram as lições de Alexy (2008) e Dworkin (2002), não se pode privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro, ao ponto que o direito fundamental desprivilegiado no caso concreto perca ou veja se esvaziar o seu núcleo essencial. Em outras palavras, não se pode privilegiar, de forma absoluta, o princípio da liberdade probatória a ponto de se esvaziar o conteúdo principiológico que possui o princípio do *nemo tenetur se detegere*, e vice-versa.



A exemplo do Brasil, os limites dos poderes do estado de colher material biológico de suspeitos ou condenados por crimes, de traçar o respectivo perfil genético, de armazenar os perfis em bancos de dados e de fazer uso dessas informações são objeto de discussão em diversos sistemas jurídicos. A Justiça dos EUA, por exemplo, já enfrentou a questão e considerou constitucional o banco de dados. Por lá, o entendimento é de que o DNA é uma evidência física e que não se trata de autoincriminação (CONJUR, 2017).

Nos anos 80, o exame de DNA se tornou muito popular nos EUA e vários estados aprovaram leis para permitir a coleta de amostras do material genético de suspeitos de crimes. O FBI, então, reconheceu a importância do assunto e iniciou um projeto para que houvesse a troca dessas informações pelos Estados.


Em 1994 foi editada uma lei federal que permitiu estabelecer um banco nacional de dados. Ao longo do tempo, foram sendo criadas medidas para garantir a privacidade das pessoas, como por exemplo, a obrigatoriedade de que apenas os investigadores possam compartilhar as informações (BRASIL, 2017f).

Diante do exposto os debates e reflexões sobre o tema não cessam, mas o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente. Visto que contribui para o aumento na taxa de elucidação e resolução dos crimes ocorridos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O desenvolvimento do presente estudo possibilitou uma análise das repercussões jurídicas engendradas pela Lei n.º 12.654/2012 ao introduzir a sistemática do BDPG no ordenamento jurídico pátrio. Elencou-se uma reflexão acerca dos benefícios e dificuldades que tal instrumento enfrenta, notadamente no que diz respeito à sua constitucionalidade e conformidade com as regras, princípios e direitos fundamentais que regem o processo penal brasileiro.

De um modo geral, e a partir da exposição da opinião de peritos, juristas, estudiosos do assunto, demonstrou-se que é possível realizar a coleta de DNA de condenados por crimes hediondos ou de natureza grave contra a pessoa sem, contudo, ferir o direito à privacidade do indivíduo nem o princípio da não autoincriminação. Para tanto, tal medida deve obedecer estritamente aos ditames legais aplicáveis na espécie, notadamente as Resoluções do Comitê Gestor da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos que dispõem sobre a padronização de procedimentos relativos à coleta obrigatória de material biológico para fins de inclusão,



armazenamento e manutenção dos perfis genéticos nos bancos de dados que compõem a RIBPG.

Quanto à conformidade do procedimento com o princípio da não autoincriminação, demonstrou-se que toda coleta só pode ser feita em indivíduos condenados por crimes hediondos ou de natureza grave contra a pessoa. Além de que haja decisão judicial nesse sentido, bem como que, no ato da coleta o indivíduo deve ser informado, na presença de uma testemunha e do profissional que fará o procedimento.

Ademais, no caso de recusa, a coleta não é feita e um termo de comunicação é lavrado para entrega ao juiz sobre a não realização do procedimento, ocasião em que este pode determinar a busca e apreensão de bens pessoais, como escova de dente e roupa de cama, para coletar material genético. Em relação à conformação do procedimento com o direito à privacidade, apontou-se que a coleta não é invasiva na pois basta o uso de um cotonete na boca.

Demonstrou-se que na curta história do BDPG no Brasil, em que pese a discussão sobre sua constitucionalidade ainda estar em aberto, já se vê resultados positivos, como por exemplo no caso do assalto a transportadora de valores em Ciudad del Este, no Paraguai, em que foram encontrados mais de 300 vestígios biológicos no local do crime e a técnica escolhida para identificar os envolvidos foi o exame de DNA.

Além do efeito inibidor, evidenciou-se que a utilização do perfil genético feito a partir da coleta de DNA serve não só para apontar um criminoso, mas também para inocentar aquele que pode ser acusado injustamente por um crime ou a exclusão de um suspeito. Tanto é verdade que a história revela que uma das primeiras vezes do uso forense do exame de DNA foi exatamente para comprovar a inocência de um réu confesso.

Ademais, nos moldes em que a legislação aplicável na espécie foi desenhada, acessar à intimidade genética do indivíduo e de seus familiares não é tarefa fácil. Isso porque, os dados possuem caráter sigiloso e, qualquer agente ou autoridade que permitir ou promover sua utilização para fins diversos daquele previsto na Lei de Regência, responde civil, penal e administrativamente por tais atos.

Dada a importância do tema proposto, e tendo em vista que o BDPG trabalha com dados pessoais sensíveis, torna-se necessário o investimento contínuo do Poder Público em geral, bem como a vigilância da sociedade civil organizada. Para mais, deve-se pautar as

legislações como mecanismo de regulação de matéria sempre de forma pormenorizada, com o fito de fornecer ampla salvaguarda aos dados armazenados, mitigando os riscos no que tange ao acesso às informações presente no banco, bem como reduzindo as possibilidades de erros periciais.

Até por que há exemplos de situações, ocorridas em outros países, que levaram ao questionamento sobre como ocorre a aplicação do exame genético para a solução de crimes, tendo em vista que a ocorrência de erros, contaminações de cenas de crimes demonstraram que o sistema não é infalível.

Por fim, a utilização do BDPG possui um incrível potencial para solucionar e até mesmo prevenir crimes, por isso foi tal tecnologia foi aceita em todos os países europeus. O método permite a investigação de crimes que, sem o uso do DNA, não poderiam ser investigados e resolvidos. Outrossim, o uso de tal tecnologia torna a persecução penal mais racional e inteligente, contribuindo significativamente para o aumento na taxa de elucidação e resolução dos crimes ocorridos.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Trad. Virgílio A. Da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

CARNELUTTI, Francesco. Verità, dubbio, certezza. Rivista di Diritto Processuale. Padova, **CEDAM**, v. XX, p. 4-9, 1965.

BRASIL. **Atlas da violência**. Organizadores: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública. Brasília: Rio de Janeiro: São Paulo: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada; Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2019d.

_____. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 1988.

BRASIL. Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984. Lei de Execução Penal. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 13/7/1984, Página 10227. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7210-11-julho-1984-356938-norma-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

_____. Lei nº 12.654, de 28 de maio de 2012. Altera as Leis nºs 12.037, de 1º de outubro de 2009, e 7.210, de 11 de julho de 1984 - Lei de Execução Penal, para prever a coleta de perfil genético como forma de identificação criminal, e dá outras providências. **Diário Oficial da União** - Seção 1 - 29/5/2012, Página 1. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/2012/lei-12654-28-maio-2012-613096-norma-pl.html>. Acesso em: 28 set 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública Governo Federal. **Banco Nacional de Perfis Genéticos: uma ferramenta eficiente para elucidação de crimes**. 2019c. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1556212211.45>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. Ministério da Justiça e Segurança Pública Governo Federal. **Projeto de Lei Anticrime pretende ampliar coleta de DNA, digitais e registros balísticos**. 2019d. Disponível em: <https://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-1551202134.86>. Acesso em: 24 set. 2020.

_____. **Reincidência Criminal no Brasil. Relatório de Pesquisa**. Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, 2015.

_____. **X Relatório da Rede Integrada de Bancos de Perfis Genéticos (RIBPG) Dados estatísticos e resultados - Dez/2018 a Mai/2019**. Brasília, 2019a.

_____. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **STF vai analisar constitucionalidade de banco de dados com material genético de condenados**, 2016. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=319797>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

_____. **Advogado diz que Estado tem o dever de usar tecnologia para proteger a sociedade**, 2017a. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344426&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

_____. **Diretor do Instituto de Tecnologia e Sociedade do RJ alerta sobre riscos no uso de material genético**, 2017b. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344714&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

_____. **DNA também é usado para evitar condenação de inocentes, diz perito do INC**, 2017c. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344426&tip=UN>>. Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

_____. **Juíza afirma que intimidade genética do indivíduo se mantém preservada com banco de dados de DNA**, 2017d. Disponível em:

<<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>. Acesso em: 22 de maio, 2020.

_____. **Para promotor, indivíduo precisa ter ciência de que seu DNA pode ser utilizado como prova**, 2017e. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>. Acesso em: 22 de maio, 2020.

_____. **Perita aponta importância do DNA para Plano Nacional de Segurança Pública,** 2017f. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>.
Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

_____. **Representante da Anadep faz críticas à lei que permite coleta de DNA de condenados,** 2017g. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344716&tip=UN>>.
Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

_____. **Expositores da Clínica de Direitos Humanos da UFPR questionam coleta de material genético,** 2017h. Disponível em: <
<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=344667&tip=UN>>.
Acesso em: Acesso em: 28 set 2020.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução e notas: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

JACQUES, Guilherme Silveira; MINERVINO, Aline Costa. **Aspectos éticos e legais dos bancos de dados de perfis genéticos.** Perícia Federal, Brasília, ano 9, n. 26, p. 17-20, jun. 2007/mar. 2008. Disponível em:

<<http://www.apcf.org.br/Portals/0/revistaAPCF/26.pdf>> Acesso em: 13 jul. 2017.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Código de Processo Penal Comentado.** Salvador: Juspodivm, 2016.

FERRAJOLI, L. 1997. **Giurisdizione e democrazia.** Democrazia e diritto, 1:284-304.

G1- Rio Grande do Sul. **Pela 1ª vez, Justiça refaz julgamento de preso com base em banco de DNA, 2015.** Disponível em: < <http://g1.globo.com/rs/rio-grande-do-sul/noticia/2015/09/pela-1-vez-justica-refaz-julgamento-de-preso-com-base-em-banco-de-dna.html> >. Acesso em: 28 set 2020.


LOPES JUNIOR, Aury. **Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade criminal – 5. ed. Ver., atual. e ampl.** Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

_____. **Lei 12654/2012: é o fim do direito de não produzir provas contra si mesmo (Nemo tenetur se detegere)?** Boletim IBCCRIM, ano 20, n. 236, Julho/2012.

MASSON, Nathalia. **Manual de direito constitucional – 4. Ed. rev. ampl. atual. – Salvador: JusPODIVM, 2016.**

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de processo e execução penal.** 11. Ed. Rev., atual e ampl. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2014.



QUEIJO, Maria Elizabeth. **O direito de não produzir provas contra si mesmo: o princípio *nemo tenetur se detegere* e suas decorrências ao processo penal** – 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHIOCCHET, Taysa et al. Banco de perfis genéticos para fins de persecução criminal. **Série Pensando o Direito**, vol. 43. Brasília: Ministério da Justiça, 2012, p. 45.

TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 8. Ed. Salvador: Ed. Juspodivm, 2013.

CAPÍTULO 13

TEOLOGIAS PROGRESSISTAS: UMA ALTERNATIVA PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS NA PERSPECTIVA INTERCULTURAL

João Francisco Cocaro Ribeiro, Graduando em Direito, URI; Graduando em Teologia, EST

RESUMO

Esta pesquisa refere-se à temática da possibilidade de as Teologias Progressistas ou Teologias da Libertação representar um meio de concretização para os Direitos Humanos. Tendo em vista que as Teologias Tradicionalistas possuem aspectos hegemônicos e que, em muitos casos, contrariam as disposições da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, questiona-se acerca da possibilidade da existência de outras correntes teológicas atuarem no sentido contrário, ou seja, em apoio à concretização dos Direitos Humanos.

Palavras-chave: Teologias Progressistas. Direitos Humanos. Concretização. Multiculturalismo.

INTRODUÇÃO

O objetivo geral desta pesquisa consiste em identificar as Teologias Progressistas como alternativa para a concretização dos Direitos Humanos no contexto intercultural. Para tanto, em primeiro momento analisa-se a formação histórica dos Direitos Humanos em âmbito ocidental, ressaltando suas características coloniais e suas consequências na formação das sociedades dos países ditos subdesenvolvidos, conforme destaca Boaventura de Sousa Santos. Em segundo momento, faz-se um estudo da corrente da Teologia Progressista na América Latina, compreendendo sua formação, conteúdo, abrangência e influência nos movimentos sociais de reivindicação de direitos. E, em terceiro momento, relacionam-se as Teologias Progressistas como formas alternativas de luta pela concretização de Direitos Humanos, principalmente em defesa das camadas vulneráveis da sociedade.

Foram utilizados como base para a realização desta pesquisa os estudos do jurista português Boaventura de Sousa Santos. A pesquisa utiliza o método de procedimento hipotético-dedutivo, o método de abordagem hermenêutico e histórico, com pesquisa bibliográfica não-experimental, analisando fontes indiretas, históricas, estatísticas, teóricas e hermenêuticas, com a finalidade inter-relacionar análise e interpretação de textos.

ASPECTOS COLONIAIS E TEOLÓGICOS DA FORMAÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS HUMANOS

Contemporaneamente, são reconhecidas como Direitos Humanos aquelas garantias básicas que se encontram declaradas nos trinta artigos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. O diploma contempla o direito à vida, à integridade e dignidade humana, direitos de liberdade, direitos políticos e direitos sociais. Trata-se de um compilado de disposições gerais e abstratas, sendo que, cada país signatário da Declaração deve promover políticas instrumentais em âmbito da legislação nacional para concretizar no plano fático estes direitos (BEDIN, 2003).

Apesar de estes direitos serem declarados no ano de 1948, eles surgem de uma trajetória histórica ampla e com diversas influências. Segundo Bedin (2003), os principais documentos legais que antecedem a declaração são: Declaração da Virgínia, em 1776, e a Declaração dos Direitos do Homem e dos Cidadãos, de 1789. Entretanto, existem também antecedentes políticos, ideológicos, culturais e econômicos que incentivaram as manifestações jurídicas sobre os Direitos Humanos. Utiliza-se, nesta pesquisa, o enfoque na questão dos aspectos religiosos atuaram como antecedentes ideológicos da formação histórica dos Direitos Humanos.

Em primeira análise, deve-se ter presente que a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi constituída perante a Organização das Nações Unidas (ONU), através da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 1948. A organização foi criada após a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945) com a finalidade de conseguir a cooperação internacional para promover a solução dos problemas de ordem econômica, social, cultural ou humanitária através do respeito pelos Direitos Humanos. (RIBEIRO, 2003). Apesar de esta iniciativa representar uma grande conquista internacional para a busca da concretização da paz mundial, é necessário compreender que o documento firmado na Assembleia Geral da ONU de 1948 não foi constituído com a participação de todos os países do globo terrestre. Este fator induz pensar que as ideias fundadoras da Declaração Universal dos Direitos Humanos partiram apenas de um polo de racionalidade centrada com a pretensão de universalidade. Isto significa que os sentidos e significados de conceitos bases como integridade, dignidade e liberdade contidos na Declaração são definidos por apenas uma ideologia, ou uma visão de mundo. São, portanto, logocêntricos, ou seja, conceitos formados a partir de apenas um polo de compreensão que não permitem interpretações distintas de sua significação.

Boaventura de Sousa Santos explica esta visão logocêntrica dos Direitos Humanos, dispondo que:


Gradualmente, o discurso dominante dos direitos humanos passou a ser o da dignidade humana consoante com as políticas liberais, com o desenvolvimento capitalista e suas diferentes metamorfoses (...) e com o colonialismo igualmente metamorfoseado (...). (2014, p. 21).

Isso significa que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, em sua formação histórica, não reconhece concepções de dignidade humana diferentes de suas diretrizes. Isto causa instabilidade política entre os países signatários e não-signatários da Declaração, pois existem diferenças substanciais em suas culturas, economia e sistema político que tornam a aplicação homogênea dos Direitos Humanos uma impossibilidade. Ainda, existe a problemática que envolve a aplicação vertical dos Direitos Humanos, podendo esta ser considerada um mecanismo de dominação entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos.

Para Bragatto (2014), em consonância com Boaventura, a fundamentação básica das diretrizes dos Direitos Humanos é o pensamento liberal das lutas envolvendo a política europeia na era Moderna. Esta linha de pensamento privilegia o papel do indivíduo perante o Estado ou à coletividade, ensejando a centralidade dos direitos de liberdade e igualdade formal, privilegiando o exercício do livre-arbítrio e da racionalidade. Apenas nesta verificação encontra-se o fundamento autoritário para desmitificar a lógica colonial eurocentrista por detrás dos Direitos Humanos. Este fundamento reside no fato de basear uma declaração universal na luta liberal europeia, evidenciando uma pretensão ainda colonizatória. Utilizando dos binômios certo e errado, pode-se interpretar da seguinte forma: os fundamentos europeus são *verdadeiros* e *certos*, portanto devem ser aplicados à todos, indistintamente, em nome da paz mundial. Logo, os fundamentos não-eurocêtricos são *falsos* e *errados* e devem ser dispensados na efetivação dos Direitos Humanos. Nas palavras de Bragatto:

os direitos humanos são considerados um projeto moral, jurídico e político criado na Modernidade Ocidental e que, depois de ter sido suficientemente desenvolvido e amadurecido, foi exportado ou transplantado para o resto do mundo. Como consequência, as origens dos direitos humanos têm pouco ou nada haver com a história e a racionalidade dos povos não orientais. (2014, p. 205).

A inconsistência do eurocentrismo dos Direitos Humanos pode ser vislumbrada, por exemplo, nos casos de genocídio e epistemicídio de povos originários, como os indígenas. Por mais que a Declaração Universal dos Direitos Humanos proteja a vida e a liberdade dos indivíduos, ela não despense tal proteção aos povos considerados “primitivos”, que não reconhecem conceitos de soberania estatal ou nacionalidade e, portanto, são apátridas.




Também não protege os conhecimentos não-epistêmicos, ou seja, os conhecimentos tradicionais dos povos a construídos a partir de suas racionalidades próprias. (SANTOS, 2014). Notadamente, os povos que sofrem tais supressões pertencem a países da América Latina, África, Oriente Médio e Ásia. Segundo o autor:

O fato de as outras gramáticas e linguagens de emancipação social terem sido derrotadas pelos direitos humanos só poderá ser considerado inerentemente positivo se se mostrar que os direitos humanos têm um mérito, enquanto linguagem de emancipação humana, que não se deduz apenas do fato de terem saído vencedores. Até que tal seja mostrado, o triunfo dos direitos humanos pode ser considerado, para uns, um progresso, uma vitória histórica, e, para outros, um retrocesso, uma derrota histórica. (SANTOS, 2014, p.19).

Em uma nova abordagem, pode-se pensar também este caráter logocentrista-eurocêntrico dos Direitos Humanos como uma contribuição teológica cristã. Segundo Bedin e Tossi (2018), os próprios Direitos Humanos compreendem manifestações secularizadas dos princípios cristãos. Isto significa pensar que os testamentos hebraicos-cristãos protegem os mesmos valores que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, como por exemplo, a vida, a igualdade formal e a dignidade das pessoas humanas. Esta é uma característica positiva do cristianismo, como ideologia doutrinária de fé, que prega princípios de coexistência pacífica e de amor ao próximo.


Por outro lado, o cristianismo pressupõe a mesma lógica logocentrista por detrás da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Neste sentido, Gianni Vattimo (1998) dirá que os livros que compõem o Primeiro Testamento cristão fazem apologia a uma divindade absolutista e autoritária, cuja palavra é dita e não pode ser contestada. Pela perspectiva mitológica de Girard (2010), o Primeiro Testamento contém uma linguagem literária que revela uma lógica de pensamento metafísica logocêntrica a partir da figura de um Deus violento e absoluto. O Segundo Testamento, por sua vez, através do mito de Jesus Cristo é a revelação da estrutura de poder e dominação do Deus da violência e todos os males advindos de sua concepção. Assim, o Segundo Testamento é a desmistificação do autoritarismo e do logocentrismo, deixando margem para o surgimento de ideologias baseadas no respeito ao pluralismo. Tradicionalmente, a consolidação do cristianismo enquanto religião firmou-se sob os ensinamentos seculares de Jesus Cristo (Segundo Testamento), e, paradoxalmente, adotou um sistema burocrático e hierárquico composto por Igrejas que se orientaram historicamente pelos fundamentos autoritários do Primeiro Testamento.



Se a doutrina cristã foi, e ainda é uma das religiões mais influentes na Europa, cabe deduzir que a lógica de compreensão do mundo perpassou para além da seara religiosa, influenciando pensadores políticos, filosóficos e sociais. Esta constatação é derivada da teoria dos sistemas sociais, de Niklas Luhmann. Santos (2014) explica a teoria de Luhmann, identificando a sociedade como um ambiente formado por polos, micropolos e megapolos de interações humanas caracterizadas por um fim em comum. Estes polos são denominados sistemas sociais. Podem ser caracterizados como sistemas sociais a Religião, o Direito, o mercado de trabalho, a política, os núcleos familiares, etc. Nestes sistemas predominam relações humanas determinadas pela sua finalidade. Por exemplo, o sistema do Direito compreende relações jurídicas, caracterizada pelos códigos normativos, pelos sistemas de julgamento e punição. O sistema da Religião compreende o costume e a tradição, caracterizado principalmente pela fé e pela presença de uma divindade. Entretanto, os sistemas sociais não se encontram fechados em si mesmos. Eles admitem interações com os demais sistemas, fruto do complexo e intrincado sistema de comunicação humano. Isto significa que os sistemas interagem entre si em uma relação de complementação, coexistência e codependência. A este fenômeno Luhmann denomina *acoplamento sistêmico*.

Exemplificativamente, tomando como base os sistemas do Direito e da Religião, percebe-se muitas interações de acoplamento sistêmico. Inicialmente, se recorrer aos indícios históricos, percebe-se que a Religião e o Direito compunham um único sistema de regramento e integração social. No Ocidente, apenas a partir das ideias do Tratado da Tolerância de Voltaire (1763) que teve início o processo de separação entre os Estados Nacionais Absolutistas e o poder eclesiástico da Igreja Católica Romana e, conseqüentemente houve a separação dos sistemas do Direito (lei da autoridade do Estado) e da Religião (lei da autoridade divina). Entretanto, é possível deduzir que os sistemas continuam acoplados entre si, mantendo interações e influências. Isto é evidente quanto justificativas de ordem religiosa são utilizadas em tribunais ou em projetos de lei, ou ainda quando há colisão de algum direito fundamental com o direito fundamental à liberdade religiosa.


Assim sendo, da perspectiva sistêmica, é possível estabelecer relações entre Direito e Religião. No que diz respeito aos Direitos Humanos é cabível pensar que valores como igualdade e respeito à vida são protegidos pela Religião Cristã através das revelações do Segundo Testamento. Da mesma forma, é possível identificar que a estrutura mental por detrás de toda a narrativa dos Direitos Humanos e da Religião Cristã Tradicional é metafísica-



logocentrista. Não é possível precisar se esta estrutura de pensamento perpassou para a formação histórica dos Direitos Humanos apenas por uma influência religiosa. Porém, não se pode descartar a ideia de que a Religião Cristã, dominante da Europa no período da firmação da Declaração Universal dos Direitos Humanos era muito influente e que foi uma das religiões que poucas vezes teve seus dogmas contestados em benefício da concretização dos Direitos Humanos declarados. Nesta pesquisa, compreende-se que a religiosidade é uma interface social importante para os Direitos Humanos, pois atua como um meio popular de disseminação de ideias, que podem ser tanto metafísicas e violentas, quanto interculturais e pacifistas. Para Boaventura de Sousa Santos a Religião é tão crucial para que os Direitos Humanos não atuem como mecanismos de dominação que ele teoriza acerca do ativismo das Teologias Progressistas como instrumento de concretização destes direitos em uma perspectiva intercultural.

Teologias Progressistas como alternativa para a concretização dos Direitos Humanos na perspectiva intercultural de Boaventura de Sousa Santos

Para que os Direitos Humanos não representem apenas uma declaração escrita e, ao mesmo tempo, não atuem como instrumento de dominação e propagação de desigualdades, Boaventura de Sousa Santos (2014) entende que sua base principiológica é essencial à sobrevivência pacífica da humanidade, entretanto, deve ser aplicada a todos os países do globo terrestre respeitando suas especificidades culturais. Esta é uma missão difícil de ser realizada, pois o rol dos Direitos Humanos é pré-definido por uma lógica de pensamento logocêntrica, o que dificulta tanto a concretização quanto o reconhecimento de outros Direitos Humanos relacionados à realidades culturais distintas da Europa do século XX. Levando em consideração as constantes tensões entre Direitos Humanos e Religiões orientais e latino-americanas, identifica-se um fator interessante: as religiões alcançam a população antes que os Direitos Humanos. Isto porque os vínculos sociais comunitários são mantidos principalmente pela tradição advinda da religiosidade se em comparação com a ordem da lei do Estado. Da mesma forma, parcelas sociais que não possuem acesso aos direitos básicos, normalmente encontram apoio em uma entidade religiosa. Em suas palavras, a Religião pode ter uma dupla função: “para o mal, porque funcionou como um elemento essencial na legitimação da ordem colonial; para o bem, porque foi sempre uma fonte de inspiração para os grupos sociais e movimentos que lutaram contra a injustiça e a opressão ao longo da história.” (SANTOS, 2014, p. 51).



Santos (2014) percebe que a concretização logocêntrica dos Direitos Humanos muitas vezes é justificada pela ordem religiosa. As religiões que apoiam esta perspectiva ele denomina Teologias Tradicionalistas. Por outro lado, existem Religiões envolvidas com o ativismo social para o reconhecimento de direitos à povos até então marginalizados e cuja os Direitos Humanos apenas são revelados com interesses de controle social e domesticação. A estas religiões, Boaventura denomina Teologias Progressistas.

De acordo com o autor,

As teologias progressistas têm estado atentas a estes dilemas, ao formular concepções historicamente concretas de dignidade humana em que Deus é o garante último da liberdade e da autonomia nas lutas entre os sujeitos, tanto individuais como coletivos, travam no sentido de se tornar sujeitos da sua própria história. (SANTOS, 2014, p. 114).

Na perspectiva progressista as teologias tendem a reformular seus discursos para promover a emancipação e o reconhecimento dos sujeitos considerados diferentes. Fomentam, assim, a diversidade. De acordo com Musskopf (2019), as Teologias Progressistas estão essencialmente conectadas com movimentos sociais e com a experiência dos oprimidos. É um novo pensar teológico que surge em pequenas comunidades marginalizadas e ganha força no combate à hegemonia cultural, política e social. Em análise, por exemplo, ao surgimento das Teologias Gay/Queer, o autor revela que através da fala de matriz religiosa é possível promover o reconhecimento dos indivíduos não-heterossexuais, de forma a conscientizá-los acerca de seu caráter humano e da importância de terem seus direitos respeitados e de integrarem a sociedade de forma ativa, e não apenas como espectadores deixados de lado das decisões. Esta análise também se aplica às Teologias Feministas e às Teologias Negras, cada qual atuando como tradição oral emancipadora destas minorias em situação de vulnerabilidade.

A partir de narrativas libertárias, os interesses sociais voltam-se para a proteção dos vulneráveis e, conseqüentemente, surgem leis para garantir que o Estado tenha a força coercitiva necessária para promover o amparo destas pessoas. Desta forma, é possível vincular o pensamento teológico progressista com a contemplação da diversidade como um interesse positivo para a manutenção do convívio em sociedade e, posteriormente, um incentivo a positivar direitos da diferença nos ordenamentos jurídicos, pois

As teologias progressistas têm estado atentas a estes dilemas, ao formular concepções historicamente concretas de dignidade humana em que Deus é o garante último da liberdade e da autonomia nas lutas entre os sujeitos, tanto individuais

como coletivos, travam no sentido de se tornar sujeitos da sua própria história.(SANTOS, 2014, p. 114).

Recorrendo-se ao pensamento do filósofo e teológico Gianni Vattimo (1998), este movimento das Teologias Progressistas em prol da emancipação dos oprimidos e da valorização das diversidades é uma herança cristã. As escrituras bíblicas, neste sentido, foram de singular importância, pois, através do mito de Jesus Cristo e de sua relação com os homens e mulheres marginalizados da tribo de Israel, indica o enfraquecimento das concepções fortes e violentas de Deus. Isso possibilitou a reconfiguração do divino com base no amor, na caridade e na paz, valores estes que foram introjetados no seio social e, gradualmente, seguindo eras de avanços e retrocessos, acabaram incluídos nos ordenamentos jurídicos dos países com maior influência desta corrente religiosa. Para o autor, o objetivo das escrituras hebraicas é a promoção do enfraquecimento do pensamento hegemônico para a construção do pensamento plural, multi e intercultural e isto incentiva o pensar em novas possibilidades para os Direitos Humanos. Os estudos de Santos apoiam esta concepção, pois compreende que

Deus está envolvido na história dos povos oprimidos e nas suas lutas de libertação. No caso das teologias cristãs, a história de Jesus mostra como Deus se torna pobre e desprovido de poder para que os oprimidos possam libertar a si próprios da pobreza e da impotência. A ressurreição de Jesus é apenas uma metáfora para a liberdade de lutar contra a opressão. (SANTOS, 2014, p. 115).

Neste sentido, compreende-se as Teologias Progressistas vinculadas à lutas sociais por práticas políticas inclusivas e de reconhecimento, integração e proteção das minorias marginalizadas pelo pensamento logocentrismo. Tem-se, assim, um importante instrumento de luta popular contra o pensamento colonizador ainda incrustado em muitas searas das relações nacionais e internacionais.

CONCLUSÃO

As Teologias Progressistas geram mudanças sociais que refletem no Direito também na medida em que as classes subalternizadas se mobilizam em prol de reivindicações comuns por seus direitos. Este fator indica, além da influência da Religião no Direito, e que o pensamento teológico progressista reconhece a diversidade como valor a ser protegido na sociedade humana.

As teologias progressistas podem ser consideradas não apenas um contraponto às religiões tradicionais, mas também à própria lógica de pensamento logocêntrica. Isto significa que se trata de uma nova postura política, cultural e filosófica que tende a criar ideais de

integração entre as comunidades humanas de cultura diferentes, de forma a haver a troca de saberes e a consequente reinterpretações de conceitos até então dominados pelo pensamento ocidental. É o caso, por exemplo, do significado e abrangência de conceitos como Direitos Humanos e dignidade humana.

Se muitos problemas surgem de uma postura metafísica frente ao reconhecimento de direitos ou aplicação de direitos em culturas diferentes, as Teologias Progressistas podem atuar como elo de comunicação intercultural que possibilita a mescla de saberes e, conseqüentemente, a criação de novas posturas políticas e filosóficas, mais inclusivas e que apresentem uma solução efetiva a problemas de ordem cultural. Neste sentido, a maior contribuição das Teologias Progressistas para a concretização dos Direitos Humanos não é apenas a conscientização popular, mas também a promoção do diálogo intercultural.

REFERÊNCIAS

BEDIN, Gilmar Antonio, TOSSI, Giuseppe. Direitos Humanos: uma conquista civilizatória. In: **Revista Direitos Humanos e Democracia**. Ijuí: Unijuí, 2018. P. 297-301.

BEDIN, Gilmar Antonio. Direitos Humanos e Desenvolvimento: algumas reflexões sobre a constituição do direito ao desenvolvimento. In: **Desenvolvimento em questão**. Ijuí: Unijuí, 2003. Pg. 123-149.

BRAGATTO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos Direitos Humanos: contribuições da descolonialidade. In: **Revista Novos Estudos Jurídicos**. Santa Catarina: UNIVALI, 2014. Pg. 201-230.

GIRARD, René; VATTIMO, Gianni. **Cristianismo e Relativismo: verdade ou fé frágil?** Aparecida: Editora Santuário, 2010.

MUSSKOPF, André. Teologias Gay/Queer. In: JURKEWICZ, Regina Soares. **Teologias fora do armário**. São Paulo: Max editora, 2019. Pgs. 114-146.

RIBEIRO, Gustavo Lins. **Cultura, direitos humanos e poder: mais além do império e dos humanos direitos: por um universalismo heteroglóssico**. Série Antropologia, Brasília, v. 340, p.1-16, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Se Deus fosse um ativista dos direitos humanos**. São Paulo: Cortez, 2014.

VATTIMO, Gianni. **Acreditar em Acreditar**. Lisboa: Relógio D'Água Editores, 1998.

CAPÍTULO 14

O JULGAMENTO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, ARTIGO 283 DO CPP SEGUNDO A VISÃO DE HART

Leonardo Marques Macedo da Rocha, Graduando em Direito, CESUPA

Matheus de Freitas Fanjas, Graduando em Direito, CESUPA

Klelton Mamed de Farias, Mestre em Direito pela Universidade Federal do Pará, UFPA

Resumo


Com o advento do **art. 5º, LVII da Constituição Federal de 1988**, consagra-se o princípio da Presunção de Inocência enquanto direito constitucional individual. Contudo, **de 1988 a 2009, os Tribunais promoviam a flexibilização da garantia em comento, a depender do caso concreto**. O entendimento do STF firmou-se, **impedindo a prisão após o julgamento de 2º grau, em 2009**. Já, em 2016, a mesma corte declarou a possibilidade de prisão após a decisão de 2º grau. A decisão inflamou o polêmico tema e motivou declarações das principais instituições jurídicas brasileiras. Em novembro de 2019, por maioria de votos, o STF declarou a constitucionalidade do dispositivo do Código de Processo Penal que declara que ninguém pode ser preso antes do trânsito em julgado, firmando entendimento de que a condenação em segunda instância não pode, por si só, servir de fundamento para o início da execução provisória. Nesse viés, o presente trabalho visa promover uma análise do caso mencionado diante da teoria da textura aberta defendida pelo filósofo Herbert L.A. Hart, realizando abordagem à conduta de julgadores diante de casos difíceis e a possibilidade do exercício de seu poder discricionário para criar o direito no caso concreto e, especificamente a possibilidade de flexibilização do Princípio da Presunção da Inocência para a execução de penas antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Palavras-chave: Julgamento STF. presunção de inocência. trânsito em Julgado. prisão em segunda instância. prisão provisória.

INTRODUÇÃO

Após mais de três décadas da promulgação da Constituição Federal de 1988, cumpre avaliar os efeitos das mudanças da Carta Magna do Brasil no que tange ao tema do princípio da presunção de inocência, estabelecido como direito fundamental do cidadão brasileiro, e, portanto, cláusula pétrea constitucional.

O julgamento da prisão em segunda instância que aconteceu na Suprema Corte no Brasil, em novembro de 2019, definiu que ninguém será considerado culpado até o trânsito



em julgado de sentença penal condenatória. Nesse período, houve embate jurídico que dividiu o país, porque, dependendo do conteúdo da decisão do STF, poderia servir de fundamento para a concessão de *habeas corpus* em favor do ex-presidente Luiz Inácio Lula da Silva, então preso há 580 dias, mas não vamos nos concentrar na análise deste artigo conforme viés político desse julgamento. A decisão acima referida, no início deste parágrafo, modificou o entendimento jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal em relação ao instituto da execução provisória da pena privativa de liberdade, cuja última decisão a respeito do tema foi em fevereiro de 2016, ocasião em que muitos foram os argumentos lançados pela maioria dos ministros favoráveis à flexibilização da interpretação do conteúdo do princípio da presunção de inocência, insculpido na Carta Magna de 1988 no art. 5º, LVII. Após um longo período de diversos debates calorosos no meio jurídico, na sessão de julgamento do dia 10 de abril de 2019, surgiu a oportunidade de serem julgadas as Ações Declaratórias de Constitucionalidade 43 e 44, apresentadas no mês de maio de 2016, além da ADC 54, distribuída em dezembro de 2018. Pode-se dizer que esse julgamento veio restabelecer o que o legislador de 1988 procurou defender na nossa Carta Magna. Somente poderá ser preso aquele que tiver contra si uma sentença penal condenatória definitiva, salvo a hipótese de prisão cautelar. No rito do Processo Penal, aquele indivíduo que o Estado considera *atentatório à ordem pública*, poderá ser recolhido mediante decisão fundamentada, então isso não muda! Era um desatino a facilidade com que se executavam decisões penais, provisoriamente, sendo que um grande percentual dessas poderiam ser revistas pelo Tribunal Superior. Diminui-se, assim, o número de pessoas indevidamente presas, por decisões indevidas.

O presente trabalho parte da seguinte problemática de pesquisa: Há a possibilidade de flexibilização do Princípio da Presunção de inocência para execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença condenatória e a possibilidade de interpretação do julgamento do referido princípio pelo Juiz Hart?

A partir desta concepção, irá se analisar o julgamento do STF e expor de maneira crítica a normatização da garantia constitucional da presunção de inocência para discorrer a respeito das fases do julgamento da presunção de inocência da Suprema corte do Brasil, conceituar a presunção de inocência no âmbito da constituição federal de 1988 e no Código de processo penal, mencionar a corrente filosófica sobre a concepção do Direito segundo o autor inglês Herbert L.A. Hart que trata de Textura Aberta, apontar as hipóteses em que se faz

presente a necessidade de que juízes e outras autoridades exerçam poder discricionário, demonstrar a visão do Juiz Hartiano no julgamento da presunção de inocência do STF.

Justifica-se a pesquisa em razão da existência da garantia constitucional da presunção de inocência como *clausula pétrea*, ao passo que, sua alteração, causara efeitos na essência dos direitos e garantias fundamentais. Destaca-se a possibilidade de exposição do julgamento da prisão em segunda instância pelo Juiz Hart.

FASE HISTÓRICA DO JULGAMENTO NO STF

Para se entender melhor o que ocorreu no julgamento de 2019, vale voltar ao julgamento de 2016, em que maioria do Pleno do STF, negou o Habeas Corpus (HC) 126292. O Plenário do STF entendeu que a possibilidade de início da execução da pena condenatória após a confirmação da sentença em segundo grau não ofendia o princípio constitucional da presunção da inocência. O relator do caso, Ministro Teori Zavascki, defendeu que a manutenção da sentença penal pela segunda instância encerrava a análise dos fatos e das provas que assentavam a culpa do condenado, autorizando, pois, o início da execução provisória da pena.

A decisão indicou mudança no entendimento da Suprema Corte, que desde 2009, quando julgou o HC 84078, vinha condicionando a execução da pena ao trânsito em julgado da condenação, mas ressalvava a possibilidade de prisão preventiva. O Superior Tribunal Federal, naquele ano de 2009, entendia que a presunção da inocência não impedia a execução de pena confirmada em segunda instância. O *habeas corpus* foi impetrado contra decisão do Superior Tribunal de Justiça (STJ) que havia indeferido o pedido de liminar em HC lá apresentado. A defesa buscava afastar mandado de prisão expedido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJ-SP).

O caso envolvia um ajudante-geral condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão pelo crime de roubo qualificado. Depois da condenação em primeiro grau, a defesa recorreu ao TJ-SP, que negou provimento ao recurso e determinou a expedição do mandado de prisão. O advogado do Réu entendeu que a determinação da expedição de mandado de prisão sem o trânsito em julgado da decisão condenatória representaria afronta à jurisprudência do STF e ao princípio da presunção da inocência (artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal). (BRASIL, 1988).


O ex-ministro Teori Zavascki, relator do processo à época, ressaltou em seu voto que, até que seja prolatada a sentença penal, confirmada em segundo grau, deve-se presumir a inocência do réu. Porém, após esse momento, exaure-se o princípio da não culpabilidade, até porque os recursos cabíveis da decisão de segundo grau, ao STJ ou STF, não se prestam a discutir fatos e provas, mas apenas matéria de direito. Com esse argumento, o ex-ministro relator do processo, votou pelo indeferimento do pleito, acompanhado pelos ministros Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Luiz Fux, Dias Toffoli, Cármen Lúcia e Gilmar Mendes.

Passados quase 10 anos, foram ajuizadas 3 (três) ações, respectivamente, pelos Partido Ecológico Nacional - PEN (atual Patriota), pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) e pelo Partido Comunista do Brasil (PCdoB) pedindo que o STF condicionasse o início do cumprimento da pena ao esgotamento de todas as possibilidades de recurso (trânsito em julgado da sentença penal condenatória). A Suprema Corte do Brasil julgou, no dia 17 de novembro de 2019, o mérito das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43, 44 e 54. Sendo relator, nessas ADCs, o Ministro Marco Aurélio.

O tema de fundo das ações consistia no chamado princípio da presunção de inocência. De acordo com o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, destacado nas ações, ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’.

O partido Patriota, na ADC 43, sustentou que a jurisprudência de 2016 era incompatível com a norma do CPP e que, para admitir que a condenação fosse objeto de execução provisória, o Plenário teria de ter declarado a inconstitucionalidade do dispositivo, o que não ocorreu. No mesmo sentido, a OAB sustentou na ADC 44 que, apesar de a decisão no HC 126292 não ter efeito vinculante, os tribunais de todo o país passaram a seguir esse posicionamento sem que o STF tivesse se pronunciado sobre a constitucionalidade do artigo 283 do CPP.

Vale ressaltar que as medidas cautelares pedidas pelo Patriota e pela OAB nas ADCs 43 e 44 pretendiam a suspensão das execuções provisórias de penas de prisão e a libertação das pessoas presas antes do trânsito em julgado da condenação. A liminar, nesse julgamento, foi indeferida pela maioria, em outubro de 2016. Ficou vencida a corrente do relator, Ministro Marco Aurélio, favorável à concessão das cautelares.




Após a leitura do relatório (resumo do caso) pelo relator Ministro Marco Aurélio, a dinâmica do julgamento das três ações no dia 17 previu a manifestação dos representantes das partes processuais, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União. Houve sustentações de entidades interessadas (*amici curiae*) admitidas pelo relator: Defensorias Públicas dos Estados do Rio de Janeiro e de São Paulo, Instituto de Defesa do Direito de Defesa, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), Defensoria Pública da União (DPU), Instituto Ibero Americano de Direito Público (IADP), Instituto dos Advogados de São Paulo (Iasp), Associação dos Advogados de São Paulo, Associação Brasileira dos Advogados Criminalistas (Abracrim), Instituto de Garantias Penais (IGP), Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB) e Conectas Direitos Humanos.

Em seguida, foram colhidos os votos, a começar pelo voto do relator. A ordem de votação seguiu do ministro mais recente da Corte (Ministro Alexandre de Moraes) ao mais antigo (Ministro Celso de Mello). O presidente do STF foi o último a proferir seu voto. O resultado da votação foi o seguinte, conforme a tabela abaixo:

Na sessão do dia 23 de outubro de 2019, o Relator Ministro Marco Aurélio votou pela constitucionalidade do dispositivo do CPP e, como consequência, pela suspensão da execução provisória de penas que tenham sido determinadas antes do trânsito em julgado, com a libertação dos que tivessem sido presos após o julgamento de apelação.

Segundo o Ministro Relator, a literalidade do inciso LVII do artigo 5º da Constituição Federal, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória’, não deixa margem a dúvidas ou a controvérsias de interpretação. A exceção à prisão após o esgotamento de recursos, ressaltou o relator, se dá em situações individualizadas, quando se concluir pela aplicação da prisão preventiva, nos termos do artigo 312 do CPP.

Para o Ministro Alexandre de Moraes, que abriu a divergência, uma decisão condenatória de segunda instância fundamentada, que tenha observado o devido processo legal, afasta o princípio constitucional da presunção de inocência e autoriza a execução da pena. O Ministro considera que o juízo natural para a análise da culpabilidade do acusado são as chamadas instâncias ordinárias (primeiro e segundo graus), às quais compete o exame dos fatos e das provas.



Para o Ministro Edson Fachin, é coerente com a Constituição Federal o início da execução da pena quando houver confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição, salvo quando for expressamente atribuído efeito suspensivo ao recurso cabível. No seu entendimento, a possibilidade não afasta a vigência plena das garantias relacionadas ao princípio constitucional da presunção de inocência. “É inviável sustentar que toda e qualquer prisão só pode ter seu cumprimento iniciado quando o último recurso da última corte constitucional tenha sido examinado”, ressaltou. (FACHIN, 2019, p. 23).

Ao acompanhar a divergência, o Ministro Luís Roberto Barroso destacou que os fundamentos contra a possibilidade de execução provisória “não resistem ao teste da realidade”. Segundo o Ministro, dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen) demonstram que o índice de encarceramento no Brasil e o percentual de prisões provisórias diminuiu após 2016, quando o STF assentou a atual jurisprudência sobre a matéria.

O Ministro ressaltou que o inciso LVII do artigo 5º da Constituição prevê que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, enquanto o dispositivo que trata da possibilidade de prisão é o inciso LXI do mesmo artigo, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito, logo Constituição brasileira não condiciona a prisão – mas, sim, a certeza jurídica acerca da culpabilidade – ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória. O pressuposto para a privação de liberdade é a ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e não sua irrecorribilidade.

O Ministro Luiz Fux começou seu voto apontando casos em que os réus, segundo ele, ainda estariam soltos se não fosse a prisão após a segunda instância. Mencionou tanto homicídios (como os casos Nardoni, Roberto Aparecido ‘Champinha’ e o assassinato de Eliza Samudio) quanto casos de corrupção (‘Anões do Orçamento’, Banestado e juiz Nicolau dos Santos Neto). (SHALDERS, 2019).

Fux argumentou de forma parecida com o voto de Luís Roberto Barroso: o direito, disse Fux, não pode existir descolado da realidade, e os juízes precisam considerar os efeitos práticos de suas decisões. Citando um antigo ministro do STF, Fux disse que o país tem uma ‘espantosa e extravagante prodigalidade (excesso) de recursos’ (SHALDERS, 2019).

A Ministra Cármen Lúcia proferiu seu voto deixando claro que mantinha seu posicionamento histórico no tema: a favor da prisão já depois da segunda instância. A Ministra manteve a mesma posição desde que o STF tratou do assunto pela primeira vez, em

2009. Para ela, os advogados de ambos os lados apresentaram bons argumentos na tribuna do Supremo, mas não chegaram a alterar seu entendimento da questão.

Segundo Cármen Lúcia, a impossibilidade da chamada execução antecipada da pena gera ‘crença da impunidade’, principalmente para os réus com mais recursos para explorar o "intrincado sistema de recursos" da Justiça brasileira. ‘Punição incerta, alimenta mais crimes, enfraquece o sistema de direito’ (SHALDERS, 2019).


Para os Ministros que votaram em sentido contrário à decretação da prisão de condenados após julgamento em segunda instância, alguns acompanharam o voto proferido pelo Relator Ministro Marco Aurélio, acrescentando outros argumentos. Por exemplo, a Ministra Rosa Weber começou falando da aprovação do trecho sobre presunção de inocência na atual Constituição Brasileira. A Assembleia Constituinte, frisou ela, optou por deixar expresso que ninguém será considerado culpado antes do trânsito em julgado.

Weber (2019) construiu um apanhado histórico acerca das decisões da Corte sobre a temática em questão. Destacou, assim, durante o exercício de sua atividade jurisdicional, primou por observar a jurisprudência daquele Tribunal, ressalvadas as hipóteses em que era verificada a necessidade de realizar a devida atualização; e, assim, o fazia em homenagem ao princípio da colegialidade e à segurança jurídica enquanto valor inerente à democracia e ao estado de direito, além do próprio conceito de Justiça.

A Ministra ratificou a escolha político-civilizatória emanada do Poder Constituinte e materializada na redação do artigo 5º, inciso LVII, da Carta Magna e, pontou que, a mudança do entendimento ali esposado afrontaria em reescrever o texto constitucional, incompatível, pois, com a própria função do Supremo Tribunal Federal, que é seu respectivo guardião.

Ricardo Lewandowski proferiu um voto incomumente rápido, apenas um pouco mais de 15 minutos. Seu voto foi similar, na essência, ao de Marco Aurélio: a Constituição e o CPP são claros, e o STF não pode transigir ao interpretá-los. Foram estas as palavras de Lewandowski (2019, p. 7):

A Constituição não é mera folha de papel, que possa ser rasgada quando contraria forças políticas do momento. Ao contrário, possui força normativa para fazer com que seus preceitos sejam cabalmente observados. Ainda que (contra) anseios momentâneos, mesmo tidos como prioritários, a exemplo do combate à corrupção, o qual o setor mais politicamente mobilizado da população hoje reclama com estridência.



O Ministro Gilmar Mendes (2019), em seu voto, disse que o ‘fator fundamental’ para a sua mudança de orientação foi a forma como os tribunais de instâncias inferiores passaram a entender a decisão do STF de 2016. O entendimento então esposado pela corte constitucional referia-se à ‘possibilidade’ de decretação de prisão em segunda instância, para fins de início do processo de execução da pena. Contudo, não se refletia em uma obrigatoriedade a ser decretada pelo julgador.

No voto, Gilmar Mendes contestou o voto da Ministra Cármen Lúcia de que a proibição da prisão antes do fim do processo favorece os mais ricos. Ele disse que defensores públicos ‘desmistificaram esse discurso’ mostrando que pessoas pobres também conseguem reverter condenações de segunda instância. (SHALDERS, 2019).

No começo de seu voto, o Ministro Celso Mello destacou que a mudança no entendimento do STF não significava o fim completo da prisão antes do trânsito em julgado. Pessoas que cometerem crimes violentos, por exemplo, continuariam sendo presas preventivamente, antes mesmo de condenadas.

"Portanto, não é correto afirmar que apenas depois do esgotamento de todas as vias recursais se admitirá o encarceramento", argumentou. O Ministro ressaltou ainda que o julgamento tratava de uma "cláusula fundamental" da Constituição, destacando, assim, que o texto constitucional traz o trânsito em julgado como requisito para o início do cumprimento da pena (MELLO, 2019, p. 38).

Por fim o Ministro Dias Toffoli, presidente da Corte e voto final, afirmou que o debate no STF dizia respeito à validade de trecho do artigo 283 do Código de Processo Penal, que prevê que a prisão só pode ocorrer após trânsito em julgado do processo, quando não couber mais recursos. Em seu voto, ele considerou o trecho válido.

Toffoli afirmou que quando a legislação penal diz que ninguém será preso antes do trânsito em julgado deixa patente a "vontade expressa do Parlamento brasileiro", mas, em ressalva, opinou que casos do tribunal do júri (que julgam crimes de sangue, contra a vida) não devem ser tratados da mesma forma. (TOFFOLI, 2019, p.10).

Em coletiva após o voto, ele afirmou defender a prisão imediata de condenados em tribunais de júri, sem esperar o trânsito em julgado, e opinou que presos considerados violentos não poderão se beneficiar dessa decisão do STF.

Vale ressaltar que essa decisão do STF, sobre a prisão logo na decisão do julgado por um juiz de primeira instância, não diz respeito a todas as pessoas com pena privativa de liberdade. A discussão diz respeito apenas aos casos em que foi determinado o início da execução provisória da pena após condenação em segunda instância. Logo ela não alcança, portanto, pessoas presas preventivamente, na forma da legislação processual penal (artigo 312 do Código de Processo Penal – CPP). (STF, 2019).


Para evitar mal entendidos a respeito desse julgamento pelo STF, vale a pena mostrar a diferença entre execução provisória da pena e prisão preventiva. Na execução provisória da pena, admitida após a segunda instância, já houve a confirmação da sentença condenatória. Nesses casos, em tese, ainda são possíveis recursos ao STJ e ao STF para tratar de questões legais ou constitucionais. A prisão preventiva, por sua vez, pode ser decretada em qualquer fase do processo, desde que preenchidos os requisitos do artigo 312 do CPP. A medida se aplica, por exemplo, a pessoas com alto grau de periculosidade ou com comprovado risco de fuga.

A PRESUNÇÃO INOCÊNCIA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL E NO CPP

A Constituição Federal de 1988 consagrou a presunção de inocência em seu art. 5º, inciso LVII, determinando que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (BARBAGALO, 2015).

Importante ressaltar para o debate que ocorre na Suprema Corte, que historicamente suas origens remetem à Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, do séc. XVIII, que, em seu art. 9º, previa: "*Tout homme étant présumé innocent jusqu'a ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur Qui ne serait nécessaire pour s'assurer de as personne, doit être sévèrement reprimée par la loi*"¹; e, posteriormente, à Declaração Universal dos Direitos Humanos, da ONU, em 1948, que diz o seguinte: "Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias necessárias para sua defesa".

Ligando-se às demais garantias constitucionais, o princípio da inocência garante um julgamento justo ao acusado pela prática de uma infração penal, conforme o espírito de um Estado Democrático de Direito.



A nossa Carta Magna apresenta, de forma positivada e clara, o princípio da presunção de inocência em seu rol de direitos e garantias constitucionais, como observado no art. 5º, inc. LVII.

Nesse mesmo contexto, o legislador pátrio, ao editar o art. 283 do Código de Processo Penal, por meio da Lei nº 12.403/2011, concretizou na esfera processual penal a garantia explícita na Carta da República de 1988 determinando que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

Bonfim (2009) leciona a respeito dos precedentes históricos do princípio da presunção de inocência, informando que tal dispositivo se positivou pela primeira vez no artigo 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 26 de agosto de 1789, inspirado na razão iluminista de intelectuais como Voltaire e Rousseau. Posteriormente foi reafirmado no artigo 26 da Declaração Americana de Direitos e Deveres, em 22 de maio de 1948, e ainda no artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, na Assembleia das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948.

O princípio da presunção de inocência reporta-se ao art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão proclamada em Paris em 26-8-1789, a qual possui origem no movimento filosófico- humanitário chamado “Iluminismo”, ou Século das Luzes, que teve à frente o Marques de Beccaria, Voltaire e Montesquieu, Rousseau. Trata-se de um movimento de ruptura com a mentalidade da época, em que, além das acusações secretas e torturas, o acusado era tido como objeto do processo e não tinha nenhuma garantia. Dizia Beccaria que a perda da liberdade já é uma pena, está só deve preceder a condenação na medida em que a necessidade faz sua exigência. (TOURINHO FILHO, 2009).

No Direito contemporâneo, a Constituição passou a ser compreendida como um sistema aberto de princípios e regras, que é permeável a valores jurídicos supra-positivos, na qual as ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais desempenham um papel central. Deve-se lembrar que o modelo jurídico tradicional fora concebido apenas para a aplicação e interpretação de regras. No entanto, modernamente, prevalece a concepção de que o sistema jurídico ideal se consubstancia em uma distribuição equilibrada de regras e

princípios, em que as regras desempenham um papel referente à segurança jurídica (BARROSO, 2010).

Segundo Antônio Magalhães Gomes Filho, 1991, (apud BARBAGALO, 2015), a presunção de inocência do acusado mereceu destaque dos clássicos. Acrescenta que, para Carrara, seria “pressuposto da ciência penal, na parte em que contempla o procedimento”. Já para Carmignani, o fato é que, “como mais frequentemente acontece que os homens se abstenham de delinquir, a lei consagra a todos os cidadãos a presunção de inocência”.


Magalhães Gomes Filho, 1994, (apud BARBAGALO, 2015) afirma que, em algumas constituições e nas declarações internacionais de direitos humanos, o princípio da presunção de inocência vem expresso em termos de “presunção”, enquanto em outras obras priorizam a referência ao *status* do acusado durante o processo penal, qual seja, o estado de inocência ou o de não culpabilidade.

Ademais, Zanoide (2010, apud BARBAGALO, 2015, p. 66) explica o porquê de o princípio da presunção de inocência ser, na realidade, um “estado de inocência”. Vejamos:

Ao não se demonstrar a culpa do imputado ao final da persecução deve ser declarado que ele ‘continua’ inocente. Já era inocente antes da persecução, permaneceu assim durante todo o seu curso e, ao final, se não condenado, é declarado que ele continua inocente (como sempre foi). É nesse ponto que se compreende por que se deve dizer que há um ‘estado de inocência’ que acompanha o cidadão desde o seu nascimento até que se declare sua culpa, após um devido processo legal, por meio de provas lícitas, incriminadoras e suficientes.

Aury Lopes Jr. afirma que podemos extrair da presunção de inocência que a formação do convencimento do juiz deve ser construída em contraditório, orientando-se o processo, portanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento, rechaçando a figura do juiz-inquisidor, munido de poderes instrutórios e investigatórios, consagrando a figura do juiz de garantias (LOPES JR., 2019).

Partindo de uma análise constitucional e do art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, Vegas Torres, 1993, (apud LOPES JR., 2019), há três principais manifestações da presunção de inocência, quais sejam, a de que é um princípio fundante, em torno do qual é constituído todo o processo penal liberal, determinando garantias para o imputado frente à atuação punitiva estatal. Posteriormente, relaciona-se ao tratamento do imputado durante o processo penal, partindo-se da ideia de que é inocente, devendo reduzir-se ao máximo as medidas que restrinjam seus direitos durante o processo (incluindo-se a fase pré-processual). Por fim, trata-se de uma regra referida ao juízo do fato



que faz a sentença penal. Essa regra incide no âmbito probatório, vinculando à exigência de que a prova completa da culpabilidade do fato é ônus da acusação, impondo-se a absolvição do imputado se a culpabilidade não ficar demonstrada.

A presunção de inocência, para Aury Lopes Jr. (2019), diz respeito a imposição de um dever de tratamento, eis que exige que o réu seja tratado como inocente, tendo uma atuação em duas dimensões, interna ao processo e exterior a ele.

Em se tratando da dimensão externa, a presunção de inocência exige uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu, diante do dever de tratá-lo como inocente. Ou seja, a presunção de inocência e as demais garantias constitucionais da imagem, dignidade e privacidade, devem ser utilizadas como limites democráticos à abusiva exploração midiática em torno do fato criminoso e do próprio processo penal (LOPES JR., 2019).

A Carta Magna de 1988, seguindo certa tendência, foi redigida de modo a reger todos os assuntos de forma minuciosa, com exceção daqueles que não obtiveram algum consenso, os quais foram remetidos para a legislação ordinária. Tematicamente, a Constituição Federal coloca, em ordem de precedência, os princípios fundamentais da República e os direitos e deveres individuais e coletivos. E pela primeira vez aparece nas constituições a presunção de inocência. Embora ainda não se mencione a expressão tradicional “presunção de inocência”, haja vista ter sido adotado a linguagem inversa, qual seja, até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ninguém será culpado. (BATISTI, 2009).

A presunção de inocência, como regra de julgamento, impõe que a absolvição seja critério pragmático de resolução da dívida judicial, por meio do *in dubio pro reo*. Trata-se da condução a uma pré-ocupação dos espaços mentais decisórios do juiz, que gera uma preocupação a este, em assim tratar o acusado até que a acusação derrube a presunção, comprovando a autoria e a materialidade do crime. (LOPES JR., 2019).

Então, percebe-se que o Direito é muito dinâmico, vem sempre evoluindo conforme as necessidades da sociedade. Todavia em um Estado Democrático de Direito, jamais podem ser deixados de lado os direitos inerentes à personalidade do homem junto a sua presunção de inocência, autor e possuidor da proteção oriunda do ordenamento jurídico, que por sua vez são a inspiração da norma jurídica.

A VISÃO DO JUIZ HARTIANO NO JULGAMENTO DO STF

A linguagem é uma das ferramentas essenciais para fins de comunicação desenvolvida pela humanidade. Entretanto, diante da infinitude de suas funções, é possível que da linguagem decorra situações de imprecisão e, nessa perspectiva, atinge também conceitos e normas jurídicas, tornando, pois, imprescindível ao operador do Direito a utilização da hermenêutica jurídica e, sobretudo, da filosofia do Direito.

Dentre as principais correntes filosóficas sobre a concepção do Direito, destaca-se a do autor inglês Herbert L.A. Hart, cuja obra enfoca o caráter moderado de sua concepção positivista acerca do Direito, isto é, a normatividade não se resume à formalidade jurídica, devendo, pois, estar inserida na própria sociedade.


Assim, o autor, em sua teoria da textura aberta do direito, tenta explicar a existência de casos difíceis, como ocorreu nesse julgamento de novembro de 2019, em que a autoridade competente deve ser um poder discricionário para criar o direito, usando a cautela da proporcionalidade do julgamento.

Sua teoria possui três aspectos: o ponto de vista descritivo; a regra de reconhecimento; textura aberta do direito e o poder discricionário do juiz.

No aspecto descritivo, o autor se compromete com a realização de uma investigação científica moralmente neutra, descomprometida com a justificação dessa ou daquela concepção de direito, o que não impede de registrar as motivações morais que levam os agentes a acatar os preceitos das regras jurídicas. (HART, 2007).

A regra de reconhecimento, traça como premissa a chancela de concepções de direito vinculadas a ideia de coação e de imposição por parte de autoridade soberana, eis que é substituída pela ideia de direito como conjunto de normas primárias e secundárias. (HART, 2007).

Regras primárias são encontradas nos aspectos de convivência social, possuem formação lenta, prescrevem regras de direito que são elementares, caracterizadas por suas formas peculiares, que serão aceitas ou não por outro grupo. Por sua vez, as regras secundárias originam-se da necessidade de correção as imperfeições e lacunas das regras primárias, as tornando precisas e aplicadas. (HART, 2007).



Ademais, as regras secundárias enquadram-se em três espécies, quais sejam, as regras de reconhecimento, que identificam as regras primárias; regras de alteração, que possibilitam a introdução de novas regras primárias; e regras de julgamento, que definem os procedimentos e os responsáveis por decidir sobre controvérsias advindas da não observação de regras primárias. (HART, 2007).

As regras de reconhecimento encontram-se ligadas à validade do direito, abstendo-se de vincular-se exclusivamente a formas procedimentais, mas também aos princípios morais e outros juízos de valor. (HART, 2007).

Segundo Hart, as regras, que contem texturas abertas, se dividem em dois momentos filosóficos, zona de foco e zona de penumbra. A zona de foco se refere aos casos fáceis que o juiz hartiano julga de maneira consciente e é sólida à luz da justiça, pois a aplicação da regra é certa e consensual. Entretanto a zona de penumbra diz respeito aos casos difíceis e com maior relevância, casos em que a aplicação da regra é incerta e controversa. Trata-se de uma situação em que verifica no ordenamento jurídico a ausência de norma clara e precisa acerca de qual decisão tomar. Nesta hipóteses, o julgador exerce poder discricionário para criar o direito ao caso concreto, dentro das limitações já traçadas, em que a ponderação dos princípios conflitantes e a busca de uma solução capaz de conciliar as posições segundo um critério de proporcionalidade deve levar em consideração o interesse social preponderante. (HART, 2007).

Este conceito, por sua vez, não tem conteúdos fixos, e sim, móveis, eis que, um caso que antes era tratado como zona de foco, pode passar à zona de penumbra, e vice-versa. Isto ocorre em razão porque o Direito possui o que Hart chama de ‘textura aberta’, que é a capacidade das regras de enquadrarem-se ou não situações jurídicas ao longo do tempo, conforme as mudanças na linguagem e na sociedade que venham a alterar seu âmbito de aplicação. (HART, 2007).

A não completude e a indeterminação do Direito, possibilitam a afirmação de Hart de que o sistema normativo possui uma textura aberta. No caso concreto, quando verificada a indeterminação de regras jurídicas, cabe aos juízes e outras autoridades competentes fazer o uso de seu poder discricionário, visando criar o direito. Destaca-se que, a textura aberta se deve a dois fatores, a indeterminação da própria linguagem natural e a impossibilidade humana de estabelecer regras específicas prévias para todas as situações possíveis. Esta

limitação advém da própria natureza da linguagem humana, que está sujeita a alterações e variações, o que se estende a linguagem jurídica. (HART, 2007).

Visto assim no julgamento da Corte Suprema do Brasil, em que foi decidido, por 6 votos a 5, que o artigo 283 do Código de Processo Penal (que declara que ninguém pode ser preso antes do fim do processo) está de acordo pleno com o texto da Constituição Federal de 1998, a saber: o inciso LVII do artigo 5º diz que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado de sentença penal condenatória. É o princípio da presunção de inocência. Isso significa que condenação em segunda instância sozinha não é mais suficiente para que se prenda alguém antes que acabem todas as possibilidades de recursos.

Então, tanto no art. 5º, inciso LVII, da CF/88 quanto no art. 283 do CPP, quanto mais acepções a palavra tem, mais difícil é determinar o significado dela, mas o que traz a dificuldade de determinar o significado da palavra é sobretudo o contexto em que ela se apresenta. O que torna a zona de foco (fácil de interpretar) ou de penumbra (difícil de interpretar) é o contexto do caso em si, ou seja, o que torna uma situação difícil de resolver são as circunstâncias do caso concreto.

Importante para hermenêutica jurídica é lembrar que o que foi decidido nesse julgamento pelo STF foi o artigo 283 do CPP — que declara que ninguém pode ser preso antes do fim do processo a não ser que haja prisão em flagrante delito ou mediante cumprimento de mandado de prisão preventiva ou temporária.

Nesse julgamento, a Corte Constitucional estava diante de uma nítida zona de penumbra, em que foi imperioso debater acerca de uma situação de fronteira entre duas opções igualmente possíveis, mas que deveriam estar harmonizadas com os ditames da Carta Magna, emanadas do poder constituinte originário.

Assim, não bastava apenas aos Ministros demonstrar a norma e o conceito dos diversos tipos de prisão existentes no ordenamento jurídico brasileiro. Mas, acima de tudo, estavam sendo chamados a buscar o melhor sentido da regra (prisão após o julgamento em segunda instância *versus* prisão após o trânsito em julgado) no interior de uma concepção ética de sociedade, isto é, objetivando torná-la válida não por mero pressuposto, mas porque aceita, realizando, então, a melhor adaptação à realidade.

Resta assim nítido, pois, que o caso em análise se enquadra na perspectiva de um julgamento difícil, segundo a teoria hartiana, eis que se tornou necessário apreciar as regras de

reconhecimento e, conseqüentemente, a validade do direito.

Nesse sentido, o STF declarou e corroborou foi que o artigo 283 do CPP está de acordo com o artigo 5º da Constituição Federal, em que diz que "ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória", ou seja, que ninguém será considerado culpado até o fim do processo, quando não há mais possibilidade de recursos.

Em Hart (1994), a validade jurídica é consequência da conformidade da regra à regra de reconhecimento. Mais: é essa conformidade que outorga à regra a condição de regra jurídica, retirando-a daquele vasto campo de meros hábitos de comportamento ou regras sociais e conferindo à conduta que ela impõe o "status" de obrigação jurídica (ou, por outro lado, de poder ou competência juridicamente reconhecidos). Assim é que "dizer que uma dada regra é válida é reconhecê-la como tendo passado por todos os testes facultados pela regra de reconhecimento e, portanto, como uma regra do sistema" (HART, 2007, p. 114).

O precedente constitui-se, por assim dizer, em exemplos dotados de autoridade. Essa comunicação de padrões de conduta através do precedente traz consigo uma grande zona de imprecisão, no tocante aos sujeitos atingidos e às condutas pretendidas. Ao contrário, aparentemente, a regra de conduta comunicada através da lei (usando formas explícitas de linguagem) seria, nas palavras de Hart, "clara, certa e segura" (HART, 2007, p. 138.).

Ainda dentro do pensamento hartiano, o que determinaria essa deficiência na comunicação dos padrões gerais de conduta seria a combinação de duas desvantagens: "[a] primeira desvantagem é a nossa relativa ignorância de fato; [b] a segunda, a nossa relativa indeterminação de finalidade" (HART, 2007, p. 141.).

Ao problema da textura aberta do Direito reconhecendo um poder discricionário aos juízes, responde Hart (2007, p. 141):

[a] textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso.

Logo, Hart interpretaria dois possíveis sentidos para regra no princípio da presunção de inocência, quando falamos do que está estabelecido nos artigos 5º da Constituição Federal, inc. LVII, e 283 do CPP, é óbvio que a prisão em segunda instância nesse contexto seria a zona de foco, tendo em vista que existiu um consenso entre os juristas constitucionalistas que é uma norma que pode ser debatida ou discutida, visto que anteriormente foi permitida tal



prisão.

Mas quando nos referimos à presunção de inocência como cláusula pétrea constitucional, que são direitos fundamentais, já estaria na zona da penumbra, pois não haveria um consenso, visto que 5 (cinco) dos 11 (onze) Ministros da Corte Suprema Brasileira votaram a favor da prisão. Fato que um juiz hartiano chamaria de um caso difícil, eis que aludidos casos se dividiriam em dois tipos para Hart: casos em que não existe lei sobre o assunto, e casos que existem lei sobre o assunto, porém ela tem múltiplas interpretações.

Para Hart, o juiz vai tomar uma atitude diferente em cada um desses casos. Se não houver lei, o juiz agirá como se fosse legislador naquele caso concreto, isto é, o juiz terá de tomar uma decisão como se estivesse criando uma lei. E se ela tem múltiplas interpretações, o juiz escolhe a interpretação que se mostrará mais pertinente para o caso sob exame.

Lênio Streck, autor de uma das ações que foram avaliadas pelo STF, afirma: "Declarar o artigo 283 inconstitucional seria um absurdo, porque ele é uma espécie de espelho do artigo 5º da Constituição" (MORI, 2019, online).

Para Maurício Dieter, a decisão do STF traz “um reforço da segurança jurídica, afinal reconhece que o que está escrito é o que está escrito”. Seu entendimento é o mesmo da maioria da Corte, não há espaço para interpretar que o artigo 238 fere a Constituição. “Você não pode alterar o significado óbvio do que está na lei”, (MORI, 2019, online).

Gustavo Badaró, da Universidade de São Paulo, coaduna com o mesmo posicionamento ao se pronunciar da seguinte forma: “A decisão é correta, é muito coerente (...). O ganho fundamental é o respeito à Constituição. O Supremo pode muito, pode interpretar a Constituição, mas não pode alterá-la” (MORI, 2019, online).

Lamentavelmente o ponto fulcral nesse debate da prisão em segunda instância é levantado por algumas opiniões, em boa parte não técnicas, sobre a probabilidade de soltura em massa de presos (em tese, todos de altíssima periculosidade) tão-somente em virtude da referida decisão do STF.

Todavia, trata-se de evidente falácia, haja vista a possibilidade de se decretar a prisão preventiva, de acordo com os requisitos e fundamentos previstos nos artigos 311 e 312 do Código de Processo Penal Brasileiro. Assim, somente aqueles que não se amoldam às

referidas regras, é que serão, de fato, beneficiados com o novo posicionamento adotado pela Suprema Corte.

Não foi a primeira vez que o STF decidiu sobre a temática, eis que em 2009, foi firmado o entendimento impedindo a prisão após o julgamento de 2º grau. E dessa data até do julgamento de novembro de 2019, nada se alterou: o país não viveu uma fase horrível de impunidade e solturas de presos de grande periculosidade. Vimos que tudo “foi muito bem”, porque o instrumento da prisão cautelar foi devidamente preservado, sendo, portanto, adotado pelos magistrados quando de sua necessidade.


A partir do século XX, a filosofia do Direito vem provocando rupturas com a já ultrapassada dicotomia de pensamento entre positivismo e jusnaturalismo. Várias correntes filosófico-jurídicas vêm sendo formadas em busca de uma resposta à inquietante indagação: *o que é o direito?* A textura aberta do direito, de Hart, é uma teoria que defende que, em certas situações da vida real e nos chamados casos difíceis, em razão da indeterminação natural da linguagem e da impossibilidade de prever todas as situações futuras em regras específicas, o direito mostra lacunas, texturas abertas, em que a autoridade competente deve exercer um poder discricionário para criar o direito, balizado pela proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O princípio da presunção de inocência, unido aos demais princípios constitucionais, visa garantir um julgamento justo ao condenado pelas infrações penais que este cometeu, o que remonta ao Estado Democrático de Direito. Ou seja, o Estado deve garantir o respeito as liberdades civis, os Direitos Humanos e as garantias fundamentais, por meio do estabelecimento de normas eminentemente protetivas.

No sistema jurídico brasileiro, a referida garantia concretizou-se por meio do art. 283 do Código Processual Penal, o qual assegura a determinação da Constituição Federal de 1988, de que “ninguém poderá ser preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, em decorrência de sentença condenatória transitada em julgado ou, no curso da investigação ou do processo, em virtude de prisão temporária ou prisão preventiva”.

A formação do convencimento de um magistrado deve ser elaborada em contraditório, devendo o processo penal orientar-se pela estrutura dialética, chancelando a figura do juiz-inquisidor, que possui poderes instrutórios e investigatórios.



Trata-se, portanto, de um dever de tratamento, o qual impõe que o réu seja tratado como inocente em duas dimensões: interna, que impõe ao juiz um dever de tratamento, determinando que o ônus da prova seja inteiramente do acusador; externa, que faz a exigência de uma proteção contra a publicidade abusiva e a estigmatização precoce do réu, diante do dever de trata-lo como inocente.

Depreende-se que, mesmo que a presunção de inocência seja um princípio constitucional, é possível verificar situações de imprecisão, as quais atingem seus conceitos e disposição normativa. Logo, se faz necessário a utilização da Filosofia do Direito.


Hart verificou que a indeterminação da linguagem aliada a impossibilidade de estabelecer normas prévias para todas as situações possíveis, possibilita que autoridades judiciárias exerçam poder discricionário para dizer o direito, tendo como base o senso de razoabilidade do que já existe.

Portanto, em sua teoria da textura aberta do direito, visa esclarecer a existência de casos difíceis, dos quais as autoridades usam de seu poder discricionário para criar o direito.

De acordo com a teoria de Hart, o autor realizará uma investigação científica neutra, que não terá compromisso como qualquer concepção de direito. Ademais, serão chanceladas as convicções de direito que estão vinculadas a ideia de imposição por parte de autoridade soberana, pois está será substituída pela noção de direito como conjunto de regras primárias e secundárias.

As regras primárias, serão encontradas nos aspectos de convivência social. Ademais, as regras originam-se das imperfeições e brechas das regras primárias, as tornadas precisas.

Para Hart, as regras possuem texturas abertas. Estas, por sua vez, dividem-se em zona de foco e zona de penumbra. Zona de foco diz respeito a casos fáceis, em que a aplicação da norma para julgamento se dá de maneira consciente. Zona de penumbra diz respeito a casos difíceis e que possuem maior relevância. Nestes, a aplicação da norma é incerta e possui controvérsias a serem sanadas pelo julgador através do seu poder discricionário. Com isso, a autoridade judiciária irá exercer poder discricionário para criar o direito no caso concreto, levando em consideração a ponderação de princípios que possuem conflito, buscando uma solução capaz de conciliar opiniões em um critério de razoabilidade, considerando o interesse social.



A textura aberta torna então indispensável a existência no sistema das normas secundárias, as quais vão possibilitar o concreto entendimento das normas primárias de obrigação. Então em Hart, tem-se uma análise estrutural do Direito; a união das normas primárias e secundárias reflete a essência do sistema. O sistema jurídico é, então, constituído por enunciados interrelacionados, logo há uma interação recíproca entre as diferentes normas que constituem o sistema.

É fato que até alcançar a conformação atual nesse julgamento da Suprema Corte, o princípio da presunção de inocência passou por um longo processo histórico de formatação, amadurecimento e concretização, ao custo, infelizmente, de milhares de vidas injustamente apenadas. A presunção de inocência atualmente é compreendida como o princípio chave do processo penal, e, mais do que isso, como princípio chave de todo o sistema penal.

Configurando como um dos primeiros elos da corrente que se forma contra o dogmatismo jurídico, o juiz hartiano procura dar uma nova roupagem para o positivismo, dotando o ordenamento jurídico de fundamento ético.

A análise do último julgamento sobre esse tema da prisão em segunda instância e a presunção de inocência, afirma-se que o supremo tribunal tem a palavra final ao dizer o que é direito, e mesmo que alguém negue esse fato, a negação torna-se inválida. O direito é o que os tribunais dizem que é, suas decisões são, portanto, definitivas e infalíveis. Principalmente quando se trata de cláusula pétrea da Carta Magna.

Então é verdade que a ação dos tribunais no espaço deixado em aberto pela textura aberta do direito é grande, sendo todas as suas decisões mantidas a não ser quando modificadas pela legislação, que, será também interpretada pelos tribunais tendo esse a palavra final, como já afirmado aqui anteriormente. Ainda assim, continua existindo uma distinção entre uma constituição que dita normas a serem seguidas pelos tribunais, como uma constituição moderna do século XX, e uma que permite aos tribunais fazer o que quer que seja que desejem.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

BATISTI, Leonir. **Presunção de Inocência. Apreciação dogmática e nos instrumentos internacionais e constituições do Brasil e Portugal**. Curitiba: Juruá, 2009.

BARBAGALO , Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. [S. l.: s. n.], 2015.

BITTAR, Eduardo C. B.; ALMEIDA, Guilherme Assis de. **Curso de Filosofia do Direito**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BARBAGALO , Fernando Brandini. **Presunção de Inocência e Recursos Criminais Excepcionais**. [S. l.: s. n.], 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição** da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

COELHO, Edihermes Marques. As funções do Direito Penal. Boletim Jurídico, Uberaba/MG, ano 4, n. 146. Disponível em: <http://www.boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=835>. Acesso em: 17 mar 2011.

HART. Herbert L. A. **O Conceito de Direito**. Trad.: A Ribeiro Mendes. 5ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.

KHALED JUNIOR, Salah. Me ne frego: **a presunção de inocência apunhalada pelo STF**. Boletim do IBCCRIM, ano 24, n. 281, p. 5, abr., 2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

LOPES JR. , Aury. **Direito Processual Penal**. 16ª . ed. [S. l.: s. n.], 2019.

MORAES, Maurício Zanoide de. **Presunção de Inocência no Processo Penal Brasileiro: análise de sua estrutura normativa para a elaboração legislativa e para a decisão judicial**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

MORI, Letícia, Decisão do STF pelo fim da prisão após condenação em 2ª instância divide meio jurídico. **BBC News**. Brasília. 8 de nov 2019, Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50340708>. Data de acesso: 28 de junho 2020.

SHALDER, André, Com placar de 4 a 3, STF mantém suspense sobre prisão em 2ª instância. **BBC News**. Brasília. 24 out 2019, Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/brasil-50340699>. Data de acesso: 20 de junho 2020.

SILVA, João Fernando Vieira da. [Notas sobre presunção de inocência, direitos fundamentais e a indevida mitigação de salvaguardas constitucionais](#). **Revista Jus Navigandi**, Teresina, [ano 23, n. 5300, 4 jan. 2018](#). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/63187>. Acesso em: 27 de maio. 2020.

STF, STF julga nesta quinta (17) ações sobre prisão após condenação em segunda instância, Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=426931&ori=1>. Data de acesso: 16 de maio 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - STF. Apenso Principal: ADC43 Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/verImpressao.asp?imprimir=true&incidente=4986729>. Acesso em: 20 nov. 2019.

CAPÍTULO 15

A RELEVÂNCIA DA PROTEÇÃO JURÍDICA DAS CRIAÇÕES DA MODA FRENTE AO PARADOXO DA PIRATARIA

Ana Paula Pita, Graduada em Direito, Universidade Federal de Jataí
Liliane Vieira Martins Leal, Universidade Federal de Jataí, Professora Adjunta


RESUMO

O foco principal desse estudo analítico consiste nos aspectos inerentes à propriedade intelectual e aos seus institutos, propriedade industrial e direitos autorais, que são utilizados na proteção das criações de moda, com referência ao direito de imagem. Com efeito, apresentam-se casos emblemáticos de grandes marcas que tramitaram na justiça brasileira, envolvendo disputas judiciais pelo reconhecimento autoral das criações. Por fim, o artigo contempla uma análise do Paradoxo da Pirataria, o qual confronta as violações à propriedade intelectual, quais sejam, a pirataria, a contrafação, o plágio e a concorrência desleal, contrapondo-se aos benefícios que as cópias podem gerar ao mercado da moda. Para tanto, o argumento consubstancia-se no fato de que as reproduções estimulam a inovação e divulgam a marca, o que, conseqüentemente, propicia vantagens econômicas para o designer com a elevação do preço dos produtos e do faturamento. Nesse ponto, apresenta-se o maior desafio desse artigo: analisar o direito da moda, sob a perspectiva da proteção jurídica da propriedade intelectual das criações e, ao mesmo tempo, estabelecer um contraponto entre as violações e o Paradoxo da Pirataria. A abordagem metodológica priorizou a pesquisa qualitativa e exploratória, com análise dos dados secundários, predominantemente, descritiva. As técnicas de pesquisa utilizadas pautaram-se na bibliográfica e na documental, utilizando-se livros, doutrinas, artigos, reportagens, legislações, decisões e jurisprudência. Verifica-se que, dada a importância do mundo da moda para o desenvolvimento econômico do país, as legislações vigentes não contemplam de forma específica as relações complexas que envolvem a propriedade intelectual e os direitos do autor. Esse fato ocorre, principalmente, porque, na maioria das vezes, as peças criadas não são reconhecidas como obras intelectuais, apenas os elementos criativos, tais como bordados, estampas etc. Por isso, emerge a necessidade de normas específicas para regularizar as criações da moda, quanto à propriedade intelectual, que a cada dia se apresenta mais vulnerável diante das inovações tecnológicas e a reprodução das peças.

Palavras-chave: *Fashion Law*. Propriedade intelectual. Violações. Paradoxo da Pirataria.

INTRODUÇÃO

Moda é a expressão do irracional. Cria tendências, estratifica a sociedade em função dos produtos, reflete uma identidade, originalidade, representa um simbolismo arraigado em referências e inspirações, além de movimentar um mercado milionário.



Nas últimas décadas, é nítida a expansão do campo da moda, consubstanciada na sobrevalorização da aparência como forma de categorizar a posição do indivíduo no meio social.

O crescimento econômico do setor pode ser explicado pela ascensão social decorrente do aumento do poder aquisitivo das classes mais baixas, advindo das políticas públicas direcionadas à geração de renda e emprego no país. Ademais, a crescente inserção da mulher no mercado de trabalho também contribuiu para o desenvolvimento do segmento da moda, pois, ainda, são as principais consumidoras desse mercado.

A Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção (ABIT) estimou que a cadeia têxtil e de confecção faturou, em 2018, US\$48,3 bilhões, ao passo que, no ano de 2017, o faturamento foi de US\$52,2 bilhões. Os investimentos no setor, em 2018, corresponderam a US\$894,4 milhões, contra US\$985 milhões, em 2017. Além disso, o setor contemplava, aproximadamente, 25,2 mil empresas formais, colocando o país como o quarto maior produtor e consumidor de *denim*³⁰ do mundo, o quarto maior produtor de malhas do mundo, representando 16,7% dos empregos e 5,7% do faturamento da Indústria de Transformação (ABIT, 2020)³¹. Esses dados denotam que o mercado da moda, além de uma importante forma de expressão cultural e social, configura um setor de significativa relevância para o processo de economia global, desenvolvimento regional, que gera riquezas, rendas e empregos.


Devido ao fenômeno do crescimento potencial desse segmento no Brasil e no mundo, principalmente, após o surgimento do *fast fashion*³², torna-se evidente a potencialização de questões judiciais para dirimir os conflitos inerentes à disputa pelo reconhecimento da obra criativa. Esse fato ocorre porque o direito da moda, um segmento jurídico específico, ainda, encontra-se em construção e consolidação de conceitos, teorias, teses e, sobretudo, de legislações. O que se observa é o fato de que a propriedade intelectual, nesse segmento, é constantemente violada, conforme as disposições legais vigentes.

É nesse cenário que se insere o propósito geral do trabalho, qual seja: analisar o direito da moda, com ênfase na proteção jurídica da propriedade intelectual das criações, suas

³⁰ Tradução livre: jeans

³¹ Dados atualizados em dezembro de 2019.

³² Tradução livre: moda rápida. Conforme Sebrae (2020), “[...] é o termo utilizado para designar a renovação constante das peças comercializadas no varejo de moda”.



características e peculiaridades, além de estabelecer um contraponto entre as violações e a teoria do Paradoxo da Pirataria.

Para o desenvolvimento do estudo, priorizaram os pressupostos das pesquisas qualitativa e exploratória, com análise dos dados, predominantemente, descritiva. Na pesquisa qualitativa, de acordo com Goldenberg (2004, p. 14), “[...] a preocupação do pesquisador não é com a representatividade numérica do grupo pesquisado, mas com o aprofundamento da compreensão de um grupo social, de uma organização, de uma instituição, de uma trajetória etc.”. Os pesquisadores que adotam a abordagem qualitativa se opõem ao modelo positivista aplicado ao estudo da vida social e, portanto, recusam “[...] a legitimar seus conhecimentos por processos quantificáveis que venham a se transformar em leis e explicações gerais” (GOLDENBERG, 2004, p. 17).

Os estudos exploratórios, na concepção de Triviños (1987, p. 109),

[...] permitem ao investigador aumentar sua experiência em torno de determinado problema. O pesquisador parte de uma hipótese e aprofunda seu estudo nos limites de uma realidade específica, buscando antecedentes, maior conhecimentos para, em seguida, planejar uma pesquisa descritiva [...].

Quanto à análise dos dados de forma descritiva, característica marcante da pesquisa qualitativa, Goldenberg (2004, p. 48) afirma que o pesquisador intitulado “qualitativo” deve descrever os processos que foram utilizados para a obtenção dos resultados da pesquisa. Dessa forma,

O pesquisador deve tornar essas operações claras para aqueles que não participaram da pesquisa, através de uma descrição explícita e sistemática de todos os passos do processo, desde a seleção e definição dos problemas até os resultados finais pelos quais as conclusões foram alcançadas e fundamentadas. (GOLDENBERG, 2004, p. 48-49).

Também de acordo com Chizzotti (2003, p. 221):

A pesquisa qualitativa recobre [...] um campo transdisciplinar, envolvendo as ciências humanas e sociais, assumindo tradições ou multiparadigmas de análise, derivadas do positivismo, da fenomenologia, da hermenêutica, do marxismo, da teoria crítica e do construtivismo, e adotando multimétodos de investigação para o estudo de um fenômeno situado no local em que ocorre, e enfim, procurando tanto encontrar o sentido desse fenômeno quanto interpretar os significados que as pessoas dão a eles.

Quanto às técnicas de pesquisa, utilizam-se a bibliográfica e a documental. Sobre a pesquisa bibliográfica, Gil (2002, p. 44) argumenta que: “A pesquisa bibliográfica é desenvolvida com base em material já elaborado, constituído principalmente de livros e artigos científicos”. No desenvolvimento da pesquisa em questão, utilizam-se,

prioritariamente, referências teóricas como doutrinas, artigos científicos, páginas de *web* sites, entre outros. Por isso, essa modalidade de pesquisa configurou-se elementar em todas as etapas do processo investigatório, inclusive subsidiando a análise dos dados.

Na concepção de Gil (2002, p. 45), a pesquisa documental:

[...] assemelha-se muito à pesquisa bibliográfica. A diferença essencial entre ambas está na natureza das fontes. Enquanto a pesquisa bibliográfica se utiliza fundamentalmente das contribuições dos diversos autores sobre determinado assunto, a pesquisa documental vale-se de materiais que não recebem ainda um tratamento analítico, ou que ainda podem ser reelaborados de acordo com os objetos da pesquisa.


Especificamente, a análise documental propicia ao pesquisador a possibilidade de reunir uma grande quantidade de informações sobre leis, processos e condições de determinado assunto, fato ou fenômeno.

DISPOSIÇÕES GERAIS ACERCA DA PROTEÇÃO À PROPRIEDADE INTELECTUAL NO BRASIL

Inicialmente, compete destacar que a propriedade intelectual se trata da proteção de toda criação ou invenção decorrente do intelecto humano (bens imateriais), que engloba os direitos do autor e os direitos conexos, a proteção da propriedade industrial, além do resguardo dos direitos de personalidade (imagem, nome, honra). Tem-se, inclusive, que a propriedade intelectual é gênero, do qual a propriedade industrial e os direitos autorais são espécies (MARIOT, 2016, p. 56).

Em 1994, o Brasil tornou-se signatário do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual Relacionados ao Comércio, denominado de *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (Trips), o qual prevê sobre a proteção das marcas, dos desenhos industriais, da proibição de terceiros fabricarem produtos patenteados, entre outros assuntos relacionados ao tema (JUNGMANN; BONETTI, 2010, p. 21). Assinado tal acordo, os países signatários comprometeram-se a revisar suas leis nacionais, de modo a adaptá-las ao estabelecido, além de manter um padrão mínimo de proteção à propriedade intelectual.

No mundo da moda, é proeminente a competitividade, razão pela qual a exclusividade torna-se essencial. As marcas buscam criar uma identidade, de forma a captar os clientes e transmitir uma mensagem por meio de suas peças. Diante disso, o direito configura-se em instrumento de proteção das criações e ideias e, assim, surge a Lei da Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996).




Essa norma infraconstitucional regula os direitos e obrigações inerentes à propriedade industrial, disciplinando sobre as criações humanas direcionadas à produção em massa, patentes de invenção e de modelos de utilidade, registro dos desenhos industriais e das marcas, exclusividade na exploração da criação, além de reprimir a concorrência desleal e as falsas indicações geográficas. Por outro lado, não são todas as criações que podem ser patenteáveis, de forma que a Lei nº 9.279/1996 atende as invenções com requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, enquanto que criações estéticas, entre outras, são excluídas da proteção (BRASIL, 1996).

Além dessa codificação, no ano de 1998, promulgou-se a Lei dos Direitos Autorais (Lei nº 9.610), para regulamentar os direitos morais e patrimoniais do autor sobre suas obras e criações decorrentes do esforço intelectual (BRASIL, 1998). No entanto, percebe-se que o foco da Lei consiste na proteção dos direitos autorais referentes às obras escritas e, apesar das inovações trazidas, ainda não contempla especificidades de outras criações como, por exemplo, os casos relacionados à indústria da moda.

A PROTEÇÃO JURÍDICA DAS CRIAÇÕES DA MODA

Ao tratar da aplicação do direito de propriedade industrial e a proteção do direito autoral aos casos que envolvem às criações do universo *fashion*, o estudo torna-se extremamente complexo. Apesar da Lei de Propriedade Intelectual não abranger as criações de moda em sua totalidade, é perceptível que muitas delas representam verdadeiras obras de arte, com originalidade, exclusividade, evidenciando, inclusive com uma identidade do próprio autor. Logo, são dignas de uma proteção substancialmente específica e efetiva dos ramos protetórios da propriedade industrial e dos direitos do autor.

Ressalta-se ainda que as agências de registro, os cartórios, as autarquias são demasiadamente burocráticos e lentos. No Brasil, a morosidade é uma regra, enquanto a celeridade dos atos, uma exceção. A título de exemplo, o deferimento de uma marca pode durar até quatro anos e de uma patente até oito anos, tornando o produto quase sempre obsoleto (MARIOT, 2016, p. 16). Nesse cenário, emergem enfrentamentos judiciais, notadamente, em função das reproduções e cópias de peças não autorizadas, com finalidades comerciais ou pessoais, transcendendo os limites da esfera legal e violando os direitos inerentes ao autor e à propriedade intelectual.



Isso ocorre porque o mercado das reproduções constitui um meio rápido, fácil e menos oneroso de comercializar produtos idênticos aos originais. Nesse caso, enseja a responsabilidade civil e penal, em virtude da ilicitude da conduta. Tais impasses são solucionados, muitas vezes, analogicamente, diante das omissões legais. Contudo, no campo da moda, esse fato torna-se praticamente inviável, tendo em vista que requisitos, como originalidade e exclusividade, são mitigados em função das referências, tendências e inspirações de épocas e períodos diversos, propiciando uma releitura da visão estética já existente, com fins comerciais ou conceituais.

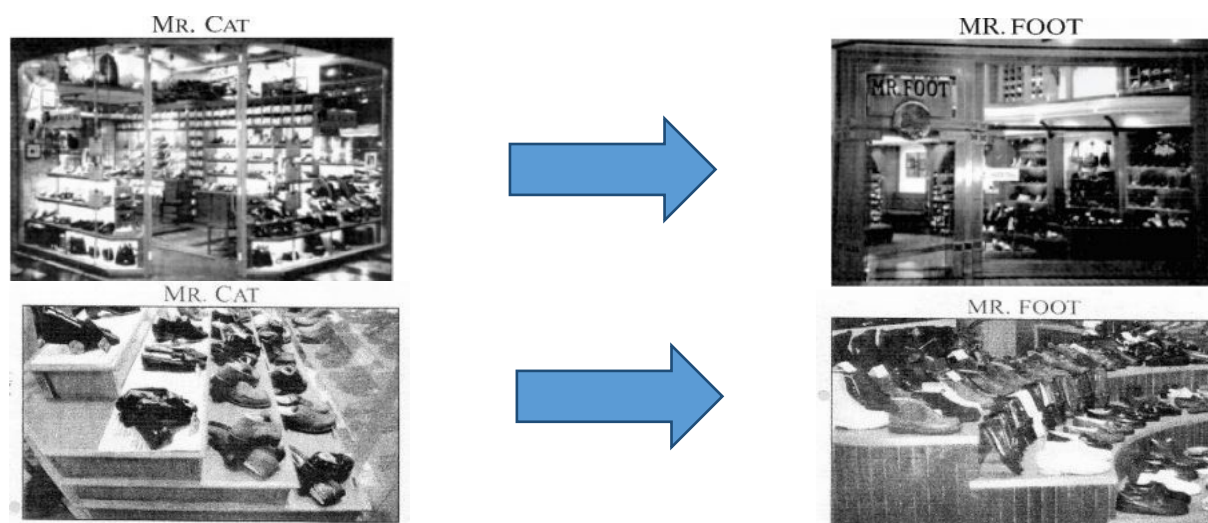
Dentre os institutos protetórios, destaca-se o *trade dress* que, apesar de não estar presente entre os instrumentos da Lei de Propriedade Industrial, configura uma forma de proteção contra reproduções indevidas, a partir da aplicação das regras de repressão à concorrência desleal, previstas nos arts. 195 e 209, da referida norma. Define-se o *trade dress* como a “[...] aparência global de determinado produto ou serviço e abrange rótulos, embalagens, configurações, recipientes, assim como a aparência visual dos mais diversos estabelecimentos comerciais” (ANDRADE, 2011apud GIACCHETTA; SANTOS, 2018, p. 40).

Entretanto, a aplicabilidade do instituto, que se relaciona aos elementos específicos de uma marca, ainda é incipiente no ordenamento jurídico brasileiro, porém, existem precedentes jurisprudenciais que reconhecem o *trade dress* como mecanismo de proteção. Cita-se o caso emblemático de disputa judicial entre a Mr. Cat contra a Mr. Foot, que tramitou na 4ª Vara Cível, da comarca de Goiânia/GO³³. Em trechos da sentença, visualiza-se a descrição de diversos elementos caracterizadores do *trade dress*, tais como a decoração feita com mobiliário de madeira, o logotipo estampado em saquinhos de algodão ou malha exposto no interior da loja, balcões, prateleiras, portas de acesso, em estilo boutique, e nomenclaturas semelhantes entre as marcas, que causariam confusão nos consumidores. Esses elementos contribuíram para a convicção do magistrado no sentido da caracterização da imitação, suscetível, inclusive, de reparação civil por todos os prejuízos comerciais causados à autora da ação (LIRA, 2018).

Na Figura 1, visualiza-se a imagem-conjunto que caracteriza as duas marcas de calçados.

³³ Processo nº 1.101/97, natureza da ação: indenização cível (LIRA, 2018, p. 160).

Figura 1 - Semelhanças das lojas Mr. Cat versus Mr. Foot



Fonte: Extraído de Soares, 2017.

Nas lides judiciais, deve-se considerar as peculiaridades que envolvem o mundo *fashion*, pois o valor econômico e a originalidade em relação ao concorrente podem configurar caracteres irrelevantes em determinado litígio sobre a tutela de um produto intelectual. Ilustrando, o caso da cor de um produto é insignificante em uma demanda sobre patente, mas pode ser um fator relevante na apreciação da originalidade do produto no mundo da moda (CABRERA; SILVA, 2014).

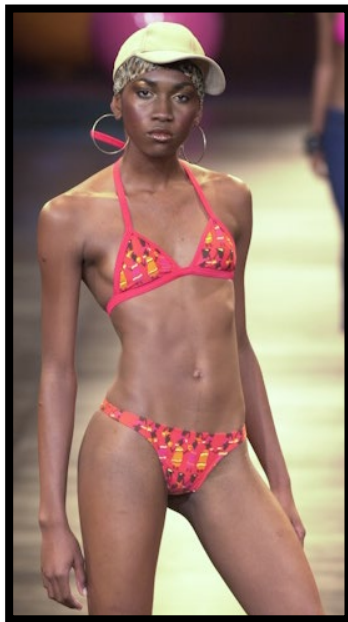
No ano de 2003, tramitou no Judiciário brasileiro uma demanda proposta pelo artesão João Batista Castilhos da Rocha contra a renomada Arezzo, em que a sentença exarada reconheceu a violação dos direitos autorais. Na oportunidade, o magistrado destacou que o trabalho do artesão caracterizava uma obra artística, por meio de uma produção intelectual própria e individual, evidenciando a originalidade e identidade própria. O autor da ação criou manualmente peças utilizando da técnica da marchetaria em tiras de couro e a ré reproduziu os desenhos em sapatos, pulseiras e bolsas. O magistrado, ainda, reconheceu desarrazoada a alegação da requerida quando afirmou que a obra se inspirou no estilo difundido (*hippie*). Os elementos constantes nos autos contribuíram para o entendimento da criação artística, idealizadas com originalidade e individualidade própria do artesão, concluindo pelo dever de indenizar os danos materiais (R\$30.000,00) e os morais (R\$12.000,00) causados ao autor da demanda, pelo uso não autorizado de seus produtos (RIO GRANDE DO SUL, 2009).

Outro caso emblemático refere-se a uma ação de reparação de danos interposta pela famosa marca de biquínis Poko Pano contra a C&A, em virtude da cópia de uma estampa da coleção. No ano de 2003, a grife autora apresentou biquínis com a estampa de bonecas na São Paulo *Fashion Week* e, no mesmo ano, a ré começou a vender peças com estampas idênticas em seus estabelecimentos, por preços absurdamente inferiores. A sentença ressalta que a boneca, obra criada pela autora, possui elementos de originalidade e criatividade, tais como cores, formato em relação aos membros, cabelos e padrão dos vestidos, que caracteriza a marca Poko Pano, portanto, inerentes ao direito autoral. Além disso, destaca que,

[...] o consumidor, que acaba optando por adquirir o produto levando em conta aquele diferencial, por preço, muitas vezes, elevado para os padrões normais, ao se deparar com o mesmo desenho, em peças de vestuário, em loja diversa e voltada para um público menos favorecido, sente-se enganado, frustrado, não sendo raro que suponha ter adquirido, em estabelecimento de grife renomada, produto copiado, por preço exorbitante, o que, por certo, acaba por denegrir a imagem da empresa. (SENTENÇA..., 2007).


Por fim, a ré foi condenada ao pagamento de indenização por danos materiais no valor de R\$53.700,00 (cinquenta e três mil e setecentos reais), bem como aos danos morais na importância de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), conforme os termos da decisão (SENTENÇA..., 2007).

Figura 2 - Biquíni Poko Pano - Coleção verão 2003



Fonte: Extraída do Portal UOL (2003).

Como se vê no trecho da sentença e na imagem (Figura 2) que ilustra o biquíni produzido pela marca Poko Pano, no ano de 2003, a boneca que estampou a peça foi copiada



pela brasileira C&A, que vendeu o produto por valor inferior, causando a banalização e confusão nos consumidores.

No entanto, diante da análise dos casos apresentados envolvendo grandes marcas e que tramitaram no Poder Judiciário, observa-se que os tribunais têm assegurado os direitos do autor, com fundamento nas criações que revelam uma originalidade e exclusividade, com a consequente responsabilidade civil pelos prejuízos decorrentes dos danos morais e materiais. Verifica-se que, cada vez mais, os autores e as marcas têm buscado a prestação da tutela jurisdicional para assegurar suas criações e mitigar o uso indevido de suas obras, para que os direitos inerentes à propriedade intelectual sejam reconhecidos.

Não obstante a isso, o mercado da pirataria ganha destaque no cenário da moda, por meio das reproduções, distribuições e comercializações não autorizadas pelo autor da obra intelectual. Esse fato ocorre, principalmente, em virtude da relação dialógica que se estabelece entre o desejo de consumo e a impossibilidade de aquisição. Somado a isso, indubitavelmente, têm-se os preços inferiores dos produtos pirateados. Desse modo, a atividade é mantida por consumidores que buscam produtos similares, no entanto, comercializados de forma ilegal.

Ademais, cabe destacar que o Código Penal tipifica os crimes contra a propriedade intelectual, em título e capítulo próprios, prevendo sanções para a violação dos direitos autorais, distribuição ilegal de filmes, jogos e músicas, entre outros. As violações aos direitos da propriedade intelectual são categorizadas da seguinte forma: pirataria, contrafação, plágio e concorrência desleal.

A pirataria trata-se de uma prática de reproduzir uma obra intelectual, sem a autorização do autor do produto, para fins de comercialização ilegal ou para uso pessoal. Nada mais é do que uma cópia, distribuição ou comercialização de uma obra existente não autorizada pelo autor (TOSCHI, 2015).

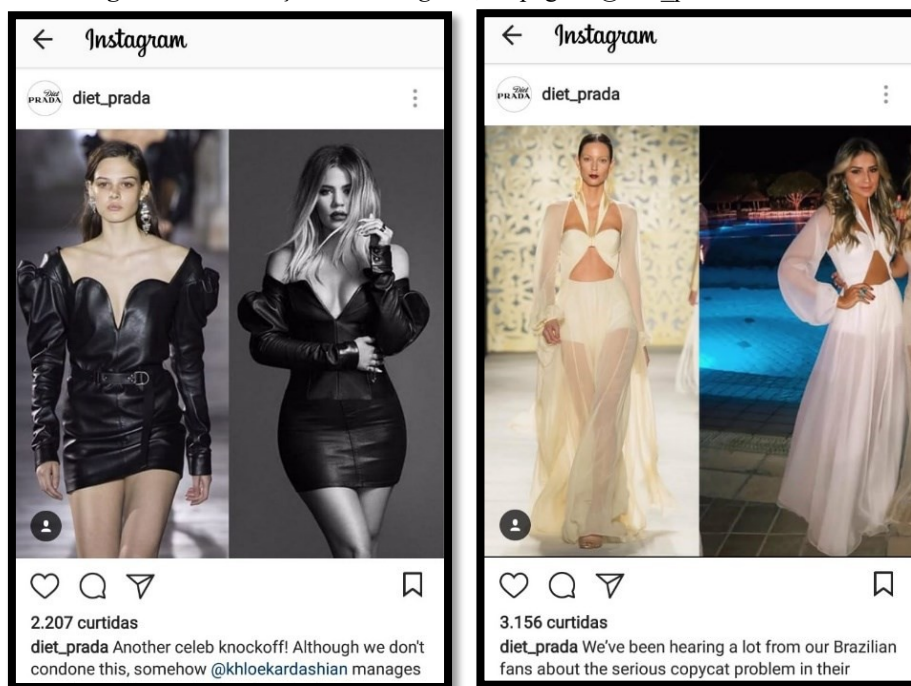
A contrafação, sinteticamente, é a reprodução não autorizada, conforme dispõe o art. 5º, VII, da Lei nº 9.610/1998 (BRASIL, 1998). Nesse caso, não há o interesse de violar os direitos da personalidade do autor, como é o caso do direito de paternidade. Conforme o entendimento de Zanini (2017, p. 81), o que ocorre, normalmente, é que o contrafator indica a autoria da obra, mas prejudica o autor quanto ao aproveitamento econômico. Desse modo, a contrafação relaciona-se diretamente aos aspectos patrimoniais, ao auferir indevidamente os proventos econômicos da obra, que pertencem essencialmente ao autor. Essa modalidade é

mais ampla que a pirataria, pois abrange não só as reproduções não autorizadas de obras autorais, como também a propriedade industrial sobre as marcas registradas.

O plágio, por sua vez, constitui violação aos direitos da personalidade do autor, sobretudo, ao reconhecimento da paternidade. A conduta do plagiador está intimamente ligada ao reconhecimento e fama em função dos direitos da personalidade do verdadeiro autor (ZANINI, 2017). Por isso, no plágio, ocorre a apresentação de um trabalho alheio como próprio, por meio do aproveitamento disfarçado de parte ou total da obra e elementos criativos alheios (CHAVES, 1983 apud ZANINI, 2017). Em síntese, reproduz elementos criativos da obra intelectual de outrem, fazendo crer que a obra é de autoria daquele que plagiou. Interessante destacar que, no plágio, não há necessidade de uma reprodução fiel, mas apenas a apropriação de elementos característicos da obra original.

A página @diet_prada existente na rede social *Instagram* expõe, lado a lado, o plágio cometido por marcas renomadas no mundo da moda. O nome da conta faz referência à famosa marca Prada, e o termo “*diet*” refere-se às cópias, que são versões mais acessíveis.

Figura 3 - Publicações no *Instagram*, na página @diet_prada-2017



Fonte: Extraídas do Instagram (2017a, 2017b).

As publicações apresentadas na imagem (Figura 3) demonstram plágios notórios cometidos por marcas da indústria da moda, que são comercializados com valores

absurdamente inferiores e, geralmente, alcançam um público maior, já que atendem diferentes classes de consumidores.

A busca pelo novo e pelo sucesso no mundo da moda são as principais causas do plágio nesse universo. As marcas desejam ser associadas ao que causa desejo e, diante disso, podem copiar produtos de autoria de outros designers.

Nesse ano, comprovando a atualidade do assunto, por meio da rede social *Instagram*, a designer britânica Katie Jones acusou a marca carioca *Farm* de plágio, visto que copiou uma peça de tricô colorido, conforme a Figura 4 abaixo.

Figura4-Publicação no *Instagram* da designer britânica Katie Jones



Fonte: Extraída do Instagram (2018).

Por fim, na concorrência desleal, há uma prática industrial ou comercial desonesta, na tentativa de confundir ou induzir o consumidor ao erro, utilizando para tanto, da cópia ou imitação de símbolo distintivo ou produto criado pelo autor (CARDOSO, 2016). A Lei de Propriedade Industrial (Lei 9.279/1996), no art. 2º, V, prevê que os direitos à propriedade industrial são assegurados mediante repressão à concorrência desleal (BRASIL, 1996). E o

art.195, da mesma codificação legal, elenca os atos que configuram o crime de concorrência desleal.

Uma disputa judicial brasileira sobre a concorrência desleal envolveu a marca brasileira Monange e a gigante do mercado *Victoria's Secret*. A primeira realizou o *Monange Dream Fashion Tour*, com elementos semelhantes ao *Victoria's Secret Fashion Show*, desfile anual de *lingeries*, em que as modelos são caracterizadas como anjos (Figura 5).


Figura5 - Comparação dos desfiles da Monange *Dream Fashion Toure Victoria's Secret Fashion Show*



Fonte: Extraída de Studio Della Moda (2011).

A imagem comparativa (Figura 5) demonstra a conduta da ré subsumida na caracterização da concorrência parasitária. É necessário fazer um adendo à diferenciação da concorrência desleal com a concorrência parasitária: na primeira, as marcas concorrem diretamente no mercado e, na segunda, as marcas não necessariamente concorrem diretamente (por exemplo, uma marca de alta costura francesa e uma rede de loja de departamentos brasileira). A decisão de primeira instância corroborou a concorrência desleal, eis que a infratora utilizou, indevidamente, do prestígio e da fama da concorrente, que se trata de uma marca mundialmente conhecida de produtos de cosméticos, acessórios, roupas, etc., além de produtora de famosos desfiles, em que as modelos são conhecidas como “Angels” (RIO DE JANEIRO, 2012).

O Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro confirmou a decisão de primeira instância e condenou os organizadores do evento *Monange Dream Fashion Tour* à indenização no valor de R\$100.000,00 (cem mil reais) e a obrigação de não fazer, caracterizada na conduta de se



abster de utilizar os elementos característicos do evento do *Victoria's Secret Fashion Show*, notadamente, as asas de anjo e as plumas, determinando uma pena de multa diária no valor de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais) (RIO DE JANEIRO, 2013).

O PARADOXO DA PIRATARIA


Nesse cenário de violações à propriedade intelectual, surge a teoria do Paradoxo da Pirataria, proposta pelos professores Raustiala e Sprigman (2006, p. 1.718, tradução nossa), da Universidade da Califórnia e de Nova York, respectivamente. Os autores escreveram um artigo no ano de 2006, intitulado “*The Piracy Paradox: Innovation and Intellectual Property in Fashion Design*”, em que dissertam acerca dessa teoria e alegam que a cópia fomenta a moda, visto que criam tendência e propagam a marca (regime de livre apropriação). A tese subsidia-se nos pressupostos de que as cópias estimulam a inovação, estabelecendo um ciclo de criação constante, tendo em vista que o estilista e a marca são diferentes perante o mercado (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.689, tradução nossa).

A teoria do Paradoxo da Pirataria possui dois conceitos, quais sejam, o da obsolescência induzida (*induced obsolescence*) e do ancoramento (*anchoring*). O primeiro conceito pressupõe que a moda é estruturada em uma pirâmide, em que o topo é formado pelas criações de alta moda (*maisons* de alta costura), na posição intermediária, apresenta-se o que os autores intitulam de *better fashion*, e, na base da pirâmide, encontram-se as marcas de menor preço, com peças mais básicas. A estrutura serve para mostrar que quanto mais alta a posição na pirâmide, mais informações de moda, mais inovação e maiores preços (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.718, tradução nossa).

Já, o ancoramento trata-se da ideia de que as cópias geram o aumento da visibilidade do design por meio da divulgação, o que por consequência provocam a saturação e a necessidade de inovação (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.728, tradução nossa).

Com essa teoria, os autores levantam a discussão do motivo pelo qual a moda sobrevive com altos faturamentos, mesmo com o alto volume de cópias e os não tão eficientes sistemas de proteção à propriedade intelectual, diferentemente do que acontece com a indústria cinematográfica e musical (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.762, tradução nossa).

A explicação reside justamente no fato da baixa proteção da propriedade intelectual (limitada apenas a alguns elementos) que possibilita a cópia e, consequentemente, estimula a



inovação. Diversamente do que ocorre com outros setores, em que a proteção da propriedade intelectual é tradicionalmente utilizada para assegurar os direitos do autor, proibindo a reprodução e apropriação não autorizada, além de permitir a cessão do direito de uso por meio de vantagens econômicas.

Ademais, existe um equilíbrio no sistema de baixa proteção à propriedade intelectual no mundo da moda, já que, mesmo os melhores designers, cujas criações são copiadas, geralmente, em algum momento, também criam peças inspiradas em alguma tendência (RAUSTIALA; SPRIGMAN, 2006, p. 1.766, tradução nossa). A cópia, nesse equilíbrio, contribui, *a priori*, para o surgimento de novas tendências e, posteriormente, colabora para a extinção delas, cedendo lugar a outras.

A teoria, no entanto, tem várias adversidades, posto que outros autores alegam que as cópias estimulam a produção exploratória dessas peças, geram lucro a quem não produziu o design (visto que as peças têm baixos preços), além de associar a marca às peças de qualidade inferior aos originais. Hemphill e Gersen (2009) contradizem a teoria, quando afirmam que a moda, ao mesmo tempo, estabelece um *status*, que se contrapõe à expressão cultural e se relaciona à riqueza e às características da sociedade, envolve uma percepção coletiva (*zeitgeist*), em que gostos coletivos se originam de escolhas individuais entre diversos estilos para, assim, criar as tendências. Por isso, a inovação, por propiciar uma mudança na forma de expressão, é desejada socialmente. Além disso, asseguram que a cópia em larga escala reduz drasticamente os lucros das empresas criativas, além de mitigar o processo de inovação.

Nessa linha de intelecção, um sistema forte de proteção da propriedade intelectual consiste em requisito elementar para os investimentos, considerando que permite a apropriação dos resultados do investimento e, conseqüentemente, atrai maior interesse. Os autores Giacchetta e Santos (2018, p. 46) afirmam que:

[...] a regulação seria uma forma de igualar o jogo entre os estilistas iniciantes e as grandes empresas da moda, na medida em que os iniciantes teriam um incentivo à inovação por meio da proteção e a garantia do retorno de seus investimentos sem que tenham suas peças prejudicadas pelas imitações.

A cópia, na medida em que rompe com o ideal de exclusividade, propicia uma rejeição sobre a peça original, fazendo com que o produto se torne obsoleto mais rapidamente. Nesse caso, como a vida útil do produto foi interrompida, a empresa responsável pela criação pode não recuperar os investimentos realizados, causando-lhe prejuízos (ARAÚJO, 2018).

O dinamismo da indústria da moda requer uma proteção intelectual, pois há tendências que são passageiras, mas outras perpetuam, ultrapassando as barreiras do tempo e do espaço. É o caso, por exemplo, dos óculos de sol *Ray Ban*, do monograma estampado nas bolsas da marca francesa *Louis Vuitton*, da camisa polo *Ralph Lauren*, entre outros. Indubitavelmente, essas empresas investiram em proteção intelectual, na tentativa de inibir as cópias e se manter no mercado, pois o preço de venda das cópias é ínfimo quando comparado ao valor do original, que se destina a um público restrito de consumidores.


Ilustrando, cita-se o caso da marca de alta costura *Dior* e da *Bihor Couture*, marca criada por moradores de uma região na Romênia. Nesse caso, ocorreu o inverso do comum: uma grande marca copiou o *design* de uma pequena comunidade (QUEBRANDO O TABU, 2018).

A página Quebrando o Tabu, na rede social *Facebook*, noticiou que o povo de uma pequena região da Romênia denominada *Bihor* criou um casaco, que foi copiado pela marca *Dior* para uma coleção, e vendido por 30.000 euros. A marca de alto renome não compartilhou créditos, e nenhuma parte dos lucros foi cedida à comunidade local. Além disso, a cópia apropriava-se de uma cultura com identidade e características próprias (QUEBRANDO O TABU, 2018). A Figura 6 ilustra claramente as semelhanças dos casacos das referidas marcas.

Figura 6 - Bihor versus Dior – semelhanças entre os casacos



Fonte: Quebrando o Tabu (2018).



Frente a isso, a revista de moda *Beau Monde*, de conteúdo romeno, na tentativa de manter a tradição, criou a *Bihor Couture*, uma marca que vende peças autênticas e devolve os lucros às comunidades locais, tornando-se uma indústria avaliada em 3 bilhões de dólares (QUEBRANDO O TABU, 2018).

Há, também, o mito do aprimoramento, já que é improvável que a cópia tenha o intuito de melhorar o produto original, pois, na maioria das vezes, a intenção é fazer uma produção rápida e barata, a fim de gerar a concorrência predatória. São dessas nuances que surge o aproveitamento parasitário, que nada mais é do que comportamentos de concorrência desleal e atos de violação à propriedade intelectual, aplicados à clientela diferenciada.


CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na sociedade contemporânea, verifica-se um desenvolvimento do mercado da moda, que movimenta faturamentos expressivos e significativos números de produções. Esse universo contribui para o processo de economia global, desenvolvimento regional, gera riquezas, rendas e empregos. Por outro lado, emergem complexas relações que visam garantir os direitos do autor sobre suas criações.

Dessa forma, no ordenamento jurídico brasileiro, é possível observar institutos que tratam da proteção das criações ou invenções oriundas do intelecto humano, o que se denomina de propriedade intelectual que, por sua vez, engloba os direitos do autor, a propriedade industrial e direitos da personalidade, tais como, o direito à imagem.

Nessa trilha, instituiu-se a Lei nº 9.279/1996 (Lei da Propriedade Industrial), com a finalidade de regular os direitos e as obrigações referentes à matéria, além de proteger as marcas e disciplinar sobre a concessão de patentes.

Além dessa codificação, no ano de 1998, promulgou-se a Lei dos Direitos Autorais, para regulamentar os direitos morais e patrimoniais do autor sobre suas obras e criações decorrentes do esforço intelectual. No entanto, o texto legal perpassa por várias críticas, consubstanciadas na vulnerabilidade dos autores em relação aos contratos abusivos para a divulgação da obra e quanto aos custos, muitas vezes, exorbitantes, que devem arcar para proteger os direitos autorais. Além disso, percebe-se que o foco da Lei é contemplar as obras escritas. Portanto, verifica-se que a necessidade de alterações para contemplar os casos relacionados à indústria da moda.




A pesquisa revela que, dentre os mais variados contextos do mundo da moda, o mais controverso refere-se à aplicação do direito de propriedade intelectual e a proteção do direito autoral aos casos que envolvem as criações do universo *fashion*. Apesar da Lei de Propriedade Industrial classificar as criações da moda como modelos de utilidade, é perceptível que, muitas delas, representam verdadeiras obras de arte, com originalidade, exclusividade, evidenciando, inclusive, uma identidade do próprio autor. Logo, dignas de uma proteção substancialmente específica e efetiva dos direitos do autor.

Nesse cenário, é comum observar diversas disputas judiciais no universo da moda, em função das violações aos direitos do autor, que acarretam prejuízos advindos, principalmente, das cópias. Isso ocorre porque o mercado das reproduções constitui um meio rápido, fácil e menos oneroso de comercializar produtos idênticos aos originais.

No entanto, diante da análise dos casos apresentados envolvendo grandes marcas e que tramitaram no Poder Judiciário, observa-se que os tribunais têm assegurado os direitos do autor, com fundamento nas criações que revelam uma originalidade e exclusividade, com a consequente responsabilidade civil pelos prejuízos decorrentes dos danos morais e materiais. Verifica-se que, cada vez mais, os autores e as marcas têm buscado a prestação da tutela jurisdicional para assegurar suas criações e mitigar o uso indevido de suas obras, para que os direitos inerentes à propriedade intelectual sejam reconhecidos.

Não obstante a isso, o mercado da pirataria ganha destaque no cenário da moda, por meio das reproduções, distribuições e comercializações não autorizadas pelo autor da obra intelectual. Esse fato ocorre, principalmente, em virtude da relação dialógica que se estabelece entre o desejo de consumo e a impossibilidade de aquisição. Somado a isso, indubitavelmente, têm-se os preços inferiores dos produtos pirateados. Desse modo, a atividade é mantida por consumidores que buscam produtos similares, no entanto, comercializados de forma ilegal.

Dentre as violações aos direitos da propriedade intelectual, além da pirataria, destacam-se a contrafação, o plágio e a concorrência desleal. Sinteticamente, percebe-se que a contrafação se apresenta mais ampla que a pirataria, pois abrange tanto as reproduções não autorizadas quanto as marcas registradas. O plágio, por sua vez, reproduz elementos criativos da obra intelectual de outrem, fazendo crer que a obra é de autoria daquele que plagiou. Interessante destacar que, no plágio, não há necessidade de uma reprodução fiel, mas apenas a apropriação de elementos característicos da obra original. Por fim, na concorrência desleal, há



uma prática industrial ou comercial desonesta, na tentativa de confundir ou induzir o consumidor ao erro, utilizando para tanto, da reprodução ou imitação de símbolo distintivo ou produto criado pelo autor.

Trilhando esse caminho, observa-se que o direito da moda se trata de um segmento jurídico específico, atualmente, denominado de *fashion law*, que suscita proteção à propriedade intelectual, tendo em vista que, não raro, grandes empresas e marcas copiam, inspiram, reproduzem criações de outros designers e marcas. Daí, surgem os conflitos relacionados aos direitos do autor e à propriedade intelectual das criações. Entretanto, nesse universo, nem todo produto é digno de proteção especial, mas somente aqueles que revelam determinado grau de criatividade e originalidade. Para tanto, a legislação brasileira atribui como instrumentos protetórios, as patentes e os registros, como forma de assegurar os critérios de distintividade, originalidade e exclusividade das criações.

Sobreleva destacar que, tais critérios, no campo da moda, devem ser flexibilizados, considerando que os autores possuem elementos criativos, fundados em aspectos culturais de tendências e, assim, dificilmente uma peça ou uma estampa que já foi criada, jamais teve reprodução parecida anteriormente. Por isso, buscam-se soluções alternativas para assegurar os direitos das criações menos originais do autor, contudo, sem adentrar no campo das réplicas ou reproduções de marcas e produtos já existentes.

Observa-se que, há séculos, marcas e estilistas vivem de criar tendências e, constantemente, utilizam de referências e inspirações, o que torna a originalidade literal quase que impraticável, já que toda criação da atualidade se baseia em um conceito pré-existente. Além disso, em geral, o *design* e a obra artística não são protegidos como um todo, e sim alguns elementos, como bordados, estampas, entre outros.

Apesar dos enfrentamentos quanto aos limites da legalidade, diante das violações dos direitos do autor e à propriedade intelectual, evidenciadas pelas reproduções e cópias das criações, surge o paradoxo da pirataria. Sob a perspectiva da teoria, infere-se que as indústrias da moda, diferentemente, do mercado musical e cinematográfico, sobrevivem ainda que não possuem um sistema jurídico consolidado e eficaz que assegure a proteção à propriedade intelectual. Os argumentos subsidiam-se nas premissas de que o papel das cópias consiste na difusão e, ao mesmo tempo, amplia o desejo pelo produto original, o que reflete na valorização econômica do produto. Além disso, sustenta que um sistema, no qual a livre

apropriação de designs de moda é permitida, há uma aceleração na disseminação de tendências e, paradoxalmente, designers são beneficiados com a comercialização e o faturamento. Frente a isso, a teoria do Paradoxo da Pirataria justifica o crescimento econômico na indústria da moda, mesmo com baixos sistemas de proteção à propriedade intelectual.

Malgrado a indiscutível relevância do assunto, sinteticamente, vê-se que as leis de propriedade intelectual presentes no ordenamento jurídico brasileiro não são perfeitamente aplicáveis ao mercado da moda, já que na maioria das vezes não reconhecem as peças criadas como obra intelectual, considerando o fato de que dificilmente atingem o requisito da originalidade.

Por fim, os assuntos abordados corroboram a hipótese de que a complexidade das relações que permeiam os direitos do autor no mundo da moda contribuiu para o surgimento de um novo instituto jurídico, o *fashion law*. No entanto, o crescimento significativo desse mercado faz emergir a necessidade de se estabelecer normas específicas para regularizar as criações intelectuais, principalmente, quanto à propriedade intelectual, que a cada dia se apresenta mais vulnerável diante das inovações tecnológicas, facilitando o acesso à informação e à reprodução de peças.

REFERÊNCIAS

ABIT. Associação Brasileira da Indústria Têxtil e de Confecção. **Perfil do Setor**. São Paulo, 2020. Disponível em: <<https://www.abit.org.br/cont/perfil-do-setor>>. Acesso em: 15 jul. 2020.

ARAÚJO, Cristiano Reis. Desenho industrial e direito autoral: a possibilidade de dupla proteção do design de moda no ordenamento jurídico brasileiro. In: ROSINA, Mônica Setffen Guise; CURY, Maria Fernanda (Coord.). *Fashion law: direito e moda no Brasil*. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 131-153.

BRASIL. Lei nº 9.610 de 19 de fevereiro de 1998. Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 20 fev. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19610.htm>. Acesso em: 20jul. 2020.

BRASIL. Lei nº 9.279 de 14 de maio de 1996. Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial. **Diário Oficial [da] União**, Brasília, DF, 15 maio 1996. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9279.htm>. Acesso em: 20jul. 2020.

CABRERA, Rafaela Ferreira; SILVA, Caíque Tomaz Leite da. Fashion law: o direito de propriedade intelectual e a indústria da moda. **Revista Jurídica Centro Universitário Estácio (UniSEB)**, Ribeirão Preto, ano 4, n. 4, p. 25-38, out. 2014.

CARDOSO, Gisele Ghanem. **Direito da moda: análise dos produtos “inspireds”**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

CHIZZOTTI, Antonio. A pesquisa qualitativa em ciências humanas e sociais: evolução e desafios. **Revista Portuguesa de Educação**, Portugal, v. 16, n. 2, p. 221-236, 2003.

GIACCHETTA, André Zonaro; SANTOS, Matheus Chucuri. A proteção do design das criações de moda pela propriedade intelectual: breve análise do panorama atual de proteção específica para o design das criações de moda. *In*: ROSINA, Mônica Setffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). **Fashion law: direito e moda no Brasil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 25-51.

GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

GOLDENBERG, Mirian. **A arte de pesquisar: como fazer pesquisa qualitativa em Ciências Sociais**. 8. ed. Rio de Janeiro: Record, 2004.

HEMPHILL, C. Scott; GERSEN, Jeannie Suk. The law, culture, and economics of fashion. **Stanford Law Review**, v. 61, n. 5, p. 1147-1199, Mar. 2009. Disponível em: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1323487>. Acesso em: 18 set. 2020.

INSTAGRAM. **@diet_prada**. Post. [S.l.], 9 out. 2017a. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/BaCflynlRYD/?utm_source=ig_share_sheet&igshid=7smp449k5rqn>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. **@diet_prada**. Post. [S.l.], 23 out. 2017b. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/Bam3e13FzPq/?utm_source=ig_share_sheet&igshid=1oi3kkn0l0m31>. Acesso em: 10 set. 2020.

_____. **@katiejonesknit**. Post. [S.l.], 17 abr. 2018. Disponível em: <https://www.instagram.com/p/Bhqbh9Wgg4_/?utm_source=ig_embed>. Acesso em: 10 set. 2020.

JUNGMANN, Diana de Mello; BONETTI, Esther Aquemi. **A caminho da inovação: proteção e negócios com bens de propriedade intelectual: guia para o empresário**. Brasília: IEL, 2010. 125 p.

LIRA, Vitor do Amaral. Proteção do conjunto-imagem caracterizado por cores intrínsecas às marcas de artigos de luxo. *In*: ROSINA, Mônica Setffen Guise; CURY, Maria Fernanda (coord.). **Fashion law: direito e moda no Brasil**. São Paulo: Thomson Reuters, 2018. p. 155-167.

MARIOT, Gilberto. **Fashion law: a moda nos tribunais**. São Paulo: Estação das Letras e Cores, 2016. 311 p.

PORTAL UOL. **SPFW**: verão 2003 RTW Poko Pano. São Paulo, 2003. Disponível em: <<https://ffw.uol.com.br/desfiles/sao-paulo/verao-2003-rtw/poko-pano/3542/colecao/52/>>. Acesso em: 20set. 2020.

QUEBRANDO O TABU. Bihor x Dior: uma vila da Romênia se uniu pra enfrentar a gigante da moda Dior. **Facebook**, [S.l.], 6 jul. 2018. 1 vídeo (2 mim 18 s). Disponível em: <<https://www.facebook.com/quebrandootabu/videos/1986253301431047/>>. Acesso em: 18set. 2020.

RAUSTIALA, Kal; SPRIGMAN, Christopher Jon. The Piracy Paradox: innovation and intellectual property in fashion design. **Virginia Law Review**, Charlottesville, v. 92, n. 8, p. 1.687-1.777, Dec. 2006.

RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Comarca da Capital. Indenização por dano moral (Processo nº 0121544-64.2011.8.19.0001), da Quinta Vara Empresarial. **Sentença**. Juíza: Maria da Penha Nobre Mauro. Rio de Janeiro, 29 mar. 2012. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art20130816-10.pdf>. Acesso em: 18set. 2020.


RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro. Embargos infringentes nº 0121544-64.2011.8.19.0001, da Décima Quarta Câmara Cível. Relator: Desembargador Cleber Ghelfenstein. Rio de Janeiro, 15 de agosto de 2013. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, Rio de Janeiro, n. 1673365, p. 321-322, 4 set. 2013. Disponível em: <<http://www1.tjrj.jus.br/gedcacheweb/default.aspx?UZIP=1&GEDID=0004BE3EE1CD63E80729D8433C4F4E92ABDFC5023A24085E&USER=>>>. Acesso em: 18set. 2018.

RIO GRANDE DO SUL (Estado). Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação indenizatória nº 001/1.05.0034980-4, Vara Cível do Foro Regional Partenon. Juiz de Direito: Ricardo Pippi Schmidt. Porto Alegre, RS, 19 de agosto de 2009. **Diário [da] Justiça Eletrônico**, Porto Alegre, n. 745, 31 ago. 2009. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br/busca/?tb=proc>>. Acesso em: 15set. 2020.

SEBRAE. Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas. **Como aderir ao conceito de fast fashion no varejo de moda**. [S.l.], 2020. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/sites/PortalSebrae/artigos/fast-fashion-ganha-destaque-no-varejo-de-moda,ef695d27e8fdd410VgnVCM1000003b74010aRCRD#:~:text=Fast%20Fashion%20significa%20moda%20r%C3%A1pida,neg%C3%B3cio%20que%20vamos%20falar%20agora.>>>. Acesso em: 15 set. 2020.

SENTENÇA confirma liminar que obrigou a C&A a tirar de circulação produtos copiados da empresa Poko Pano. **Migalhas**, Ribeirão Preto, 23 ago. 2007. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI44146,21048-Sentenca+confirma+liminar+que+obrigou+a+CA+a+tirar+de+circulacao>>. Acesso em: 15 set. 2020.

SOARES, José Carlos Tinoco. O emprego inadequado do termo *trade dress*. **Portal Intelectual**, Rio de Janeiro, 16 jan. 2017. Disponível em



<<https://portalintelectual.com.br/portal/o-emprego-inadequado-do-termo-trade-dress/>>.
Acesso em: 2 maio 2018.

STUDIO DELLA MODA. **Monange plagiou Victoria's Secret?** [S.l.], 10 jun. 2011. Disponível em <<http://studiodellamoda.blogspot.com/2011/06/monange-plagiou-victorias-secret.html>>. Acesso em: 10set. 2018.

TOSCHI, Thays Leite. A moda e as violações mais conhecidas na propriedade intelectual: pirataria, contrafação e plágio. **Thays Toschi** [Blog], São Paulo, 7 abr. 2015. Disponível em: <<https://thaystoschi.com.br/a-moda-e-as-violacoes-mais-conhecidas-na-propriedade-intelectual-pirataria-contrafacao-e-plagio/>>. Acesso em: 20 set. 2020.

TRIVIÑOS, Augusto Nivaldo Silva. **Introdução à pesquisa em ciências sociais**: a pesquisa qualitativa em educação. São Paulo: Atlas, 1987.

ZANINI, Leonardo Estevam de Assis. Notas sobre o plágio e a contrafação. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, DF, v. 29, n. 3/4, p. 74-84, mar./abr. 2017.

CAPÍTULO 16

COMBATE E PREVENÇÃO DO ASSÉDIO MORAL NO TRABALHO: IMPLICAÇÕES PESSOAIS, ORGANIZACIONAIS E SOCIAIS

Marcelo Alves da Silva, Natural de Manaus (AM), Mestre em Teologia pela Faculdade Teológica Batista do Paraná (FABAPAR-PR).

Viviane Simas da Silva, Advogada, Mestranda do Programa de Pós Graduação em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas.

RESUMO


A discussão sobre o assédio moral no ambiente de trabalho recentemente tem sido potencializada por gestores, juristas, colaboradores e psicólogos da área organizacional. O presente artigo trata-se de uma revisão de literatura onde foram consultados livros, artigos e materiais específicos que abordam esta temática, descrevendo também os diferentes conceitos dos termos com relação a assédio moral com base na Psicologia Organizacional. Destarte, este ensaio busca promover uma discussão sobre o assédio moral no ambiente de trabalho, com ênfase para seus efeitos e consequências gerais, uma vez que a globalização motiva a busca desenfreada pelo lucro a qualquer custo, tornando muitas vezes, o local de trabalho insalubre, competitivo e constrangedor. Além disso, sujeitando colaboradores à competitividade agressiva e opressiva, ocasionando muitas vezes, situações de medo e tortura psicológica ao colaborador. O artigo divide-se em três partes, sendo que na primeira são apresentados alguns conceitos sobre assédio moral. Na segunda, discorre-se sobre parcerias entre gestores, psicólogos e diretores de recursos humanos para enfrentamento do assédio moral. E por fim, na terceira, são apontadas sugestões gerais para o combate e enfrentamento do assédio moral.

Palavras chave: Assedio moral, Gestor, Recursos Humanos, Psicologia Organizacional

Introdução

Apesar de ser um assunto complexo o assédio moral nas organizações tem despertado interesse multidisciplinar, como da administração, educação, direito, etc, sendo tratado e analisado por distintas abordagens. Destarte o assédio moral está relacionado a um tipo de violência direta ou indireta, onde o agressor na busca de poder e autoestima deprecia o outro e a sua condição humana.

No contexto das organizações, o assédio moral pode ser definido como qualquer conduta abusiva seja por meio de declarações, de gestos, de comportamento, atos, exposição às redes sociais depreciativas, e até mesmo comunicações formais que fragilizam o indivíduo, afetando direta ou indiretamente sua dignidade e integridade física ou psíquica,



potencializando a possibilidade da perda do emprego, além de degradar o convívio no ambiente de trabalho.


Percebe-se então, que muitos segmentos da sociedade como, colaboradores, gestores, sindicatos e juristas, progressivamente estão ampliando sua abordagem sobre este tema, inclusive sendo perceptível o avanço da legislação. Todavia, o assédio moral gera muitos questionamentos como: Como agir para que esta prática seja banida do contexto de trabalho? Por que a área de Recursos Humanos, que deveria prevenir e intervir em problemas deste tipo ainda é muito pouco citada em artigos e pesquisas acadêmicas, e quando surgem são taxadas de omissas, coniventes ou negligentes?

Neste artigo deseja-se abordar esta temática de extrema relevância para a sociedade. Destarte, uma questão norteadora é levantada a fim de dirigir este trabalho: Qual o posicionamento esperado e desejado aos gestores para lidar com o assédio moral nas organizações? Objetivando contribuir fomentar a discussão e sobretudo o entendimento deste tema, foi realizada uma revisão de literatura buscando as abordagens de diversos autores. Portanto, este ensaio teórico se propõe a discussão sobre o assédio moral nas organizações e suas consequências, buscando compreender esta problemática em termos conceituais, além dos fatores que o favorecem, contextualizando-o no sistema macro econômico e social atual, além de promover uma análise deste à luz tomando por base as políticas e processos da área de Recursos Humanos nas organizações.

Por fim, busca-se ressaltar a importância de gestores em parceria com profissionais da psicologia organizacional e também dos Recursos Humanos no trato desse problema, discutindo sobre as responsabilidades e os papéis dos profissionais desta área, no objetivo de pelo menos amenizar o assédio moral do contexto do trabalho.

Nesse trabalho, entre as conclusões destaca-se que o assédio moral no trabalho é proveniente de um conjunto de fatores, e mostra-se um problema grave que exige soluções múltiplas e integradas, como: Ações de caráter preventivo e corretivo, abertura de discussões e intervenções visando a responsabilização dos envolvidos seja nos âmbitos individual, organizacional e social.

Finalmente, pode-se dizer que nas organizações, gestores e profissionais de Recursos Humanos, que carecem de maior e melhor capacitação e conscientização para lidar de forma adequada com o problema do assédio moral, tornou-se fator preponderante para o sucesso das



peças e das equipes de trabalho, na esteira da urgência cada vez maior do resgate de valores éticos e no estabelecimento de relacionamentos interpessoais, baseados no respeito pelo ser humano.

Neste artigo optou-se por uma revisão de literatura onde foram consultados vários títulos, livros e revistas de autores que abordam a temática com maestria.

Apontamentos sobre conceitos de assédio moral

De acordo com (GUEDES, 2008), o assédio moral é associado a um conjunto de práticas de violência psicológica que visam o isolamento, o prejuízo da reputação e a depreciação do trabalho da vítima, o que atinge, de forma reiterada, várias esferas da sua vida. Corroborando com o autor mencionado (HIRIGOYEN, 2008), enfatiza que o assédio moral no trabalho é uma violência marcada pela manipulação perversa, insidiosa e sub-reptícia.

De acordo com (GUEDES, 2008) a dissertação de mestrado da Dra. Margarida Barreto, que abordou o tema: “Violência, saúde e trabalho – Uma jornada de Humilhações”, é considerado o primeiro estudo sobre a temática, uma vez que faz análise sobre as graves humilhações sofridas por colabores dos setores farmacêutico, cosméticos, químicos e plástico em São Paulo.

Para se referir a este fenômeno, são muitos os conceitos existentes ao redor do mundo (SILVA, 2006)

Na França chama-se *Harcèlement moral*. Na Itália, usa-se *Mosletie psicologiche*. Na Inglaterra, Austrália e Irlanda – *Bullying, Bossing, Harassment*. Nos Estados Unidos, Países nórdicos, bálticos e da Europa central – *Mobbing*. No Japão – *Murahachibu*. (GUIMARÃES; RIMOLI, 2006).

Em Portugal – *Coacção moral*. Na Espanha - *Acoso Moral*. No Brasil encontramos várias expressões, como *assédio moral, violência psicológica, violência moral, terror psicológico*, entre outras. (GUIMARÃES; RIMOLI, 2006).

A interpretação de (FREITAS et al 2008) é pertinente, pois caracteriza o assédio moral no trabalho como:

Uma conduta abusiva, intencional, frequente e repetida, que ocorre no ambiente de trabalho e que visa diminuir, humilhar, vexar, constranger, desqualificar e demolir psicologicamente um indivíduo ou um grupo, degradando as suas condições de

trabalho, atingindo a sua dignidade e colocando em risco a sua integridade pessoal e profissional.

Neste sentido, vale à pena também ressaltar o que (FEINBERG, 1965) comenta sobre os resultados da prática do assédio moral:

Nenhum homem gosta de pensar que os outros o considerem “burro”. Ele mesmo pode ter suas dúvidas a respeito, mas não gosta que os outros concordem com ele. Em geral você pode repreender um subordinado usando quaisquer outros termos – relaxado, preguiçoso, indiferente, desleixado – mas se o chamar de burro você destruirá rapidamente sua iniciativa. Este termo desanima a maioria das pessoas. Afinal, como pode um homem se lançar ao trabalho depois de ter sido chamado de incompetente?

A humilhação é um sentimento subjetivo, muito comum acontecer quando provocada por uma conduta abusiva. Contudo, apesar de ser um fenômeno psíquico, suas consequências objetivas também precisam ser analisadas no plano comportamental.

De acordo com a tabela abaixo, é possível descrever alguns tipos de assédio moral:

Tabela 1: Tipos de assédio moral

Tipos de assédio	Atores	Características
Assédio moral Horizontal	Colaboradores que estão no mesmo nível hierárquico.	Atos de deboche, desprezo, fakenews
Assédio moral vertical descendente	Parte de um colaborador de nível superior na hierarquia para outro de nível inferior.	Considerado o mais comum dentro da empresas e organizações.
Assédio moral vertical ascendente	Parte de um colaborador de nível hierárquico inferior para outro de posição superior.	Não é tão comum, porém, ocorre em situações em que o assediador tem informações sigilosas sobre o seu superior (chantagem).
Assédio moral organizacional	O colaborador sofre agressão, intimidação psicológica da própria empresa.	Empresas que estimulam disputas por meio de constrangimento.

Fonte: O próprio autor

O Assédio moral no trabalho: consequências para o indivíduo e para a organização

A globalização e os avanços tecnológicos afetam diretamente o processo produtivo, provocando sua elevação, porém, com as novas tecnologias (internet das coisas e indústria 4.0), também eliminam empregos e alteram os vínculos no contexto de trabalho. Assim, práticas que provocam humilhação e constrangimentos ao colaborador não são características evidenciadas apenas na presente sociedade, mas percebidas ao longo da história. Vale ressaltar que o modo de produção moderno conhecido como sistema capitalista, impõe

valores como competitividade, individualismo e utilitarismo, produzindo condições favoráveis para o surgimento do assédio moral.

A Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas, promulgou a Lei Nº. 121 de 28/09/2012 que diz:


Art. 2º - Considera-se assédio moral no trabalho, para os fins do que trata a presente lei, a exposição do funcionário, servidor ou empregado, a situação humilhante ou constrangedora, ou qualquer ação, palavra, gesto, praticado de modo repetitivo e prolongado, durante o expediente do órgão ou entidade, e por agente, delegado, chefe ou supervisor hierárquico ou qualquer representante que, no exercício de suas funções, abusando da autoridade que lhe foi conferida, tenha por objetivo ou efeito atingir a autoestima e a autodeterminação do subordinado, com danos ao ambiente de trabalho, aos serviços prestados ao público e ao próprio usuário, bem como, obstaculizar a evolução da carreira ou a estabilidade emocional do servidor constrangido.

De acordo com o site amazonasatual, só em 2018, O TRT11 (Tribunal Regional do Trabalho da 11ª Região – AM/RR) registrou o ajuizamento de 633 processos que denunciam assédio moral no trabalho. A conduta é caracterizada pela exposição de pessoas a situações humilhantes e constrangedoras no ambiente de trabalho, de forma repetitiva e prolongada, no exercício de suas atividades.

De acordo com os autores (Freitas et al,2008) as diversas transformações ocorridas são muito intensas, englobando questões políticas, sociais, culturais, etc. Estes autores destacam o seguinte:

A competição generalizada reforça o sentimento de hostilidade, inveja e indiferença ao outro, que passa a ser visto como objeto de ódio e ressentimento, o que parece uma nova forma de violência social, latente e induzida, que se apresenta em um nível de profundidade diferente daquela que é própria do recalcamento das pulsões. A década de 1990 daria acabamento ao movimento de valorização das empresas, que doravante seriam consideradas as responsáveis pela riqueza das nações, pelo aprofundamento do desenvolvimento tecnológico, pela conquista de mercados nos confins do planeta e pela elevação seguida de índices de produtividade, o que justificaria antecipadamente as reestruturações a serem feitas e servira de alibi aos efeitos colaterais, que dela resultariam. (FREITAS et al, 2008)

Destarte, é possível observar modificações nos direitos dos trabalhadores em praticamente todo o mundo, com mais restrições. Nesta perspectiva nota-se que o conceito de emprego estável está em estado de desaparecimento, bem como os vínculos entre indivíduos e organizações, devido à evolução ou novas bases como terceirização, prestação de serviços, convênios e daí por diante. Diante disso as empresas ou organizações tem procurado colaboradores com perfis polivalentes, abertos e mais flexíveis.



Heloani (2004) enfatiza que o assédio moral está enraizado nesse “sistema macroeconômico”, onde superabunda a racionalidade instrumental, submetendo uns indivíduos ao controle de outros, como uma forma de disciplinar. No cenário macroeconômico, é possível se deparar com ambientes corporativos que podem ser considerados por si só como tóxicos e nocivos à saúde do colaborador, uma vez que acabam transformando o cenário do trabalho em um ambiente de martírio.

As consequências do assédio moral são cada vez mais catastróficas, uma vez que provocam inúmeros males aos colaboradores, afetando não somente o aspecto psíquico, mas também o físico e emocional. Sobre estas conseqüências (BARROS, 2005), destaca o seguinte: “Entre as mulheres, crises de choro, palpitações, tremores, tonturas e falta de apetite; nos homens, destacam-se a sede de vingança, ideia e tentativa de suicídio, falta de ar e passam a fazer uso de drogas”.

Assedio moral: apontamentos sobre conseqüências

De acordo com (FREITAS, 2007) os prejuízos demandados de assédio moral no trabalho são muito complexos, acarretando com isso uma elevada conta paga por instâncias distintas, que se sobrepõem: o indivíduo, a organização e a sociedade. As consequências para com o individuo são múltiplas, pois é atingido como um todo, sendo no físico, no psíquico, nas áreas profissional, familiar, afetiva, social e daí por diante.

Para a organização, nota-se elevação dos índices de absenteísmo e *turnover*³⁴, queda da produtividade, gera um clima desagradável afetando a imagem organizacional, além de gerar custos indenizatórios. Em suma, num contexto ampliado, toda a sociedade de alguma forma acaba sendo atingida pelo mal do assédio moral, quer seja nas aposentadorias precoces, na ampliação de despesas médicas, previdenciárias, de acidentes de trabalho, nas desconstruções familiares e até mesmo a elevação dos índices de suicídios.

As consequências do assédio são impactantes, porém, é possível prevenir e combater as situações de assédio nas organizações. Não basta apenas reflexão e discussão, mas realmente coragem de reconhecer a ocorrência deste fenômeno, utilizar instrumentos de controle e tratar todos de forma justa e igualitária.

³⁴ Cf. Rotatividade das pessoas em uma função.

Assédio moral: Apontamentos sobre Demandas jurídicas

A tortura psicológica, que visa minar a autoconfiança, abalar a autoestima do empregado, com o objetivo de forçar sua demissão ou acelerar a sua dispensa por meio de estratégias como sobrecargas de tarefas inúteis, cercear-lhe informações e até mesmo fingir que o empregado não existe, são evidências de assédio moral, cujo efeito é o direito à indenização por dano moral, porque ultrapassada o âmbito profissional, atingindo a saúde física e mental da vítima e depreciando a sua autoestima. Neste sentido (STADLER, 2008) destaca o seguinte:

Esses fatores são estimulantes para práticas de assédio e podem caracterizar um ambiente de conflitos e agressões, em que se busca a eliminação do concorrente indesejado por um colega ou do empregado que já não se enquadra nos padrões da empresa.


O critério subjetivo ainda é o parâmetro para a indenização por assédio moral, que o julgador deve analisar no caso concreto, empregando as premissas da justiça e razoabilidade, a fim de evitar o enriquecimento ilícito da vítima e o desequilíbrio econômico do ofensor. Uma vez que a vítima esteja neste contexto de assédio moral pode e deve procurar a Justiça do Trabalho, pleiteando a indenização relativa ao dano moral.

Parceria entre gestores, psicólogos e diretores de recursos humanos

Trabalhar com gestão de pessoas é uma verdadeira arte uma vez que entender o ser humano se configura em uma tarefa cada vez mais complexa. A Psicologia Organizacional é o termo atribuído a área do conhecimento que trata do comportamento de indivíduos e grupos situados no campo da estrutura e funcionamento das organizações.

Embora seja formalmente classificada como uma especialização das ciências comportamentais, a psicologia no campo organizacional é considerada como interdisciplinar, pelos diálogos com outras ciências do conhecimento como: Administração, Economia, biologia, Sociologia, que abordam o estudo do desempenho humano no trabalho.

(DUTRA, 2008) destaca que a Psicologia Organizacional surgiu a partir do momento em que os psicólogos deixaram de estudar apenas os locais de trabalho e passaram a observar e discutir, também, os modelos estruturais das organizações, atribuindo-lhes um caráter mais estratégico a esta área de atuação. Desta forma é preponderante a atuação desse profissional no campo dos Recursos Humanos, visando o sucesso organizacional.



Sabidamente o papel de gestores no combate e prevenção do assédio moral é de grande importância. Daí a necessidade de empresa e organizações oferecerem treinamento aos gestores e esses, por sua vez, devem se tornar agentes fomentadores do assunto. Muitas vezes, as vítimas do assédio moral permanecem em silêncio por não se sentirem amparadas em fazer a denúncia para que o problema seja conhecido. No que tange aos Recursos Humanos, é importante deixar claro que suas portas nunca estão cerradas, permanecendo abertas para ouvir os colaboradores, garantindo o sigilo dos fatos relatados. Assim, ao tomar conhecimento de assédio moral, os Recursos Humanos deve buscar investigar a veracidade da denúncia e uma vez que o fato seja confirmado, deve ser encaminhado sem demora à chefia, que tomara as providências e medidas necessárias.

Sugestões de estratégias para enfrentamento do assédio moral

Sabendo-se que há muitas propostas de prevenção do assédio moral nas organizações, como, políticas sindicais de prevenção do assédio, intervenções empresariais de prevenção, implantação de códigos de ética para as organizações e daí por diante, não é pretensão neste trabalho aborda-las, todavia, deseja-se focar a partir de um olhar da psicologia algumas sugestões:

Propostas de enfrentamento e prevenção ao Assédio Moral

Como abordado até aqui, o assédio moral no trabalho é um problema muito complexo e que demanda aos profissionais que atuam na área organizacional, além da capacidade técnica, o apoio da organização em foco.

De acordo com (ZANELLI, 2008):

As organizações são sistemas que incluem variados níveis, procedimentos e tecnologias, mas são sistemas sociais, acima de tudo. Compreendê-las requer analisar as complexas interações que ocorrem nos múltiplos níveis interligados aos seus subsistemas e os sistemas de seu entorno.

Portanto, não há dúvidas de que a prevenção à conduta perversa do assédio moral no contexto do trabalho é de suma importância e com isso, tem proporcionado bons resultados uma vez que possibilita uma melhora no ambiente laborativo. O gestor tem o desafio de atuar em parceria com os profissionais da Psicologia e dos de Recursos Humanos, atendendo as necessidades tanto dos colaboradores quanto das organizações. E com isso trabalhar ações que auxiliem na perspectiva de torná-las mais competitivas sobrevivendo neste mercado globalizado, bárbaro e voraz.

Sobre este suporte necessário, (LORENTZ, et al, 2011), dizem o seguinte:

[...] Urge incluir ou aprofundar nas pautas curriculares das disciplinas relacionadas à gestão de recursos humanos, psicologia e trabalho, comportamento organizacional e demais disciplinas correlatas, a responsabilidade ética na conduta dos seus respectivos processos e, especificamente, refletir sobre questões relativas ao assédio moral no contexto de trabalho. Simultaneamente, além dos sindicatos, é preciso trazer os respectivos conselhos profissionais para este debate, na fiscalização de tais condutas constrangedoras e inadequadas, como também para a conscientização do papel e responsabilidade das ações de seus profissionais no ambiente organizacional. (LORENTZ, et al, 2011).

Assim, o trabalho em equipe e articulado com os conselhos e sindicatos se configura como de grande relevância, quer seja na seleção e desenvolvimento de pessoas, gestão de pessoas e na área comportamental.

No caso do profissional da psicologia, visando contribuir com gestores e diretores de RH, o psicólogo organizacional inicialmente deve aproximar-se da organização e de seus trabalhadores, buscando informações sobre os processos organizacionais formais e informais, conhecer as normatizações que legitimam o dia a dia da organização, visitar os ambientes da organização (setores), entrevistar pessoa que ocupam os cargos ou funções estratégicas além da análise de documentos.

Na sequência, deve-se estabelecer quais colaboradores participarão das atividades, e dividi-los em grupos temáticos de discussão, visando a escuta, tendo como critério de agregação a natureza da atividade executada, por meio de dinâmicas que permitam a abordagem do prazer-sofrimento no contexto do trabalho.

Vale ressaltar a proposta de (DEJOURS, 1997) sobre a à criação de uma espaço coletivo para discussão. De acordo com (EINARSEN; HOEL, 2008), a maioria das pessoas, inclusive os acusados de cometimento de assédio, geralmente são contra o assédio. A tabela abaixo apresenta um resumo sobre formas de prevenir e combater o assédio moral no trabalho:


Tabela 2: Sugestão de estratégias de prevenção e combate ao assédio moral

Diagnóstico Organizacional	Prevenção	Intervenção
Avaliar os fatores de riscos psicossociais	Promoção de mudanças na cultura organizacional	Criação de espaços de confiança para escuta.
Refletir sobre a forma de organização de trabalho e métodos de gestão de pessoal	Capacitação da liderança (gerentes e pessoas chave)	Estabelecer um terceiro imparcial dentro da empresa (mediador)

Reflexão acerca das praticas e da cultura organizacional; avaliando possíveis mudanças	Criar um código de conduta, código de ética	Aplicar medidas disciplinares ou sanções aos agressores e empregados.
Realizar pesquisas com os funcionários	Promover práticas que estimulem o respeito, colaboração e interpretação entre os funcionários.	Identificar e avaliar uma situação de assedio moral, buscando a intervenção contextualizada, levando em consideração a fase atual
Verificar o ambiente e acompanhar a equipe	Conscientizar e disseminar informações sobre assedio	Proteger judicialmente a vitima
Realizar discussões formais e informais da avaliação com os funcionários	Educar e capacitar os funcionários	Minimizar as consequências para a vitima (fornecer apoio psicológico, definir estratégias terapêuticas).
Acompanhar o absentismo, as reclamações e as faltas	Feedback de comunicação interna, promoção de dialogo e grupos de debate.	Formar uma equipe para lidar com o assedio de maneira coordenada e multidisciplinar
Utilização de medidas psicométricas como forma de diagnosticar assedio moral no trabalho	Reduzir o estresse	Possuir conselheiros internos independentes capazes de prover informações da política e dos procedimentos
Investigar a dimensão e natureza dos problemas	Promover ambientes saudáveis de trabalho, melhorar a qualidade de vida no trabalho.	Tornar claro a organização que o fenômeno do assedio é complexo e que todos saem perdendo: individuo, organização e sociedade
Realização de pesquisas de ordem organizacional	Possibilitar a autonomia para organizar o trabalho, fornecer informações e recurso necessário para as tarefas	Coibir comportamentos inadequados; que conduzam ao assedio
Questionar a forma de gestão	Aumento da fiscalização; controle dos funcionários	Procedimentos especiais para casos de diferenciação hierárquica
Promover e reforçar os exemplos de boa conduta	Buscar promover mudanças na organização no combate ao assedio	Expor as situações de assedio moral por parte dos colaboradores

Fonte: (FABRO, 2011) adaptado pelo autor.

Dessarte, mesmo com tantas causas nos Tribunais Trabalhistas pelo país a fora, ainda são poucas as empresas com políticas de identificação, abordagem e tratamento do assunto.



De igual modo, também, ainda são poucas as lideranças/ gestores qualificados para lidar com o enfrentamento dessa prática.

O que reflete no número crescente de denúncias, e conseqüentemente no aumento dos problemas de saúde física e mental, potencializado despesas desnecessárias aos cofres públicos e de igual modo ao setor privado.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A humilhação, que é a maior e mais evidente característica do assédio moral, na vida dos colaboradores precisa ser denunciada, combatida e erradicada, sob todos os ângulos. O mais importante é que a vítima desta prática abusiva não deixe de procurar os seus direitos, não prioritariamente pela questão da reparação em espécie (que lhe assiste), mas pela simples razão da recomposição da sua autoestima, da sua saúde psíquica e emocional.

Nessa esteira de raciocínio, sobre a necessidade da recomposição psicológica da vítima (BRUTTIN, 2007) destaca que, para ele, a maior tarefa do Psicólogo Organizacional é criar uma relação de reciprocidade e um compromisso cooperativo entre proprietário e gestores, de um lado, e colaboradores do outro.

Desta forma, nota-se a necessidade do diálogo no trabalho de equipe no planejamento estratégico das ações para o enfrentamento do assédio moral. Ainda conforme (BRUTTIN, 2007): “muitas empresas hoje já buscam seriamente essas relações de reciprocidade, baseadas no crescimento compartilhado e no respeito mútuo”.

Portanto, evidencia-se que o trabalho em conjunto dos profissionais gestores, psicólogos e Recursos Humanos, possui uma ampla dimensão técnica e que muito contribuirá no enfrentamento, amenização das situações de assédio moral.

O gestor como multiplicador e facilitador do tema na empresa/ organização, o psicólogo organizacional no apoio e, sobretudo, visando as pessoas enfocando intervenções em ações humanas, de forma a atuar para uma auto-descoberta que ofereça suporte objetivando o crescimento pessoal e, por fim os Recursos Humanos, investindo no potencial de cada colaborador, respeitando as suas singularidades e potencializando com isso – eficiência e desempenho.

Referencias bibliográficas

Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas. Lei Nº.121 de 28/09/2012. Disponível em: https://sapl.al.am.leg.br/sapl_documentos/norma_juridica/9080_texto_integral. Acesso em 25 maio de 2020.

BARROS, A M. de. *Curso de direito do trabalho*. São Paulo: LTr, 2005.

BRUTTIN, A. *Uma história de desafios. Como surgiu a Psicologia Organizacional e do Trabalho e para onde ela caminha*. Revista Diálogos. Psicologia Ciência e Profissão. Brasília, nº 5, dez.2007.

COOPER; Cary L. (Eds.). **Employee well-being support: A workplace resource**. New York: John Wiley and Sons Ltd, 2008.

DEJOURS. *O fator humano*. Tradução Maria Irene Stocco Betiol, Maria José Tonelli. Rio de Janeiro: Editora Fundação Getúlio Vargas, 1997.

DUTRA, D. *Qual é o papel do psicólogo nas organizações?* Disponível em:

EINARSEN, S.; HOEL, H. Bullying and mistreatment at work: How managers may prevent and manage such problems. In: KINDER, A; HUGHES R.; 2008.

FABRO, A. C. *Assédio moral no trabalho: identificando na literatura medidas de combate por parte de organizações*. Relatório PIBIC – Programa de iniciação científica – UFSC, 2011.

FEINBERG, Mortimer R. *Psicologia para administradores*. São Paulo: Papellivros, 1965.

FREITAS, M.E. **Quem paga a cota do assédio moral?** In: RAE-Eletrônica, V6, N 1, art. 5, jan/um, 2007 . www.rae.com.br/eletronic. acesso em 25 maio de 2020.


FREITAS, M.E; HELOANI, J. R.; BARRETO, M. *Assédio Moral no Trabalho*. São Paulo: Cengage Learning , 2008.

GUEDES, Márcia Novaes. *Terror psicológico no trabalho*. 3ª Ed. São Paulo: LTr, 2008.

GUIMARÃES. L. A. M; RIMOLI, A. O. *Mobbing (assédio psicológico) no trabalho: uma síndrome psicossocial multidimensional*. 2006. Disponível em http://www.assediomoral.org/IMG/pdf/Mobbing_conceitos.pdf. Acesso em 25 maio de 2020

HELOANI, J.R. *Assédio Moral* – um ensaio sobre a expropriação da dignidade no trabalho. In: RAE-Eletrônica, v3, n 1, art. 10, Jan/jun, 2004. www.rae.com.br/eletronic. Acesso em: 25 maio de 2020.

HIRIGOYEN, Marie – France. **Assédio moral: a violência perversa no cotidiano**. 10ª Ed. Rio de Janeiro : Bertrand Brasil, 2008 <http://www.institutomvc.com.br/artigos/post/qual-e-o-papel-do-psicologo-nas-organizacaoes>. Acesso em: 25.maio. 2020.



Amazonasatual.com.br. *Justiça do trabalho no Amazonas registrou 633 ações de assédio moral em 2018*. Disponível em: <https://amazonasatual.com.br/justica-do-trabalho-no-amazonas-registrou-633-acoes-de-assedio-moral-em-2018/>. Acesso em 25 maio de 2020.

SILVA, Jaqueline Heldt. *Assédio Moral nas Relações de Trabalho frente ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. 2006. 23/24f. Monografia (conclusão de curso). Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul.

STANDLER, J.S. *O Assédio Moral: Uma análise da teoria do abuso de direito aplicado ao poder do empregador*. São Paulo: LTr, 2008.

ZANELLI, José C.; SILVA, Narbal. *Interação humana e gestão: a construção psicossocial das organizações de trabalho*. São Paulo: Casa do Psicólogo, 2008.

CAPÍTULO 17

O SISTEMA MIDIÁTICO COMO MECANISMO DE PROPAGAÇÃO DO PUNITIVISMO PENAL

Marco Antonio Retamar Arbiza, Pós-graduando pelo Complexo e Ensino Renato Saraiva

Maria Elizabeth Marinho de Souza, Pós-graduanda pelo Complexo e Ensino Renato Saraiva

RESUMO


O presente artigo visa trabalhar com o tema da influência da mídia a partir da ótica do Direito Penal brasileiro, mostrando-se esta uma temática pertinente devido à grande repercussão social de tal situação. Ainda, conta-se com uma análise jurídico-sociológica, trabalhando com o surgimento dos veículos midiáticos, além da questão da influência da opinião da programação brasileira, quanto às garantias penais, no pensamento da população. O método de abordagem trabalhado é o dedutivo, através do qual se utilizam premissas, quais sejam os comportamentos da mídia e da população, para se deduzir uma conclusão quanto ao fomento do punitivismo no Brasil. Assim, conclui-se que o desatrelamento do Estado e da mídia, juntamente com o dever de a mídia ser imparcial, são uma das bases necessária para que a onda punitivista, gradativamente, cesse e que os detentos sejam tratados com dignidade e possam, desta forma, ser reinseridos na sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: punitivismo penal; mídia brasileira; senso comum.

INTRODUÇÃO

A mídia possui grande influência na tomada de decisões popular. Desta forma, ela deve(ria) ser o mais imparcial possível, transmitindo apenas informação, e não opinião. No entanto, esta não é a realidade brasileira: atualmente, conta-se com uma enorme onda de informações *viciadas*, ou seja, informações não isentas, repletas de opinião pessoal.

O Direito Penal brasileiro atual adota a teoria eclética da pena, a qual intenciona que a lei penal seja utilizada com a função de retribuir o fato agressivo cometido pelo autor do crime - isto é, punição - e, conjuntamente, ressocializá-lo, prevenindo o acontecimento de novos delitos. Desta forma, observa-se que o Decreto de 1940 preocupa-se com os acontecimentos após o agente sair do sistema prisional, visando a reinserção social, benéfica não somente para o ex-presos, mas também para o corpo social.



No entanto, os meios de comunicação atuais tendem a adotar uma posição predominantemente punitivista. Ou seja, julgam que os detentos devem ser punidos a todo custo, sem importarem-se com pós-cárcere. Suas opiniões pessoais são passadas para a população, mascaradas de informações neutras. O resultado, então, é uma massa popular viciada, com a convicção de que seus dogmas provém de sua opinião pessoal, sem analisar a maneira como a “informação” lhe é transmitida.


Desta forma, a população, principalmente via manifestações populares ou textos em redes sociais, afirma sua revolta no tocante ao “país da impunidade” em que vivem. Novas gerações são formadas com as mesmas convicções e, logo, o Brasil clama por punitivismo sem, ao menos, preocupar-se em entender a lógica adotada pelo Direito Penal. Porém, importante observar que o punitivismo não subsiste apenas nos clamores do povo, mas, sim, perpetua-se através das decisões majoritariamente acusatórias atualmente proferidas. Assim, pode-se averiguar que as tensões populares atingem o Estado, o qual, através de seus servidores, seja por questões pessoais ou econômicas, acaba por ceder ao senso comum, muitas vezes valendo-se da discricionariedade judicial.

Por conseguinte, conclui-se que o Estado tem o encargo de apegar-se aos ditames do Direito Penal e, logo, do Direito Constitucional brasileiro. O desatrelamento do poder público e dos veículos midiáticos, somado ao dever de as grandes mídias deterem-se a transmitir apenas informações livres de motivações pessoais, formam um dos vários pilares para que obtenha-se êxito em conquistar uma sociedade livre do punitivismo penal.

Mídia e Democracia: um breve histórico

O primeiro meio de difusão de informações concentrados, denominado Impressão Régia, formou-se em meados do século IX, no então Brasil Império. Tal cenário possuía como vigente o regime político autocrático, o qual, distintivamente da democracia, não contava com a participação popular nas decisões do governo. Desta forma, o papel midiático era básico, qual seja disseminar informações, sem importar, porém, no esclarecimento da nação, visto que este não era, sequer, desejado.

Após a revolução de 1930, que materializou a tomada do poder político por Getúlio Vargas, desencadeou-se uma série de acontecimentos que levaram o Brasil à primeira eleição direta, tais como a elaboração de uma nova Constituição e ações visando a conquista de direitos sociais, como salário mínimo, carga horária de oito horas diárias, entre outros. Desta



feita, em 1945 fora eleito, diretamente, para o cargo de presidente, Eurico Gaspar Dutra, refletindo a vontade do povo, que escolheu de maneira democrática seus representantes. Assim, tendo a democracia seu condão na máxima “poder nas mãos do povo”, representa uma conquista para a população na medida em que esta adquire voz e vigor.


Com o golpe militar, o Brasil presencia um momento de real e efetiva interferência estatal na função midiática, sendo os veículos de informação fiscalizados e controlados pelos detentores do poder. Assim, as informações que não fossem de interesse dos militares eram censuradas, sem chegar ao povo. Após vinte anos de poder autoritário, sobrevieram ares esperançosos, materializados, principalmente, no movimento denominado “diretas já”, o qual clamava pela reabertura democrática por meio das eleições diretas para cargos do governo. Nesse sentido, a mídia obteve importante papel, informando e auxiliando nas convocações de manifestantes e, assim, cooperando não somente para a difusão de informações, mas para o efetivo avanço da nação.

Destarte, a mídia representa um importante instrumento para auxiliar a nação à prosperidade, aspirando os objetivos da república prescritos no artigo terceiro da Constituição, como garantir o desenvolvimento nacional e promover o bem de todos. Tal auxílio se daria por meio da execução de sua função primordial: difusão de informações para corroborar com a emancipação individual e desenvolvimento da nação.

Compreende-se, então, que a democracia visa empoderar seu povo, fornecendo-lhe a atribuição de tomar decisões que venham a refletir no país. Assim, a mídia, sendo um dos maiores pilares de poder e informação atuais, deveria cumprir um papel em favor da democracia: fornecer notícias sem condão de opinião. Sem este ofício, não poderia o país perpetuar-se verdadeiramente democrático, uma vez que a maior parte da população estaria apenas reproduzindo as convicções de uma pequena, porém poderosa, parcela: os donos do veículo midiático.

As pretensões viciadas do povo: o sistema midiático como veiculador da arbitragem de seus empreendedores

Na época atual, os meios de comunicação de fácil acesso, tais como televisão aberta e as demais informações disseminadas na internet, se apoderaram da vida dos mais diversos grupos de pessoas, afetando desde os jovens até os trabalhadores. Assim, visto que a mídia é detentora do horário de lazer do povo brasileiro, é congruente o entendimento de que a




informação exposta no veículo de comunicação afeta, consciente ou subconscientemente, o telespectador e suas concepções.

A situação de ter a mídia como parte dos fatores formadores da convicção do povo seria de extrema importância positiva, se aquela fosse imparcial - prestando-se apenas para fornecer informações destituídas de valor subjetivo, difundindo informações. No entanto, atualmente, a realidade encontrada é aquela em que os “*donos do poder*” contemporâneos (com base na obra de Raymundo Faoro, “Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro”, de 2001, acrescido do termo “contemporâneo”, simbolizando os indivíduos que valem-se da mídia para tornarem-se, de fato, detentores do poder) articulam os fatos da maneira que os convém, propagando sua vontade através do meio mais eficaz de atingir os cidadãos: o sistema midiático.

Assim, desenvolve-se um processo viciado de absorção de informações, em que o indivíduo crê que aquela é sua maneira de pensar, quando, em verdade, é simplesmente o que a mídia, gradativamente, o impôs. William Gamson, ao realizar um estudo acerca da influência do discurso da mídia nos indivíduos, em seu livro *Falando de Política*, na página 154, entende que “Frequentemente é difícil saber ao certo se uma consideração se remete ao discurso da mídia, porque as pessoas não conseguem identificar a fonte de seu conhecimento”. Ou seja, o povo, ao absorver de maneira viciada informações proporcionadas pelos meios de comunicação, não distingue se tal consideração advém de seu conhecimento ou de mera reprodução midiática.

Importante, ainda, alertar para o fato de que a mídia está entrelaçada na sociedade, sendo suas informações sempre consideradas legítimas pelo povo. Raro presenciar casos em que trabalhadores, os quais, em sua maioria, chegam em seus domicílios apenas no período da noite e têm tempo somente para assistir as notícias enquanto se alimentam, questionam a veracidade acerca das informações que lhes são transmitidas em horário nobre. Destarte, o cidadão brasileiro compreende a mídia como sua fonte de informações transparentes, aceitando o que lhe é transmitido, vez que está acostumado com o fato de o sistema midiático e sua estruturação fazerem parte de seu cotidiano.

O “consenso” é a conformidade – mais ou menos completa – que existe em uma dada sociedade sobre suas estruturas, hierarquias, orientação, etc. [...] Falar de “consenso” é reconhecer que o poder repousa sobre as crenças, sobre a aceitação, sobre a conformidade; falar de “poder” é admitir que o “consenso” não é espontâneo nem automático e que a coação e a força desempenham também o seu papel. [DUVERGER, 1981, p. 15-16]



Ainda no tocante ao vício, resgata-se os ensinamentos de Immanuel Kant que, em 1784, trazia seu entendimento acerca da “menoridade humana” e suas causas, caracterizando-a como “a incapacidade de fazer uso de seu entendimento sem a direção de outro indivíduo”, expondo que é trabalhoso “para um homem em particular se desvencilhar da menoridade que para ele se tornou quase uma natureza” (2013, p. 64), e elencando a preguiça e covardia como alguns dos pontos que colaboram para que o homem continue menor. Assim, observa-se que, ao transmitir suas convicções ao povo como se verdades fossem, a mídia interfere consideravelmente no processo do indivíduo em busca da saída da “menoridade” e consequente passagem para a “maioridade”, o que se conquista através do “esclarecimento”.


As observações do renomado filósofo condizem com a situação de que o homem, atualmente, mostra-se incapaz de fazer uso de seu entendimento próprio e uma das razões para tal é encontrada no fato de que a mídia tem exposto pensamentos e ideais prontos, acostumando e estimulando o indivíduo a ter preguiça de pensar por si. Ora, um homem habituado a apenas reproduzir o que escuta e não desenvolver um pensamento próprio e crítico para chegar a conclusões, tende, por tal situação ter se tornado sua natureza, a continuar menor, sentindo preguiça de libertar-se de sua menoridade.

No entanto, o cidadão não atenta-se para o fato de que os meios de comunicação atuais não o fornecem notícia imparcial, mas sim a convicção de seus empreendedores. Assim, os detentores dos veículos midiáticos utilizam desta plataforma para fazer com que seus dogmas pessoais tornem-se a opinião do público. O resultado é uma mídia desvinculada de seu papel democrático, qual seja de difundir informações neutras para auxiliar no desenvolvimento e esclarecimento do povo, e uma população “porta-voz” dos *donos do poder*.

O punitivismo fomentado pelo clamor popular viciado

O Direito Penal e a Teoria Eclética da Pena

A Constituição Federal de 1988 possui caráter de supremacia, ou seja, norteia todo ordenamento jurídico brasileiro no sentido de retirar, por meio do Poder Judiciário, a validade de uma norma jurídica contrária à Constituição. Constatado tal fato, o Código Penal brasileiro, ainda que de criação anterior à nossa Carta Política, possui congruência com a mesma por força do instituto jurídico da recepção, ou seja, o Código Penal não contradiz a Constituição, por isso é vigente. Desta feita, o diploma repressivo disciplina a matéria



criminal, estabelecendo bens jurídicos relevantes e protegendo-os dos ataques mais graves por meio da promessa da sanção (pena), limitado-se por diversos princípios. Nesse sentido, a pena representa importante instrumento de coerção social e possui objetivos distintos a depender da lente teórica utilizada na análise.

Pode-se constatar a existência de quatro fontes teóricas que tratam acerca da função da pena. A Teoria Absoluta entende que a pena tem como fim a retribuição, apenas. Seria uma ação natural de retribuir a agressão sofrida, visto que a pena seria uma retribuição àquele que transgrediu normas legitimadas pelo povo. Há também a Teoria Abolicionista da pena, que não encontra idoneidade no fim das penas - logo, nesta abordagem, preza-se pelo acordo entre as partes (vítima e criminoso) para proporcionar a volta do *status quo ante*. Para Teoria Relativa da pena, a finalidade desta é evitar o acontecimento de novos delitos, e essa caráter preventivo é fundamentado na ressocialização dos que já transgrediram as leis penais. Por fim, tem-se a Teoria Eclética, que busca unificar as matrizes doutrinárias a fim de estabelecer um Direito Penal com a função de retribuir o fato agressivo e, ao mesmo tempo, ressocializar o agente do fato para evitar o acontecimento de novos crimes.

Discorridos tais fatos, a realização de simples análise do artigo 59 do Código Penal induz à conclusão de que o ordenamento jurídico brasileiro adotou a Teoria Eclética da Pena em relação ao funcionalismo desta, na medida em que o dispositivo legal prescreve que o juiz, atento às circunstâncias do fato criminoso, fixará pena adequada e idônea para reprovar e prevenir o crime.

Deste modo, entende-se a posição do ordenamento jurídico acerca da funcionalidade da pena, na medida em que é estabelecido expressamente no texto legal qual o objetivo a ser almejado com a sanção: responder o fato delituoso e, ao mesmo tempo, prevenir o cometimento de novos crimes por meio da reinserção do agente ao meio social. Logo, esta pretensão deve ser buscada pelo Estado e os entes da sociedade, de maneira que se atinja o desenvolvimento nacional aspirado pela Constituição Federal.

A mídia e o fomento à quebra da lógica penalista

Realizada tal análise, o papel dos meios de comunicação deveria ser, ao exercer sua função primordial de difusão de informação, respaldados pelos direitos e garantias fundamentais presentes na Constituição, auxiliar no desenvolvimento da nação na medida em que repassa a importância da função da pena e o motivo que levou a recepção do Código


Penal pela Constituição de 1988, divulgando dados verídicos e os reais problemas do tema. Ocorre que isso não é o que acontece, visto que, norteados por interesses individuais, a mídia majoritária difunde informação infundada, pautada pelo senso comum, sem nenhuma profundidade de conhecimento, contribuindo para a disseminação de ideias contrárias ao ordenamento jurídico.

O que é transmitido à maioria da humanidade é, de fato, uma informação manipulada que, em lugar de esclarecer, confunde. Isso tanto é mais grave porque, nas condições atuais da vida econômica e social, a informação constitui um dado essencial e imprescindível. Mas na medida em que o que chega às pessoas [...] é, já, o resultado de uma manipulação, tal informação se apresenta como ideologia. [SANTOS, 2012, página 39]

Nesse sentido, em informações divulgadas na Apelação Nº 1053567-95.2015.8.26.0100, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o jornalista José Luiz Datena, que trabalha para Rede Bandeirantes, grupo possuidor de importante meio de comunicação brasileiro, realizou comentários que induzem à crença de que o local do cumprimento da pena, que se pretende a punição e ressocialização, representa uma colônia de férias repleta de regalias, deduzindo que há um abrandamento no cumprimento da pena e uma verdadeira impunidade. Tais alegações mostram-se inverídicas, sendo facilmente contestadas pela realidade vivida no cárcere, a qual tem base na sistemática e cotidiana violações da dignidade da pessoa humana ocorrida dentro do sistema prisional.

A exemplo disso, encontra-se o divulgado pelo site Estado de Minas no tocante ao explanado por César Muñoz, pesquisador da *Human Rights Watch*, o qual visitou as penitenciárias do Complexo de Curado e de Pedrinhas, situadas, respectivamente, em Pernambuco e Maranhão: “Entrar num presídio no Brasil é uma volta no tempo, quase à Idade Média. São celas escuras, sem ventilação, absolutamente insalubres, especialmente para os presos que estão no seguro”.

Outro exemplo importante para ilustrar a imparcialidade midiática refere-se a conduta da jornalista Rachel Sheherazade, apresentadora de importante jornal do Sistema Brasileiro de Televisão (SBT), um dos principais meios de comunicação brasileiros. A apresentadora narra no seu site pessoal, de maneira sensacionalista, o fato de um indivíduo amarrado a um poste suspeito de realizar atos criminosos na região, mencionando que tal ato foi praticado por justiceiros. Ainda, a jornalista insinua compreender a atitude dos justiceiros, visto que o Estado não encarcera criminosos. Também, ao final, sugere que os defensores dos direitos humanos adotem um bandido, materializando a leviandade do comentário, em contraponto à



idônea função dos meios de comunicações e não auxiliando, de maneira alguma, para o desenvolvimento da nação.

Isso demonstra a postura dos meios de comunicação populares do Brasil em relação ao tema da função da pena. O sistema midiático não busca difundir informações verídicas e fundamentadas para fins de alavancar o desenvolvimento e esclarecimento da nação, mas sim visa fomentar ideais contrárias aos ditames estabelecidos pelo Código Penal, sem esforçar-se para apanhar um suporte de conhecimentos confiáveis e verídicos para seus argumentos, o que acaba por proporcionar um ambiente hostil à prosperidade social pretendida pela Constituição Federal de 1988.


A reação popular no tocante às opiniões punitivistas midiáticas

No tocante ao cenário do cárcere brasileiro e o posicionamento popular acerca deste, a mídia atual corrobora para uma formação de opinião contrária à pretendida pelo Direito Penal brasileiro. Assim, notícias midiáticas punitivistas são capazes de conquistar simpatia e identificação por parte dos telespectadores não familiarizados com a realidade das prisões atuais.

Neste sentido, como anteriormente explanado, Rachel Sheherazade constantemente dissemina opiniões pessoais e de ódio em seu site. Sendo uma figura pública, o resultado não poderia ser outro: encontra-se, na página, diversos comentários populares em apoio à jornalista. Seu público, o qual já adotou a sensação de viver em um país de impunidade, utiliza a posição pessoal de Sheherazade como dado oficial e informação inquestionável. Assim, quando estes indivíduos manifestam-se sobre o tema, levam seus ouvintes a auferir crédito a suas palavras. Afinal, estranho seria, para a maior parte da população, considerar que o que a mídia, através de seus jornalistas, passa, não condiz com a realidade.

Os tempos vividos são nebulosos, e a instabilidade experimentada é catalisada por altos índices de criminalidade, explorados e propalados pela mídia, muitas vezes de forma açodada e, por que não, irresponsável. Os discursos de ódio e clamores punitivistas conquistam adeptos e audiência, disseminando opiniões prontas e infensas a qualquer reflexão crítica. [COSTA, 2016]

Destarte, grande parte da população não cala-se diante de tais assuntos, ainda que sobre eles não tenha maior conhecimento do que o assistido na televisão. Como resultado, o povo brasileiro encontra-se cercado de comentários e textos vindos dos chamados “filósofos de facebook”, os quais acreditam fielmente nas informações que propagam, ainda que sequer tenham pesquisado sobre elas.



Ocorre que, a disseminação de tal tipo de conteúdo é excessivamente veloz, o que acaba por explicar um pensamento inverídico e infundado, embasado, em um primeiro momento, em uma informação parcial prestada pela mídia. Esse tipo de ideia acaba, pelo instrumento da repetição, tornando-se tão natural que aparenta ser impassível de questionamento.


Os saberes populares adquiridos na convivência do cotidiano cultural, mesmo quando carregados de fantasia, imaginação e preconceitos, são incorporados pelo senso comum como conhecimentos reais e verdadeiros. São, por isso, transformados e assumidos como conhecimentos naturais. [ANDREOLA, 2012, p. 97]

Desta maneira, cria-se uma exorbitante quantidade de informações infundadas que circulam pelos meios de comunicação tornando-se naturais. Assim como o comentário de Sheherazade, diversos outros são disseminados nestes meios, influenciando o pensamento do povo acerca da política criminal e o Direito Penal, criando a sensação de impunidade, o que, ao final, afeta a atuação estatal neste ramo do direito, na medida em que a população, com fulcro em declarações inverídicas, pressiona as instituições estatais no de aumentar a punitividade.

A conduta estatal perante a onda punitivista

Visto que o Poder Público tenta, em regra e ao máximo, reproduzir o que clama seu povo, o Estado brasileiro vem, continuamente, reproduzindo o entendimento comum traduzido na frase “direitos humanos para humanos direitos”, ao aplicá-lo nas penitenciárias. O Estado não apenas mostra-se omissos para assegurar direitos básicos aos presos, mas, ainda, faz questão de violar tais direitos. Desta forma, gradativamente, é construído o senso comum de que os direitos humanos não devem ser aplicados às casas penitenciárias.

Um exemplo claro de tal conduta propagada pelo sistema midiático e ratificadas pelo Estado se materializa no ato, anteriormente mencionado, do jornalista José Luiz Datena, que trabalha para Rede Bandeirantes, grupo possuidor de importante meio de comunicação brasileiro. O apresentador foi demandado judicialmente a indenizar o autor por danos morais pelo fato realizar comentários incitando ódio a determinado indivíduo que cometeu fato criminoso, imputando inverdades acerca do sistema carcerário brasileiro ao alegar que o agente a que se referia estava em “colônia de férias”. O Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, na Apelação Nº 1053567-95.2015.8.26.0100, no ano de 2017, ao examinar apelação interposta pela parte autora, entendeu que a conduta do jornalista corresponde a exercício regular de direito de livre manifestação, explanando que o fato é de interesse público e o



apresentador poderia realizar manifestações levianas acerca do autor do delito e do sistema carcerário, mesmo que esse último não esteja de acordo com a realidade.

A situação anterior transparece a maneira com a qual a mídia conduz o tema da criminalidade do país e como o Estado tende, por vezes, a procurar conter a situação, ainda que vá contra a verdade e o Direito Penal. No acórdão supracitado, o relator manifesta seu entendimento de que os comentários do jornalista são inverdades, porém, ainda assim, mostram-se condizentes com o fato de um apresentador transmitir informações viciadas para a população. Ou seja, o tribunal testemunha a mídia descumprindo seu papel de imparcialidade e nada faz, mesmo conhecendo do grande poder que a televisão brasileira possui.

A conduta do Tribunal de São Paulo procurou preservar Datena, um apresentador que, com frequência, emite comentários imparciais e incondizentes com a realidade carcerária, e, uma das motivações para tanto pode ser encontrada no fato de que José Luiz, atualmente, representa significativa parte da população do Brasil. Condenar Datena seria afirmar que as convicções populares encontram-se errôneas de um ponto de vista técnico, assim levando o povo a revoltar-se ainda mais com o seu entendimento de que o Direito Penal defende a impunidade.

Diferente da realidade atual, o Estado e seus servidores devem possuir a obrigação da imparcialidade, visando melhorias sociais. No tocante à magistratura, por exemplo, a jurisdição dos togados brasileiros é norteadada por certos princípios, como o da imparcialidade e da investidura, os quais estabelecem, respectivamente, que a jurisdição só pode ser exercida por quem está investido no cargo através de ato legítimo e que o juiz deve ser um estranho ao processo, sem motivações particulares. Tais diretrizes possuem alicerces no fato de que a atividade jurisdicional deve ser *contramajoritária*, ou seja, deve conter os clamores da maioria que possam vir a ser desprovidos de conhecimento técnico para o assunto, aplicando a Constituição.

Porém, com a interferência midiática, o povo encontra-se profundamente alienado de acordo com opiniões de senso comum e, ainda que não devesse, isso acaba por afetar o poder público. Ou seja, as motivações dos juízes, por vezes, passam a ser não o Direito Penal e seu raciocínio, mas, sim, sua reputação. Assim, desvinculam-se das garantias do processo e sua lógica em nome dos clamores populares.

Os alicerces para uma sociedade desvinculada do punitivismo

A mídia e seu encargo neutro e democrático


O sistema midiático brasileiro, ao estar ciente de que representa a fonte de informação da maioria do povo, necessita guiar seus atos em conformidade aos ditames constitucionais e, conseqüentemente, democráticos. Caso contrário, ao pregar discursos sensacionalistas e inverídicos, a mídia constituirá uma grande barreira para o desenvolvimento consciente e esclarecido da nação que aspira a Constituição Federal.

Na medida que entende o significativo papel no contexto social, os meios de comunicação devem transpassar informações desprovidas de carga valorativa. Explorar fatos para fins de difundir a mensagem, e não entrelaçar informação com opinião e expor em um canal televisivo de rede aberta, como o fez Sherazade e Datena. Milton Santos, em seu livro “Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal”, na página 40, entende que no meio midiático: “Falsificam-se os eventos, já que não é propriamente o fato o que a mídia nos dá, mas uma interpretação, isto é, a notícia.” Ou seja, o tipo de conduta dos indivíduos supracitados induz o povo à percepção de que determinado relato é informação, contendo veracidade e profunda credibilidade, o que, na verdade, representa uma interpretação, com a efetiva carga valorativa, de determinado fato, o que nada contribui com o esclarecimento do povo.

Portanto, é plausível a consideração de que os meios de comunicação precisam rever seus atos. Não estimular a população por meio de discursos que sabem ser parciais e infundados é cumprir um papel democrático, permitindo que o povo forme suas convicções a partir de seu caminho de pensamento. A mídia exercer sua função de forma a prestar informações neutras é uma tarefa precisa e urgente para que a população renuncie da “preguiça”, resultando em uma massa popular que tenha consciência plena de suas decisões, o que, então, gera o verdadeiro desenvolvimento da nação.

O Estado e seu dever de desatrelamento da mídia

O resultado do crescimento do punitivismo penal e a supressão de garantias fundamentais está entrelaçado, como já visto, com a forma que pensa a sociedade atual, pensamento este fomentado, irresponsavelmente, pelos grandes meios de comunicação brasileiros. A sucessão de tais acontecimentos acaba por, mesmo que indiretamente, incentivar o Estado e suas instituições, como o Poder Judiciário, a atuarem de maneira



contrária ao estabelecido pelo Código Penal, no sentido de aumentar gradativamente o foco na punição e esquecer da ressocialização.

Ocorre que o Estado brasileiro, constituído como Estado de Direito, deve limitar suas atuações com fundamentos, submetendo-se ao Direito e não atendendo a variantes que pretendem ideais contrários a este, como apenas punir, esquecendo, intencionalmente, da ressocialização. Nesse sentido, o Estado, ao submeter-se ao Direito, deve buscar lucidez na representação jurídica mais expoente, qual seja a Constituição Federal, que significa a tradução da vontade do povo que norteará a conduta estatal.

Além do mais, vista a efetiva submissão ao Direito, prescrita constitucionalmente, a atuação do Poder Judiciário necessita buscar base não apenas na Carta Política, mas também nos códigos e leis existentes e convenientes com a Constituição, nos ditames da adequação formal e material. Assim, o Estado deve apoiar-se no Código Penal, principalmente no que cerne a função da pena, aspirando aplicar uma pena que possua o fim de punir e, ao mesmo tempo, ressocializar o indivíduo.

Logo, é de suma importância que o Estado entenda seu papel. Os respeitáveis princípios, tanto constitucionais, quanto penais, transparecem seu entendimento quanto a atuação do poder público e, para que se possa construir um corpo social empático e crítico, é preciso resgatar tais princípios. Os indivíduos por trás das instituições estatais, como os magistrados, acusadores e defensores, necessitam executar suas funções em conformidade com as diretrizes adequadas para a função, e não de acordo com o clamor social fomentado pelos meios de comunicação. Desta feita, faz-se necessário que o Estado atue na maneira prescrita constitucionalmente, fundamentado e submetido ao Direito.

O povo e o acolhimento da ressocialização

Em relação ao tratamento dos acusados, condenados e carcerários, a posição estatal deve guiar-se pelos moldes do Direito Penal atual, propagando a ideia de ressocialização e punição. O bom conduzimento dos detentos e a maneira com a qual eles são vistos pelo corpo social atingem diretamente a sociedade em si, e tal questão deve chegar ao conhecimento do povo: um ex-detento ressocializado corrobora para uma sociedade harmônica. Assim, é imprescindível que a população importe-se com o tratamento dos agentes, dentro e fora dos presídios, para que a realidade *pós-cárcere* conte, gradativamente, com menos índices de reincidência.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A partir da presente análise, pode-se observar, no tocante à mídias e direito penal, uma linha de situações que impulsionam o punitivismo: a mídia desconsidera os garantismos adotados pelo Brasil; logo, os telespectadores, repletos de notícias-opinião, gradativamente formam uma concepção viciada do que acham certo e errado, fazendo parte da massa popular que grita sobre impunidade no Brasil; o Estado, carregado de servidores preocupados com a reputação pessoal, ao conhecer de tais clamores, obedece às exigências populares.

Assim, é possível concluir que as decisões populares encontram grande base na mídia, sendo importante ressaltar que esta é apenas um dos vários mecanismos através dos quais o punitivismo se propaga. Desta forma, o Estado deve, ao máximo, buscar desprender-se das opiniões de senso comum e atrelar-se aos ditames do Direito Penal.

Desta forma, conclui-se que somente com o devido apreço à população e informação de qualidade - não opinião - a democracia é verdadeiramente respeitada. Ademais, através do desatrelamento de clamores externos ao Direito, pode-se construir uma atuação judicial com base nos fundamentos democráticos expressos na Constituição de 1988.

REFERÊNCIAS

ANDREOLA, Balduino Antonio (Org.). *Diálogos com Paulo Freire: ensaios sobre educação, cultura e sociedade*. Pelotas: Ed. da UFPEL, 2012.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. Diário Oficial da União, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940.


COSTA, Domingos Barroso da. *O fetiche punitivista e o colapso do Estado de Direito*. Publicado em 2 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2016-fev-02/tribuna-defensoria-fetiche-punitivista-colapso-estado-direito>>. Acesso em 20/01/2018.

DUVERGER, Maurice. *Ciência Política – Teoria e Método*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1981.

ESTADO DE MINAS, *Situação dos presídios brasileiros é um 'absoluto desastre', aponta a HRW*. Publicado em 13 de janeiro de 2017. Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/politica/2017/01/13/interna_politica,839159/situacao-dos-presidios-brasileiros-e-um-absoluto-desastre-aponta-a.shtml> Acesso em: 19/01/18

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: Formação do patronato político brasileiro*. 3 ed. rev. São Paulo:Globo, 2001.

GAMSON, William A. *Falando de política*. Tradução de Ângela Cristina Salgueiro Marques. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2011



SHEHERAZADE, Rachel. *Adote um bandido*. Publicado em 4 de fevereiro de 2014. Disponível em: <<http://rachelsheherazade.blogspot.com.br/2014/02/adote-um-bandido.html>>. Acesso em: 18/01/18

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO - Apelação Nº 1053567-95.2015.8.26.0100, Relator: Theodureto Camargo, 11 de setembro de 2017, 8ª Câmara de Direito Privado, Data de publicação: 11/09/17. Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=10779616&cdForo=0>>. Acesso em: 18/01/18

KANT, Immanuel. Resposta à pergunta: Que é "Esclarecimento"? In: KANT, Immanuel. Immanuel Kant: textos seletos. Tradução de Emmanuel Carneiro Leão. 9. ed. Petrópolis: Vozes, 2013. p. 63-71

CAPÍTULO 18

DIREITO ESPACIAL, ESTADO E AMBIENTALISMO: UM PLANETA EM DECLÍNIO

Maurício Fontana Filho, especializando em Ciências Sociais, UPF

Rodrigo Tonel, Mestre em Direito, UNIJUI

Queli Cristina Braz Persich, graduanda em Direito, UNIJUI

RESUMO


A pesquisa trata dos avanços do direito espacial, com foco em sua origem e contexto histórico, partindo da premissa da degradação ambiental avançada. Analisa-se, ao mesmo tempo, as relações econômicas que emanam da descoberta de novos campos, mais precisamente o espacial, e o que o produto da exploração comercial de sua matéria representa. O ambiente terrestre, devastado por séculos de ação humana passa, com o empreendimento espacial, a ser superado pela perspectiva de sobrevivência em outros planetas, seja através de novas fontes de recursos, seja pela colonização de ambientes aptos a suportar a vida humana. A metodologia é aexploratória, dada a ainda hoje originalidade do tema, o qual é pouco debatido e de difícil acesso informativo. Realiza-se análise bibliográfica, principalmente a partir doperiódico ucraniano *Advanced Space Law*, especializado na temática. O direito espacial é um dos ramos mais inovadores da área do direito internacional, abarcando novos interesses a serem tutelados. Conclui-se de modo a atribuir às empresas de exploração espacial a expectativa de resultados significativos para com uma melhora na vida das pessoas, principalmente aquelas em situação mais vulnerável e corolário aos diversos fatores naturais do ambiente que tornam a vida na Terra pouco viável para as futuras gerações.

PLAVRAS-CHAVE: Ambiente; Direito espacial; Estado; Humanidade; Propriedade privada; Tratado do Espaço Sideral.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento da civilização humana é um fator importante na expansão das fronteiras de uma ciência como o direito internacional. A lei do mar surgiu com a conquista do oceano pelos humanos. A lei de regulamentação das relações do espaço aéreo resultou do uso de aeronaves e da conquista dos céus. Dessa mesma forma também foi criado o próximo ramo do direito internacional: o direito do espaço sideral.

A humanidade está se desenvolvendo ativamente. Na dimensão espacial, a direção mais promissora tecnologia é para o espaço sideral sem limites, que se estende desde a



atmosfera, a partir de uma altura de 100 quilômetros. O planeta Terra não é eterno, por isso o local de origem da humanidade mais cedo ou mais tarde terá de ser abandonado.

Na medida em que os recursos naturais do planeta forem se extinguindo, o que já vem ocorrendo de maneira frenética e com maior ênfase nas últimas décadas, a sobrevivência humana será consequência do sucesso empresarial, das suas novas tecnologias e inovações para dominar a esfera espacial. Aborda-se essa evolução tecnológica no espaço e como um direito internacional em adaptação compreende os avanços comerciais.


Na primeira seção, expõe-se dos males que vêm sofrendo o planeta, em diversos sentidos irrecuperáveis, pela ação humana coletiva. A segunda seção remete ao direito espacial, origem, fins e contexto histórico, assim como o ímpeto impositivo de organizações internacionais e os interesses de soberania estatal. O método empregado é o exploratório, em função da originalidade que representa a temática. Fez-se uso de pesquisa bibliográfica, principalmente analisando o pioneiro periódico ucraniano, o *Advanced Space Law*.

O principal objetivo da pesquisa é abordar o embate entre livre mercado e intervenção econômica dos Estados em matéria de direito espacial, também perpassando brevemente pelas legislações e os empecilhos que a tecnologia pode trazer, como uma negligência ambiental ainda maior da Terra por crer-se que existem outros planetas no espaço para se habitar.

ASPECTOS GERAIS DE UM PLANETA DEGRADADO

Diante do contexto real de ameaças às diversas formas de vida, aliado à incerteza científica, considerar o bem-estar das gerações futuras pode estar relacionado à própria sobrevivência da espécie, atual e das gerações posteriores (SOUZA; MACIEL, 2018). O conjunto de informações tecnológicas e industriais que vêm sendo desenvolvidos amplia o bem-estar coletivo e individual através de inúmeras facilidades de avanço proporcionadas, mas isso não significa que não aja dano ao planeta (LEVES; CENCI, 2018).

A ciência não nega mais que a atividade humana alterou a forma substancial de todos os aspectos naturais da Terra, criando uma situação de risco extremo não só para outras espécies, mas também para o próprio ser humano. Todas essas alterações geológicas e climáticas, assim como as da fauna e da flora, foram motivadas, em maior ou menor medida, pelo desejo humano, e esses são apenas seletivos elementos da complexidade que é a degradação do ambiente (CAMPELLO; AMARAL, 2020).




O clima está esquentando e os seres humanos são a causa disso, sendo que até 2100 é esperado que a temperatura aumente em torno de 2,6 graus, o suficiente para aumentar o nível dos mares de maneira significativa. O quão mais quente fica, mais espaço a água ocupa na mesma medida em que mais água derrete das geleiras, o que contribui para a precarização da vida no planeta (GARVEY, 2010).

O sol esquentava a Terra e parte desse calor é absorvido por gases da atmosfera, a partir daí o planeta os manda de volta para o espaço, porém, a queima de combustíveis fósseis lança alguns desses gases na atmosfera e seu excesso aumenta a temperatura da superfície. Assim, lança-se o gás carbono na atmosfera em excesso, o que capta calor e modifica a temperatura, aumentando o nível dos mares e tornando regiões inabitáveis. Os gases agem como uma manta sob o planeta, por isso do termo comumente utilizado de efeito estufa (GARVEY, 2010).

Essa manta engrossa com carbono e metano conforme mais gases são lançados na atmosfera, o que aquece o planeta com maior e maior intensidade. Algumas das consequências derivadas do efeito estufa são o aumento de chuvas fortes, tempestades e inundações, desmoronamentos, avalanches e deslizamentos de terra; a água potável se torna escassa e incêndios florestais, mais frequentes, enquanto que as terras para cultivo se danificam, assim como os furacões aumentam em intensidade e quantidade. Em determinados pontos do globo os ambientes se tornam extremamente úmidos, enquanto que em outros, extremamente secos (GARVEY, 2010).

O nível do mar aumenta e, com ele, mais áreas se tornam inabitáveis; por outro lado, a expectativa é de que o número de pessoas só aumente com o tempo, agravando ainda mais a situação. Assim, há que se refletir acerca de para onde irá o número crescente de indivíduos em um território mundial que apenas diminui com os corolários da ação humana, degradação climática e ambiental. Pode-se esperar um número massivo de desabrigados lutando por suas vidas enquanto que o acesso à água delimitado para áreas habitáveis.

A tendência geral é de acreditar na capacidade que a tecnologia tem para satisfazer as necessidades humanas por sobrevivência. Porém, para Theodore J. Kaczynski (2010), o terrorista e ecologista radical estadunidense, a resposta para os males que afligem o homem não está na tecnologia. Ele propõe que quando o veículo automóvel foi criado ninguém pensou que isso tiraria a liberdade do homem, mas pelo contrário, tal invenção tecnológica a



aumentaria significativamente, afinal, imensos territórios seriam percorridos com conforto e rapidez. Assim, um homem que caminhava poderia, a partir de então, passar a dirigir o seu veículo, enquanto que o homem que não tivesse interesse em assim prosseguir, poderia continuar caminhando.


De acordo com o autor, o avanço da tecnologia significa a unificação das diferentes nações, culturas e povos em um padrão unívoco, isto é, a evolução tecnológica é um impulso que condiciona todos os homens por mais divergentes que sejam, a viver um estilo de vida comum e nutrido pela tecnologia. O avanço tecnológico, portanto, se torna a estrutura central sob a qual tudo gira e sob a qual tudo depende (KACZYNSKI, 2010).

Dentro do viés de direito espacial, a lógica de Kaczynski (2010) representa pessimismo para com uma tecnologia capaz de levar o homem para além das incongruências e conflitos do ambiente terreno. O mundomoldado no entorno da invenção tecnológica do automóvel se assenta sob trechos florestais derrubados e habitats naturais extintos, isso em ordem de formar novas estradas. Um homem que antes poderia caminhar ao seu próprio ritmo, mais recentemente tem de se submeter ao passar de veículos, aos regulamentos de trânsito e aos efeitos sonoros das novas tecnologias.

Quando um novo item de tecnologia é introduzido como uma opção que o indivíduo pode aceitar ou não, ele não necessariamente PERMANECE opcional. Em muitos casos a nova tecnologia muda a sociedade de tal maneira que as pessoas eventualmente se encontram FORÇADAS a usá-la. (KACZYNSKI, 2010, p.76, tradução nossa).

Assim, a tecnologia pode de fato possuir um impacto condicionador sobre a sociedade, incitando os povos a se entregarem ao bem-estar proporcionado e, com isso, negligenciar outros elementos. Como os veículos que precisavam de estradas sob as florestas que já cessaram de existir, a vida em outros planetas pressupõe tecnologias que não tem ainda o seu impacto definido e nem delimitado.

A música Deth Starr da banda Tenacious D (2020) traduz com distinção irônica problemática e o pensamento social no tocante ao momento tecnológico em que se vive. A lógica abarca que se a Terra está em declínio, há que se falar em se desenvolver tecnologias para abandoná-la. Desta forma, a autocrítica individual e coletiva não é realizada, mas substituída por um raciocínio de imediato perdão e superação: já que a Terra está arrasada, deve-se encaminhar o gênero humano a outro domínio.




Eis a letra da música: o mundo está virando uma merda/A Terra não tem chance/Furacão Tufão destruirá a cidade/Temos que limpar os céus e reciclar/Temos que parar a superpopulação/Mas o mais importante de tudo/Temos que construir um Deth Starr/Deth Starr, é uma porra de uma nave/É um filho da puta, pessoal/E nós estamos construindo, vai/Leve-nos para o céu/Não precisamos da Terra/Nós vamos voar alto, porra/Deth Starr é um filho da puta, pessoal/Vou nos levar para o espaço sideral/Se reúna filho da puta/Vamos começar uma nova/Raça humana no céu/No céu (TENACIOUS D, 2020).

Os problemas contemporâneos se tornam mais e mais complexos em face do descaso generalizado. O aquecimento global, poluição, superpopulação, colisão de asteroides, escassez de recursos naturais, guerras nucleares, doenças epidemiológicas e pandêmicas, queimadas e a certeza de que em algum momento o sistema solar vai cessar são apenas alguns dos mais impactantes vícios que se impõem. A busca por caminhos alternativos para a sobrevivência humana se centra na tecnologia, mineração e colonização de outros planetas. A crescente possibilidade de extinção da humanidade motiva a tão necessária adaptação. O perigo está em adaptar-se em negligência a um ambiente que ainda abriga possibilidades.

AVANÇOS NO DIREITO ESPACIAL E ALTERNATIVAS POSSÍVEIS ANTE A CRISE AMBIENTAL

A era espacial foi inaugurada com o lançamento do Sputnik I em outubro de 1957. Já conheceu dois sistemas de hegemonia mundial: o bipolar, em que se confrontaram as lideranças dos Estados Unidos da América (EUA) e da União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS); e o unipolar, vigente hoje, sob a supremacia incontestável dos EUA. Os dois sistemas se caracterizam por impactos bem distintos sobre o processo de criação do direito espacial. Quase todo o corpo jurídico é criado sob o primeiro sistema, que se desfaz, em grande parte, com o colapso da URSS em 1991 (MONSERRAT FILHO; SALIN, 2003).

Nos anos de 1960 e 1970 surge e avança um intenso trabalho de elaboração de acordos. Todo ele se passa em um único plenário legislativo, o Comitê das Nações Unidas para o Uso Pacífico do Espaço Sideral (COPUOS), com seus dois subcomitês, o Jurídico e o Científico-Técnico (MONSERRAT FILHO; SALIN, 2003). “Vitoriosas na Segunda Guerra Mundial, as duas superpotências, separadas por intensa rivalidade política e estratégica, digladiam-se desde os anos de 1940 numa ‘guerra fria’, capaz de ‘esquentar’ a qualquer



instante com o uso de armas de destruição em massa.” (MONSERRAT FILHO; SALIN, 2003, p.261).

Estas armas eram inicialmente transportadas por aviões, mas logo se conclui que o melhor seria lançá-las por meio de mísseis balísticos intercontinentais. Os EUA e a URSS se lançam então à corrida pela criação do primeiro míssil balístico intercontinental. O objetivo de ambos é tornar-se a primeira potência espacial do mundo (MONSERRAT FILHO; SALIN, 2003). “Este é o clima em que se inaugura a Era Espacial e começam a ser lançadas as bases do Direito Espacial, ou seja, da regulamentação das atividades espaciais.” (MONSERRAT FILHO; SALIN, 2003, p.263). Assim, o direito espacial advém dos conflitos da Guerra Fria.

A primeira grande decisão espacial foi de que os EUA e a URSS concordavam em que a novíssima questão espacial seria debatida e regulamentada na Organização das Nações Unidas (ONU), onde, para tanto, cria-se, em 1959, o COPUOS, então composto por 24 países, enquanto que em 2003 passam a ser 65. Isso permitia um tratamento mais aberto e transparente sobre a temática (MONSERRAT FILHO; SALIN, 2003).

É evidente a importância de se chegar ao espaço sideral e desenvolver tecnologias capazes de extração mineral dos asteroides para a sobrevivência humana ante um planeta em declínio. Como resultado, surgem várias questões por resolver, nomeadamente, os problemas de consolidação legislativa da titularidade das jazidas mineiras e matérias espaciais, de planetas e astros longínquos, assim como acerca da soberania nacional e internacional (KOBZAR; DANYLENKO, 2019; BEZZUBOV, 2020).

Mais de 100 anos de história têm a categoria de lei espacial, que foi mencionada pela primeira vez em obras científicas de cientistas franceses, em 1910. A lei do espaço daquela época era uma ideia sem forma nem conteúdo. A primeira monografia sobre direito espacial foi publicada em 1932. Breves publicações científicas dedicadas ao direito espacial surgiram na década de 1930 e 1940 (HALUNKO, 2019).

A primeira tese de doutorado sobre o assunto foi defendida em 1953. Em outubro de 1957, o primeiro satélite artificial entrou na órbita da Terra. Portanto, o período anterior a 1957 é uma elucidação mitológica, ficção científica e teórica de prováveis relações sociais que potencialmente poderiam surgir e serem regidas pela lei ante a atividade humana no espaço sideral. Legislações espaciais surgiram a partir destas premissas de discussão teórica (HALUNKO, 2019).

As Nações Unidas (2002) definem a Lei Espacial como o corpo de leis que rege as atividades relacionadas ao espaço. Trata-se, portanto, de uma forma de lei internacional geral, a qual compreende uma variedade de acordos internacionais, tratados, convenções e resoluções da Assembleia Geral das Nações Unidas, bem como regras e regulamentos de outras organizações internacionais. Assim, o direito espacial caracteriza-se como um dos ramos mais jovens da jurisprudência.


A lei espacial é um conjunto de princípios e normas jurídicas internacionais que rege as relações entre Estados e com organizações internacionais em conexão com a exploração e uso do espaço, que determina o estatuto jurídico internacional do espaço, incluindo os corpos celestes. É um dos mais novos ramos do direito internacional (DRAZD, 2019, 18, tradução nossa).

Existem cinco principais tratados liderados pelas Nações Unidas no que tange a não-apropriação do espaço sideral por uma nação, poder militar ou entidade internacional, elementos iniciais importantes em assunto de regulamentação do espaço. São eles 1) o Tratado do Espaço Sideral, criado em 1967, que proíbe o uso de armas de destruição em massa no espaço, nas reservas da Lua e nos corpos espaciais; 2) O Acordo de Resgate, criado em 1968, que regula as obrigações de qualquer Estado para com qualquer espaçonave que possa apresentar indícios de situação perigosa (KRAUSE, 2017; ERLANK, 2015).

3) A Convenção de Responsabilidade, criada em 1972, que estabelece a responsabilidade pelas regras relativas às atividades espaciais. Quando um satélite nuclear da União Soviética caiu em 1978, a nação foi punida com base neste tratado; 4) A Convenção de Registro, criada em 1976, estabelece um sistema que identifica e registra objetos espaciais; 5) o Acordo da Lua, criado em 1979, mas que entrou em vigor apenas em 1984, propõe que o espaço sideral e suas riquezas sejam utilizados para fins pacíficos (KRAUSE, 2017; ERLANK, 2015).

O Tratado da Lua foi preparado pelo Comitê das Nações Unidas, mas com apenas 11 nações ratificadas. Ele afirmava que quaisquer recursos retirados do espaço deveriam ser compartilhados com todas as nações. Por outro lado, a maioria das nações não assinou ou ratificou esse tratado, dadas as implicações intrinsecamente coletivistas impostas aos países mais desenvolvidos (CHAMBERS, 1984).

Em comum acordo, os tratados abarcam o espaço sideral como um ambiente compartilhado pelos Estados e, por isso, a exploração deveria também possuir um caráter de compartilhamento. Com base nesta premissa de compartilhar o ambiente, os tratados



promulgados ganhavam respaldo nas reivindicações de coletivizar os resultados, elemento presente, em maior ou menor medida, em todos eles. A significação do termo exploração tomava várias formas, dentre elas há a econômica e a relacionada à pesquisa científica.


O Tratado do Espaço Sideral basicamente aponta elementos que uma nação precisa observar quando dentro do espaço. Seu principal objetivo na época de sua promulgação foi o de impedir que a corrida armamentista nuclear entre os EUA e a URSS chegasse ao espaço. Esse tratado estabelece os princípios que regem as atividades dos Estados na exploração e uso do espaço sideral até os dias de hoje (CHANG, 2017; KOSTENKO, 2020).

Ele afirma, por exemplo, que a Lua e outros corpos celestes devem ser explorados por todos os Estados com o único propósito da paz. Em outra seção, o tratado ensina que nenhuma nação pode se declarar soberana sobre qualquer parte do sistema solar, novamente visando a proteção em face de poderes imensuráveis (CHANG, 2017).

Assim, o espaço sideral pode ser livremente explorado e utilizado por todos os Estados, sem qualquer discriminação, com base na igualdade e de acordo com o direito internacional, tendo livre acesso a todas as regiões dos corpos celestes e planetas. O tratado estabelece ainda que o espaço cósmico, incluindo a Lua e outros corpos celestes, deve ser aberto à pesquisa científica, e os Estados devem facilitar e incentivar a cooperação internacional para atingir esse objetivo (BECERRA; RODRÍGUEZ, 2016; FERREIRA-SNYMAN; FERREIRA, 2019).

O entendimento de que a Lua poderia ser propriedade privada da nação que a conquistar vem desde há muito persuadindo países desenvolvidos, levando-os em direção à inovação tecnológica (PÉPIN, 1960). Em 1976, uma série de Estados equatoriais tentaram declarar seus direitos exclusivos sobre a órbita geoestacionária pelo fato de que a sua projeção passava pelo seu território, e os objetos deduzidos eram imóveis e logo acima dos pontos correspondentes na superfície da Terra; Tais pleitos não tiveram apoio e foram rejeitados, principalmente em função do baixo poderio bélico desses países para afirmar as suas reivindicações, mas também pelo impacto dos tratados espaciais em vigência (ОГОРОДОВ, 2008).

As normas relativas à liberdade de acesso a todas as regiões de corpos celestes e planetas para pesquisas científicas, com os Estados facilitando e estimulando a cooperação internacional nessas pesquisas, sinalizam o veto imposto pelo Tratado do Espaço Sideral a



qualquer tentativa de instalação da propriedade privada ou mesmo da indústria privada no tocante a riquezas minerais. Desta forma, a possibilidade legal de propriedade privada sobre corpos celestes é removida na medida em que a premissa básica é a validade do Tratado do Espaço Sideral e o compartilhamento de lucros (BECERRA; RODRÍGUEZ, 2016).


O artigo II do Tratado do Espaço Sideral afirma que “o espaço sideral, incluindo a Lua e outros corpos celestes, não estão sujeitos à apropriação nacional por reivindicação de soberania, por meio de uso ou ocupação, ou por qualquer outro significado.” (UNITED NATIONS, 2002 p.4, tradução nossa). Assim, dificuldades à privatização e determinação de fronteiras de soberania representam elementos concretos em meio ao abstrato normativo que a legislação espacial tenta preencher.

Além disso, o enfraquecimento da ideia de Estado soberano que vem se concretizando dificulta ainda mais qualquer materialidade de soberania no espaço. Se na Terra os Estados soberanos vêm sofrendo para se fazer impor ante a quebra de suas soberanias por organizações internacionais (LUHMANN, 2016), como esperar que um país possa estipular quais materiais celestes lhe pertencem?

Em termos gerais, as principais características predominantes que cercam o Tratado do Espaço Sideral são: a) o espaço sideral é livre para todas as nações explorarem e nenhuma reivindicação de soberania pode ser feita. As atividades no espaço devem beneficiar todas as nações e povos, mas nenhum bem pertence a ninguém em particular; b) armas nucleares e armas de destruição em massa não são permitidas na órbita da Terra, nos corpos celestes ou em outros locais do espaço sideral, com ênfase na paz espacial; c) os Estados são responsáveis por quaisquer eventuais danos que derivem de seus objetos espaciais, bem como por quaisquer atividades realizadas por seus cidadãos. Os Estados devem proteger o espaço sideral de qualquer contaminação prejudicial (HOWELL, 2017).

Uma empresa privada agindo por sua própria iniciativa não teria direito legal, portanto, a um lugar no espaço ou a um corpo celeste, mesmo que já tenha aí estacionado equipamentos permanentes. Assim, após os riscos e a inovação do empreender espacial, a recompensa é coletivizada.

Foi na medida em que alguns indivíduos alcançaram as estrelas que outros se voltaram para os livros jurídicos. Um ano depois que a URSS enviou o programa espacial Sputnik em 1957, a Assembleia Geral das Nações Unidas criou o COPUOS. Em 1960, o Instituto




Internacional de Legislação Espacial foi criado como uma agência não-governamental com o objetivo de desenvolver cartas jurídicas e impor a cooperação às nações em matéria de espaço. Suas principais funções foram as de trocar informação sobre o espaço sideral, manter registros do que as organizações governamentais e não-governamentais faziam no espaço e dar vigência à legislação espacial (CORREIA et al, 2017; HOWELL, 2017).

Entre 1950 e 1970 o mundo testemunhou um dos momentos mais importantes da exploração espacial, quando os EUA e a já extinta URSS se desenvolveram para chegar fora da atmosfera terrestre. O lançamento de novas missões espaciais representa o aprimoramento da ciência e da engenharia, que oferecem resultados de ponta não só para a exploração do espaço, mas também para os problemas que permeiam a vida na Terra. Produtos como o Teflon, GPS, código de barras e velcro surgiram das pesquisas espaciais (BRASKEM, 2017).

O lançamento de satélites artificiais impulsionou o setor de telecomunicações e até a agricultura. O ramo da medicina também tem se beneficiado muito com o desenvolvimento de soluções espaciais. Sistemas automáticos de medição de pressão arterial e equipamentos de alta velocidade para monitoramento cardíaco são exemplos dos benefícios da pesquisa espacial e do desenvolvimento tecnológico. Os voos comerciais para a Lua e a colonização de Marte estão entre os principais objetivos das novas fases da exploração espacial (BRASKEM, 2017), assim como a comercialização dos recursos lunares, o que pressupõe avançadas tecnologias de mineração (KRICHEVSKY; BAGROV, 2019).

Os asteroides são conhecidos por serem ricos em recursos valiosos como irídio, platina e paládio, que são raros na Terra (KOSTENKO, 2020). A Lua, na mesma lógica, possui bilhões de litros de água, os quais a tornam suscetível à exploração. A busca pela mineração de água abre espaço para a colonização espacial, pois encontrar água em um ambiente torna mais barato e fácil viver desta fonte do que transportá-la para a Terra (BASULTO, 2015).

As possibilidades de exploração de asteroides são inúmeras, incluindo-se quantidades inesgotáveis de metais preciosos e até o suporte logístico de colônias humanas na Lua ou em Marte, desde que já contenham combustível, água e outros materiais como fontes naturais. Os corpos rochosos que orbitam a Terra e se acumulam no cinturão de asteroides entre Marte e Júpiter são fonte de riqueza quase que inesgotável, tendo a água como principal atração para a vida além da superfície terrestre (MEJÍA, 2016).




Um único asteroide de 500 metros cúbicos tende a conter material comparável a toda a platina já obtida na Terra ao longo da história. A água é uma espécie de petróleo da futura vida espacial, pois o processo de hidrólise permite a obtenção de hidrogênio e oxigênio que impulsionam foguetes, mantendo satélites e sustentando a vida de exploradores espaciais fora da Terra (MEJÍA, 2016).

Devido ao alto valor desses materiais, as expedições de mineração devem ser um fenômeno frequente. A questão crítica então é quanto a quem será o proprietário desses recursos minerados. Com base em uma série de tratados que já têm dezenas de anos, ninguém poderia instituir a propriedade privada sobre eles, mas as imposições nacionais fazem frente direta a esses interesses, principalmente pelos EUA e a influência que representam internacionalmente (KOSTENKO, 2020; SVETLICHNYJ et al, 2019).

Grande parte dos tratados espaciais já abordados têm em comum acordo a ideia de que o produto da exploração espacial deve beneficiar todos os países em igualdade (MURAVIOV et al, 2019), mas são todos os países em igualdade que pesquisam, desenvolvem tecnologia e se arriscam para domar as forças do espaço através da inteligência e determinação? O espaço sideral e seus bens devem beneficiar aqueles indivíduos capazes de lhes conquistar, isso porque são eles que arriscam os seus recursos e despendem o seu tempo nesta empreitada. Essa posição é ignorada por muitos dos tratados ainda em vigência.

O espaço é desconhecido e intocado pelas pessoas comuns. Mais do que isso, o espaço possui valor intrínseco. É um valor potencial enquanto a humanidade não tiver a tecnologia requerida para utilizá-lo, e será um valor material real tão logo tais tecnologias surjam. O tratamento jurídico das relações espaciais é realizado em dois níveis: internacional e nacional. No primeiro nível, a ONU regulamenta a introdução de um regime jurídico uniforme, comum para todos. No segundo nível, cada Estado, representado por seus órgãos da administração pública autorizados, especifica e amplia as disposições espaciais relativas ao uso do espaço sideral aos objetos espaciais com depósitos minerais (KOBZAR; DANYLENKO, 2019).

Esse desconhecido vem sendo perscrutado pelo bilionário Elon Musk, fundador da empresa Space X, o qual proclamou que em menos de uma década a sua empresa enviaria pessoas para Marte. Jeffrey P. Bezos, fundador da empresa Amazon, da mesma forma, usa de parte de sua fortuna para impulsionar a sua empresa de foguetes, a Blue Origin, e diz que em um futuro próximo milhares de pessoas viverão e trabalharão no espaço (CHANG, 2017;



CHANG, 2015). A Boeing, a Firefly e a Aerospace são outras empresas do ramo espacial com perspectivas de sucesso (HALUNKO, 2019).

Essas regulações internacionais e nacionais são o corolário de que “atualmente, a atividade espacial nos países em todo o mundo está crescendo como uma avalanche; até o final da segunda década do século 21, todos os países estarão, em maior ou menor medida, participando.” (UDARTSEV, 2019, p.94, tradução nossa). Isso corrobora para com os interesses de legislar sobre a esfera espacial, afinal, ela compreende altas possibilidades de impacto na vida das pessoas, além de lucro para as empresas capazes de prestar os serviços necessários.

Embora as nações tenham jurisdições legais sobre as distâncias, tamanhos e proporções de seus respectivos territórios, e também seja valioso para o ar e os mares, por exemplo, o mesmo não acontece com o espaço sideral, isso porque as proporções, tamanhos e as distâncias não são as mesmas. No espaço é possível encontrar uma variedade incomensurável de corpos celestes como asteroides, planetas, cometas, estrelas, entre outros, e as distâncias, muitas vezes, são medidas em anos-luz. Isso revela a complexidade da matéria em termos de regulamentação, seja nacional ou internacional.

A atual base legal regulatória das relações espaciais tem duas principais abordagens conceituais, distintas e antagônicas: primeiro, a prioridade das instituições internacionais sob o conceito de segurança mundial, no aspecto da exploração do espaço sideral por vários métodos; a segunda, o conceito de autossuficiência dos Estados nacionais, como forma de resolução autônoma de questões relativas à implementação de atividades espaciais por um Estado individual, seus cidadãos ou empresas (KOBZAR; DANYLENKO, 2019). Eis a posição atual do governo dos Estados Unidos em prol da nacional.

Os EUA sob a administração de Barack Obama (MEJÍA, 2016) e depois por Donald J. Trump se organizaram criando novos departamentos para endereçar a necessidade de crescentes tecnologias espaciais. O presidente Trump revelou o que chamou de Estratégia Espacial Nacional, a qual toma a forma de um lançamento de bases para a próxima geração da exploração norte-americana no espaço. A estratégia reivindica que os interesses nacionais vêm em primeiro lugar, isso de modo a fortalecer o país. Ocorre através de uma dinâmica de cooperação e interação entre os diferentes setores dos EUA, entre eles o espacial, o

dessegurança nacional, o comercial e o civil(SVETLICHNYJ; LEVCHENKO, 2019; FERREIRA-SNYMAN; FERREIRA, 2019).

Os estados farão parceria com o setor comercial para garantir que as empresas americanas permaneçam líderes mundiais em tecnologia espacial. A Estratégia Espacial Nacional estabelece francamente que garantir os benefícios científicos, comerciais e de segurança nacional do espaço é uma prioridade para esta administração. A Estratégia Espacial Nacional protege interesses vitais no espaço para garantir acesso irrestrito e liberdade de operar no espaço, a fim de promover a segurança da América, prosperidade econômica e conhecimento científico. O presidente Trump já tomou importantes passos para reorientar a política espacial americana e colocá-la no caminho certo para o futuro. Em 30 de junho de 2017, o presidente reviveu o Conselho Nacional do Espaço pela primeira vez em 24 anos. Em 11 de dezembro de 2017, o presidente Trump mais uma vez direcionou os olhos da América para as estrelas assinando a Diretriz de Política Espacial, que instruiu a Administração Espacial da Aeronáutica Nacional (NASA) a retornar astronautas americanos à lua para exploração de longo prazo e utilização, seguida por missões humanas a Marte e outros destinos (SVETLICHNYJ; LEVCHENKO, 2019, p.87, tradução nossa)

Antes disso, no final de novembro de 2016, o antigo presidente dos Estados Unidos, Barack Obama, já havia assinado a chamada Lei Espacial, a qual promoveu a exploração privada do espaço, o que vem sendo realizado por empresas como a Space X e a Orbital ATK. A lei incluiu a apropriação de asteroides e outros recursos no espaço por indivíduos e empresas, uma vez que podem fornecer a tecnologia para mover e explorar esses corpos celestes que se acredita serem ricos em minerais como platina, ouro, ferro e água. O último artigo da lei exige que o governo não interfira no espaço de exploração mineral e também deixa claro que quem consegue recuperar os recursos de um asteroide tem o direito de possuí-lo, transportá-lo, usá-lo, utilizá-lo e vendê-lo (MEJÍA, 2016).

Peter Singer (2004) critica formas exacerbadas de nacionalismo, dizendo que:

Nossos problemas se acham hoje [2002] demasiado interligados para ser resolvidos num sistema formado por Estados nacionais cujos cidadãos são primordial e quase exclusivamente leais ao seu próprio Estado nacional, e não à comunidade global mais ampla – e esse sistema não gerou uma vontade suficientemente grande de atender às necessidades prementes de quem vive na pobreza extrema. Imaginar-nos como parte de uma comunidade nacional parece bom quando o concebemos como algo que amplia nossas preocupações para além da limitada lealdade tribal, mas é menos atraente quando o concebemos como algo que levanta uma muralha e nos separa do resto do mundo. (SINGER, 2004, p.219-220).

De acordo com a prática do direito espacial, o primeiro conceito, o de coletivismo, tende a ser o dominante, uma vez que geralmente se crê que a segurança da humanidade é a regra fundamental de coexistência de povos, nações e Estados. No entanto, os EUA se mostram como exceção à regra (MEJÍA, 2016). A resolução de problemas internos é mais facilmente endereçada pelos Estados soberanos, enquanto que os problemas internacionais

são secundários, dadas as dificuldades, complexidades e o caráter multifacetado que apresentam. Mais simples é endereçar os problemas contidos em fronteiras delimitadas (KOBZAR; DANYLENKO, 2019).

Perspectivas de resolução de problemas que se baseiam no nacional possuem um caráter de concretude na medida em que lidam com fronteiras determinadas e males finitos, precisos e detectáveis. As atividades espaciais têm como objetivo geral o progresso socioeconômico e científico, principalmente na busca por sobrevivência em uma Terra em declínio, mas a corrosão do ambiente terrestre ocorre em nível mundial, transcendendo fronteiras e, com isso, dificultando as medidas nacionais (DRAZD, 2019; SOROKA et al, 2019).

Por fim, o mecanismo de base legal regulatória do espaço sideral é um conjunto de a) garantias internacionais declaradas de exploração do espaço, com base no seu reconhecimento como um valor que não pode ser nacionalizado, atribuído ou avariado; b) tratamento legal nacional das relações espaciais que surgem durante as atividades espaciais por um determinado país ou seus representantes; c) disposições do direito espacial privado, que se encontra em fase de formação (KOBZAR; DANYLENKO, 2019).

Regular o espaço significa limitar as relações humanas, impor regras sobre o território e sobre a soberania e liberdade uns dos outros. O legalismo no espaço representa o império humano transcendendo os aspectos territoriais, marítimos e aéreos, adentrando uma esfera que ultrapassa as vagas concepções de soberania criadas pelo ser humano. Se a propriedade do homem sobre outro homem já foi uma constante na vida em sociedade, mais recentemente o tema abrange a propriedade de constelações distantes e invisíveis a olho nu, algumas até mesmo sem qualquer perspectiva de serem alcançadas (LAFFERRANDERIE, 1997; FEDER, 1981).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O direito espacial de hoje é um jovem ramo do direito internacional, uma esfera nova e dinâmica de aplicação das normas jurídicas internacionais. Este ramo necessita de tempo para maturar e se bem adaptar às forças econômicas que empreendem e a dinâmica rápida da ciência espacial, de tecnologias revolucionárias e do uso generalizado de comunicação que vêm crescendo. Vive-se em um planeta cujo foco deixou de ser a recuperação do ambiente,

mas a ascensão ao distante. Se durante o período Médio ocidental o objetivo era os céus, hoje segue-se os mesmos moldes, não mais em Cristo, mas no desconhecido do espaço sideral.

É inteiramente previsível que à medida que o número de pessoas no espaço aumente como resultado da expansão das atividades, a lei que rege a atividade humana neste ambiente se adapte e se faça impor. Deve-se notar da importância e relevância mundial do empreendimento e inovação realizados por indivíduos singulares. Sabe-se que os interesses legislativos irão tentar conter seus ânimos através de obstáculos na forma de letras jurídicas. Em alguma medida, os EUA são a exceção à regra. Tentativas de relativizar o mérito da inovação já foram empregadas, como é o caso dos tratados já mencionados, que primam pela coletivização das matérias celestes. Foi o coletivo que empreendeu, construiu e arriscou-se para transcender a Terra? Não se crê.

A adaptação judicial deve tomar a forma da ausência de qualquer regulação igualitarista no tema, sob a pena de obstaculizar os avanços tecnológicos, os interesses empreendedores e a sobrevivência humana. Quando se pensa no espaço sideral, trabalha-se com suposições, teorias, imaginações, devaneios e abstrações científicas. A ideia clássica de legislação tende a se assentar em elementos concretos. Na ausência destes, não há que se falar no direito positivo em matéria espacial. A extração de matérias fundamentais para um mundo que morre na falta delas erige campo propício para o *laissez-faire* atuar. Que então se deixe livre o atuar econômico para inovar, criar e se desenvolver.

REFERÊNCIAS

BASULTO, Dominic. **How property rights in outer space may lead to a scramble to exploit the moon's resources.** (2015). Disponível em: <https://www.washingtonpost.com/news/innovations/wp/2015/11/18/how-property-rights-in-outer-space-may-lead-to-a-scramble-to-exploit-the-moons-resources/?utm_term=.6bf80682252e&noredirect=on>. Acesso em: Ago. 03, 2018.

BECERRA, J.; RODRÍGUEZ, J. El papel del derecho de propiedad privada en el ámbito espacial. Tres estudios de caso. *Revista Científica General José María Córdova*, v. 14, n. 17, Jan/Jun. 2016.

BEZZUBOV, D. Administrative and Legal Forms of Regulation of the Modern Market of Space Services and Technologies. *Advanced Space Law*, v. 5, n. 1, Mar. 2020.

BRASKEM. **A nova era da exploração espacial:** tecnologias que permitem mais autonomia e sustentabilidade fora do ambiente terrestre têm tornado realidade o que antes era apenas ficção. (2017). Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/ciencia/eua-adotam-base-juridica-para-febre-do-ouro-espacial/>>. Acesso em: Ago. 25, 2018.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; AMARAL, Raquel Domingues do. Uma dialogia entre os direitos humanos e a ética biocêntrica: a terra para além do "antropoceno". *Revista Brasileira de Direito Animal*, v.15, n.1, 2020.

CHAMBERS, Marcia. **Law's new venues: computers and space.** (1984). Disponível em:<<https://www.nytimes.com/1984/03/25/jobs/law-s-new-venues-computers-and-space.html>>. Acesso em: Ago, 03, 2018.

CHANG, Kenneth. **A Business Plan for Space.** (2015). Disponível em:<<https://www.nytimes.com/2015/02/10/science/a-business-plan-for-space.html>>. Acesso em: Ago. 03, 2018.

CHANG, Kenneth. **If no one owns the moon, can anyone make money up there?** (2017). Disponível em:<<https://www.nytimes.com/2017/11/26/science/moon-express-outer-space-treaty.html>>. Acesso em: Ago. 03, 2018.

CORREIA, P.M.A.R.; DA SILVA, A.F.; PURCARU, M. O Direito de patente na indústria espacial. *Lex Humana*, v. 9, n. 1, Jun. 2017.

DROZD, O. Regulatory Framework for Space Activities: the Analysis of the Main Regulatory Acts. *Advanced Space Law*, v. 3, n. 1, Abr. 2019.

ERLANK, W. Rethinking terra nullius and property law in space. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, v. 18, n. 7, Mar. 2015.

FEDER, Barnaby J. **Space law's business impact.** (1981). Disponível em:<<https://www.nytimes.com/1981/12/02/business/space-law-s-business-impact.html>>. Acesso em: Ago. 03, 2018.

FERREIRA-SNYMAN, A.; FERREIRA, G. The Application of International Human Rights Instruments in Outer Space Settlements: Today's Science Fiction, Tomorrow's Reality. *Potchefstroom Electronic Law Journal*, v. 22, n. 1, Jun. 2019.

GARVEY, James. **Mudanças climáticas: considerações éticas – O certo e o errado no aquecimento global** (2010). São Paulo: Rosari.

HALUNKO, V. **Space Law: the Present and the Future.** *Advanced Space Law*, v. 3, n. 1, Abr. 2019.

HOWELL, Elizabeth. **Who Owns the Moon?** | Space Law & Outer Space Treaties. (2017). Disponível em:<<https://www.space.com/33440-space-law.html>>. Acesso em: Ago. 04, 2018.

KACZYNSKI, Theodore J. **Technological Slavery: the collected writings of Theodore J. Kaczynski, a.k.a. 'the unabomber'** (2010). Port Townsend: Feral House.

KOBZAR, O.; DANYLENKO, A. International and National Provisions of Space Law Regulating the Use of Outer Space. *Advanced Space Law*, v. 3, n. 1, Abr. 2019.

KOSTENKO, I. Current Problems and Challenges in International Space Law: Legal Aspects. *Advanced Space Law*, v. 5, n. 1, Abr. 2020.

KRAUSE, Jason. **5 United Nations treaties in outer space.** (2017). Disponível em:<http://www.abajournal.com/magazine/article/space_law>. Acesso em: Ago. 04, 2018.

KRICHEVSKY, S.; BAGROV, A. Moon Exploration: Legal Aspects. *Advanced Space Law*, v. 4, n. 1, Nov. 2019.

LAFFERRANDERIE, G. **Droit de l'espace, mythe et réalité.** (1997). Disponível em:<<http://www.esa.int/esapub/bulletin/bullet90/b90laffe.htm>>. Acesso em: Ago. 25, 2018.

LEVES, Aline Michele Pedron; CENCI, Daniel Rubens. Ética, globalização e proteção do direito humano ao meio ambiente para o bem viver. *Revista Jurídica (FURB ONLINE)*, v.22, n.48, 2018.

LUHMANN, Niklas. **O Direito da Sociedade** (2016). São Paulo: Martins Fontes.

MEJÍA, Jairo. **EUA adotam base jurídica para “febre do ouro espacial”.** (2016). Disponível em:<<https://exame.abril.com.br/ciencia/eua-adotam-base-juridica-para-febre-do-ouro-espacial/>>. Acesso em: Ago. 25, 2018.

MONSERRAT FILHO, J.; SALIN, A.P. O Direito Espacial e as hegemonias mundiais. *Estudos avançados*, v. 17, n. 47, Abr. 2003.

MURAVIOV, K.; DIDENKO, S.; MKRTCHIAN, R. Liability in International Space Law. *Advanced Space Law*, v. 3, n. 1, Abr. 2019.

ОГОРОДОВ, Дмитрий. **Правонакосмос.** (2008). Disponível em:<<http://www.vokrugsveta.ru/vs/article/6271/>>. Acesso em: Ago. 28, 2018.

PÉPIN, Eugène. **Le problème de l'espace dans ses aspects diplomatique, politique et juridique.** (1960). Disponível em:<<https://www.monde-diplomatique.fr/1960/03/PEPIN/23496>>. Acesso em: Ago. 25, 2018.

SINGER, Peter. **Um só mundo: a ética da globalização** (2004). São Paulo: Martins Fontes.

SOROKA, L.; KURKOVA, K. Artificial Intelligence and Space Technologies: Legal, Ethical and Technological Issues. *Advanced Space Law*, v. 3, n. 1, Abr. 2019.

SOUZA, Leonardo da Rocha de; MACIEL, Jéssica Garcia da Silva. Parâmetros bioéticos para a consideração das futuras gerações na deliberação ambiental. *Revista Brasileira de Direito Animal*, v.13, n.3, 2018.

SVETLICHNYJ, O.; LEVCHENKO, D. Commercialization of Space Activities: Correlation of Private and Public Interest in the Pursuit of Outer Space Exploration. *Advanced Space Law*, v. 4, n. 1, Out. 2019.

TENACIOUS D. **DETH STARR** (2020). Disponível em:<<https://www.letras.mus.br/tenacious-d/deth-starr/>>. Acesso em: Set. 29, 2020.

UDARTSEV, S. Extension of Space Activities, Emergence of Space State and Cosmization of Legal Science. *Advanced Space Law*, v. 4, n. 1, Dez. 2019.

UNITED NATIONS. **United nations treaties and principles on outer space.** (2002). Disponível em:< <http://www.ifrc.org/docs/idrl/I515EN.pdf>>. Acesso em: Ago. 10, 2018.

CAPÍTULO 19

O FEMINICÍDIO E A CONDIÇÃO FEMININA SOB A ÓTICA DO ORDENAMENTO JURÍDICO E DOS JURISTAS BRASILEIROS

Natalia Battini Simões Leite, advogada, Bacharel em Direito pela PUCPR, Pós Graduanda em Direito Penal e Criminologia pela PUCRS

Marisse Costa de Queiroz, professora adjunta da Escola de Direito da PUCPR e advogada. Mestre em Direito Pela UFSC (2003)

RESUMO

O presente artigo discute o modo como os Tribunais Estaduais e o Superior Tribunal de Justiça, assim como as doutrinas penais, fundamentam e constroem sua argumentação jurídica sobre os crimes de feminicídio. O feminicídio se evidencia pela violência contra a mulher, decorrente de uma violência de gênero, haja vista que o delito se concretiza pelas razões de gênero e discriminação, menosprezo à condição feminina. A Lei Federal nº 13.104/2015, institui e reconhece o crime de feminicídio em nosso ordenamento jurídico, dessa feita prevendo o delito como circunstância qualificadora do crime de homicídio, e acrescentando-o ao rol de crimes hediondos, dando continuidade ao processo de criminalização contra a violência à mulher junto a Lei Federal nº 11.340/06 (Lei Maria da Penha). Os processos metodológicos que norteiam essa pesquisa estão sustentados pelo método hipotético-dedutivo, pois parte-se da hipótese teórica da existência de uma lacuna conceitual ou analítica no discurso jurídico relacionados às questões de gênero vinculadas ao crime de feminicídio. Essa discussão está fundada nos autores que defendem o reconhecimento do feminicídio como elemento importante para o entendimento dos crimes contra a vida, impactando na superação da visão da violência de gênero, centrada em uma visão patriarcal de sociedade.

Palavras-chave: Feminicídio. Desigualdade de gênero. Discursos jurídicos.

Introdução

O tema do feminicídio trouxe, na última década, uma discussão profícua entre estudiosos e estudiosas do campo do direito penal, da criminologia e do feminismo. Há um embate constante desses campos na disputa por nomear (ou não) os homicídios de mulheres por razões de gênero (PASINATO, 2007; CAMPOS, 2015). Assim, esta pesquisa busca compreender a recepção das questões de gênero por juristas e doutrinadores após a implementação da Lei do Feminicídio, focando na análise do modo como se deu a recepção dessa mudança legislativa na esfera de interpretação e aplicação do direito.

Através de uma interpretação da Lei do Feminicídio e em uma base feminista crítica,

buscou-se relizar um levantamento bibliográfico, assim como, examinar jurisprudências e doutrinas penais no que tangem ao feminicídio, verificando-se a manifestação de estereótipos de gênero e, assim, averiguar e interpretar o discurso jurídico, sendo que conhecer a compreensão dos juristas sobre as desigualdades de gênero implica em conhecer os limites e avanços do sistema jurídico na efetividade do direito das mulheres.

A violência contra as mulheres existe desde os primórdios da sociedade humana, por outro lado os mecanismos de coibição e responsabilização de cessar esta violência são recentes. A Lei Federal 11.340/06, mais conhecida como Lei Maria da Penha, pode ser definida como um marco social em que o Estado instituiu mecanismos para a proteção das mulheres vítimas de violência. Ademais, podemos ainda citar como exemplo, a Lei Federal nº 13.104/2015, que alterou o Código Penal instituindo e reconhecendo o crime de feminicídio no ordenamento jurídico brasileiro.

A referida lei é de autoria da Comissão Parlamentar de Inquérito da Violência contra a Mulher, e prevê o feminicídio como circunstância qualificadora do tipo previsto no Artigo 121 do Código Penal. A premência de se definir o feminicídio e submetê-lo ao rol de crimes hediondos (Lei 8.078/90) vem de uma desigualdade presente em nossa sociedade, não condizente aos direitos garantidos às mulheres como sujeito de direitos fundamentais, motivo pelo qual, o tema (feminicídio), mesmo que em dimensão simbólica (MACHADO, ELIAS, 2018), é de suma importância e pauta atual no cenário brasileiro, haja vista que os dados constantes no Mapa da Violência (WASELFISZ, 2015), publicados posteriormente à promulgação da Lei, mostram que o Brasil é o 5º país mais violento para as mulheres:

Com sua taxa de 4,8 homicídios por 100 mil mulheres, o Brasil, num grupo de 83 países com dados homogêneos, fornecidos pela Organização Mundial da Saúde, ocupa uma pouco recomendável 5ª posição, evidenciando que os índices locais excedem, em muito, os encontrados na maior parte dos países do mundo. (WASELFZ, 2015, p. 25)

O feminicídio, face letal da violência de gênero, evidencia-se como um delito que se concretiza como resultado de uma continuidade de violência doméstica e/ou pela discriminação e menosprezo à condição feminina, como resta demonstrado:

O assassinato de mulheres pela condição de serem mulheres é chamado de “feminicídio” – sendo também utilizados os termos “femicídio” ou “assassinato relacionado a gênero” - e se refere a um crime de ódio contra as mulheres, justificada socioculturalmente por uma história de dominação da mulher pelo homem e estimulada pela impunidade e indiferença da sociedade e do Estado (BRASIL, 2013. p.1003).

Por fim, a inserção do feminicídio no âmbito jurídico e social, como fato tipificado, pode não diminuir a prática delitativa em si, mas assegura para os movimentos feministas e grupos de mulheres, o reconhecimento da desigualdade entre os sexos, almejando a efetividade de seus direitos e tutelas constitucionais.

FEMINICÍDIO: CONCEITO E O PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO DA LEI 13.104/2015

O termo femicídio é atribuído a Diane Russel, que em 1976, no Tribunal Internacional de Crimes Contra a Mulher, em Bruxelas, utilizou pela primeira vez o termo femicídio, associado ao homicídio de mulheres por razões de gênero.

Importante salientar que ocorreu uma mudança no termo, em virtude das transformações sociais. Inicialmente a questão da violência letal contra as mulheres era denominada de femicídio, referindo-se a morte de mulheres por homens simplesmente pelo fato de serem mulheres. Esse termo estava vinculado aos estudos feministas, ou seja, à necessidade de compreender um homicídio de mulheres pela ótica da desigualdade de gênero. Posteriormente, o conceito foi alterado por Marcela Lagarde (2008), a qual aduz que a definição de femicídio de Diane Russel apenas indica que a vítima do fato ocorrido é mulher, , passa a utilizar a expressão feminicídio, atribuindo-lhe um significado a partir de uma perspectiva de justiça criminal, adotando a concomitância ao crime de feminicídio a impunidade, omissão, negligência e a conivência das autoridades do Estado.

“El feminicidio se fragua en la desigualdad estructural entre mujeres y hombres, así como en la dominación de los hombres sobre las mujeres, que tienen en la violencia de género, un mecanismo de reproducción de la opresión de las mujeres. De esas condiciones estructurales surgen otras condiciones culturales como son el ambiente ideológico y social de machismo y misoginia, y de normalización de la violencia contra las mujeres. Se suman también, ausencias legales y de políticas democráticas con contenido de género del gobierno y de los órganos de justicia del Estado, lo que produce impunidad y genera más injusticia, así como condiciones de convivencia insegura, pone en riesgo su vida y favorece el conjunto de actos violentos contra las niñas y las mujeres.” (LAGARDE, 2008, p.217)

No Brasil, o termo feminicídio foi utilizado pela primeira vez na obra “Violência de gênero: Poder e Impotência” de autoria de Heleith Saffioti e Suely de Souza Almeida (1995), que faz uma análise de morte de mulheres, decorrentes da violência de gênero em relações conjugais. Para as autoras, isto equivale dizer que o inimigo da mulher não é propriamente o homem, mas a organização social de gênero cotidianamente alimentada pela sociedade (SAFFIOTI; ALMEIDA, 1995).

Nesse sentido, consta no relatório final da Comissão Parlamentar de Inquérito sobre a

Violência contra a Mulher:


A importância de tipificar o feminicídio é reconhecer, na forma da lei, que mulheres estão sendo mortas pela razão de serem mulheres, expondo a fratura da desigualdade de gênero que persiste em nossa sociedade, e é social, por combater a impunidade, evitando que feminicidas sejam beneficiados por interpretações jurídicas anacrônicas e moralmente inaceitáveis, como o de terem cometido “crime passionnal”. Envia, outrossim, mensagem positiva à sociedade de que o direito à vida é universal e de que não haverá impunidade. Protege, ainda, a dignidade da vítima, ao obstar de antemão as estratégias de se desqualificarem, midiaticamente, a condição de mulheres brutalmente assassinadas, atribuindo a elas a responsabilidade pelo crime de que foram vítimas. (BRASIL, 2013, p. 1004)

Isto posto, o Movimento Feminista empenha-se em desenvolver e defender intervenções Estatais, também por meio do Direito Penal, sobretudo no âmbito dos crimes sexuais e dos crimes de violência doméstica, cujas principais vítimas são meninas e mulheres, visando a criminalização de condutas como agressão baseadas no gênero, cujo objetivo é promover uma transformação social, onde ocorra uma reorganização da forma de olhar a diferença entre os gêneros, não mais pela superioridade e sim pela igualdade. (BUENO, 2011, p.87).

Na América Latina, a Costa Rica (2007), Colômbia (2008), Chile (2010), Panamá e Peru (2011), El Salvador e México (2012), Honduras (2013) e Venezuela (2014) são países que possuem leis que abordam o feminicídio. Nesse contexto de lutas sociais por igualdade entre os gêneros e produção teórica sobre o fenômeno da violência contra as mulheres, o feminicídio foi incluso no ordenamento jurídico brasileiro através da Lei 13.104/2015, alterando desse modo o Decreto-Lei nº 2.848/1940 (Código Penal Brasileiro), inserindo um novo inciso ao rol dos crimes contra a vida, tornando-o qualificadora do crime de homicídio quando realizado “contra a mulher por razões do sexo feminino”.

Destarte, no tipo penal se reconhece como feminicídio, o homicídio decorre de violência doméstica e familiar, ou quando ocorre por menosprezo ou discriminação à condição de mulher. A pena prevista para o homicídio qualificado é de reclusão de 12 a 30 anos. O legislador aduz ainda, hipóteses de aumento de pena quando a vítima for gestante ou puérpera, menor de 14 anos ou idosa ou mulher deficiente ou for praticado na presença de descendentes ou ascendentes da vítima.

Ainda cabe analisar que para que exista a incidência da qualificadora do feminicídio, o sujeito passivo deve ser uma mulher. Nesse sentido, Mello (2016) aponta três posições doutrinárias para a finalidade de se reconhecer mulher. A primeira posição doutrinária condiz



ao critério psicológico, a segunda posição condiz ao critério jurídico cível, e a terceira, com o critério biológico.

Segundo Mello (2016, p.141), a primeira posição doutrinária diz respeito ao critério psicológico que identifica como mulher aquela cujo aspectos psíquicos e comportamentais são femininos. Adotando-se esse critério matar alguém que fez a cirurgia de resignação de gênero, ou que, mesmo sem tê-la feito, psicologicamente, acredita ser uma mulher, será aplicada a qualificadora da feminicídio; a segunda posição leva em conta, o critério jurídico-cível, que deve considerar o que consta no registro civil, ou seja, se houver decisão judicial para alteração do registro de nascimento, alterando-se assim, o sexo, teremos um novo conceito de mulher, que deixará de ser natural para ser um conceito de natureza jurídica; e a terceira posição, que adota o critério biológico, que identifica-se a mulher em sua concepção genética ou cromossômica, sendo que mesmo com a cirurgia de resignação, existe a alteração da estética mas da concepção genética, não será possível a aplicação da qualificadora.

Além da configuração sujeito passivo do delito, a prática do delito se dá por razões de gênero, ou seja, pelo fato da condição de ser mulher. Nesse sentido, deve-se verificar se a agressão foi realizada com base no gênero e se o crime ocorreu no contexto de violência doméstica, ou de relação íntima de afeto, ou com indícios de crueldade à condição feminina.

Outros sim, ainda em âmbito de pesquisas produzidas no campo do feminicídio, Carcedo (2000) expõe que o fenômeno do feminicídio abrange muito além de mortes decorrentes da discriminação e violência de gênero, ele deve ser caracterizado como um conjunto de mortes heterogêneo e complexo, haja vista de se considerar as diversas experiências de violência existentes.

Nesse sentido, o feminicídio pode ser subdividido em -três grupos: a) feminicídio íntimo, sendo aqueles que são cometidos por homens dos quais a vítima tem ou teve relações íntimas, familiares ou de convivência; b) feminicídio não íntimo, sendo aqueles que são cometidos por homens os quais a vítima não possuía relações íntimas, familiares ou de convivência, entretanto havia relações de confiança, hierarquia ou amizade; e c) o feminicídio por conexão, sendo aqueles em que mulheres são assassinadas por encontrarem-se na “linha de fogo” de um homem para com outra vítima, ou seja, situações em que vítimas tentam impedir a prática para com outras mulheres, independentemente do vínculo entre agressor. Pela

definição legal, a legislação brasileira reconhece os dois primeiros (feminicídio íntimo e não íntimo) como qualificadoras do homicídio de mulheres por razão do gênero feminino.

Assim, quando se exige uma política de reconhecimento da especificidade da maioria dos homicídios de mulheres como feminicídio (nomear para conhecer), subverte-se também a estrutura patriarcal dos quais esses atos são resultado (nomear para simbolizar) e se estabelece mecanismos mais objetivos e diretos de responsabilização dos agentes (nomear para punir) (DINIZ, 2015; CAMPOS, 2015).

A INTERSECÇÃO ENTRE A QUESTÃO DE GÊNERO E O FEMINICÍDIO

O reconhecimento da violência contra as mulheres, sendo parte dela o feminicídio como um resultado letal desse processo, deve muito ao Movimento Feminista³⁵, que passou a exigir uma resposta à submissão das mulheres e de sua forma de viver em detrimento ao sexo masculino. Essa imposição e discrepância entre os gêneros pode ser denominada de patriarcado, que nada mais é que o mais antigo sistema de dominação, onde todas as esferas da vida social (economia, política, cultural...) são comandadas pelos homens ou segundo as perspectivas e privilégios masculinos.

O patriarcado é um sistema que justifica a dominação sobre a base de uma suposta inferioridade moral ou biológica das mulheres, que afeta seu status social, político e econômico, além de criar as situações de violência doméstica, familiar e sexual, nas mais diversas culturas e épocas da história. A sociedade patriarcal garante ao homem o título de autoridade máxima em área de convivência familiar, o que já foi outrora prevista em legislação, sendo percebido:

Os homens reinam soberanos no espaço privado, como detentores do monopólio do uso “legítimo” da força física. Com efeito, o domicílio constitui um lugar extremamente violento para mulheres e crianças de ambos os sexos, mas especialmente para as meninas. Desta sorte, as quatro paredes de uma casa guardam os segredos de sevícias, humilhações e atos libidinosos/estupros à posição subalterna da mulher e da criança diante do homem e da ampla legitimação social dessa supremacia masculina. (BIJOS, 2004, p.120)

³⁵ O Movimento Feminista, em sua segunda e terceira onda, originou-se nas formas e tipos originais de mobilizações antiinstitucionais e antiautoritárias que emergiram nas sociedades pós-industriais nos anos 1960 e 1970. Com atuação importante durante o período ditatorial, o Movimento Feminista Brasileiro, em 1975, na instituição do Ano Internacional da Mulher, pela Organização das Nações Unidas, já era atuante e pautava como demandas essenciais os seguintes objetivos: identificar e denunciar as discriminações e as desigualdades que afetavam a situação da mulher brasileira, lutar pela liberação das mulheres enquanto sexo dominado e oprimido, promover a conquista de direitos civis para todas as mulheres e de espaços públicos de atuação para as representantes dessa minoria política. Segundo Bueno (2015, p. 35), feminismo é a denominação de um movimento social e político pelo qual busca-se a melhoria da condição de vidas das mulheres, visando a eliminação das diferenças e desvantagens condizentes ao status dos homens.

Sabe-se que a Constituição Federal de 1988 é um marco de uma transição democrática e significativa para os direitos humanos no Brasil. Encontra-se contemplado como princípio constitucional assegurado no Art.5, I, a igualdade entre homens e mulheres, que advém como princípio reformador das relações, sendo que gerou-se diversas consequências como o disposto no Art.22,§ 5º “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

Pandijaran (2003) garante que os artigos 215-222 da Parte Especial do Código Penal que, atualmente encontram-se revogados, promoviam uma série de discriminações contra a mulher e, ainda destaca:

Apesar de tratarem da liberdade sexual das mulheres, a bem da verdade, tais dispositivos promovem uma série de discriminações contra a mulher no campo do exercício da sexualidade, na medida em que a mulher é, em geral, qualificada como vulnerável, frágil e inocente. São, de forma genérica, dispositivos discriminatórios que atentam contra seu direito de igualdade em relação ao homem, além de negar sua capacidade de discernimento a respeito do exercício de sua sexualidade e de domínio sobre seu próprio corpo. (PANDIJARAN, 2003, p.6)

Além dos dispositivos constitucionais, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher conhecida como Convenção de Belém do Pará, ratificada pelo Brasil em 1995, estabelece em seu art.6º:

O direito de toda mulher a ser livre de violência abrange, entre outros:a) o direito da mulher a ser livre de todas as formas de discriminação; e b) o direito da mulher a ser valorizada e educada livre de padrões estereotipados de comportamento de comportamento e costumes sociais e culturais baseados em conceitos de inferioridade ou subordinação.

A questão de gênero, segundo Scott (1995), torna-se um elemento constitutivo de relações sociais baseadas nas diferenças percebidas entre os sexos, e é uma forma primária de dar significado às relações de poder:

Além disso, o termo "gênero" também é utilizado para designar as relações sociais entre os sexos. Seu uso rejeita explicitamente explicações biológicas, como aquelas que encontram um denominador comum, para diversas formas de subordinação feminina, nos fatos de que as mulheres têm a capacidade para dar à luz e de que os homens têm uma força muscular superior. Em vez disso, o termo "gênero" torna-se uma forma de indicar "construções culturais" - a criação inteiramente social de idéias sobre os papéis adequados aos homens e às mulheres. (SCOTT, 1995, p.75)

Essa imposição e discrepância entre os gêneros pode ser denominada de patriarcado, que nada mais é que o mais antigo sistema de dominação, onde todas as esferas da vida social (economia, política, cultural, relações comunitárias e familiares) são comandadas pelos homens ou segundo as perspectivas e privilégios masculinos. O patriarcado é um sistema que justifica a dominação sobre a base de uma suposta inferioridade moral ou biológica das

mulheres, que afeta seu status social, político e econômico, além de criar as situações de violência doméstica, familiar e sexual, nas mais diversas culturas e épocas da história. O patriarcado é reafirmado nas instituições sociais, muitas vezes responsável pela construção do caráter e da moral, como mostram os autores:

A religião, a família, os mecanismos de comunicação de massa, a política, o direito, têm como paradigma essencial o masculino ocidental. Desta forma, a mulher é considerada e visibilizada dentro de todas essas instâncias de poder somente como o outro sexo. Causa perplexidade pensar que a mulher não existe ou não é enxergada, para essas instituições, sob outra ótica que não seja a machista e patriarcal, e que a tentativa de outra visão impossibilita o reconhecimento da mulher como sujeito de direitos. (NETTO; BORGES, 2013, p. 328)

É nessa perspectiva que se institui uma relação de normas regras sociais centradas na superioridade do homem em detrimento a mulher, estabelecendo a violência de gênero, raça/etnia, de classe, sendo que essas são a base da estrutura da nossa sociedade (BIJOS, 2004).

Nesse sentido, em uma interseção da questão de gênero com o conceito de feminicídio, pode-se afirmar que feminicídio é a matança de corpos sexados como mulheres pelo regime político do gênero no marco do patriarcado (DINIZ; COSTA, GUIMIERI 2015). Ainda no entendimento das autoras, a tipificação do delito pretende alterar as práticas investigativas e mecanismos de justiça do Estado.


A INTERPRETAÇÃO DOS DISCURSOS SOBRE FEMINICÍDIO

A Lei 13.104/2015 que institui o crime de feminicídio em nosso ordenamento jurídico, apesar de ser uma lei recente, possui uma abrangência temática a ser explorada de várias formas, a escolhida para o presente artigo foi utilizar-se da perspectiva da teoria e da criminologia feminista para analisar o discurso e a operacionalidade do direito.

A finalidade é contribuir para construção de um universo teórico para o direito que seja instrumento para ampliação do acesso das mulheres à justiça e para a efetividade de seus bens jurídicos essenciais, independentemente suas especificidades de classe, identidade, idade ou raça/etnia.

A Secretaria de Reforma do Judiciário, no ano de 2015, realizou o estudo de processos judiciais, onde buscou-se conhecer as circunstâncias que permeiam o assassinato de mulheres. Nesse sentido, resta demonstrado:

O estudo dos processos judiciais revela a importância de medidas voltadas à conformidade das práticas dos atores do sistema de justiça a padrões mais adequados



ao tratamento da violência de gênero. Nota-se, de modo geral, um cenário de recalcitrância à compreensão das mortes das mulheres como produto da desigualdade no exercício do poder. Percebeu-se que as reconstruções dos fatos no interior do sistema de justiça criminal, resultante da atuação de distintos atores (defensores, advogados, promotores, juízes, vítimas, testemunhas) no curso do processo, acabaram em sua maioria descontextualizadas da violência de gênero e do machismo embutido no ato de matar (MACHADO,2015 p.66).

As teorias feministas do direito, como crítica à ordem posta, vêm, há décadas, demonstrando esse déficit teórico e linguístico do direito tradicional, que se estende ao modo como as pessoas entendem o direito (senso comum), bem como vêm contribuindo para uma ressignificação da função do direito para emancipação das mulheres e responsabilização adequada dos agressores, além de dar visibilidade para a violência de gênero.

O resultado do levantamento de dados e o monitoramento desses discursos, podem servir para descortinar novos instrumentos para o rompimento do direito com essa lógica patriarcal. Assim, os resultados levantados foram baseados em duas questões centrais, quais sejam: 1) a dogmática penal compreende e recepciona as demandas e os estudos feministas sobre a desigualdade de gênero que resultam no assassinato de mulheres em razão da sua condição feminina? 2) Os operadores do compreendem o novo tipo penal aplicando-o aos casos em que se configure feminicídio?

Essas questões foram fundamentais para o desenvolvimento da pesquisa e de seus resultados, considerando que a demanda dos movimentos de mulheres e dos movimentos feministas, bem como a produção teórica feminista em torno da judicialização do feminicídio, possuem uma dimensão simbólica “reversa”, no sentido de que em alguns contextos de desigualdades.

ANÁLISE DO DISCURSO DA JURISPRUDÊNCIA

As jurisprudências são comumente utilizadas por estudantes e operadores do direito (advogados, juízes, promotores de justiça, delegados e demais técnicos) para estudo e interpretação do Direito.

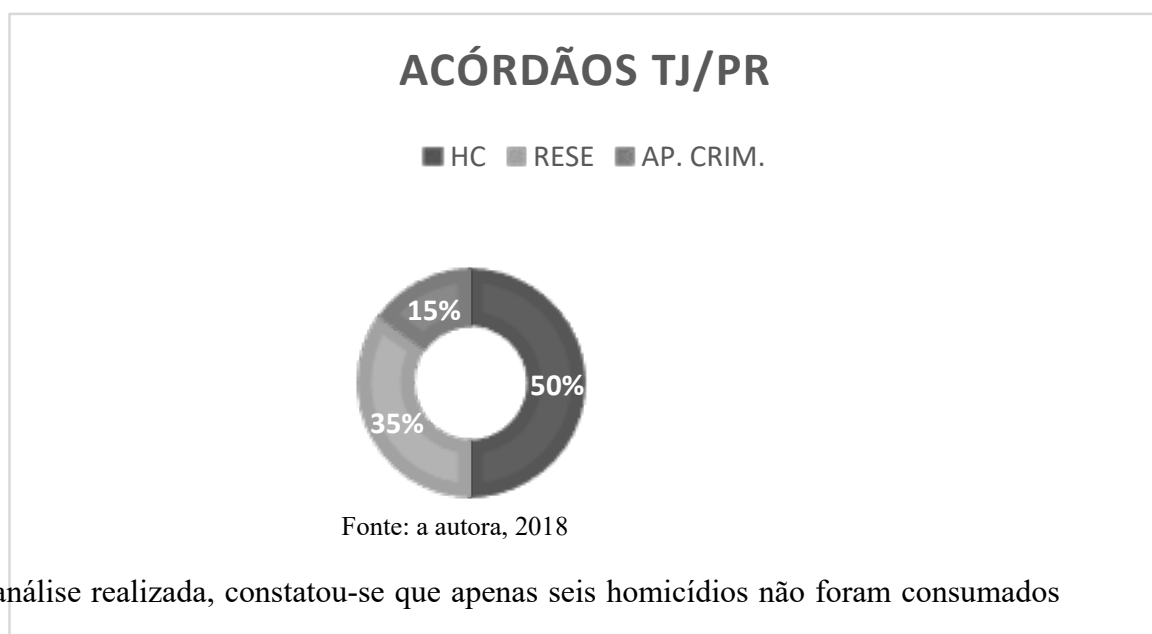
Assim, a análise a seguir corresponde a jurisprudências produzidas pelo Judiciário a partir da promulgação da Lei 13.104/2015 até o ano de 2018 e, envolvem os seguintes aspectos: a) se o crime de feminicídio ocorreu na forma consumada ou tentada, nos moldes do Art.14 do Código Penal Brasileiro; b) se é exposto no acórdãos os motivos pelos quais o crime em tela configura-se feminicídio ou, o discurso apenas compreende o reconhecimento

do feminicídio; c) Se são reproduzidos estereótipos de gênero e discursos sexistas quando construídos a narrativa sobre os casos em tela.

JURISPRUDÊNCIAS TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ

No que tange ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, que ocupa o 3º lugar no ranking nacional, apresentando a taxa de 6,4 homicídios femininos por 100 mil mulheres (BRASIL, 2013, p. 525), elegeram-se aleatoriamente acórdãos disponibilizados na plataforma online do próprio Tribunal, desde a promulgação da lei até o ano de 2018, totalizando o montante de 20 acórdãos, sendo entre eles ações de *habeas corpus*, recursos em sentido estrito e apelações, conforme apresentado no gráfico 1:

Gráfico 1- Proporcionalidade dos acórdãos analisados



Da análise realizada, constatou-se que apenas seis homicídios não foram consumados e não se averigou reprodução de discursos sexistas, entretanto, somente nove acórdãos apresentam fragmentos que indicam a condição do sexo feminino, conforme demonstrado a seguir:

O paciente matou sua ex-amásia com violentas facadas nas costas, em frente a uma escola municipal, local onde transitavam várias pessoas, planejando-o adrede, conforme testemunho no sentido de que no dia anterior disse ‘que iria fazer uma besteira e que isso iria resolver sua vida.’ (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná **HC 1423785-5** Relator: Benjamim Acacio de Moura e Costa; - Unânime - J. 15.10.2015; Disponível em <<http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12032499/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1423785-5>>)

o crime fora cometido enquanto existente relação de afeto entre as partes, os quais tinham um filho em comum, viviam em regime de união estável e sob o mesmo teto, local este em que ocorreram os fatos. Ademais, segundo aponta a exordial acusatória e sinaliza a prova oral, constantes eram as agressões físicas e psíquicas impingidas pelo Recorrente contra a vítima, sua companheira, muito possivelmente em razão de sua condição de mulher, e em claro menosprezo a seu gênero.”(BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **RES 1476397-2** Relator: Desembargador Antonio Loyola Vieira-Unânime-J.17.03.2016; Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12117895/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1476397-2#>)

Ainda, no tocante ao feminicídio, também restou demonstrada a incidência da qualificadora, pois os elementos probatórios revelam que o crime de homicídio foi praticado em razão da relação amorosa existente entre o Réu e a vítima, os quais conviviam há aproximadamente sete meses, revelando a ocorrência de violência doméstica.” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **AC - 1534837-3** - Ponta Grossa - Rel.: Desembargador Clayton Camargo - Unânime-J.10.11.2016; Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12268767/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1534837-3#>)

há vertente probatória indicativa de que o réu pode, sim, ter praticado os delitos em razão das “condições de sexo feminino” das vítimas, em contexto de violência doméstica e familiar, vez que possuía relação íntima de afeto com Cristina e, ainda, mantinha convivência com as enteadas Debora e Letícia, que frequentavam a residência do casal.”(BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **RSE - 1634951-0** - Curitiba - Rel.: Desembargador Miguel Kfoury Neto - Unânime - J. 23.03.2017; Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12324750/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1634951-0#>)

Com relação a qualificadora do feminicídio, tal pleito também não deve prosperar, pois para se justificar tal qualificadora, deve-se verificar se a razão da agressão é baseada no gênero, e neste caso, a prova oral colacionada aos autos apontam a condição do sexo feminino. Os depoimentos indicam que o delito ocorreu porque sua ex-companheira não quis reatar o relacionamento com o Recorrente” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **RSE - 1597052-0** - Apucarana - Rel.: Desembargador Antonio Loyola Vieira - Unânime - J. 09.02.2017; Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12296406/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1597052-0#>)

Derradeiramente, quanto ao ‘feminicídio’, notório nos autos que o réu e vítima mantiveram relação amorosa, inclusive de convivência, porém, estavam separados há cinco meses na data do fato, tanto que justifica a ceifa da vida de Lavínia em virtude de ‘[...] um amor excessivo [...]’ (p. 406), de modo que o reconhecimento da qualificadora pelo Conselho de Sentença encontra respaldo probatório.” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **AC - 1678074-6** - Santa Fé - Rel.: Desembargador Miguel Kfoury Neto - Unânime - J. 29.06.2017; Disponível em <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12381921/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1678074-6#>)

De acordo com a Lei 13.104/2015, passou a ser homicídio qualificado a morte de mulher por razões de sexo feminino, conforme se observa do artigo 121, §2º, VI, do Código Penal Brasileiro. No § 2º-A do mesmo artigo, em que restou condenado o Apelante, o codex traz as situações que são consideradas como razões de condição do sexo feminino, conforme MP n.º 2.200-2/2001, Lei n.º 11.419/2006 e Resolução n.º 09/2008, do TJPR/OE Página 6 de 8 fls.6 feminino: violência doméstica e familiar, menosprezo à condição de mulher ou discriminação

à condição de mulher.”(BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **AC - 1703933-1** - Bocaiúva do Sul - Rel.: Desembargador Antonio Loyola Vieira - Unânime - J. 08.03.2018; Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12506644/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1703933-1#>)

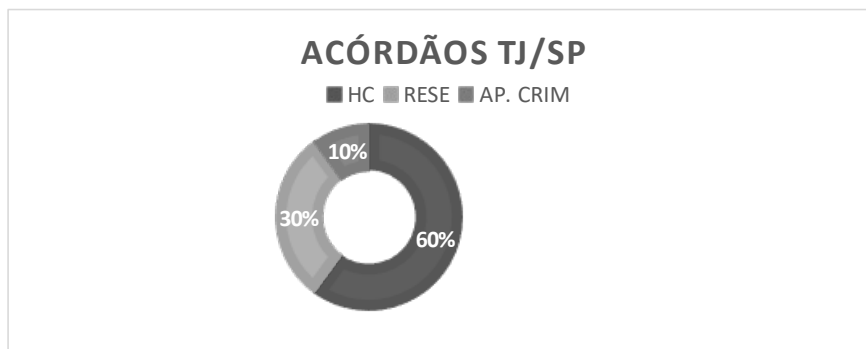
Assim, por haver nos autos indicativos de que a agressão pode ter sido praticada baseada no gênero da ofendida e no contexto de violência doméstica e familiar, deve permanecer a qualificadora do feminicídio”

0000534-45.2016.8.16.0071 “De se ressaltar que o delito foi cometido contra mulher por razões da condição de sexo feminino, uma vez que praticado em situação de violência doméstica e familiar (art. 5.º, inciso II, da Lei n. 11.340/2006).” (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, **RSE - 1714324-9** - União da Vitória - Rel.: Juiz Naor R. de Macedo Neto - Unânime - J. 15.02.2018; Disponível em: <http://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12496032/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1714324-9#>)

JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Quanto ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que ocupa a 26ª colocação no ranking nacional, apresentando uma taxa de 3,2 homicídios femininos por 100 mil mulheres (BRASIL, 2013, p. 745), elegeram-se acórdãos disponibilizados na plataforma online do Tribunal, desde a promulgação da lei até o ano de 2018, totalizando o montante de 20 acórdãos, sendo eles ações de *habeas corpus*, recursos em sentido estrito e apelações, conforme resta demonstrado no gráfico:

Gráfico 2 – Proporcionalidade dos acórdãos analisados:



Fonte: a autora, 2018

Da análise realizada, constatou-se que dez casos ocorreram na forma tentada, e, em somente sete casos analisados verificou-se que os doutos desembargadores explicam as razões do sexo feminino, quais sejam

In casu, o delito perpetrado pelo paciente é deveras gravoso e extrapola as circunstâncias ordinárias do tipo penal, se destacando pelo modo que foi executado, no âmbito doméstico e contra a mulher por razões da condição de sexo feminino. Assim, entende-se que o paciente cometeu, em tese, a figura do feminicídio, cuja

criação ocorreu justamente para coibir condutas como a que ora se apresenta, as quais necessitam uma especial atenção e maior repreensão do Poder Judiciário.(BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Habeas Corpus Criminal 0030248-27.2015.8.26.0000**; Relator (a): Guilherme de Souza Nucci; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osvaldo Cruz - 2ª. Vara Judicial; Data do Julgamento: 18/08/2015; Disponível em : <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/resultadoCompleta.do?jsessionid=66A15925FFEF833D33CED906765D152F.cjsg2>>

O paciente cometeu, em tese, a figura do feminicídio, que requer maior rigor do Poder Judiciário para coibir condutas praticadas no âmbito doméstico e contra a mulher por razões da condição de sexo feminino.(BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Habeas Corpus Criminal 2243332-77.2015.8.26.0000**; Relator (a): Willian Campos; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Ribeirão Preto - 1ª Vara do Júri e Execuções Criminais; Data do Julgamento: 17/12/2015; Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9099801&cdForo=0>>

O crime foi praticado contra a mulher por razões da condições de sexo feminino, envolvendo violência doméstica e familiar, com violência baseada no gênero, decorrente de relação íntima de afeto, na qual o agressor conviveu com a ofendida na condição de namorado, nos termos da Lei. 113.40/06 (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Habeas Corpus Criminal 2160467-60.2016.8.26.0000**; Relator (a): Paulo Rossi; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Carapicuíba - 2ª Vara Criminal; Data do Julgamento: 28/09/2016; Disponível em: <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9870287&cdForo=0>>

Dos elementos amealhados aos autos, verifica-se que a qualificadora prevista no art. 121, § 2º, inciso VI, do Código Penal, a caracterizar o feminicídio, evidenciou-se porque GERALDO agrediu a facadas e matou a amásia no âmbito doméstico. Em outras palavras, presente a hipótese de violência doméstica e familiar, a agravar a conduta do agente. Como se vê, para que se configure a referida qualificadora, necessário que esteja presente uma das hipóteses previstas em lei, qual seja, a violência doméstica e familiar. No caso vertente, o réu admitiu ter matado sua companheira porque ela o estaria traindo. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Apelação Criminal 0001885-70.2015.8.26.0407**; Relator (a): Osni Pereira; Órgão Julgador: 16ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Osvaldo Cruz - 1ª Vara; Data do Julgamento: 08/11/2016; Disponível em<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=9960421&cdForo=0>>

Logo, há fortes indícios de que o acusadonutria verdadeiro sentimento de posse sobre a vítima, o que acabou resultando na sua morte por razões da condição do sexo feminino. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Recurso em Sentido Estrito 0000246-15.2016.8.26.0558**; Relator (a): Luis Soares de Mello; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Itajobi - Vara Única; Data do Julgamento: 22/05/2018; Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11477922&cdForo=0>>

No que tange ao imputado feminicídio, não se pode afirmar que claramente não verificada situação de violência doméstica na hipótese. Afinal, as amplas definições do art. 5º, I, II e III, da Lei Maria da Penha, permitem interpretações bastante abrangentes. Não há exigência de coabitação, tampouco imprescindível que a violência se dê nos âmbitos da família ou da unidade doméstica. Consoante o inciso III, basta convivência pretérita. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Recurso em Sentido Estrito 0005404-10.2016.8.26.0022**; Relator (a): Vico Mañas; Órgão Julgador: 12ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Amparo - 1ª Vara; Data do Julgamento: 28/02/2018;Disponível em

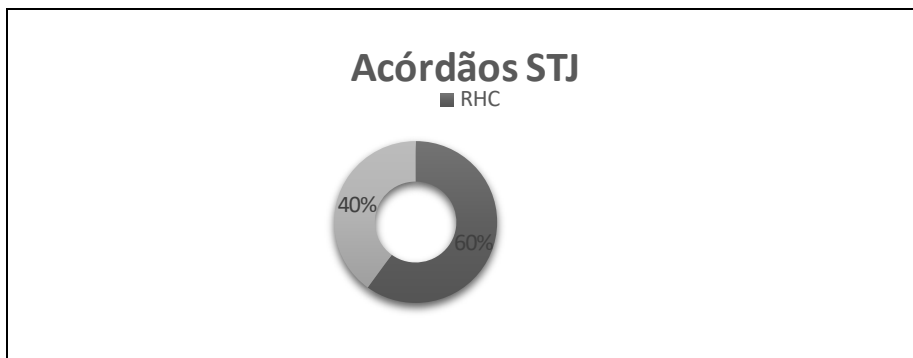
<<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11230285&cdForo=0>>)

De outra banda, o réu ter agido com prevaecimento de relações domésticas, perpetrando o delito contra mulher com quem convivia, evidencia o desprezo ao gênero da vítima, o que configura o feminicídio, qualificadora esta, aliás, de caráter objetivo. (BRASIL, Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **Apelação Criminal 0015546-51.2016.8.26.0482**; Relator (a): Camilo Léllis; Órgão Julgador: 4ª Câmara de Direito Criminal; Foro de Presidente Prudente - Vara do Júri e da Infância e Juventude; Data do Julgamento: 22/05/2018; Disponível em <<https://esaj.tjsp.jus.br/cjsg/getArquivo.do?cdAcordao=11483440&cdForo=0>>)

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Quanto ao Superior Tribunal de Justiça, elegeram-se acórdãos disponibilizados na plataforma online do Tribunal, desde a promulgação da lei até o ano de 2018, desse modo, foram analisadas 15 acórdãos, sendo eles ações de *habeas corpus* e recurso ordinário em *habeas corpus*

Gráfico 03 - Proporcionalidade de acórdãos analisados



Fonte: a autora, 2019

Da análise realizada, constatou-se que apenas 08 casos ocorreram na forma tentada, sendo que não averigou-se discursos reprodutores de estereótipos de gênero e, em somente nos casos a seguir verificou-se que explicam as razões do sexo feminino, quais sejam

Extrai-se dos autos que a Corte de origem entendeu devido o reconhecimento da qualificadora do homicídio, porquanto existem indicativos de que o crime tenha ocorrido na forma descrita na denúncia, ou seja, a vítima era companheira da ré, com quem vivia há dois anos, e estavam se separando à época do fato (fl. 671). Asseverou, ainda, que não teria ocorrido o alegado bis in idem, uma vez que o feminicídio é uma qualificadora de ordem objetiva - vai incidir sempre que o crime estiver atrelado à violência doméstica e familiar propriamente dita enquanto que a torpeza é de cunho subjetivo, ou seja, continuará adstrita aos motivos (razões) que levaram um indivíduo a praticar o delito (fl. 673). Dessa forma, tem-se que o Tribunal a quo decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte superior, porquanto, tratando-se o motivo torpe de qualificadora de natureza subjetiva, e o feminicídio de qualificadora objetiva não há se falar em bis in idem no reconhecimento de ambas, de modo que não se vislumbra ilegalidade no ponto. Destaco que, conforme determina o art. 121, § 2º-A, II, do CP, a qualificadora do homicídio deve ser reconhecida nos casos em que o delito é cometido em face de

mulher em violência doméstica e familiar. (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **HC 433898 / RS, 2018/0012637-0**,, relator Ministro Nefi Cordeiro órgão julgador T6 - SEXTA TURMA, Data do Julgamento 24/04/2018; Disponível em<:https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=433898&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>)

Como já adiantado no exame da liminar, integra a decisão de prisão fundamento idôneo, explicitado na gravidade da conduta, tratando-se de tentativa de feminicídio no âmbito da violência doméstica, no qual o indiciado esfaqueou sua madrasta na altura do peito e que a vítima está em estado grave(...). (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, RHC 96594/SP, 2018/0074375-8, relator Ministro Nefi Cordeiro, órgão julgador T6 – SEXTA TURMA, Data do Julgamento 19/06/2018, Disponível em <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?processo=96594&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>)

ANÁLISE DO DISCURSO PRESENTE NAS DOUTRINAS

As doutrinas embasam o saber jurídico, restando evidente que o posicionamento dos renomados doutrinadores compõe o modo de interpretação quanto ao delito, como também, traduz o direito como instrumento de operacionalidade. Para tanto, foram feitas análises de cinco obras penais, sendo elas de referência e relevância aos graduandos de direito, conforme demonstrado em tabela abaixo.

Quadro 1 – Indicação das obras analisadas

NOME DA OBRA	AUTOR	DITORA	NO
Curso de Direito Penal – Parte Especial - V.2, 3ª edição	Guilherme de Souza Nucci	Gen	019
Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2	César Roberto Bittencourt	araivaJur	018
Curso de Direito Penal , volume 02 – Parte Especial	Fernando Capez	araivaJur	018
Curso de Direito Penal – Vol 02- Parte Especial	Rogério Grecco	Impetus	017
Manual de Direito Penal – Parte Especial	Rogério Sanches Cunha	spodium	016

Fonte: a autora, 2019

Assim, a análise a seguir, envolvem os seguintes aspectos: a) o autor reconhece o contexto de tipificação crime de feminicídio?; b); São reproduzidos estereótipos de gênero e discursos sexistas quando construída narrativa?

O doutrinador Guilherme da Souza Nucci, expõe uma visão meramente legalista acerca da existência do feminicídio, assim como dispõe em sua obra discursos reprodutores de estereótipos de gênero, tal qual:

O agente mata a mulher em virtude de violenta emoção seguida de injusta provocação da vítima. O companheiro surpreende a companheira tendo relações sexuais com o amante em seu lar, na frente dos filhos pequenos. Violentamente emocionado, elimina a vida da mulher porque é mais forte – condição objetiva, mas

o faz porque ela injustamente o provocou (...) (NUCCI, 2019, p.50)

Já César Roberto Bittencourt, em sua renomada obra, define violência de gênero e reconhece sua existência, porém reproduz alguns discursos reprodutores de estereótipos de gênero, tais quais:

(...) igualmente, a vulnerabilidade da mulher tida, física e psicologicamente, como mais frágil, que encoraja a prática da violência por homens covardes, na presumível certeza de sua dificuldade em oferecer resistência ao agressor machista (BITTENCOURT, 2018,97)

No entanto, uma questão, outrora irrelevante, na atualidade mostra-se fundamental, e precisa ser respondida: quem pode ser considerada mulher para efeitos da tipificação da presente qualificadora? Seria somente aquela nascida com a anatomia de mulher, ou também quem foi transformado cirurgicamente em mulher, ou algo similar? E aqueles que, por opção sexual, acabam exercendo na relação homoafetiva masculina a “função de mulher” (BITTENCOURT, 2018, 98)

Por isso, na nossa ótica, somente quem for oficialmente identificado como mulher (certidão do registro de nascimento, identidade civil ou passaporte), isto é, apresentar sua documentação civil identificando-a como mulher, poderá ser sujeito passivo dessa qualificadora. (BITTENCOURT, 2018, p.101)

Fernando Capez aborda em sua obra a denominação do feminicídio e seu processo estrutural reconhece a existência de violência e ainda expõe:

Quanto ao menosprezo à condição de mulher, surge a ideia do machismo, que faz com que homens ignorantes se sintam superiores às mulheres e que essa condição ainda lhes daria o direito de matar a mulher como ser inferior!” (CAPEZ,2018, 129)

O autor Rogério Grecco, em sua obra, reconhece o contexto da tipificação do feminicídio. Por fim, o autor Rogério Sanches Cunha, já na introdução sobre o feminicídio expõe a violência de gênero, como restam demonstrados respectivamente.

(..)Assim, somente aquele que for portador de um registro oficial (certidão de nascimento, documento de identidade) em que figure, expressamente, o seu sexo feminino, é que poderá ser considerado sujeito passivo do feminicídio. (GRECCO, 2017, p.80)

“As características clínicas do transexualismo se reforçam com a evidência de uma convicção de pertencer ao sexo oposto, o que lhe faz contestar e valer essa determinação até de forma violenta e desesperada (...) Somaticamente, não apresentam qualquer alteração do seu sexo de origem. Quase todos eles têm genitais normais” (GRECCO, 2017, p.78)

A incidência da qualificadora reclama situação de violência praticada contra a mulher, em contexto caracterizado por relação de poder e submissão, praticada por homem ou mulher sobre mulher em situação de vulnerabilidade (CUNHA, 2016, p.63)

Considerações Finais

Considerando que a dogmática penal compõe a produção técnico-jurídica sobre os feminicídios e está incluída no acervo que produz saberes dos operadores do direito, afirmamos que as doutrinas e jurisprudências são textos construídos na lógica simbólica do patriarcado e podem apresentar-se como legitimadores e invisibilizadores da sexagem ou podem denunciá-la.

Sendo assim, os resultados encontrados foram de extrema importância para traçar um panorama da maneira como os operadores do direito, veem a lei do feminicídio, e se compreendem seu sentido lógico de compreensão e como isso pode afetar a percepção sobre esse dado cruel e pouco compreendido que a violência de gênero e seu resultado mais letal que culmina no feminicídio.

Apresentamos dados significativos para pensar a necessidade de um maior entendimento por parte do Poder Judiciário, sobre os crimes realizados sobre as mulheres. E com a promulgação da Lei do Feminicídio, o ordenamento jurídico brasileiro está de modo lento, absorvendo a perspectiva de gênero nas leis.

Conforme mostrado, as estatísticas sobre os casos de feminicídio no Brasil são bem poucas, mesmo com a promulgação da Lei 13.104/2015, questões como a desigualdade salarial, a repressão sexual, os estereótipos, a objetificação do corpo feminino, a violência doméstica, dentre outras, continuam, portanto, atuais e necessárias.

Nesse sentido, o Movimento Feminista e suas ações tornam-se ferramentas para a consolidação não só na lei, mas no dia a dia da sociedade, da valorização da mulher como sujeito de direitos e que deve ser respeitada em sua integralidade, e não sofrer violência física, moral e simbólica, pelo simples fato de ser do gênero feminino.

Essa questão é importante pois, segundo os autores, é necessário que os legisladores compreendam e reconheçam a prática do feminicídio, como fonte de crime, superando a visão do crime pelo crime. É urgente o entendimento da Lei, por parte da sociedade, visto que os padrões culturais do patriarcado, ainda prevalecem, mesmo que em menor intensidade, nas relações entre homens e mulheres.

Por essa razão, esta pesquisa explorou as questões de gênero presentes na interpretação de uma das modificações mais significativas para a visibilidade da violência que

grande parte das mulheres sofrem pela sua condição feminina. Focou-se na análise de como se deu a recepção dessa mudança legislativa na esfera de operacionalidade do direito.

Conhecer a compreensão dos juristas sobre as desigualdades de gênero é condizente em conhecer os limites e avanços do sistema jurídico na efetividade do direito das mulheres. Foi visto que é comum quando se discute o feminicídio e violência contra a mulher, falar em patriarcado, submissão do gênero feminino ao masculino, entretanto, nos casos em tela, quando trata-se de uma análise em campo jurisprudencial, percebe-se que os termos supracitados não são efetivamente aplicados.

Nas jurisprudências, não se averiguou referência ao machismo estrutural, remetendo a relevância da lei do feminicídio, muitas das jurisprudências analisadas não abordam com profundidade a lei do feminicídio. Entretanto, ressalta-se que há o reconhecimento do tipo penal.

Por fim, nas doutrinas analisadas percebe-se que muitos dos autores, indicam e reconhecem a existência ao machismo estrutural, parte da violência de gênero. Entretanto, insta salientar que apesar deste reconhecimento, no mesmo contexto os autores reproduzem discursos com estereótipos de gênero.

REFERÊNCIAS

BIJOS, Leila. Violência de gênero: crimes contra a mulher. **Revista Contexto & Educação**, [S.l.], v. 19, n. 71-72, p. 111-128, maio 2013. ISSN 2179-1309. Disponível em: <<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/contextoeducacao/article/view/1136>>. Acesso em: 22 maio 2018. doi: <https://doi.org/10.21527/2179-1309.2004.71-72.111-128>.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Especial 2 - Crimes Contra a Pessoa**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788553600892/cfi/0!/4/2@100:0.00>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

BRASIL Congresso Nacional. **Comissão Parlamentar Mista de Inquérito (CPMI) sobre Violência contra a Mulher**. Relatório final. Brasília, 2013. Disponível em <<https://www12.senado.leg.br/institucional/omv/entenda-a-violencia/pdfs/relatorio-final-da-comissao-parlamentar-mista-de-inquerito-sobre-a-violencia-contra-as-mulheres>>. Acesso em: 22.abr.2017

BUENO, Mariana Guimarães Rocha da Cunha. **Feminismo e direito penal**. São Paulo: USP, 2011. 180 f. Dissertações (Mestrado em Direito Penal) - Programa de Mestrado em Direito Penal, Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 2011.

CARCEDO, Ana. Femicídio em Costa Rica. 1990-1999. *Colección teórica* nº 1. Costa Rica, Instituto Nacional de Mujeres, 2000. Disponível em <<http://mujeresdeguatemala.org/wp-content/uploads/2014/06/Femicidioen-Costa-Rica.pdf>>. Acesso em 13.mai.2018

CAMPOS, Carmen Hein de. Teoria feminista do Direito e Violência Íntima Contra Mulheres. **Revista da EMERJ**, p. 33, 2012.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal, volume 02- Parte Especial: arts.121 a 212**. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2018. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788547230067/cfi/4!/4/4@0.00:0.00>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal: Parte Especial**. 8. ed. Salvador: Juspodivum, 2016.

DINIZ, Debora; COSTA, Bruna Santos; GUMIERI, Sinara. Nomear feminicídio: conhecer, simbolizar e punir. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. Vol. 114. Ano 23.p. 225-239. São Paulo: Ed. RT, maio-jun. 2015.

GRECCO, Rogerio. **Curso de Direito Penal - Parte Especial - Arts. 121 a 212 do Código Penal**. 14. ed. Niterói: Impetus, 2017.

LAGARDE Y DO LOS RIOS, Marcela. **ANTROPOLOGÍA, FEMINISMO Y POLÍTICA: VIOLENCIA FEMINICIDA Y DERECHOS HUMANOS DE LAS MUJERES**. 2008. Disponível em <<https://www.ankulegi.org/wp-content/uploads/2012/03/0008Lagarde.pdf>>. Acesso 20 de abril de 2018.


MACHADO, Isadora Vier; ELIAS, Maria Lígia G. G. Rodrigues. Femicídio em cena. Da dimensão simbólica à política. **Tempo soc.**, São Paulo , v. 30, n. 1, p. 283-304, Abril. 2018 . Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-20702018000100283&lng=en&nrm=iso>. Acesso 31 de março de 2019. <http://dx.doi.org/10.11606/0103-2070.ts.2018.115626>.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. A violência doméstica fatal:: o problema do feminicídio íntimo no Brasil. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria de Reforma do Judiciário, 2015.

NETTO, Helena Henkin Coelho; BORGES, Paulo César Corrêa. A mulher e o direito penal brasileiro: entre a criminalização pelo gênero e a ausência de tutela penal justificada pelo machismo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, a. 17, n. 25, 2013. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/article/viewFile/927/917>>. Acesso em: 27 set. 2015.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Curso de Direito Penal – Parte Especial - V.2, arts. 121 a 212 do Código Penal**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530982973/cfi/6/10!/4/6/2@0:0>>. Acesso em: 15 ago. 2019.

PANDJIARJIAN, Valéria. **Os Estereótipos de Gênero nos Processos Judiciais e a Violência contra a Mulher na Legislação**. Disponível em:



<http://www.tjmt.jus.br/INTRANET.ARQ/CMS/GrupoPaginas/59/459/file/estereotipos_Genero_Valeria_Pandjjarjian.doc>. Acesso em: 15 ago. 2019.

PASINATO, Wânia. Contribuições para o debate sobre violência, gênero e impunidade no Brasil. **São Paulo em Perspectiva**, p.5-14, 2007

SAFFIOTI, Heleith I.b; ALMEIDA, Suely Souza de. **Violência de Gênero: poder e impotência**. Rio de Janeiro: Revinter, 1995. 115 p.

SCOTT, Joan. Gênero: uma categoria útil de análise histórica. **Educação & Realidade**, Porto Alegre, 20 (2), julho/dezembro 1995, p. 71 – 99.

WASELFISZ, Julio Jacobo. **Mapa da violência 2015: homicídio de mulheres no Brasil**. Brasília: Flacso, 2015. Disponível em: <http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2015/MapaViolencia_2015_mulheres.pdf>. Acesso em: 9 nov. 2017

CAPÍTULO 20

PODER JUDICIÁRIO E EGRESSOS DA MEDIDA PROTETIVA DE ACOLHIMENTO: POSSIBILIDADES E PROPOSIÇÕES

Islene Gomes Mateus Castelo Branco, Mestra em Direitos Humanos- UnB, Professora-IESPLAN

Thaywane do Nascimento Gomes, Mestranda em Psicologia Clínica e Cultura, UnB

RESUMO


Este artigo objetiva compreender criticamente e dar visibilidade a inexistência de políticas públicas efetivas no acompanhamento de egressos da medida protetiva de acolhimento. Nesse cenário, entendendo o papel do Judiciário para reverter tal quadro. Metodologicamente, teve a pesquisa bibliográfica e documental conduzida em torno do tema egresso da medida protetiva de acolhimento ou variações dessa terminologia. Desse modo, este trabalho ainda germinal, vislumbra trazer para o debate um público ainda alijado das políticas sociais e com um acesso limitado à proteção integral preconizada no ECA. Para tal feito, apresenta um breve apanhado histórico das políticas de acolhimento no país, bem como uma diferenciação conceitual e epistemológica entre o acolhimento institucional e familiar. Portanto, espera-se, com o presente estudo, que o enfrentamento da problemática atinente à falta de políticas públicas para egressos do acolhimento saia da invisibilidade acadêmica e política, e que, mediante uma atuação judicial que não fique restrita apenas à determinação da medida protetiva, os jovens compulsoriamente desligados em razão da maioridade, sejam preparados para uma vida digna em sociedade.

PALAVRAS-CHAVE: egressos; medida protetiva de acolhimento; judiciário

INTRODUÇÃO

O Estatuto da Criança e do Adolescente- ECA (Lei nº 8.069/90), principal legislação sobre infância e juventude no Brasil, orientado pela doutrina da proteção integral, traz diversos direitos fundamentais destinados a efetivar a criança e o adolescente como sujeitos de direitos. Entre esses direitos fundamentais específicos, encontra-se a convivência familiar e comunitária (BRASIL, 1990), que reconhece a indispensabilidade da família no processo de desenvolvimento das crianças e dos adolescentes. Ocorre que, não obstante o Estatuto tenha completado trinta anos, tal direito ainda demanda esforços para a sua concretização.

Ciente dessa necessidade, nos últimos anos, foram realizadas diversas alterações legislativas, a fim de conduzir a questão atinente à convivência familiar e comunitária, as



quais alcançam, principalmente, as crianças e os adolescentes que aguardam adoção. Nesse processo, o poder judiciário recebeu a incumbência exclusiva de aplicar a medida protetiva de acolhimento, por isso a condição de retirada da criança e do adolescente do convívio com a família natural, atualmente, exige uma postura sensível da justiça, sob pena de inserir esses sujeitos de direitos em uma situação ainda mais insustentável do que o distanciamento de seus familiares, ainda que, em muitas oportunidades, o afastamento seja a opção mais protetiva.

Dessa maneira, as medidas protetivas servem para a proteção e cuidados com crianças e adolescentes em situação de risco pessoal e social. O ECA estabelece que elas sejam aplicadas nos casos em que os direitos estejam ameaçados ou violados, por ação ou omissão societária ou estatal; por falta, omissão ou abuso dos genitores ou responsáveis; ou em razão de sua conduta, como é o caso dos atos infracionais (Brasil, 1990).

Todavia, no complexo contexto envolvendo a colocação da criança e do adolescente na medida protetiva em evidência, a ausência de políticas públicas efetivas para egressos do acolhimento (institucional e familiar) não pode ser ignorada, inclusive pelo poder judiciário, dada a competência que possui hodiernamente.

Portanto, ante a situação colocada, a qual é o objeto deste estudo, mediante uma abordagem que resgata o acolhimento sob uma perspectiva histórica, diferenciando as modalidades contemporâneas, bem como sugerindo possibilidades e percepções a partir de uma leitura reflexiva do ECA, objetivou-se compreender criticamente e dar visibilidade ao problema social apontado, com a finalidade de que o poder judiciário atue também perante os egressos da medida protetiva debatida, os quais têm suportado o ônus da ausência de políticas sociais quando desligados do acolhimento.

Para tal, a reflexão ora realizada teve como base a pesquisa bibliográfica e documental conduzida em torno do tema egresso da medida protetiva de acolhimento ou variações dessa terminologia. Por ser uma pesquisa de caráter exploratório, as aludidas estratégias metodológicas mostraram-se como as mais efetivas para fazer o mapeamento das compreensões, manejos e lacunas acerca dos desafios daqueles que são desligados da medida protetiva de acolhimento aos 18 anos. Desse modo, este trabalho ainda inicial, vislumbra trazer para o debate um público ainda alijado das políticas sociais e com um acesso limitado à proteção integral preconizada no ECA.


BREVE HISTÓRICO DAS POLÍTICAS DE ACOLHIMENTO: DO ABRIGAMENTO AO ACOLHIMENTO

O histórico da criança e do adolescente perpassa, em linhas gerais, três etapas: a indiferença, a fase tutelar e o período garantista, vigente neste momento, em que se adota a doutrina da proteção integral (SEABRA, 2020). Na era da indiferença, quando crianças e adolescentes não tinham qualquer valor, a ausência de reconhecimento quanto à necessidade de fortalecimento dos laços familiares, produzia situações cruéis para a infância e a juventude.

Posteriormente, com a influência do cristianismo na Idade Média, verifica-se a institucionalização daqueles que eram rejeitados pelo núcleo familiar, muitas vezes por serem fruto de adúlteros (AMIN, 2018). Relata-se, inclusive, que existia “a roda dos expostos” destinada ao “recolhimento de crianças abandonadas para que estas não morressem jogadas à própria sorte, à mercê do frio e vítimas de animais” (RESENDE, 1996, p. 154), adotada também no Brasil, por volta de 1827.

A institucionalização restou fortalecida na etapa menorista, quando, sob a influência da doutrina da situação irregular, a destinação de estabelecimentos que recolhiam crianças e adolescentes era vista de maneira positiva. À época, crianças e adolescentes eram considerados meros objetos sobre os quais recaia a tutela do estado. A figura do menor, incapaz de manifestar-se, acabou validada. Entretanto, apesar das boas intenções em torno da postura tutelar, essa fase restou marcada pela criminalização da pobreza e pela institucionalização das crianças e adolescentes nos mesmos estabelecimentos destinados aos adultos e ausência de distinção entre abandonados e autores de atos infracionais (SILVEIRA, 2015).

Com a Promulgação da Constituição Federal de 1988, inaugura-se a fase garantista no Brasil. Assim, crianças e adolescentes, agora entendidas como sujeitos de direitos, alcançados pela doutrina da proteção integral e pelo princípio da prioridade absoluta, substituem a figura do menor, e a ideia da institucionalização deixa de ser prioritária no campo das infâncias e das juventudes (MENDEZ, 1998). Trata-se de um momento em que “direitos humanos especificamente destinados à criança e ao adolescente, em prol de sua emancipação subjetiva” (RAMIDOFF, 2019, sem página) são ratificados.



Em 1990, consolidando a doutrina da proteção integral, é publicado o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90), principal legislação infancista do direito brasileiro, que traz um rol de direitos fundamentais destinados à infância e à adolescência. Dentre os referidos dispositivos legais, encontra-se o direito à convivência familiar e comunitária, dada a relevância da família e comunidade para o crescimento de crianças e adolescentes, já que são pessoas em peculiar condição de desenvolvimento.


Todavia, em determinadas situações, a manutenção da criança e do adolescente com a família natural é insustentável, configurando uma realidade de extrema violência e vulnerabilidade física e psicológica, que exige o afastamento da criança ou do adolescente para evitar maiores danos à integridade psíquica, física e social. Para esses casos, o ECA prevê medida protetiva, conceituada como ação ou programa de natureza assistencial, aplicada quando a criança ou o adolescente se encontrarem em risco (ROSSATO, LÉPORE & CUNHA, 2016).

A referida medida protetiva, hoje denomina acolhimento, iniciou-se como política de abrigamento, no entanto, com o advento da Lei nº 12.010/2009, que alterou o ECA no que tange à convivência familiar e comunitária, o termo abrigar foi substituído por acolher, em uma transição bastante significativa:

[...] pois a nova terminologia possibilita uma compreensão diferenciada acerca das instituições, que não devem ser concebidas meramente como um lugar para “guardar / abrigar” crianças e adolescentes, mas sim um lugar onde estes possam, de fato, ser acolhidos em suas especificidades, preservando-se a esfera afetiva, aspecto fundamental para o desenvolvimento humano. A mudança na linguagem é extremamente importante, pois reflete o surgimento de outra perspectiva, de outra forma de entendimento e compreensão dos fenômenos (PERNAMBUCO, 2016, p. 9).

Interessa salientar que além da mudança indicada, a partir da Lei nº 12.010/2009, afastar a criança ou o adolescente do convívio familiar passou a ser competência exclusiva do juiz, mediante a expedição de guia de acolhimento (DIGIÁCOMO, online), o que demonstra a relevância e papel estratégico da atuação do poder judiciário perante a medida protetiva de acolhimento.

Em suma, a partir deste breve histórico sobre o acolhimento no campo da infância e da juventude, identifica-se que, mesmo perante a necessidade de distanciar criança e o adolescente do convívio familiar, sua dignidade como sujeitos de direitos precisa ser preservada, por isso a medida protetiva citada transitou da total indiferença para a



institucionalização tutelar, e do abrigamento para o acolhimento, observada a necessidade de autorização judicial, tudo isso visando a proteção e a integridade física e psicológica, que pode ocorrer por meio de acolhimento institucional ou familiar (RODRIGUES, 2016), modalidades diferenciadas e descritas a seguir.

MODALIDADES DE ACOLHIMENTO: INSTITUCIONAL E FAMILIAR


A inserção de crianças e adolescentes nas políticas de acolhimento pode ocorrer em uma das modalidades existentes, a saber: institucional ou familiar. O acolhimento institucional é um serviço de proteção social de elevada complexidade, objetivando acolher, no âmbito da infância e da juventude, crianças ou adolescentes cuja convivência familiar se tornou insustentável, a fim de garantir a proteção integral. Trata-se de prestação realizada em unidades (casa lar ou abrigo institucional) estabelecidas nas comunidades, que preservam características residenciais (MEDEIROS, 2020).

Sobre o abrigo institucional e a casa lar importa ressaltar, ambas almejam reproduzir um ambiente familiar e acolhedor, promover a autonomia e convívio com a comunidade. As duas instituições devem possuir equipe técnica especializada composta por psicólogo, assistente social e educadores. Conforme São Paulo (2019), enquanto as casas lares comportam, no máximo, 10 crianças e adolescentes, os abrigos chegam a comportar até 20. No que concerne à equipe, a de um abrigo possui em torno de 8 a 10 educadores que revezam turnos. Já a equipe da Casa Lar é composta por educador residente que permanece dia e noite com as crianças e adolescentes.

Já o acolhimento familiar, outra alteração trazida pela Lei nº 12.010/2009, pode ser conceituado como medida protetiva por meio da qual a criança ou o adolescente retirado de sua família de origem é entregue a uma pessoa ou família, aqui denominada acolhedora, cadastrada e habilitada previamente em programa de acolhimento familiar (MADALENO, 2013).

Entende-se por família acolhedora:

[a] família que se inscreva para participar de programas de famílias acolhedoras, recebendo crianças e adolescentes sob sua guarda, de forma temporária, até a reintegração da criança com a sua própria família ou o seu encaminhamento para família substituta. Também é denominada “Família de apoio”, “Família cuidadora”, “Família solidária”, “Família guardiã” [...]. (GOIÁS, 2017)



A Lei nº 12.010/2009 estabelece ainda que a inclusão da criança ou adolescente em programas de acolhimento familiar terá preferência ante o seu acolhimento institucional, observado, em qualquer caso, o caráter temporário e excepcional da medida. Isso porque “no caso do acolhimento familiar, realizado em espaço físico privativo de uma família, as crianças e adolescentes acolhidos recebem cuidados e convivem com as regras próprias da dinâmica familiar, tendo garantido o seu direito à convivência familiar e comunitária” (VALENTE, 2013, p. 107).


Ademais, a família acolhedora deverá limitar-se a receber até três crianças ou adolescentes, o que corrobora com o sucesso do acolhimento familiar e sua predileção em relação ao acolhimento institucional. Percebe-se o cuidado e a proteção com as crianças e adolescentes incluídas na medida protetiva de acolhimento, sempre buscando reduzir os prejuízos e os impactos envolvidos nessa situação.

EGRESSOS DO ACOLHIMENTO: POSSIBILIDADES E PROPOSIÇÕES ANTE A AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS

Outra legislação que trouxe profundas mudanças em relação à adoção e, por conseguinte, ao acolhimento, foi a Lei nº 13.509/2017, que reduziu para 18 meses o prazo de permanência de crianças ou adolescentes inseridos em programas de acolhimento familiar ou institucional, salvo comprovada necessidade que atenda ao superior interesse da criança ou do adolescente, desde que fundamentada pela autoridade judiciária.

Contudo, apesar da estipulação de prazos, muitos não retornam à família natural, tão pouco são colocados em família substituta, permanecendo na política de acolhimento por anos, até que sejam desligados em razão da superveniência da maioridade, quando se tornam egressos. O ECA é silente nessa questão, embora amplie, expressamente, o alcance de suas normas para maiores (jovens entre 18 e 21 anos incompletos) cujo processo de adoção esteja em curso na Vara da Infância e para jovens que se encontrem no cumprimento de medida socioeducativa de internação, ao determinar que, neste caso, a liberação será compulsória apenas aos vinte e um anos de idade.

Nas exceções mencionadas, as quais foram estendidas, conforme Súmula 605 do Superior Tribunal de Justiça (STJ), para a apuração dos atos infracionais e para as demais medidas socioeducativas, enquanto não atingida a idade de 21 anos, toda a sistemática protetiva do ECA continua aplicável apesar da maioridade. Diante disso, indaga-se: por que o




estatuto não trouxe idêntica previsão em relação ao egresso do acolhimento institucional, ou ainda, quais razões impediriam, mediante uma interpretação ampliada, de maneira a salvaguardar, por um tempo, maiores inseridos na política de acolhimento?

Todos os questionamentos sugeridos ganham força e indispensabilidade quando verificada a ausência de políticas públicas, ou mesmo a deficiência destas, em relação aos egressos da medida protetiva de acolhimento (ARAÚJO, 2018). Não obstante, o Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária (CONANDA & CNAS, 2006, p. 75) estabelece em relação aos egressos, o fomento de políticas públicas com vistas à “implementação de programas para promoção da autonomia do adolescente e/ou jovem egressos de programas de acolhimento, desenvolvendo parâmetros para a sua organização, monitoramento e avaliação”.

Além disso, para o atendimento de jovens entre 18 a 21 anos em situação de vulnerabilidade, cujos vínculos familiares foram rompidos, existem as denominadas Repúblicas (CONANDA & CNAS, 2006, p. 75), locais em que são realizados serviços de acolhimento, mediante apoio e moradia, para jovens em processo de desligamento das políticas de acolhimento por terem completado a maioridade. A república oferta atendimento durante o processo de construção de autonomia, possibilitando o desenvolvimento, incluindo a independência.

As repúblicas devem ser organizadas em unidades femininas e unidades masculinas, garantindo-se, na rede, o atendimento a ambos os sexos. Especial atenção deve ser dada à escolha dos componentes de cada república, que deverá ser feita por equipe técnica capacitada, considerados aspectos como perfil, demandas singulares e grau de autonomia de cada usuário, além do nível de afinidade entre os acolhidos (MDS, 2009). Segundo Guimarães (2015), Em síntese, as repúblicas seriam uma etapa de transição do acolhimento para a autonomia.

No entanto, na prática, constata-se uma ausência de políticas públicas destinadas para egressos do acolhimento institucional ou efetivação das repúblicas como parte do processo de desinstitucionalização, os quais acabam desamparados e, conseqüentemente, despreparados para os desafios da vida adulta, passando a ingressar, muitas vezes, no sistema prisional, ou ainda, tornando-se população de rua, conforme adverte o Conselho Nacional do Ministério Público em relatório sobre a Resolução nº 71/2011 (CNMP, 2013), que dispõe sobre a atuação



dos membros do Ministério Público na defesa do direito fundamental à convivência familiar e comunitária de crianças e adolescentes em acolhimento e dá outras providências. Na ocasião em que o relatório citado foi elaborado, concluiu-se que dada “a importância do acompanhamento [...] os números ainda estão muito aquém do desejável” (p. 95), o que evidencia a dimensão da problemática concernente à falta de políticas públicas para egressos do acolhimento.

Nesse cenário, em que pese a relevância, nos dias atuais, da atuação do poder judiciário no tocante às políticas públicas, como sinalizador de ações indispensáveis à efetivação de direitos (MARRAFON, 2015), ainda mais na seara da infância e juventude e respectivas políticas de acolhimento, cuja inserção só pode ser determinada pela autoridade judiciária, interessa mobilizar o poder em apreço, com o fito de que, não apenas imponha o acolhimento institucional ou familiar, mas também acompanhe e exija, inclusive à luz do ECA, a implementação de políticas para que os egressos do acolhimento possam conduzir suas vidas de modo a encontrar a dignidade assegurada como sujeitos de direito que são, porquanto a emancipação civil culmina, magicamente, em inclusão social e, tão pouco, em exclusão de mecanismos que auxiliem na construção da autonomia e da dignidade humana desses egressos.

Em suma, embora a ausência de políticas públicas para egressos do acolhimento institucional e familiar seja antiga, impende, na contemporaneidade, que o poder judiciário faça uma intervenção, não apenas na determinação da medida protetiva em questão, mas acompanhando o desligamento compulsório que decorre da maioridade, a fim de que os egressos encontrem o amparo necessário para prosseguir dignamente com suas vidas, por meio de um desligamento progressivo que ofereça suporte para os desafios sociais.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A condição de crianças e adolescentes inseridas em políticas de acolhimento institucional e familiar, dada a relevância da questão, tem sofrido constantes alterações legislativas a fim de que sejam minimizados os efeitos decorrentes da ausência de convívio com a família de origem, ou mesmo da demora quanto à colocação em família substituta.

Entre essas alterações, encontra-se a exclusividade destinada ao juiz para determinar o acolhimento, bem como a inclusão da modalidade familiar, que é preferencial ante a

institucional. No entanto, os egressos da medida protetiva de acolhimento, cujo desligamento compulsório ocorre em razão da maioridade, foram invisibilizados e nada é dito a respeito deles.

Assim, a ausência de políticas públicas para o acompanhamento dos egressos do acolhimento desponta como um problema a ser enfrentado, inclusive, mediante atuação do poder judiciário, que, na contemporaneidade, observada a separação dos poderes, exerce papel relevante no que tange à implementação de políticas públicas.

Portanto, espera-se, com o presente estudo, que o enfrentamento da problemática atinente à falta de políticas públicas para egressos do acolhimento saia da invisibilidade acadêmica, política e social, e que, mediante uma atuação judicial que não fique restrita apenas à determinação da medida protetiva, os jovens compulsoriamente desligados em razão da maioridade, sejam preparados para uma vida digna em sociedade. Desse modo, almeja-se que o acolhimento, enquanto premissa e norteador, não seja somente na porta de entrada da medida protetiva, mas também no encerramento da mesma.

REFERÊNCIAS

AMIN, Andréa Rodrigues. Evolução histórica do direito da criança e do adolescente. In: MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente: aspectos teóricos e práticos**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

ARAÚJO, Layla Teodoro Fleury. **A deficiência de políticas públicas para jovens egressos de programas de acolhimento institucional**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Anápolis– GO: Faculdade Raízes. 2018. Disponível em: <<http://repositorio.aee.edu.br/jspui/handle/aee/1207>>. Acesso em: 04 set. 2020.

BRASIL. **Estatuto da Criança e do Adolescente**. Lei nº 8.069 de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e outras providências. Brasília, 1990.

CNMP, Conselho Nacional do Ministério Público. **Um olhar mais atento aos serviços de acolhimento de crianças e adolescentes no país: Relatório da Resolução nº 71/2011**. Brasília: Conselho Nacional do Ministério Público, 2013.

CONANDA, Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente & CNAS, Conselho Nacional de Assistência Social. **Plano Nacional de Promoção, Proteção e Defesa do Direito de Crianças e Adolescentes à Convivência Familiar e Comunitária**. Secretaria Especial dos Direitos Humanos: Brasília, 2006. Disponível em: https://www.mds.gov.br/webarquivos/publicacao/assistencia_social/Cadernos/Plano_Defesa_CriançasAdolescentes%20.pdf. Acesso em 30 set. 2020.

GOIÁS. Ministério Público do Estado do Goiás. **Guia Família Acolhedora**. Goiânia, 2017. Disponível em:

http://www.mpggo.mp.br/portal/arquivos/2019/08/05/12_16_31_385_Familia_acolhedora.pdf. Acesso em 30 set. 2020.

GUIMARÃES, Layanne Eleutério Santana. **A deficiência de políticas públicas para jovens egressos de programas de acolhimento institucional**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Brasília- Centro Universitário de Brasília, 2015.

MADALENO, Rolf. **Curso de Direito da Família**. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MARRAFON, Marco Aurélio. Atuação do Judiciário nas políticas públicas depende da concepção de Estado. *Conjur*, 31 de agosto de 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-31/constituicao-poder-atuacao-judiciario-politicas-publicas-depnde-concepcao-estado>. Acesso em 30 set. 2020.

MDS, Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à fome. **Orientações Técnicas: Serviços de Acolhimento para Crianças e Adolescentes**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social, 2009.

MÉNDEZ, Emílio Garcia. **Infância e cidadania na América Latina**. São Paulo: Editora HUCITEC/ Instituto Ayrton Senna, 1998. Tradução de Angela Maria Tijiwa.

PERNAMBUCO. Ministério Público do Estado. **Acolher: orientações sobre acolhimento institucional e familiar**. Recife: Procuradoria-Geral de Justiça, 2016. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/arquivos/CAOPIJ/docs/32_Cartilha_sobre_Ado%C3%A7%C3%A3o.pdf>. Acesso em: 04 set. 2020.

RAMIDOFF, Mário Luiz. **Direito Socioeducativo: responsabilização diferenciada de adolescente**. Curitiba: Independently Published, 2019.

RESENDE, Diana Campos. “**Roda dos Expostos: Um caminho para a Infância Abandonada**”. Monografia apresentada ao Curso de Especialização em “História de Minas – Século XIX” da FUNREI. São João del Rei, 1996.

ROSSATO, Luciano Alves; LÉPORE, Paulo Eduardo; CUNHA, Rogério Sanches. **Estatuto da Criança e do Adolescente: Lei n. 8.069/90 comentado artigo por artigo**. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

SÃO PAULO. **Projeto de lei nº 10/19** de 07 de fevereiro de 2019. Cria o Serviço de Acolhimento Institucional para crianças e adolescentes do Município de Bom Jesus dos Perdões e dá providências. Disponível em: http://www.camarabjperdoes.sp.gov.br/imagens/files/PL%2010_2019%20-%20Cria%20Serv_%20Acolh_%20Crianças%20e%20Adoles.pdf. Acesso em 30 set. 2020.

SEABRA, Gustavo Cives. **Manual de Direito da Criança e do Adolescente**. Belo Horizonte: Editora CEI, 2020.

SILVEIRA, Jessica Ziegler de Andrade. **A proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente: Uma abordagem à luz da lei nº 8.069/90**. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito)- Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2015.

VALENTE, Jane. **Família Acolhedora: as relações de cuidado e de proteção no serviço de acolhimento**. 8. ed. São Paulo: Paulus, 2013.

CAPÍTULO 21

O CONTEXTO HISTÓRICO DO DIREITO DO TRABALHO FRENTE AO ADICIONAL DE PERICULOSIDADE PARA MOTOCICLISTAS

Volmar Antonio Zanini Filho, Graduado em Direito pela Universidade Franciscana (2017). Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Damásio Educacional e Ibmec (2019). Pós-graduação em Direito Penal e Processual Prático Contemporâneo pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Atua como advogado OAB/RS: 111.703.


RESUMO

O artigo em tela versa sobre o adicional de periculosidade para motociclistas, medida esta que modifica a relação de emprego e interfere nos efeitos pecuniários, conferindo um acréscimo de valor de 30% sobre o salário do trabalhador que exerça suas atividades sob algum risco à saúde do trabalhador. Profissionais que desenvolvem a atividade laboral com motocicletas, comumente denominados “motoboys”, estão constantemente expostos a situações de risco no cotidiano de seu trabalho. No entanto, o adicional de periculosidade para estes trabalhadores, ao contrário do que preconiza a legislação vigente da Consolidação das Leis do Trabalho, não está sendo devidamente compreendido e cumprido. De acordo com o artigo 193, parágrafo quarto, foi acrescentado o adicional de periculosidade para “motoboys” à Consolidação das Leis do Trabalho. Desta forma, diante do artigo em epígrafe citado, percebe-se a necessidade do Supremo Tribunal Regional manifestar-se demonstrando sua colocação frente às portarias de nº 1565 e de nº 1930, as quais colocam dúvida a real aplicabilidade do direito em questão. A primeira estipula que o adicional de periculosidade para motociclistas é um direito deste trabalhador. Já a portaria nº 1930 suspende a portaria anterior. Em vista desse conflito, entende-se como necessário discorrer sobre o adicional de periculosidade no contexto laboral de motociclistas, visto que envolve à saúde do trabalhador, a fim de fornecer argumentos que comprovem que tal medida é um direito deste trabalhador, devendo ser encarada como tal pelas comarcas brasileiras.

PALAVRAS-CHAVE: Adicional de periculosidade para motociclistas; Conceito; Efeitos pecuniários; Relação de emprego; Saúde

INTRODUÇÃO

Sabe-se o quão perigoso é a atividade laboral como motociclista ou atividades que sejam necessárias o uso da motocicleta. Esse é um assunto de extrema relevância no meio jurídico, uma vez que o empregado é a parte mais frágil da relação de emprego, sendo de suma importância uma maior abordagem do tema em epígrafe, uma vez que à saúde do trabalhador é colocada em risco.



O presente trabalho busca discutir a concessão do adicional de periculosidade para trabalhadores motociclistas e trabalhadores que utilizam motocicletas para exercer suas atividades laborais. O adicional de periculosidade, para essa categoria, é preconizado pela portaria de número 1565 em consonância com a Consolidação de Leis Trabalhistas, e que, no entanto, é negada pela portaria de número 1930, a qual suspendeu a portaria anterior.

Com a alteração da legislação busca-se beneficiar o empregado que exerce suas funções com a motocicleta, como mototaxista e motofretista, dentre outros, na qual ainda há quem sustente a ideia do devido adicional de periculosidade ao empregado que presta serviço comunitário de rua, como aqueles que fazem rondas em condomínios e deverão ter direito ao benefício. Sobre o empregado autônomo entende-se que não faz jus ao adicional de periculosidade, visto que não possui carteira assinada por ser autônomo.


A Consolidação de Leis Trabalhistas sofreu alterações em seu artigo 193, parágrafo quarto, onde se acrescentou o adicional de periculosidade para motociclistas, compreendendo como perigosas às atividades laborais praticadas por estes. Assim, sancionou-se, no ano de 2014, a lei 12.997/14 denominada “Lei do Adicional de Periculosidade”.

Discutir sobre tais questões faz-se relevante frente a recorrências de acidentes como citado anteriormente, sendo que a maior contribuição deste trabalho consiste em fazer valer o preconizado em lei no que diz respeito à aplicabilidade do adicional de periculosidade, conferindo mínima proteção ao trabalhador motociclista. Além disso, são poucos os estudos encontrados em publicações no meio científico que abordam esta temática, tornando-se necessário colocá-las em pauta a fim de que contribuam para maiores compreensões acerca desta.

Adicional de periculosidade: delineamentos conceituais

O adicional de periculosidade é devido a todos os trabalhadores que exerçam atividades de risco, obtendo o benefício elevando o salário do profissional que executa tal atividade perigosa. Aduz na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 7º, XXIII:

Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXIII - Adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;



Com a aprovação do projeto da Lei 12.997/14 iniciado pelo Corpo de Bombeiros de São Paulo, uma vez demonstrado o alto número de sinistros ocorridos envolvendo motociclistas, assim fora incluído à Consolidação de Leis Trabalhistas em seu artigo 193, parágrafo quarta, onde introduziu o adicional de periculosidade para motociclistas, conforme segue:

Art. 193 CLT: São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a : (Redação dada pela Lei nº12.740, de 2012)

§4 o São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (Incluído pela Lei nº 12.997, de 2014)

Dessa forma, o adicional de periculosidade é um acréscimo de 30% ao salário dos trabalhadores que laboram em condições de alto risco. Recentemente foi estendido esse adicional à categoria dos trabalhadores em motocicletas. Nesse sentido, não é necessário que o profissional seja “motoboy”, ou seja, apenas desempenhando qualquer atividade laboral que utilize motocicletas lhe é devido tal adicional com a ressalva de que esteja em regime da Consolidação de Leis Trabalhistas.


O adicional de periculosidade foi instituído aos trabalhadores motociclistas pela Portaria nº 1.565, de 13 de outubro de 2014, do Ministério do Trabalho e Emprego, a qual aprovou o Anexo 5 – Atividades Perigosas em Motocicleta – da Norma Regulamentadora nº 16, que fala sobre as “Atividades e Operações Perigosas”.

Examinando a noção do conceito de adicional de periculosidade, Gunther e Mandalozzo (2013), conceituam que:

Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Com-pagnoli e Graziel Pedroso de Abreu definem trabalho perigoso como sendo aquele “prestado no ambiente de trabalho onde se encontram presentes os agentes que podem atuar instantaneamente, com efeitos danosos imediatos, uma vez que podem levar à incapacidade ou morte repentina do obreiro”. (GUNTHER e MANDALOZZO, 2013, p.29)

Diante do que aduz Sebastião Geraldo de Oliveira:

“De certa forma, todo trabalho encerra algum perigo, observando, entretanto, que, em algumas atividades, esse risco é mais acentuado” (OLIVIEIRA, 2011, p.187).



Após ressaltar os conceitos acima, fica demonstrado que a profissão que utiliza motocicleta é mais perigosa que outras atividades profissionais, em que o trabalhador não necessita usar motocicleta.

A atividade laboral de motociclista ou outra que necessite que o trabalhador empregue motocicleta gera um maior risco à saúde do trabalhador do que os chamados “trabalhos normais”, visto que trabalhar com motocicleta é uma atividade profissional de altíssimo risco, pois a todo o momento se está na iminência de sofrer alguma lesão ou até mesmo vir a óbito.

O benefício em questão cabe sempre quando o trabalhador estiver em contato permanente com inflamáveis, explosivos, energia elétrica, segurança pessoal e patrimonial e atividades de trabalhador em motocicletas. Tendo em tese a necessidade de perícia, no caso de pagamento espontâneo do adicional de periculosidade, possuímos fatos incontroversos e nesse caso, a perícia acaba sendo dispensada.

O adicional de periculosidade é um exemplo de salário condição, o empregado recebe o adicional, enquanto trabalhar naquela condição, possuindo natureza salarial. A partir do momento que cessa a periculosidade, cessa o recebimento desses adicionais.

Assim, a situação, ainda que fique pendente de regulamentação ministerial, é apropriado, já que a condição do trabalhador, em que utiliza motocicleta no exercício de suas atividades, representa explícita exposição a um agente perigoso, constituindo situação suficiente a liberar o pagamento do adicional de periculosidade.

Efeitos pecuniários e retroativos

Os efeitos pecuniários do adicional de periculosidade devem começar a surgir no momento em que o trabalhador for motociclista ou necessitar de motocicleta para exercer sua função independente de qual seja sua profissão, visto isso é importante frisar que não há necessidade do trabalhador ser “motoboy”, e sim exercer função em qualquer outra atividade que utilize motocicleta para se locomover e praticar sua atividade profissional. O adicional de periculosidade e seus efeitos pecuniários são determinados pela Consolidação de Leis Trabalhistas, onde será devido quando o empregado iniciar alguma atividade que esteja regulamentada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, assim como aduz no artigo 196 da

Consolidação de Leis Trabalhistas:

Art.196 – Os efeitos pecuniários decorrentes do trabalho em condições de insalubridad e ou periculosidade serão devidos a contar da inclusão da respectiva atividade nos quadros aprovados pelo Ministério do Trabalho respeitados as normas ao Art.11.

No tocante do artigo em epígrafe, percebe-se o momento em que o trabalhador deve receber o adicional de periculosidade, devendo começar a receber o adicional de tal benefício no momento em que utilizar motocicleta, independente de qual cargo exercer, como dito anteriormente. Sendo assim, é necessário salientar sobre os diversos trabalhadores que não atuam como “motoboys”. Esses, muitas vezes, são montadores de móveis, que precisam se locomover com maior rapidez para atender todos seus clientes, dentre outros exemplos.

Além disso, o exercício do profissional com motocicleta não está claramente configurado com atividade perigosa e danosa à saúde, restando aguardar regulamentação ministerial. É notável quando o trabalhador, que faz o uso de motocicleta ao exercer suas atividades, está representando uma explícita exposição de sua saúde a um agente perigoso, essa situação dispensa perícia, sendo suficiente o detalhamento da atividade laboral que pratica para aprovar o pagamento do adicional de periculosidade.

A alteração da legislação representa uma busca da melhor qualidade de vida para o trabalhador que utiliza motocicleta, na qual recebe o adicional de 30% (trinta por cento) no salário conforme discursa o artigo 193 §1º e §4º, da Consolidação de Leis Trabalhistas:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador a: (Redação dada pela Lei nº 12.740, de 2012)

I - inflamáveis, explosivos ou energia elétrica. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012).

No inciso supramencionado refere-se aos trabalhadores que atuam em usinas hidrelétricas, postos de combustíveis, vigilantes, seguranças, ou seja, o trabalhador deve receber o adicional sempre que se enquadrar nos casos apresentados.

II - roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial. (Incluído pela Lei nº 12.740, de 2012).

O exemplo que evidência de forma perfeita para o inciso acima são as atividades práticas por carros fortes, que necessitam fazer escolta armada, para que haja um certo nível de segurança na execução do serviço de transporte de valores.

§1º - O trabalho em condições de periculosidade assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977). (...)

§4º São também consideradas perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. (Incluído pela Lei nº 12.997, de 2014).


Após observar o artigo em epígrafe, é necessário discorrer sobre a natureza salarial do adicional de periculosidade, visto que o benefício em questão incidirá nas contribuições previdenciárias, concomitantemente irá incidir nos casos de auxílio-doença e na aposentadoria do trabalhador. As atividades do trabalhador com motocicleta geram responsabilidades objetivas ao empregador, visto que na profissão que se utiliza motocicleta possui um significativo índice de acidentes, assim nas ações trabalhistas se discute indenizações por danos materiais, morais, estéticos e até lucros cessantes.

É evidente que os profissionais que estão conduzindo motocicletas estão vulneráveis, acarretando um maior número de acidentes, com consequências que podem ser mais relevantes em comparação a outros profissionais que não necessitam de motocicleta, por exemplo, o profissional que atua sua carga horária apenas na empresa e que não precisa se locomover. Nesse tocante, é notável uma estimativa menor de risco com esse trabalhador que labora em um nível de exposição inferior dos demais colegas que usam motocicletas.

Antigamente não era viável a cumulação de adicional de periculosidade com adicional de insalubridade. Caso existisse uma situação em que surgisse, em função da atividade, concomitante, ocasiões perigosas e insalubres de atividade laboral, o trabalhador deveria optar um dos benefícios com como citado no artigo 193, § 2º da Consolidação de Leis Trabalhistas:

Art. 193. São consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho e Emprego, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador

§2º-O empregado poderá optar pelo adicional de insalubridade que por ventura lhe seja devido. (Incluído pela Lei nº6.514,de 22.12.1977).



Como demonstrado no artigo em epígrafe, o profissional que estiver exposto a atividades insalubres e perigosas à saúde precisaria optar pelo benefício que pretendesse ser favorecido.

Atualmente há casos excepcionais onde o profissional recebe os dois benefícios, periculosidade e insalubridade, visto que o Tribunal Superior do Trabalho autoriza em algumas situações a cumulação destes. Sobre a perícia é importante frisar que está especificada pelo Ministério do Trabalho e Emprego em sua Norma Regulamentadora número 16, a qual expõem os casos configurados como insalubres em que o empregador é beneficiado com tal adicional após ser precedido por perícia técnica, ao cargo engenheiro do trabalho ou clínico geral, que configure e regule a situação como de risco.


É importante expor o artigo a seguir, caput do artigo 195 da CLT:

Artigo 195 – A caracterização e a classificação da insalubridade e da periculosidade, segundo as normas do Ministério do trabalho, far-se-á através de perícia a cargo de Médico do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrada no Ministério do Trabalho.

Analisando o artigo acima citado é notável o instante em que o profissional deve receber o adicional de sua preferência, podendo agora haver acumulação de benefícios se o emprego for necessário a de cumulação de benefícios. Ainda precisando comprovar a existência do risco para que seja possível diminuir ou eliminar as condições que sejam perigosas, quando se falar de adicional de periculosidade.

Um exemplo, é quando o trabalhador que necessitaria de adicional de periculosidade e de insalubridade é o profissional mecânico e transporta peças de moto ou vai ao local fazer algum conserto, esse exemplo caberia os dois benefícios, no que tange o trabalho com agentes nocivos à saúde e a o uso de motocicleta para transportar peças e realizar serviços, demonstrando a necessidade dos dois adicionais. Outro exemplo seria o entregador de matérias de limpeza, quando carrega agentes nocivos à saúde, além de utilizar motocicleta para efetuar suas entregas.

Sendo importante frisar que para a concessão adicional de periculosidade não carece de perícia técnica, uma vez que é impossível deduzir o grau de perigo, já o adicional de insalubridade é diferente, onde o grau de agentes nocivos à saúde pode variar, por isso não há um percentual fixado para o adicional em questão podendo ser de 10% (dez por cento) até 40% (quarenta por cento), tendo o percentual mais elevando quando o empregado trabalhar



diretamente com substâncias que possam danificar sua saúde ao longo do tempo. No caso de periculosidade o dano seria no tocante à vida do empregado por expor completamente sua saúde física.

O Tribunal Superior do Trabalho (TST) vem flexibilizando a cumulação dos benefícios de adicional de periculosidade e insalubridade. Esta mudança ocorreu a partir de abril de 2015, na sétima Turma da Corte, em que foi admitido que as empresas deveriam pagar aos empregados os adicionais citados, sendo que os fatos gerados das verbas devem ser diferentes.


A partir do entendimento do Tribunal Superior do Trabalho, ao invés do empregado optar por apenas um dos benefícios, prevê-se que o adicional de periculosidade pode ser cumulado ao de insalubridade. Neste sentido, o benefício elevaria a remuneração num percentual de 30% (trinta por cento) sobre o salário base ou pelo adicional de insalubridade que varia entre 10% (dez por cento) e 40% (quarenta por cento) sobre o salário mínimo regional.

Está evidente que as profissões citadas anteriormente expõem o trabalhador de forma em que, ao praticar sua atividade laboral está integralmente exposto a todo e qualquer risco, ficando na eminência de um acidente que pode resultar em óbito do empregado, visto que seu único material de proteção é o capacete para proteger exclusivamente a região do crânio, utensílio este que é indispensável para que seja possível a locomoção com motocicleta.

Assim, foi demonstrado acima como deve ocorrer o pagamento do adicional de periculosidade, resta, no momento, observar qual o entendimento dado pelos Tribunais Regionais do Trabalho, não sendo tampouco desimportante a posição do Tribunal Superior de trabalho, uma vez que é recorrente diversos exemplos e casos em que o empregado que utiliza motocicleta deve receber o devido adicional.

A visão do Tribunal Regional de 4ª Região e do Tribunal Superior do Trabalho frente à concessão do adicional de periculosidade para profissionais que utilizam motocicleta

A partir da notícia divulgada pelo Senado Federal, o Corpo de Bombeiros de São Paulo apresentou um significativo número de ocorrências de acidentes envolvendo motociclistas, os quais ocasionaram a estes profissionais sérias lesões corporais e, em alguns



casos, o óbito. Em decorrência dessas questões de perigo eminente aprovou-se o projeto original da Lei 12.997/14, no ano de 2011. Isso demonstra que tal atividade laboral, de fato, oferece riscos à integridade física dos motociclistas, nesse tocante, essa constatação necessita ser devidamente compreendida e encarada sobre fins jurídicos.

No caso exposto com entrada de Processo: AIRR-1331-21.2014.5.17.0004, data de julgamento em 24/10/2016, Relator Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma, data de publicação DEJT em 28/10/2016, foi pleiteado pelo profissional o adicional de periculosidade, adicional de insalubridade e adicional noturno. Assim foi comprovada a necessidade dos três adicionais.


No caso citado acima, o trabalhador exercia duas atividades, uma como mecânico e outra como motoboy, sendo esse trabalho realizado algumas vezes no período da noite. Nesse sentido, o trabalhador que necessite de motocicleta para se deslocar deve receber o adicional de periculosidade.

Porém, existe a súmula número 76 do Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região que explana sobre impossibilidade da acumulação de adicional de periculosidade e insalubridade.

Súmula nº 76 – ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. ACUMULAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. O pagamento cumulativo dos adicionais de insalubridade e periculosidade encontra óbice no artigo 193, § 2º, da CLT, o qual faculta ao empregado o direito de optar pelo adicional mais favorável. Inexistência de violação aos incisos XXII e XXIII, do artigo 7º, da Constituição.

Tal súmula entrou em vigor em 8 de setembro de 2015 tendo por objetivo dizer que o empregado não pode obter os dois tipos adicional, devendo assim o profissional optar por qual adicional prefere incluir em sua remuneração mensal. O Tribunal Regional do Trabalho tem como entendimento a possibilidade de cumulação dos adicionais, uma vez existindo casos como o mencionado em epígrafe, onde o trabalhador era mecânico e utilizava motocicleta para entregar algumas peças realizar seu serviço com maior rapidez.

Também o entendimento da 3ª Vara do Trabalho de Brasília, segundo o juiz lotado, segue a mesma forma do Tribunal Superior do Trabalho entendendo que existem casos em que há possibilidade do pagamento de adicional de periculosidade cumulado com o adicional de insalubridade. O requisito estabelecido pela lei é atividades de trabalhador em motocicleta. Assim, qualquer que seja sua função, haverá a incidência do adicional de periculosidade se




houver utilização de motocicleta para o desempenho de suas atividades laborais, como é a situação incontroversa dos autos, onde o trabalhador, em deslocamento para as suas atividades, tem como função montar móveis e utiliza motocicleta para se deslocar até seus clientes. Para este juízo é desimportante a função do profissional, sendo necessário apenas que use a motocicleta para efetuar suas atividades laborais.

No Tribunal Regional de 4ª Região há diversos casos onde o motociclista pleiteia o adicional de periculosidade por necessitar abastecer a motocicleta diversas vezes em um dia. No processo RO 498007019965040011 RS 0049800-70.1996.5.04.0011, o empregado tinha como atividade laboral entregar pizzas, com isso era necessário abastecer a motocicleta mais de uma vez no dia para que conseguisse fazer suas entregas, a 11ª Vara do Trabalho de Porto Alegre julgou improcedente o benefício pleiteado, aduzindo que a função de entregador de pizzas não se assemelha com a de quem manuseia bomba de combustível em postos.

Após analisar o caso narrado, é perceptível que as alegações sustentadas estão se divergindo uma vez que o motociclista deveria receber o adicional por utilizar motocicleta para exercer suas atividades laborais e não por ir ao posto abastecer diversas vezes ao dia podendo ficar exposto a explosivos e inflamáveis.

No processo nº 0020524-33.2015.5.04.0203 (RO) do Tribunal Regional de 4ª Região, foi reconhecido o vínculo empregatício do motociclista, cabendo assim o pagamento de adicional de periculosidade, tendo efeitos pecuniários originando do contrato de trabalho existente entre as partes como demonstrado no devido processo, devendo os valores ser pagos no momento da data de inclusão da respectiva atividade de motociclista nos quadros aprovados pelo Ministério do Trabalho e Emprego. O relator Luiz Alberto de Vargas demonstrou caracterizada e classificada a atividade de motociclista como perigosa, devendo o trabalhador se beneficiar do adicional de periculosidade.

Nesse episódio, de processo número 0021300-26.2016.5.04.0000 MS, nesse caso o trabalhador era vendedor e que necessitava de motocicleta para desenvolver suas atividades, nesses trajetos eram percorridos diversos quilômetros, expondo assim a profissional aos acidentes de trânsito. Assim o desembargador Raul Zoratto Sanvicente deu provimento aos pagamentos em função do risco da irreversibilidade.



Tais decisões onde foram concedidos os adicionais de periculosidade levaram em conta o tão significativo número de acidentes que envolvem motocicletas diariamente, sendo que nesse caso o trabalhador percorria em média cento e vinte quilômetros por dia.

É possível perceber que grande parte dos juízes está levando em consideração o alto nível de acidentes ocorridos e que ocorre todos os dias, isso demonstra o quão importante foram os dados demonstrados pelo Corpo de Bombeiros, números estes que auxiliaram na aprovação o projeto original da Lei 12.997/14. Lei esta que considera perigosas as atividades que o trabalhador utilize motocicleta para trabalhar.

Tanto o Tribunal Superior do Trabalho quanto o Tribunal Regional do Trabalho da Quarta Região estão dando provimento aos pedidos de concessão de adicional de periculosidade e às vezes ocorre a cumulação de benefícios de periculosidade e insalubridade como aconteceu no exemplo em epígrafe mencionado. Partindo do entendimento utilizado percebemos que o trabalhador que utiliza motocicleta deve receber o adicional de periculosidade, uma vez que está exposto a acidentes de trânsito, colocando assim sua integridade física em risco.


Além disso, é necessário lembrar que a cada dia que passa os números de acidentes que envolvem motocicletas estão aumentando, mesmo a motocicleta devendo estar com seu farol aceso sempre, método esse que busca dar maior visibilidade ao profissional que necessita de motocicleta para cumprir suas atividades laborais.

Fica evidente nas jurisprudências apresentadas que o adicional de periculosidade não carece de perícia, uma vez que é impossível constatar o grau de perigo que o trabalhador está exposto, devendo assim ser pago tal adicional no momento em que o profissional começar a exercer atividades que sejam configuradas como perigosa para a saúde do mesmo.

Diante disso, entende-se que após mudanças na Consolidação de Leis Trabalhistas e da lei 12.997/14 e nas portarias supramencionadas, verificasse que houve um grande avanço nas decisões que os juízes vêm aplicando atualmente.

CONCLUSÃO

Com base em todo o exposto, pode-se perceber que é de suma importância analisar os diferentes entendimentos aplicados em nosso país, sobretudo cabe configurar como perigosa a atividade como motociclista ou a atividade que seja necessária utilizar a motocicleta. No



estudo demonstrado constatou-se que o entendimento ainda não está pacificado, visto que existem portarias em conflito. O benefício mencionado tem por objetivo aumentar o salário do empregado para que supra sua exposição ao perigo.

Dessa forma, o adicional de periculosidade vem sendo concedido para os trabalhadores que necessitam de motocicleta para se locomover, uma vez que estes profissionais estão fazendo jus ao seu benefício, já que, ao dirigir motocicleta, fica exposto a acidentes de trânsito.

O tema supracitado foi originado após a notícia publicada no Site do Senado Federal, a qual relatava que o Corpo de Bombeiros de São Paulo estava atendendo a inúmeros casos em que envolviam trabalhadores motociclistas. Essa grande iniciativa do Corpo de Bombeiros do estado de São Paulo, em demonstrar o significativo número de acidentes envolvendo motocicletas, foi iniciado o projeto de lei 12.997 de 2014, o qual foi aprovado e acrescentado à Consolidação de Leis Trabalhistas em seu artigo 193, parágrafo quarto, adicionando o que versa sobre a configuração como perigosa às atividades de motoboys como profissionais que estão expostos a riscos em acidentes de trânsito.

Como apresentado antes, o empregado não precisa ser motoboy, por vezes é mecânico e precisa se locomover com rapidez para que seja possível um atendimento mais qualificado aos seus clientes, assim utiliza da motocicleta, um meio tão convencional que uni o útil ao agradável, já que é econômica e é possível se deslocar com agilidade por qualquer cidade.

Todavia, nem sempre é devido apenas o adicional de periculosidade, no caso do mecânico é passível de acumulação de adicionais como de periculosidade e de insalubridade, pois o mecânico está também exposto a agentes nocivos a sua saúde como óleo, fumaça e outros líquidos que possam danificar a saúde do empregado gradativamente. Com esses benefícios pagos busca-se suprir o desgaste físico do trabalhador, para que possa mais tarde conseguir pagar algum tratamento em prol do bem estar próprio.

O direito do trabalhador referente ao adicional de periculosidade pretende, portanto, diminuir os elevados índices de acidentes envolvendo empregados motociclistas ou funcionários que necessitem de motocicleta em suas atividades laborais. Isto decorre da busca pelo exercício das atividades profissionais com a maior segurança possível para a categoria de motociclistas. A partir deste direito, espera-se uma redução dos índices de acidentes abrangendo os profissionais em questão.

REFERÊNCIAS

ACÓRDÃO 6ª TURMA ACV/SEM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ADICIONAL DE PERICULOSIDADE. ADICIONAL DE INSALUBRIDADE. ADICIONAL NOTURNO. MULTA DO ART. 477 DA CLT. DANO MORAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESPROVIMENTO. Disponível em: <http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=AIRR%20-%20133121.2014.5.17.0004&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAQxdAAI&dataPublicacao=28/10/2016&localPublicacao=DEJT&query=adicional%20and%20de%20and%20periculosidade%20and%20para%20and%20motoboy> Acesso em: 20 de agosto de 2016.

Adicional de periculosidade. Motociclista. Dedução do adicional de risco de vida. Cabível a dedução do adicional de periculosidade deferido com os valores pagos a título de adicional por risco de vida, por deterem a mesma natureza. Aplicação analógica do art. 193, §§ 2º e 3º, da CLT. Disponível em: http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:y184zIPtj1cJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D4731903%26v%3D9463806+adicional+de+periculosidade+para+motociclistas+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-11-08..2016-1108++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8 Acesso em: 20 de agosto de 2016.

Adicional de Periculosidade - Trabalhadores em Motocicleta (Motoboys). Disponível em: <http://janainalvespereira.jusbrasil.com.br/artigos/163341660/adicional-de-periculosidade-trabalhadores-em-motocicleta-motoboys> Acesso em: 20 de agosto de 2016.

Adicional de periculosidade por uso de moto não se restringe aos motoboys Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2016-jun-05/periculosidade-uso-moto-nao-restringe-aos-motoboys> Acesso em: 22 de agosto de 2016.

Adicional de periculosidade para os empregados motociclistas – continuam as concessões e desigualdades. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/tematicas/Adicional-periculosidade-concessoes-desigualdades.htm> Acesso em: 22 de agosto de 2016.

Adicional de periculosidade motoboy. Disponível em: <http://www.silvestrin.com.br/silvestrin/trabalhista-e-previdenciario/adicional-de-periculosidade-motoboy/> Acesso em: 22 de agosto de 2016.

Adicional de Periculosidade para motoboys e os transtornos causados no segmento entre o empregadores da profissão. Disponível em: <http://motoboymagazine.com.br/adicional-de-periculosidade-para-motoboys-e-os-transtornos-causados-no-segmento-entre-os-empregadores-da-profissao/> Acesso em: 20 de setembro de 2016.

Começa a valer o adicional de periculosidade para motoboys. Disponível em: <http://g1.globo.com/concursos-e-emprego/noticia/2014/10/comeca-valer-o-adicional-de-periculosidade-para-motoboys.html> Acesso em: 20 de setembro de 2016.

DECRETO-LEI N.º 5.452, DE 1º DE MAIO DE 1943 Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm. Acesso em: 08 de junho de 2016. Acesso em: 25 outubro 2016. Acesso em: 25 de setembro de 2016.

GUNTHER, L.E. MANDALOZZO, Netto, S.S. 25 anos da Constituição e o Direito do Trabalho. Adicional de periculosidade: uma breve exposição sobre as inovações da Lei 12.740/12 - Adriana de Fátima Pilatti Ferreira Compagnoli e Graziel Pedroso de Abreu. Curitiba: Juruá, 2013, p.29.

Lei que prevê adicional a motoboy por profissão perigosa deve atingir só um terço da categoria. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/brasil/lei-que-preve-adicional-motoboy-por-profissao-perigosa-deve-atingir-so-um-terco-da-categoria-12972988> Acesso em: 27 de setembro de 2016.

LEI Nº 12.997, DE 18 DE JUNHO DE 2014. Acrescenta § 4º ao art. 193 da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, para considerar perigosas as atividades de trabalhador em motocicleta. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12997.htm Acesso em: 28 de setembro de 2016.

Ministério do Trabalho prorroga consulta sobre periculosidade para motociclistas. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/06/ministerio-do-trabalho-prorroga-consulta-sobre-periculosidade-para-motociclistas> Acesso em: 28 de setembro de 2016.

Motoboy só terá direito à periculosidade após regulamentação de lei. Disponível em: <http://www.sindhosp.com.br/noticias/7875/Motoboy-so-tera-direito-a-periculosidade-apos-regulamentacao-de-lei> Acesso em: 10 de outubro de 2016.

Motoboys - nova lei e adicional de periculosidade. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI204084,41046Motoboys+nova+lei+e+adicional+d+e+periculosidade> Acesso em: 10 de outubro de 2016.

Norma Regulamentadora 16 Atividades E Operações Perigosas. Disponível em: <http://www.guiatrabalhista.com.br/legislacao/nr/nr16.htm>. OLIVEIRA, S. G. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: LTr, 2011. Acesso em: 10 de outubro de 2016.

O adicional de periculosidade para os motociclistas. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI203536,41046O+adicional+de+periculosidade+para+os+motociclistas> Acesso em: 10 de outubro de 2016.

O Adicional de periculosidade em seus diversos aspectos. Disponível em: <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI57451,11049O+Adicional+de+periculosidade+em+seus+diversos+aspectos> Acesso em:

PORTARIA Nº 1.930, DE 16 DE DEZEMBRO DE 2014. Dispõe sobre a suspensão da portaria número 1565. Disponível em: 15 de outubro de 2016.

Periculosidade em trabalho com motocicleta é tema de consulta pública. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2016/04/periculosidade-em-trabalho-com-motocicleta-e-tema-de-consulta-publica> Acesso em: 15 de outubro de 2016.

Periculosidade é direito do motoboy validado por lei federal. Disponível em: <http://motoboymagazine.com.br/periculosidade-e-direito-do-motoboy-validado-por-lei-federal/> Acesso em: 22 de outubro de 2016.

Portaria Ministério Do Trabalho E Emprego N.º 1.565 DE 13.10.2014. Disponível em: <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/Portaria-mte-1565-2014.htm>. Acesso em: 08 de junho de 2016. Acesso em: 22 de outubro de 2016.

Posicionamento atual do adicional de periculosidade. Disponível em: <http://sp.sindautoescola.org.br/index.php/menu/40-cfc/noticias/1143-posicionamento-atual-do-adicional-de-periculosidade.html> Acesso em: 22 de outubro de 2016.

TST autoriza pagamento cumulativo de adicionais de periculosidade e insalubridade. Disponível em: <http://jota.info/tst-autoriza-pagamento-cumulativo-de-adicionais-de-periculosidade-e-insalubridade> Acesso em: 1 de novembro de 2016.

Suspensão da periculosidade para motociclistas. Disponível em: <http://temseguranca.com/suspensao-da-periculosidade-para-motociclistas/> Acesso em: 1 de novembro de 2016.

WAISELFISZ, J. J. Mapa da Violência 2013: Acidentes de Trânsito e Motocicletas. http://www.mapadaviolencia.org.br/pdf2013/mapa2013_transito.pdf. Rio de Janeiro, 2013. Acesso em: 1 de novembro de 2016.

Onze novas súmulas do TRT-RS entram em vigor <http://www.trt4.jus.br/portal/portal/trt4/comunicacao/noticia/info/NoticiaWindow?cod=1181053&action=2>

TRT-4 - Recurso Ordinário : RO 498007019965040011 RS 0049800-70.1996.5.04.0011 <http://trt-4.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16429751/recurso-ordinario-ro-498007019965040011-rs-0049800-7019965040011>

RECURSO ORDINÁRIO DO RECLAMANTE. ATIVIDADE DE MOTOBOY. Hipótese em que incontroverso que o reclamante exercia suas atividades em motocicleta, nos termos do art. 193, § 4º, da CLT. Recurso provido. http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:cFPw1gfkzVsJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D6823149%26v%3D13646298+adicional+de+periculosidade+para+motoboy+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-11-10..2016-11-10++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8

MANDADO DE SEGURANÇA. TUTELA DE EVIDÊNCIA ANTECIPADA. A suspensão dos efeitos de portaria ministerial (1.565/2014) que classifica quais categorias fariam

jus a direito previsto na Consolidação das Leis do Trabalho (art. 193, § 4º), não impede a concessão de tutela de urgência ou evidência. Apenas liberação dos valores é inconveniente devido ao risco de irreversibilidade. http://gsa5.trt4.jus.br/search?q=cache:y2UfXBKO5lkJ:jbintra.trt4.jus.br:8080/pje_2grau_helper/jurisp%3Fo%3Dd%26c%3D7125014%26v%3D14250028+adicional+d+periculosidade+para+motoboy+inmeta:DATA_DOCUMENTO:2015-11-10..2016-11-10++&client=jurisp&site=jurisp_sp&output=xml_no_dtd&proxystylesheet=jurisp&ie=UTF-8&lr=lang_pt&proxyreload=1&access=p&oe=UTF-8

CAPÍTULO 22

AS PERSPECTIVAS DO COMÉRCIO INTERNACIONAL NO PANORAMA DO PROTOCOLO DE COOPERAÇÃO E FACILITAÇÃO DE INVESTIMENTOS DO MERCOSUL

Flávio Marcelo Rodrigues Bruno, Professor Adjunto Coordenador de Ensino do Centro das Humanidades - CE/CEHU, Prog. de Pós-Grad. Prof. em Prop. Intelectual e Transf. de Tecn. para Inovação – PROFNIT, Prog. de Pós-Grad. em Ciências Humanas e Sociais – PPGCHS, Curso de Bacharelado em Direito - DIR

RESUMO


O presente trabalho tem por objetivo apresentar uma análise do novo marco regulatório sobre os investimentos internacionais do Mercosul na perspectiva do comércio internacional. Primeiramente construindo o conceito de investimentos internacionais, num segundo momento, percebendo os investimentos internacionais sob o viés das normativas multilaterais, e por fim estruturando a atual conjuntura e as perspectivas dos investimentos internacionais no Mercosul. Foi com o intuito de fomentar e impulsionar as trocas comerciais entre os países integrantes do Mercosul foi assinado no ano de 2017, durante o Fórum Mundial da América Latina, em Buenos Aires, na Argentina, um novo Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos. O documento estabelece uma agenda comum de inserção do bloco no mercado mundial. O acordo tem como base o modelo brasileiro de Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos, já assinado pelo Brasil com nove países e focado no conceito de facilitação do fluxo de capitais, mitigação de riscos e na prevenção das controvérsias. O instrumento incentiva investimentos recíprocos mediante a adoção de normas de tratamento a investidores e investimentos, a cooperação entre os estados na promoção de ambiente de negócios favorável e a facilitação de investimentos.

Palavras-chave: Investimentos Internacionais. Comércio Internacional. Mercosul.

INTRODUÇÃO

Este estudo é uma versão ampliada e revista de uma pesquisa que teve origem no Grupo de Estudos em Direito Internacional dos Investimentos do Programa de Pós-Graduação em Direito Internacional (PPGD) da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ, sob a orientação da Prof^a. Marilda Rosado de Sá Ribeiro.

Tendo sido submetido, apresentado, debatido e publicado nos Anais do 16º Congresso Brasileiro de Direito Internacional ocorrido em agosto de 2018, na cidade de Foz do Iguaçu - PR.



Foi objeto de aperfeiçoamento em pesquisas e levantamentos bibliográficos junto ao Observatório de Estudos do Direito Contemporâneo do Curso de Bacharelado em Direito da Universidade Federal do Oeste da Bahia - UFOB, sob a orientação do Prof. Flávio Marcelo Rodrigues Bruno e teve sua apresentação em pôster no 27º Encontro do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito (CONPEDI) realizado em junho de 2018 nas dependências da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia - UFBA.

Resultados da pesquisa foram lançados como capítulo da obra “Direito Ambiental e Direito Empresarial: temas transversais sobre desenvolvimento, sustentabilidade e empresa”, coletânea coordenada pelos Profs. Flávio Marcelo Rodrigues Bruno (UFOB) e Hélder Leonardo de Souza Goes (UNIT) e organização de Jonhanny Mariel Leal Fraga, lançada em 2018.

Já em 2019 foi submetido, aprovado, apresentado, debatido e publicado extrato em formato de resumo expandido nos Anais do 17º Congresso de Iniciação Científica (CIC) da Faculdade São Francisco de Barreiras - FASB: 20 anos de construção do saber científico, realizado entre 08 e 10 de maio de 2019 nas dependências da FASB. Em agosto de 2019 teve sua revisão intitulada “A atual Conjuntura e as Perspectivas sobre os Investimentos Internacionais no Mercosul” publicada no volume 3 da Revista Jurídica Luso-Brasileira uma publicação do Centro de Investigação de Direito Privado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa em Portugal.

Feito o contexto da pesquisa, é fundamental considerar que no primeiro semestre de 2017 foi assinado o *Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul*, com base em um novo modelo de acordo de investimentos busca fomentar a cooperação institucional e a facilitação dos fluxos mútuos de investimentos entre as nações, considerando a mitigação de riscos, a governança institucional e as agendas temáticas para cooperação e facilitação dos investimentos, os denominados *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos*.

Este acordo é o resultado expressivo de uma retomada do Mercosul nas áreas econômica e comercial e um marco importante na ampliação da atuação brasileira em acordos de investimentos, que já alcança 14 países. Com o novo marco regulatório sobre os investimento no âmbito do Mercosul, o Brasil passa a ter acordos de investimentos com os paísessignatários da organização internacional, com todos os membros da *Aliança do*

*Pacífico*³⁶ e com países africanos como Angola, Moçambique e Malawi. Também se encontram fase final de revisão os compromissos já negociados com Índia, Jordânia, Marrocos e Etiópia.³⁷ Tais acordos oferecem proteção jurídica a investidores e investimentos brasileiros no exterior e dos países parceiros no Brasil; igualdade de tratamento; regulação da expropriação de ativos e da compensação devida; e liberdade de transferências de ativos financeiros ao exterior, entre outras medidas que ampliam e facilitam, sobretudo, o comércio entre as nações.

O comércio internacional é uma atividade essencial para o desenvolvimento social e econômico dos países. Bem como, para a manutenção da paz mundial, já que a interface entre comércio e paz mundial esta presente na origem do projeto da *Organização Internacional do Comércio (OIC)* e da Carta de Havana, e foi um dos fundamentos do *Acordo Geral de Tarifas e Comércio (GATT, sigla em inglês)*³⁸. Esse sistema, de caráter global, iniciado pelas reuniões de *Bretton-Woods*³⁹, deu origem a um procedimento de discussão comercial de cunho multilateral, hoje cristalizado com a criação da *Organização Mundial do Comércio (OMC)* em 1995.⁴⁰

Com o tempo, também em âmbito regional, outros sistemas para facilitar o comércio, e promover a integração de forma mais ampla foram criados, assumindo importância o Mercosul como uma organização internacional voltada para o livre comércio e para a união aduaneira de seus membros. O *Protocolo de Ouro Preto*, aprovado por ocasião da 7ª Reunião do Conselho do Mercosul⁴¹, marcou a passagem da fase transitória ou provisória, inaugurada

³⁶Alianzadel Pacífico: a Aliança do Pacífico é um bloco de integração econômica entre os países latino-americanos: Peru, México, Colômbia e Chile. O acordo que deu origem ao bloco foi assinado em 28 de abril de 2011 em Lima, no Peru. No entanto a formalização do bloco foi efetivada em 6 de junho de 2012, quando foi publicado documento oficial denominado Acordo Marco da Aliança do Pacífico. Acessível em: <https://alianzapacifico.net/>

³⁷ COZENDEY, Carlos. ÁRABE NETO, Abrão. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico. 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniao/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>. Acesso em: 03 de novembro de 2017.

³⁸*General Agreement on Tariffs and Trade*, o GATT foi estabelecido em 1947, tendo em vista harmonizar as políticas aduaneiras dos Estados signatários.

³⁹ As conferências de Bretton Woods, definindo o Sistema Bretton Woods de gerenciamento econômico internacional, estabeleceram em julho de 1944 as regras para as relações comerciais e financeiras entre os países mais industrializados do mundo.

⁴⁰ LAFER, Celso. *"Solução de Controvérsias, normas relativas a balanço de pagamentos e meio ambiente"*. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo (ed). *Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil*. São Paulo: LTr, 1998. p. 730

⁴¹ A qual teve lugar em 16 e 17 de dezembro de 1994. O Protocolo entrou em vigor em 1º de janeiro de 1995.

pelo *Tratado de Assunção*⁴², para aquela que se convencionou chamar de definitiva, em que propriamente delineadas sua forma e estrutura⁴³. Tanto o *Tratado de Assunção* quanto o *Protocolo de Ouro Preto* deixam claro, logo de início, a que veio a organização: para a construção de um mercado comum, atento às necessidades de países e regiões menos desenvolvidos⁴⁴.

Asseveram bem Araújo e Noronha⁴⁵, mas, sobretudo, Gataje⁴⁶ que o fortalecimento do Mercosul se estabelece, sobretudo, no perfil comercial da organização. Em termos de avanço nesse sentido, com o intuito de fomentar e impulsionar as trocas comerciais entre os países integrantes do Mercosul foi assinado no ano de 2017, durante o *Fórum Mundial da América Latina*, em Buenos Aires, na Argentina, um novo marco regulatório sobre os investimentos na organização internacional, o *Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos*.⁴⁷ O documento estabelece uma agenda comum de inserção do Mercosul no mercado mundial.

O instrumento incentiva investimentos recíprocos mediante a adoção de normas de tratamento a investidores e investimentos, a cooperação entre os estados na promoção de ambiente de negócios favorável e a facilitação de investimentos. Sua assinatura representa a consolidação do modelo brasileiro de acordos de cooperação e facilitação de investimentos, bem como a expansão significativa da rede de instrumentos internacionais firmados pelo Brasil para estimular a atração de investimentos estrangeiros e a internacionalização das empresas brasileiras.

⁴² Assinado em 26 de março de 1991. No Brasil, Aprovado pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 197/1991, e promulgado pelo Decreto Executivo nº 350/1991.

⁴³ BAPTISTA, Luiz Olavo. 1938 – o Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico. São Paulo: LTr, 1998. p. 35.

⁴⁴ Consta da terceira alínea do preâmbulo Protocolo de Ouro Preto: “Reafirmando os princípios e objetivos do Tratado de Assunção e atentos para a necessidades de uma consideração especial para países e regiões menos desenvolvidos do Mercosul”. O Protocolo de Ouro Preto foi internalizado no Brasil através do Decreto nº 1.901/1996.

⁴⁵ ARAÚJO, Nádia; NORONHA, Carolina. *Os investimentos internacionais no Mercosul: o exemplo bem sucedido do FOCEM*. Revista de La Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 3, Nº 5; pp. 255-265, marzo de 2015.

⁴⁶ GATAJE, Rita. *Agenda jurídico-política del MERCOSUR. Tendencias*. Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión. Año 1, Nº 2, 2013.

⁴⁷ A conclusão do Protocolo é resultado concreto da retomada da agenda econômico-comercial do Mercosul. Decorre de visão renovada do processo de integração do agrupamento, em que os integrantes compartilham o propósito de fortalecer o mercado interno, buscando contribuir para a retomada do crescimento econômico, o desenvolvimento de suas sociedades e a criação de mais e melhores empregos. Vide em: PORTAL BRASIL. *Acordo fomenta comércio entre membros*. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/economia-e-emprego/2017/04/acordo-fomenta-comercio-entre-membros-do-mercosul>. Acesso em: 25 de maio de 2020.

Neste sentido, o presente trabalho tem por objetivo apresentar uma análise do novo marco regulatório sobre os investimentos internacionais do Mercosul na perspectiva do comércio internacional. Primeiramente apresentando o conceito de investimentos internacionais, num segundo momento, percebendo os investimentos internacionais sob o viés das normativas multilaterais, e por fim estruturando a atual conjuntura e as perspectivas dos investimentos internacionais no Mercosul.

Construção conceitual de investimentos internacionais

O conceito de investimento internacional ainda é um tema de questionamentos inconclusivos no plano do internacional.⁴⁸ É possível inclusive mensurar os impactos da adesão do Brasil aos acordos internacionais em matéria de investimentos estrangeiros, que podem ser estudados a partir de diferentes parâmetros, dentre os quais a definição de investimento internacional.⁴⁹

A definição de investimento estrangeiro tem dupla importância para o Direito Internacional dos Investimentos como assevera Xavier Júnior⁵⁰

Em primeiro lugar, há uma exigência teórica de definição do objeto material de estudo do Direito Internacional dos Investimentos. Em segundo lugar, há duas questões práticas fundamentais que dependem da definição de investimento estrangeiro: a) a caracterização de determinada transação econômica internacional como investimento, de maneira que ela possa ser aplicada as regras jurídicas –

⁴⁸ A esse respeito, com muito aprofundamento, é apresentado um levantamento da conceituação sobre o investimento internacional na ordem jurídica brasileira em XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p.101-108. Vide na doutrina pátria também: BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *OneBelt, One Road: novas interfaces entre o comércio e os investimentos internacionais*. Revista de Direito Internacional. v.14, p.193-213, 2017; SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. BASTOS, Celso Ribeiro. *Regime jurídico dos investimentos de capital estrangeiro*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 8. n. 32. p.9-28. 2000. TEIXEIRA, Egberto Lacerda. *Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil*. Revista Forense. Vol. 248. p. 454-466. 1974. MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Os aspectos legais do investimento estrangeiro na área de informática*. Revista Forense. Vol. 84. n. 301. p.3-16. 1988. BAPTISTA, Luiz Olavo. *Investimentos internacionais no Direito Comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. ROSSI, Matheus Corredato. *O tratamento das empresas de capital nacional e o direito ao desenvolvimento*. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 15. n. 61. p. 218-240. 2007. DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2010. RAFFAELLI, Paulo Cesar Pimentel. *Aspectos tributários do investimento estrangeiro no mercado financeiro e de capitais*. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 12. n. 57. p. 257-277. 2004.

⁴⁹ É o que fora realizado com maestria em: XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1ª edição. Especial colaboração de Ely Caetano Xavier Junior e prefácio de Diego Pedro Fernandez Arroyo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p.11-43.

⁵⁰ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1ª edição. Especial colaboração de Ely Caetano Xavier Junior e prefácio de Diego Pedro Fernandez Arroyo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p.11-43.

nacionais ou internacionais – específicas, e b) a fixação de jurisdição para os tribunais arbitrais com atribuição para solução de controvérsias relativas a investimentos.

O que podemos chamar de direito dos investimentos internacionais, goza hoje de uma autonomia própria focalizando diretamente as operações econômicas e jurídicas que envolvem a saída e entrada de valores destinados a fins econômicos, no território de um país.⁵¹ Os investimentos internacionais, em sua definição, convergem estritamente aos aspectos fundamentais da internacionalização das trocas econômicas de mercadorias, a globalização de empresas e a globalização dos fluxos de capitais.⁵² E nesse contexto, o Direito Internacional não conhece uma noção de investimento internacional. Destina-se a definir os direitos e deveres dos indivíduos exercendo uma atividade econômica em território estrangeiro.⁵³

É nesse sentido a concepção de Ribeiro⁵⁴ de que o Direito Internacional dos Investimentos consiste em *standards*⁵⁵ emanados do Direito Internacional Econômico e princípios e regras específicas, incorporando-se eventualmente as leis dos países que recebem os investimentos internacionais. E ademais, tais *standards* teriam como postulado o respeito à lei interna do país que recebe os investimentos internacionais, a garantia por parte deste de um padrão mínimo e razoavelmente seguro à realização de investimento e a possibilidade das medidas de expropriação.⁵⁶

No direito internacional, é possível conceber duas concepções de definição sobre investimentos internacionais. A primeira seria uma doutrina anglo-saxã, que baseia a noção de investimento estrangeiro no direito de propriedade, e uma segunda doutrina continental, para a qual o investimento internacional é visto como um fato econômico, e passa a ser entendido com base na importância e nos efeitos que pode trazer à economia do país que recebe os investimentos internacionais.

⁵¹ BAPTISTA, Luiz Olavo, *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. p. 20

⁵² STERN, Brigitte. *O contencioso dos investimentos internacionais*. Barueri, São Paulo : Manole. 2003.

⁵³ CARREAU, Dominique; JULLIARD, Patrick; e FLORY, Thiebaut. *Manuel du Droit International Économique*. 2a ed. Paris: LGDJ, 1990, p. 561.

⁵⁴ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e Petróleo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Vol. 1. n° 18. 2010. p.2.

⁵⁵ Seriam tais *standards* as cláusulas e as condições devem ser estabelecidas à luz do princípio da boa-fé, e sua amplitude deve ser constitucionalmente validada pelos ordenamentos jurídicos internos e compatível com o direito internacional. Vide: DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Christoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

⁵⁶ RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. *Direito dos Investimentos e Petróleo*. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Vol. 1. n° 18. 2010. p.2.

Não há como separar a visão jurídica da sua noção econômica, pois o investimento internacional é um fenômeno econômico. O investimento internacional é essencialmente multidisciplinar e nesse sentido, também representa um fenômeno econômico de dimensões transnacionais. Afirma com lucidez Castro,⁵⁷ que a realização de investimentos internacionais passa pelas estratégias de maximização de lucros, pelo repatriamento de capital pelos respeito ao padrão ambiental, social e econômico regional.

Ao transpor o fenômeno econômico para a esfera jurídica, se dilui a sua definição. Porém, de um ponto de vista mais racional, a definição de investimento estrangeiro tem mudado ao longo do tempo, acompanhando as mudanças sofridas pelas relações econômicas internacionais. Essa fluidez do conceito de investimento acaba refletindo, em certa medida, a multiplicidade de fontes e de interesses envolvidos na regulação internacional de investimentos estrangeiros.⁵⁸

O termo investimento é compreendido de empregabilidade de capital em títulos mobiliários ou em empreendimentos tecnológicos e comerciais. Configura-se, essencialmente, toda a aplicação de capital, em geral à longo prazo, que deva render lucratividade para as transnacionais e crescimento sócio econômico para o país que recebe os investimentos. Na visão econômica conceitual, investimento internacional deve ser formado por: transferências de fundos, projetos de longo prazo, objetivos de ganhos regulares, participação da pessoa que transferiu os fundos na administração do projeto, e assunção dos riscos do negócio.⁵⁹

Se analisado sobre as categorias econômicas do aporte, do termo e do risco. O aporte seria equivalente ao valor do investimento, que pode ser feito em espécie ou *in natura* e deve ter fins lucrativos, já o termo seria correspondente ao prazo que não pode ser simultâneo entre a constituição do investimento e a remuneração advinda deste, sob pena de se caracterizar o

⁵⁷ CASTRO, Emília Lana de Freitas. *O Direito Internacional dos Investimentos e a promoção do direito ao desenvolvimento: reflexos na indústria do petróleo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

⁵⁸ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1ª edição. Especial colaboração de Ely Caetano Xavier Junior e prefácio de Diego Pedro Fernandez Arroyo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p.11-43.

⁵⁹ DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Cristoph. *Principles of International Investment Law*. New York: Oxford University Press, 2008.

investimento como especulativo; e o risco, envolveria a incerteza quanto aos resultados econômicos do negócio em torno do volume de investimento internacionais envolvidos.⁶⁰

Em termos econômicos duas são as categorias de investimentos internacionais, os investimentos internacionais diretos são definidos por Krugman e Obstfeld⁶¹ como "fluxos internacionais de capital pelos quais uma empresa em um país cria ou expande uma filial em outro". Uma forma de investimento internacional de longo prazo por envolver não apenas transferências de recursos, mas também aquisição de controle. E os investimentos de portfólio, assim definidos por Hubbard e O'Brien,⁶² como investimentos nos quais o investidor não obtém uma influência duradoura sobre o gerenciamento do negócio. Normalmente eles são de curto prazo e englobam investimentos em ativos financeiros sem a expectativa de controle e gerenciamento dos ativos reais, nos quais os ativos financeiros estão baseados e também, incluem interesses em acordos de concessão, direitos contratuais e aplicações financeiras.⁶³

Os investimentos internacionais também são tidos, não apenas como transferências de recurso, mas também, como aquisição do controle de empreendimento. Nesse sentido elucidada Sornarajah⁶⁴ que "investimento estrangeiro envolve a transferência de ativos tangíveis e intangíveis de um país a outro, com o propósito de utilizá-los neste país gerando riqueza por meio do controle total ou parcial do proprietário".

Deve-se observar que o capital deve ultrapassar fronteiras, sendo oriundo do exterior, tem de haver uma destinação econômica, apresentar caráter de permanência e seu ingresso deve ser efetivo e desvinculado, não havendo nenhum tipo de contrapartida em relação a sua entrada.⁶⁵ Razão pela qual, sob o viés jurídico a definição de investimento seria dada através

⁶⁰ ROSA, Luiz Fernando Franceschini da. Investimentos. O acesso à jurisdição brasileira e a situação do investidor estrangeiro. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. *Solução e prevenção de litígios internacionais*. São Paulo: NECIN - Projeto Capes, 1998. p. 197-226.

⁶¹ KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. *Economia Internacional: teoria e política*. Tradutor técnico Eliezer Martins Diniz. 6ª ed. São Paulo: Pearson Addison Wesley, 2006.

⁶² HUBBARD, Glenn; O'BRIEN, Anthony P. *Introdução à Economia*. 2ª.ed. atual. Porto Alegre: Ed. Bookman, 2010.

⁶³ ARAÚJO, Leandro Rocha de. *O Brasil e a Regulamentação dos Investimentos Estrangeiros na Organização Mundial do Comércio*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol. 99. 2004. p. 829-946.

⁶⁴ SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. *The International Law on Foreign Investment*. 3ª ed. Cambridge University Press, 2010.

⁶⁵ SILVEIRA, Eduardo Teixeira. *A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional*. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. p.56-57.

do reenvio à legislação do país que recebe os investimentos internacionais.⁶⁶ Não sendo este o argumento que o presente trabalho tem como foco central. Por ser a proposta, uma interface entre comércio internacional e investimento internacional, o foco se dá em uma compreensão atual de investimento a partir de tratados bilaterais ou multilaterais de promoção e proteção ao comércio a partir do investimento internacional.

Os investimentos internacionais sob o viés das normativas multilaterais

A temática abordada resta consubstanciada no argumento em perspectiva das pluralidades das ordens jurídicas, como ensina Ramos⁶⁷

o pluralismo de ordens jurídicas consiste na coexistência de normas e decisões de diferentes matrizes com ambição de regência do mesmo espaço social, gerando uma série de consequências relacionadas à convergência ou divergência de sentidos entre as normas e decisões de origens distintas. As ordens jurídicas plurais, então, são aquelas que convergem e concorrem na regência jurídica de um mesmo espaço

Atualmente existem inúmeros acordos internacionais que tratam do tema, sejam eles multilaterais ou bilaterais.⁶⁸ O termo investimento internacional passou a ser utilizado após a 2ª guerra mundial, até então, a expressão bens estrangeiros era o termo usual no Direito Internacional. O que era apenas uma política em relação aos bens dos estrangeiros situados no território nacional, gradativamente passou a consistir em um regime de investimentos estrangeiros, uma regulamentação do movimento de capitais, desde o seu ponto de partida até o de chegada, acentuando o caráter internacional da operação.⁶⁹

Em termos de aproximação do comércio internacional e a realidade da atuação do Brasil na economia global, tem-se em nível regional e multilateral uma definição sobre investimento internacional no denominado Protocolo de Colônia,⁷⁰ um *Acordo para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul*, de 1993, firmado entre os

⁶⁶ Tema muito elucidativamente abordado como um dos objetos da análise em: XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p.84-117.

⁶⁷ RAMOS, André de Carvalho. A pluralidade das ordens jurídicas e a nova centralidade do Direito Internacional. in MENEZES, Wagner (Coord.). *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional*. v. 1 - Agosto/Dezembro, 2013. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

⁶⁸ A tratativa em termos bilaterais sobre os investimentos internacionais não serão tratadas nesta pesquisa, sendo objeto de estudo com grau de aprofundamento em: XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. *Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p.67-83.

⁶⁹ BAPTISTA, Luiz Olavo, *Investimentos internacionais no direito comparado e brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

⁷⁰ MERCOSUL. Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-de-colonia-para-protecao-e-promocao-reciproca-de-investimentos-no-mercosul-dec-cmc-11-93/>. Acesso em 25 de maio de 2020.

países que compõe a integração regional, criado com o objetivo de propiciar condições favoráveis para os investimentos, intensificar a cooperação econômica e acelerar o processo de integração entre os países.⁷¹ Ainda no âmbito regional, no Protocolo de Buenos Aires sobre o *Acordo de Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados não-Partes do Mercosul*,⁷² de 1994, que possui o mesmo objetivo, com a particularidade de se referir aos países que não fazem parte do bloco econômico.⁷³ Em ambos os casos, o investimento internacional está definido de uma forma imprecisa incluindo ainda um rol exemplificativo que abrange desde bens móveis e imóveis até ações, títulos de crédito e direitos de propriedade intelectual.

Também em nível multilateral, embora não exista em vigor um marco regulatório sobre investimentos, vigora a Convenção de Seul de 1985 que criou a *Agência Multilateral de Garantia para Investimentos (MIGA)*.⁷⁴ Criada com o objetivo de estimular investimentos estrangeiros nos países em desenvolvimento por meio de garantias a investidores, contra

⁷¹ MERCOSUL. Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul: Art. 1 – Definições: O termo "investimento" designa todo tipo de ativo, investido direta ou indiretamente, por investidores de uma das Partes Contratantes no território de outra Parte Contratante, em conformidade com as leis e a regulamentação dessa última. Inclui, em particular, ainda que não exclusivamente: a) a propriedade de bens móveis e imóveis, assim com os demais direitos reais, tais como hipotecas, cauções e penhoras; b) ações, quotas societárias e qualquer outro tipo de participação em sociedades; c) títulos de crédito e direitos sobre obrigações que tenham um valor econômico; os empréstimos estarão incluídos somente quando estiverem diretamente vinculados a um investimento específico; d) direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo direitos de autor e de propriedade industrial, tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, *knowhow* e fundo de comércio; e) concessões econômicas de direito público conferidas em conformidade com a lei, incluindo as concessões para a pesquisa, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.

⁷² MERCOSUL. Protocolo de Buenos Aires sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados não-Partes do Mercosul: Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-sobre-promocao-e-protecao-de-investimentos-provenientes-de-estados-nao-membros-do-mercosul-dec-no-11-94/>. Acesso em 25 de maio de 2020.

⁷³ MERCOSUL. Protocolo de Buenos Aires sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados não-Partes do Mercosul: Art. 2, A – Definições: 1. O termo “investimento” designa, em conformidade com as leis e as regulamentações do Estado Parte em cujo território se realize o investimento, todo tipo de ativo investido direta ou indiretamente por investidores de um Terceiro Estado no território do Estado Parte, de acordo com a legislação deste. Inclui em particular, ainda que não exclusivamente: a) a propriedade de bens móveis e imóveis, assim com os demais direitos reais, tais como hipotecas, cauções e penhoras; b) ações, quotas societárias e qualquer outro tipo de participação em sociedades; c) títulos de crédito e direitos sobre obrigações que tenham um valor econômico; os empréstimos estarão incluídos somente quando estiverem diretamente vinculados a um investimento específico; d) direitos de propriedade intelectual ou imaterial, incluindo direitos de autor e de propriedade industrial, tais como patentes, desenhos industriais, marcas, nomes comerciais, procedimentos técnicos, *knowhow* e fundo de comércio; e) concessões econômicas de direito público conferidas em conformidade com a lei, incluindo as concessões para a pesquisa, cultivo, extração ou exploração de recursos naturais.

⁷⁴ BRASIL. Decreto nº 698 de 08.12.1992 que promulga a Convenção que Estabelece a Agência Multilateral de Garantia para Investimentos (MIGA), concluída em Seul em 11 de outubro de 1985, e que entrou em vigor para o Brasil, em 23 de setembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0698.htm. Acesso em 25 de maio de 2020.

prejuízos causados por riscos não comerciais, a agência também proporciona assistência técnica para ajudar os países a divulgarem informações sobre oportunidades de investimento. A referida convenção não traz uma definição de investimento internacional, mas tão somente formas para a sua proteção, incentivo e promoção.⁷⁵

Ainda no âmbito multilateral, a íntima ligação que os investimentos internacionais têm com o comércio internacional deu origem à criação, no âmbito da *Organização Mundial do Comércio (OMC)*,⁷⁶ de três negociações multilaterais sobre o tema dos investimentos internacionais, o *Acordo sobre Medidas de Investimentos relacionadas ao Comércio (TRIMS, sigla em inglês)*,⁷⁷ o *Acordo sobre Medidas relacionadas à Propriedade Intelectual (TRIPS, sigla em inglês)*,⁷⁸ e o *Acordo sobre o Comércio de Serviços (GATS, sigla em inglês)*.⁷⁹ Todos com o objetivo de regular o fluxo de investimento em relação, especificamente, ao comércio de bens, a propriedade intelectual e ao comércio de serviços. Ambos os acordos versam sobre temas específicos, não sendo capazes de fornecer um conjunto coerente e completo para a definição clara e objetiva dos investimentos internacionais.

Atores importantes na economia global, algumas organizações internacionais de peso nas relações multilaterais do comércio, a exemplo do *Fundo Monetário Internacional (FMI)*,⁸⁰ a *Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)*⁸¹ e a

⁷⁵ A Convenção, em seu artigo 11, enumera os riscos políticos da seguinte forma: a) transferências; b) expropriação, nacionalização³⁸ e medidas assemelhadas; c) quebra de contrato; d) guerras e distúrbios civis. BRASIL. *Decreto nº 698 de 08.12.1992 que promulga a Convenção que Estabelece a Agência Multilateral de Garantia para Investimentos (MIGA)*, concluída em Seul em 11 de outubro de 1985, e que entrou em vigor para o Brasil, em 23 de setembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0698.htm. Acesso em 25 de maio de 2020.

⁷⁶ *World Trade Organization*. Acessível em: <https://www.wto.org>

⁷⁷ *Trade-Related Investment Measures*. Acessível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/trims_e.htm.

⁷⁸ *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights*. Acessível em: https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/trips_e.htm.

⁷⁹ *General Agreement on Trade in Services*. Acessível em: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/26-gats_01_e.htm.

⁸⁰ Investimento direto é a categoria de investimento internacional que reflete os objetivos de uma entidade residente em uma economia visando um interesse duradouro em uma empresa residente em outra economia. (...). O interesse duradouro implica na existência de uma relação longa entre o investidor e a empresa estrangeira e um significativo grau de influência do investidor na gestão da empresa. Investimento direto compreende não somente a transação inicial que estabelece a relação entre o investidor e a empresa, mas também todas as transações subsequentes entre eles e entre as empresas filiadas, como também as incorporadas ou não incorporadas. FMI. *Balance of Payment Manual*. 5 ed, FMI, 1993. pág. 86. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf> Acesso em: 25 de maio de 2020.

⁸¹ Investimento estrangeiro direto reflete os objetivos de uma relação duradoura por parte da entidade residente em uma economia (investidor direto) em uma entidade residente em uma economia outra que aquela do investidor (investimento estrangeiro). Este interesse duradouro implica na existência de uma longa relação entre o investidor direto e a empresa e um significativo grau de influência na gestão dessa empresa. Investimento direto envolve as transações iniciais entre ambos e todas as transações de capital subsequentes entre eles e entre

*Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, sigla em inglês)*⁸² fornecem uma definição de investimento internacional que corresponde a visão econômica sobre investimentos. Estas definições, sob o contexto multilateral das relações de comércio, são bastante similares sendo possível concluir que todas estas regras relacionadas ao investimento internacional, que basicamente consistem no ingresso de capitais estrangeiros em um país, seja através da construção, fusão ou aquisição de uma unidade produtiva nacional ou ainda transações entre matriz e subsidiárias de caráter internacional, são incapazes de fornecer uma definição estritamente jurídica sobre os investimentos internacionais, a relação direta com os fenômenos econômicos que definem investimentos é necessária no momento de tomar como definição o que as regras multilaterais analisadas apresentam.

A ideia de investimento internacional supera o simples movimento de capitais, fazendo parte de um amplo movimento de expansão das atividades econômicas. Trata-se de alocar recursos, maximizar riquezas, assimilar custos correspondentes com a expectativa de auferir riquezas que superem custos imediatos. Tem um viés de perspectiva futura, de crença em determinado mercado nacional por parte de um transnacional que desprende seus esforços em investir em determinado país.⁸³ Por outro lado, se constante de um tratado multilateral, assentará os interesses dos países que ratificaram o instrumento.⁸⁴

É possível vislumbrar que investimentos internacionais podem tomar diversas formas. Novos tipos e modos de investir se desenvolvem continuamente, de tal forma que é possível se deparar com novas situações econômicas e alcançar metas financeiras mais ousadas.⁸⁵ A ausência de uma única definição jurídica de investimento internacional contrasta com o

as empresas filiadas, incorporadas e não incorporadas. OCDE. *Benchmark Definition of Foreign Direct Investment*. pág. 7. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf> Acesso em: 25 de maio de 2020.

⁸² Investimento estrangeiro direto é definido como um investimento envolvido em um relacionamento de longo prazo, que reflete um interesse e controle duradouros, por uma entidade residente em uma economia, sobre um empreendimento sediado em outra economia, que não aquela do investidor direito. O investimento estrangeiro direto implica no exercício de certo grau de influência na gestão do empreendimento residente na outra economia. UNCTAD. *World Investment Report – 2005. Transnational corporations and the internationalization of ReD*. 2005. pág. 329. Disponível em: <http://www.unctad.org> Acesso em: 25 de maio de 2020.

⁸³ XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1ª edição. Especial colaboração de Ely Caetano Xavier Junior e prefácio de Diego Pedro Fernandez Arroyo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p.11-43. No mesmo sentido: DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.

⁸⁴ RENTE, Eduardo Santos. Investimentos Estrangeiros e Resseguro. In. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1ª edição. Especial colaboração de Ely Caetano Xavier Junior e prefácio de Diego Pedro Fernandez Arroyo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p. 659-683. E também: DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.

⁸⁵ SALACUSE, Jeswald W. *The Law of investment treatis*. Great Britain: The Oxford University Press, 2010.

acentuado desenvolvimento teórico do Direito Internacional dos Investimentos. Há uma necessidade de se estudar o conceito de investimento internacional que se assenta justamente nas indefinições doutrinárias desta perspectiva, como assevera Kahn⁸⁶, no sentido de que mesmo após anos de estudos, de numerosas aplicações financeiras e de instrumentos jurídicos contendo diversas definições, a questão ainda não se encontra superada.

Atual conjuntura e perspectivas dos investimentos internacionais no Mercosul

Não se pode negar que a intensificação do comércio internacional e a globalização vêm alterando profundamente a história humana, a sua organização político-econômica e desafiando, de forma contundente, os Estados e suas economias nacionais através de intensos fluxostransfronteiriços de capitais. Esclarecem Gaspar e Castro⁸⁷ que

Por um lado, os investimentos estrangeiros e o superabundante comércio entre as nações, orientados por princípios econômicos liberais, visam à facilitação da mobilidade de capital; por outro, a globalização esvazia, consideravelmente, a soberania e a autonomia dos Estados modernos ao mesmo tempo em que multiplica os atores e complexa as relações internacionais

Em recente estudo Suñe e Vasconcelos⁸⁸, analisam os investimentos no Mercosul, sobretudo nas perspectivas de intrazona e extrazona, e demonstram um panorama atual, representado por anos de apatia em termos da organização internacional, mesmo com ciclos mais eficientes em termos de investimentos internacionais em relação aos países que fazem parte do Mercosul. Depois de anos de desencontros, os líderes do Mercosul convergem acerca dos mesmos ideais de modernização e fortalecimento do bloco, ao estabelecerem agenda comum para uma inserção mais agressiva das economias dos sócios no mercado global. Este contexto é relevante quando se analisa o *Fundo para a Convergência Estrutural do Mercosul(FOCEM)*, criado pelo *Conselho do Mercado Comum*, órgão superior do Mercosul⁸⁹, em dezembro de 2004⁹⁰. Na análise de Araújo e Noronha⁹¹, o FOCEM, com sede

⁸⁶ KAHN, Philippe. Les définitions de l'investissement international. In. SOREL, Jean-Marc. (Org). *Le droit international économique à l'aube du XXI^e siècle*. Paris: Pedone, 2009.

⁸⁷ GASPAR, Renata Alvares; CASTRO, Felipe Soares Vivas. Direito Internacional ao Desenvolvimento e Governança Global: a crise do Mercado como oportunidade de sua consolidação. in MENEZES, Wagner (Coord.). *Direito internacional em expansão: volume 12 - Anais do XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional*. 30 ago. a 02 set., v.12, Florianópolis, SC. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

⁸⁸ SUÑE, Natasha. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O Direito dos Investimentos no Mercosul: realidade e possibilidades. In. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org). *Direito Internacional dos Investimentos*. 1ª edição. Especial colaboração de Ely Caetano Xavier Junior e prefácio de Diego Pedro Fernandez Arroyo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p.159-178.

⁸⁹ Conforme Art. 3º do Protocolo de Ouro Preto: "O Conselho do Mercado Comum é o órgão superior do Mercosul ao qual incumbe a condução política do processo de integração e a tomada de decisões para assegurar o cumprimento dos objetivos estabelecidos pelo Tratado de Assunção e para lograr a constituição final do mercado comum." Internalizado no Brasil através do Decreto nº 1.901/1996.

na capital do Uruguai, Montevideo, é destinado a financiar programas para promover a convergência estrutural, desenvolver a competitividade, promover a coesão social, em particular das economias menores e regiões menos desenvolvidas, e apoiar o funcionamento da estrutura institucional e o fortalecimento do processo de integração⁹².

É com este mesmo intuito que, tendo sido baseado no modelo de *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos* que o Brasil tem apresentado em suas relações de investimentos com outras nações, que o Mercosul assina o *Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul*. Para Morosini e Badin⁹³ a combinação das demandas públicas e privadas resultou em um modelo de acordo que foca na facilitação de investimentos e na mitigação de riscos. Muito embora essa estrutura não seja nova aos acordos de investimento internacionais, o *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos* trouxe novos componentes ao seu conteúdo. A previsão de cooperação constante entre agências governamentais, mediadas por ação diplomática, e a deferência à legislação doméstica podem ser consideradas noções relevantes por trás desse novo modelo de acordo, o que parece oferecer uma alternativa real ao atual regime internacional de investimentos. Ao se propor a análise da conjuntura do *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos* será possível compreender a estrutura e os objetivos do *Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul*.

Nos *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos* assinados a partir de 2015, as regras sobre facilitação de investimentos tratam, principalmente, de acesso a mercado. Para Morosini e Badin,⁹⁴ medidas simples, como política de vistos e regularidade de voos comerciais, foram percebidas como necessidades básicas e essenciais para que se alcance a efetiva promoção de fluxos de investimento do Brasil para seus parceiros, os quais

⁹⁰ A criação do FOCEM se deu por meio das Decisões CMC n° 45/04 e n° 18/05.

⁹¹ ARAÚJO, Nádia; NORONHA, Carolina. *Os investimentos internacionais no Mercosul: o exemplo bem sucedido do FOCEM*. Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Año 3, N° 5; pp. 255-265, marzo de 2015.

⁹² Conforme previsto na Decisão n.º 45/04 do Conselho do Mercado Comum.

⁹³ MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?* In: *ITN Quarterly*, August 2015. MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória?* In: *Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável*. volume 12, número 1, março 2016.

⁹⁴ MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?* In: *ITN Quarterly*, August 2015. MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória?* In: *Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável*. volume 12, número 1, março 2016.

também se enquadram no perfil de países em desenvolvimento. Ainda que barreiras dessa natureza possam ser problemáticas para investidores de qualquer parte do mundo, elas são especialmente custosas para investidores de países em desenvolvimento – na ausência de alternativas, elas acabam por limitar a exportação de capital. Explicam os autores que o governo brasileiro optou, então, por endereçar tais problemas em um acordo de investimento, nele incluindo uma agenda temática para cooperação e facilitação de investimentos como um de seus elementos centrais.⁹⁵

As agendas temáticas abrangem programas de transferência de dinheiro, trâmites para obtenção de vistos, licenças e certificações técnicas e ambientais, bem como previsões de cooperação institucional. Explicam Morosini e Badin⁹⁶ que tais agendas remetem à demanda de países em desenvolvimento por transferência de tecnologia, construção de capacidade institucional e outras contribuições do investimento estrangeiro para o desenvolvimento local. Além disso, elas simbolizam o entendimento de que o benefício para o país de origem do investimento não deve decorrer apenas da exportação do capital, mas do impacto total que o investimento terá no país receptor, tais como emprego de mão de obra local.⁹⁷ Nesse sentido, o modelo do *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos* procura construir simetria para além de regras formais, e sua estrutura leva em consideração as necessidades tanto do país exportador quanto do importador de capital.⁹⁸

Considerando a análise de Morosini e Badin,⁹⁹ a dimensão de mitigação do risco do acordo compreende regras típicas de proteção para o investimento e para o investidor, além de

⁹⁵ MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattton Sanchez. *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?* In: *ITN Quarterly*, August 2015. MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattton Sanchez. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? In: *Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável*. volume 12, número 1, março 2016.

⁹⁶ MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattton Sanchez. *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?* In: *ITN Quarterly*, August 2015. MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattton Sanchez. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? In: *Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável*. volume 12, número 1, março 2016.

⁹⁷ MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattton Sanchez. *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?* In: *ITN Quarterly*, August 2015. MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattton Sanchez. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? In: *Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável*. volume 12, número 1, março 2016.

⁹⁸ BOLLINGER, Michael et al. *América Latina além do comércio exterior*. White paper do Chief Investment Office Wealth Management. 26 de abril de 2017.

⁹⁹ MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattton Sanchez. *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?* In: *ITN Quarterly*, August 2015. MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattton Sanchez. O Acordo de Cooperação e Facilitação de

mecanismos diplomáticos e de cooperação para implementação, supervisão e cumprimento das obrigações das partes – o que inclui a previsão de mecanismo de solução de controvérsias. Nesse aspecto, as provisões do *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos* refletem o movimento internacional pela reforma do regime de investimentos e preocupações domésticas específicas sobre o assunto.

Caso um conflito se materialize, a função é implementar o modelo de solução de controvérsias, baseado em consulta, negociações e mediação. Diferentemente do modelo tradicional dos acordos bilaterais de investimento, os *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos* não permitem que investidores iniciem procedimento arbitral contra os Estados. Representantes do governo brasileiro sublinham que ainda que haja previsão de arbitragem esta não deve ser o principal mecanismo para a solução de disputas.¹⁰⁰

Asseveram Morosini e Badin¹⁰¹ que os mecanismos de transparência dos *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos* também podem servir para mitigar riscos. Ao invés de estabelecer um padrão de transparência e publicidade, os acordos definem que as partes devem envidar seus melhores esforços nessa direção. Ainda afirmam os autores que os acordos também incluem cláusulas de responsabilidade social corporativa, encorajando investidores estrangeiros a respeitar normas de direitos humanos e direito ambiental do Estado receptor do investimento, também a fim de mitigar riscos. Ainda que os acordos sejam ambíguos em relação à executividade das obrigações de transparência e responsabilidade social corporativa, e mais ainda em relação aos mecanismos para executá-las, eles inovam por endereçar a proteção de interesses do Estado receptor e de seus cidadãos dentro de um acordo de investimento.¹⁰²

Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? In: Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável. volume 12, número 1, março 2016.

¹⁰⁰ MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?* In: *ITN Quarterly*, August 2015. MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? In: Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável. volume 12, número 1, março 2016.

¹⁰¹ MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?* In: *ITN Quarterly*, August 2015. MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? In: Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável. volume 12, número 1, março 2016.

¹⁰² MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. *The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?* In: *ITN Quarterly*, August 2015. MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. O Acordo de Cooperação e

Em termos de perspectivas o *Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul*, enquanto novo marco regulatório dos investimentos internacionais no âmbito do Mercosul, é um instrumento que incentiva investimentos recíprocos mediante a adoção de normas de tratamento a investidores e investimentos, a cooperação entre os estados na promoção de ambiente de negócios favorável e a facilitação de investimentos. Sua assinatura representa a consolidação do modelo brasileiro de acordos de cooperação e facilitação de investimentos, pautado na estrutura consolidada dos *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos*, bem como a expansão significativa da rede de instrumentos internacionais firmados pelo Brasil para estimular a atração de investimentos estrangeiros e a internacionalização das empresas brasileiras, constituindo assim, uma política de investimentos internacionais arrojada.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É baseado no modelo de *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos* que o Brasil tem apresentado em suas relações de investimentos com outras nações, que o Mercosul assina o *Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul*. Inovador e consagrado a facilitação de investimentos como elemento essencial para estimular o fluxo de capitais e uma interação mais dinâmica e de longo prazo entre as partes. Para tanto, criam uma estrutura de governança institucional (Comitê Conjunto e *Ombudsman*¹⁰³) responsável por promover a cooperação entre os governos e o apoio prático e constante destes aos investidores. Estabelecem, ainda, agendas de cooperação em áreas que aprimoram o ambiente de investimentos, como vistos de negócios, remissão de divisas, regulação técnica e ambiental, logística e transportes.¹⁰⁴

Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? In: Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável. volume 12, número 1, março 2016.

¹⁰³ O *ombudsman de investimento* está previsto nos acordos assinados pelo Brasil. Quando for criado, ele atuará como um mediador entre o governo e os empresários que querem investir ou ampliar seus recursos no país. O cargo foi inspirado no modelo sul-coreano: no país asiático, o *ombudsman* é ligado diretamente ao presidente da República, atende aos investidores estrangeiros e, apenas em 2015, recebeu quase 500 reclamações. Em mais de 90% dos casos deu retorno considerado satisfatório pelo empresariado, um percentual que os sul-coreanos fazem questão de ressaltar que mantêm desde 2007. Na Coreia do Sul, o *ombudsman* apresenta aos demais ministros as demandas do setor privado estrangeiro e, em sete dias, consegue dizer se haverá alteração das regras ou dar um retorno ao investidor sobre as limitações regulatórias, que o impedem de avançar.

¹⁰⁴ RODRIGUES, Graciela. *Acordos de investimento à brasileira*. Instituto Equit Gênero, Economia e Cidadania Global. – Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2015; COZENDEY, Carlos. ÁRABE NETO, Abrão. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico. 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniaio/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

De acordo com Cozende y e Árabe Neto¹⁰⁵, com o novo marco regulatório de investimentos do Mercosul se alcança sete dos dez principais destinos de internacionalização de empresas brasileiras no último período de 2016. Abarcam, assim, parcela importante dos investimentos brasileiros no exterior, que, de acordo com dados do Banco Central, já atingem US\$ 283 bilhões. Este valor aproxima-se de metade do estoque de investimento estrangeiro direto no Brasil (US\$674,4 bilhões). Ou seja, para cada US\$ 2 investidos no Brasil, empresas brasileiras já têm investido quase US\$ 1 no exterior.¹⁰⁶

Para os autores, o próximo passo na trajetória brasileira dos acordos de investimentos é colocá-los em funcionamento. É auspicioso constatar que sua tramitação no Congresso Nacional tem avançado de modo célere. O *Acordo de Ampliação Econômico-Comercial entre Brasil e Peru*, que inclui um capítulo de investimentos no estilo *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos*, foi o primeiro acordo de investimentos aprovado nos últimos 60 anos. Os *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos* com México, Chile, Angola, Moçambique e Malawi também já foram aprovados pelo Congresso.¹⁰⁷

Do ponto de vista do comércio entre as nações, o pioneirismo do Brasil em incorporar a facilitação de investimentos a seus acordos internacionais tem gerado frutos nos planos plurilateral e multilateral. Impulsionado pela boa aceitação do *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos*, o tema de facilitação de investimentos tem ganhado relevância na *Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico (OCDE)* e a *Conferência das Nações Unidas sobre Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD, sigla em inglês)* no G-20¹⁰⁸. Na *Organização Mundial do Comércio (OMC)*, o assunto tem sido discutido com crescente interesse e poderá produzir resultados na Conferência Ministerial (MC11)¹⁰⁹, a ser realizada na Argentina no final de 2017.

¹⁰⁵ COZENDEY, Carlos. ÁRABE NETO, Abrão. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico. 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniaio/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

¹⁰⁶ COZENDEY, Carlos. ÁRABE NETO, Abrão. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico. 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniaio/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

¹⁰⁷ COZENDEY, Carlos. ÁRABE NETO, Abrão. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico. 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniaio/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

¹⁰⁸ G20 (abreviatura para Grupo dos 20) é um grupo formado pelos ministros de finanças e chefes dos bancos centrais das 19 maiores economias do mundo mais a União Europeia. Foi criado em 1999, após as sucessivas crises financeiras da década de 1990.

¹⁰⁹ Alguns dos principais países membros da Organização Mundial do Comércio (OMC) levaram a cabo uma reunião informal em Marraquexe (Marrocos) nos dias 9 e 10 de outubro. O objetivo: trabalhar na agenda que

O Brasil, que vem contribuindo para essa discussão com sua experiência acumulada com as negociações do *Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos*, já ofereceu ideias concretas para o debate e poderá apresentar propostas de texto para eventual instrumento multilateral sobre o assunto. Como se trata de tema novo na *Organização Mundial do Comércio (OMC)*, porém, há ainda um trabalho importante de convencimento a ser realizado junto a certos países membros, especialmente aqueles que associam o tema investimentos a cláusulas de modelos tradicionais, com premissas que vem sendo contestadas no cenário internacional, como algumas potências da União Europeia, Rússia e Estados Unidos.¹¹⁰

Esse balanço dos acontecimentos permite uma avaliação positiva do progresso já obtido em matéria de política de acordos de investimentos. Desde os primeiros acordos firmados até os mais recentes *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos* houve um contínuo aprimoramento do modelo, focando-se mais nas garantias jurídicas aos investidores, em cláusulas modernas de responsabilidade social e corporativa e de prevenção de controvérsias. Tudo isso sem perder de vista o seu caráter pragmático e objetivo de melhoria dinâmica e efetiva do ambiente de negócios entre as partes.

De acordo com Cozendeu e Árabe Neto¹¹¹, o Brasil estará preparado para implementar os *Acordos de Cooperação e Facilitação de Investimentos* tão logo entrem em vigor, de modo que sejam mais que uma inovação interessante, uma inovação que funcione e faça a diferença na prática.

O *Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul* dá aos investidores brasileiros nos demais países do Mercosul garantias legais de que seus investimentos terão o mesmo tratamento dispensado aos investidores desses países. Também assegura que, no futuro, nenhum investidor não signatário da organização internacional poderá receber tratamento mais vantajoso do que os brasileiros. Adicionalmente, o acordo limita a possibilidade de desapropriação de ativos, e garante a compensação adequada, além

será formalmente abordada na 11ª Conferência Ministerial da OMC, que ocorrerá em Buenos Aires de 10 a 13 de dezembro de 2017. Entre os participantes da reunião, destacam-se Brasil, Canadá, China, Índia e União Europeia (UE).

¹¹⁰ COZENDEY, Carlos. ÁRABE NETO, Abrão. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico. 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniaio/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

¹¹¹ COZENDEY, Carlos. ÁRABE NETO, Abrão. *Um balanço até aqui dos acordos de investimentos*. Valor Econômico. 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniaio/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>. Acesso em: 03 de novembro de 2020.

de garantir a liberdade de transferências de ativos financeiros. Outro benefício para os investidores brasileiros é que se criam mecanismos e canais de diálogo deles com os governos dos outros países para ajudar o investidor a resolver dificuldades práticas, do dia a dia. Por fim, o acordo cria mecanismo para o governo brasileiro defender melhor os legítimos interesses dos investidores brasileiros junto aos demais governos.

Com a recente assinatura do *Protocolo de Cooperação e Facilitação de Investimentos do Mercosul*, o Brasil amplia ainda mais a segurança jurídica para realização de investimentos na região, bem como aprimora o ambiente para atrair novos investimentos ao país, com geração de emprego e renda focada no conceito de facilitação do fluxo de capitais, mitigação de riscos e na prevenção das controvérsias

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Nádia; NORONHA, Carolina. **Os investimentos internacionais no Mercosul: o exemplo bem sucedido do FOCEM**. Revista da Secretaria do Tribunal Permanente de Revisão do Mercosul. Año 3, Nº 5; pp. 255-265, marzo de 2015.

ARAÚJO. Leandro Rocha de. **O Brasil e a Regulamentação dos Investimentos Estrangeiros na Organização Mundial do Comércio**. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Vol. 99. 2004. p. 829-946.

BAPTISTA, Luiz Olavo. **1938 – o Mercosul, suas instituições e ordenamento jurídico**. São Paulo: LTr, 1998. p. 35.

_____. **Investimentos internacionais no Direito Comparado e brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

BAPTISTA, RudaRyuitiFurukita; MUNIZ, Tania Lobo. O Direito Internacional Contemporâneo e o desafio da mitigação das assimetrias globais no âmbito da globalização e Integração Econômica. In MENEZES, Wagner (Coord.). **Direito internacional em expansão: volume 10 - Anais do XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. 30 ago. a 02 set., v.10, Florianópolis, SC. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Regime jurídico dos investimentos de capital estrangeiro**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 8. n. 32. p.9-28. 2000.

BOLLINGER, Michael et al. **América Latina além do comércio exterior**. White paper do ChiefInvestment Office Wealth Management. 26 de abril de 2017.

BRASIL. **Decreto nº 698 de 08.12.1992 que promulga a Convenção que Estabelece a Agencia Multilateral de Garantia para Investimentos (MIGA)**, concluída em Seul em 11 de outubro de 1985, e que entrou em vigor para o Brasil, em 23 de setembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0698.htm. Acesso em: 17 de junho de 2020.

_____. **Decreto nº 698 de 08.12.1992 que promulga a Convenção que Estabelece a Agência Multilateral de Garantia para Investimentos (MIGA)**, concluída em Seul em 11 de outubro de 1985, e que entrou em vigor para o Brasil, em 23 de setembro de 1992. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0698.htm. Acesso em: 17 de junho de 2020.

BRUNO, Flávio Marcelo Rodrigues; RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **OneBelt, One Road: novas interfaces entre o comércio e os investimentos internacionais**. Revista de Direito Internacional. v.14, p.193-213, 2017

CARREAU, Dominique; JULLIARD, Patrick; e FLORY, Thiebaut. **Manuel duDroitInternationalÉconomique**. 2a ed. Paris: LGDJ, 1990, p. 561.

CASTRO, Emília Lana de Freitas. **O Direito Internacional dos Investimentos e a promoção do direito ao desenvolvimento: reflexos na indústria do petróleo**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016.

COZENDEY, Carlos. **ÁRABE NETO**, Abrão. **Um balanço até aqui dos acordos de investimentos**. Valor Econômico. 25 de maio de 2017. Disponível em: <http://www.valor.com.br/opiniaio/4984022/um-balanco-ate-aqui-dos-acordos-de-investimentos>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

DIAS, Bernadete de Figueiredo. **Investimentos estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional**. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.

DOLZER, Rudolf; SCHREUER, Cristoph. **PrinciplesofInternationalInvestment Law**. New York: Oxford University Press, 2008.

FMI. **Balance ofPayment Manual**. 5 ed, FMI, 1993. pág. 86. Disponível em: <http://www.imf.org/external/np/sta/bop/bopman.pdf>Acesso em: 17 de junho de 2020.

GASPAR, Renata Alvares; CASTRO, Felipe Soares Vivas. Direito Internacional ao Desenvolvimento e Governança Global: a crise do Mercado como oportunidade de sua consolidação. *in*MENEZES, Wagner (Coord.). **Direito internacional em expansão: volume 12 - Anais do XV Congresso Brasileiro de Direito Internacional**. 30 ago. a 02 set., v.12, Florianópolis, SC. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2017.

GATAJE, Rita. **Agenda jurídico-política del MERCOSUR**. Tendencias. Revista de laSecretariadel Tribunal Permanente de Revisión. Año 1, Nº 2, 2013.

HUBBARD, Glenn; O'BRIEN, Anthony P. **Introdução à Economia**. 2ª.ed. atual. Porto Alegre: Ed. Bookman, 2010.

KAHN, Philippe. Lesdefinitions de l'investissementinternational. In. SOREL, Jean-Marc. (Org). **Le droitinternationaléconomique à l'aubedu XX lesiècle**. Paris: Pedone, 2009.

KRUGMAN, Paul R.; OBSTFELD, Maurice. **Economia Internacional: teoria e política**. Tradutor técnico Eliezer Martins Diniz. 6ª ed. São Paulo: Pearson Addison Wesley, 2006.

LAFER, Celso. “*Solução de Controvérsias, normas relativas a balanço de pagamentos e meio ambiente*”. In: CASELLA, Paulo Borba e MERCADANTE, Araminta de Azevedo (ed). **Guerra Comercial ou Integração Mundial pelo Comércio? A OMC e o Brasil**. São Paulo: LTr, 1998. p. 730

MARTINS, Ives Gandra da Silva. **Os aspectos legais do investimento estrangeiro na área de informática**. Revista Forense. Vol. 84. n. 301. p.3-16. 1988.

MERCOSUL. **Protocolo de Buenos Aires sobre Promoção e Proteção de Investimentos Provenientes de Estados não-Partes do Mercosul**:Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-sobre-promocao-e-protecao-de-investimentos-provenientes-de-estados-nao-membros-do-mercosul-dec-no-11-94/> . Acesso em: 17 de junho de 2020.

_____. **Protocolo de Colônia para a Promoção e a Proteção Recíproca de Investimentos no Mercosul**. Disponível em: <http://dai-mre.serpro.gov.br/atos-internacionais/multilaterais/protocolo-de-colonia-para-protecao-e-promocao-reciproca-de-investimentos-no-mercosul-dec-cmc-11-93/>. Acesso em: 17 de junho de 2020.

MOROSINI, Fábio. BADIN, Michelle Rattón Sanchez. O Acordo de Cooperação e Facilitação de Investimentos: o que está por trás desta inovação regulatória? In: **Pontes: Informações e análises sobre comércio e desenvolvimento sustentável**. volume 12, número 1, março 2016.

_____. **The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?** In: *ITN Quarterly*, August 2015.

OCDE. **Benchmark Definition of Foreign Direct Investment**. pág. 7. Disponível em <http://www.oecd.org/dataoecd/10/16/2090148.pdf> Acesso em: 17 de junho de 2020.

RAFFAELLI, Paulo Cesar Pimentel. **Aspectos tributários do investimento estrangeiro no mercado financeiro e de capitais**. Revista Tributária e de Finanças Públicas. Vol. 12. n. 57. p. 257-277. 2004.

RAMOS, André de Carvalho. A pluralidade das ordens jurídicas e a nova centralidade do Direito Internacional. in MENEZES, Wagner (Coord.). **Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional**. v. 1 - Agosto/Dezembro, 2013. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2013.

RENTE, Eduardo Santos. Investimentos Estrangeiros e Resseguro. In. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org). **Direito Internacional dos Investimentos**. 1ª edição. Especial colaboração de Ely Caetano Xavier Junior e prefácio de Diego Pedro Fernandez Arroyo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p. 659-683. E também: DIAS, Bernadete de Figueiredo. *Investimentos estrangeiros no Brasil e o Direito Internacional*. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.

RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. **Direito dos Investimentos e Petróleo**. Revista da Faculdade de Direito da UERJ. Vol. 1. n° 18. 2010. p.2.

RODRIGUES, Graciela. **Acordos de investimento à brasileira**. Instituto Equit Gênero, Economia e Cidadania Global. – Rio de Janeiro: Instituto Equit, 2015;

ROSA, Luiz Fernando Franceschini da. Investimentos. O acesso à jurisdição brasileira e a situação do investidor estrangeiro. In: MERCADANTE, Araminta de Azevedo; MAGALHÃES, José Carlos de. **Solução e prevenção de litígios internacionais**. São Paulo: NECIN - Projeto Capes, 1998. p. 197-226.

ROSSI, Matheus Corredato. **O tratamento das empresas de capital nacional e o direito ao desenvolvimento**. Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 15. n. 61. p. 218-240. 2007.

SALACUSE, Jeswald W. **The law of investment treaties**. Great Britain: The Oxford University Press, 2010.

SILVEIRA, Eduardo Teixeira. **A disciplina jurídica do investimento estrangeiro no Brasil e no Direito Internacional**. São Paulo: Ed. Juarez de Oliveira, 2002. p.56-57.

SORNARAJAH, Muthucumaraswamy. **The International Law on Foreign Investment**. 3^a ed. Cambridge University Press, 2010.

STERN, Brigitte. **O contencioso dos investimentos internacionais**. Barueri, São Paulo : Manole. 2003.

SUÑE, Natasha. VASCONCELOS, Raphael Carvalho de. O Direito dos Investimentos no Mercosul: realidade e possibilidades. In. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org). **Direito Internacional dos Investimentos**. 1^a edição. Especial colaboração de Ely Caetano Xavier Junior e prefácio de Diego Pedro Fernandez Arroyo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p.159-178.

TEIXEIRA, Egberto Lacerda. **Regime jurídico-fiscal dos capitais estrangeiros no Brasil**. Revista Forense. Vol. 248. p. 454-466. 1974.

UNCTAD. **World Investment Report – 2005. Transnational corporations and the internationalization of R&D**. 2005. pág. 329. Disponível em: <http://www.unctad.org> Acesso em: 17 de junho de 2020.

VESCOVI, Luiz Fernando; WERGNEN, Tatiane. O Parlamento do Mercosul: um Instrumento para a Consolidação do Mercado Comum do Sul. in MENEZES, Wagner (Coord.). **Estudos de Direito Internacional - Volume XIX – Anais do 8º Congresso Brasileiro de Direito Internacional – 2010**. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano. As (in)definições de investimento estrangeiro. In. RIBEIRO, Marilda Rosado de Sá. (Org). **Direito Internacional dos Investimentos**. 1^a edição. Especial colaboração de Ely Caetano Xavier Junior e prefácio de Diego Pedro Fernandez Arroyo. Rio de Janeiro: Ed. Renovar, 2014. p.11-43.

_____. **Direito Internacional dos Investimentos: o tratamento justo e equitativo dos investidores estrangeiros e o direito brasileiro**. 1^a ed. Rio de Janeiro: Gramma, 2016. p.101-108.

www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
@epublicar
facebook.com.br/epublicar

Complexidades e atuação do Direito

na sociedade contemporânea

Roger Goulart Mello
Patrícia Gonçalves de Freitas
(Organizadores)



www.editorapublicar.com.br
contato@editorapublicar.com.br
[@epublicar](https://www.facebook.com/epublicar)
[facebook.com.br/epublicar](https://www.facebook.com/epublicar)

Complexidades e atuação do Direito

na sociedade contemporânea



Roger Goulart Mello
Patrícia Gonçalves de Freitas
(Organizadores)

