

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

UNESP – Universidade Estadual Paulista

UNESP – São Paulo State University

Reitor

Prof. Dr. Sandro Roberto Valentini

Vice-Reitor

Prof. Dr. Sérgio Roberto Nobre

Pró-Reitor de Pós-Graduação

Prof. Dr. João Lima Sant’Anna Neto

Pró-Reitor de Pesquisa

Prof. Dr. Carlos Frederico de Oliveira Graeff

FACULDADE DE CIÊNCIAS HUMANAS E SOCIAIS

Diretor

Prof. Dr. Murilo Gasparido

Vice-Diretora

Prof^a. Dr^a. Nanci Soares

Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. José Duarte Neto

Vice-Coordenador do Programa de Pós-Graduação em Direito

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Conselho do Programa de Pós Graduação

Prof^a. Dr^a. Elisabete Maniglia

Prof. Dr. Carlos Eduardo de Abreu Boucault

Prof. Dr. José Duarte Neto

Prof^o. Dr^a. Kelly Cristina Canela

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges

Prof^a. Dr^a. Luciana Lopes Canavez

Prof. Dr. Victor Hugo de Almeida

Prof^a. Dr^a. Jete Jane Fiorati

Mestrando José Arthur Gentile

Mestranda Ana Clara Tristão

UNESP – Universidade Estadual Paulista
UNESP – São Paulo State University

**REVISTA
DE
ESTUDOS
JURÍDICOS
*UNESP***

eISSN 2179-5177

Revista de Estudos Jurídicos <i>UNESP</i> .	Franca.	a. 22, n.35.	520 p.	2018.
---------------------------------------------	---------	--------------	--------	-------

REVISTA DE ESTUDOS JURÍDICOS UNESP

Editor Chefe

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges (Unesp)

Conselho Editorial

- | | |
|--------------------------------------------------|--------------------------------------------------|
| Alcir Gursen de Miranda (UFRR) | José Duarte Neto (Unesp) |
| Alejandro Rosillo Martínez (UASLP - México) | José Luiz Borges Horta (UFMG) |
| Alejandra Leonor Pascual (UNB) | José Manuel Aroso Linhares (Univ. Coimbra) |
| Alfonso L. C. Caravaca (Univ. Carlos III-Madrid) | Kelly Cristina Canela (Unesp) |
| André Guilherme Lemos Jorge (Fadisp) | Lucas Abreu Barroso (UFES) |
| Antônio Alberto Machado (Unesp) | Luciano Vaz Ferreira (UFRGS) |
| Antônio Carlos da Ponte (PUC-SP) | Luisa I. Borgarello (UNC – Argentina) |
| Antônio José Avelãs Nunes (Univ. Coimbra) | Luiz Felipe Brandão Osório (UFRJ) |
| Belinda Pereira da Cunha (UFPB) | Luiz Fernando Coelho (UFPR) |
| Carlos Eduardo de Abreu Boucault (Unesp) | Maria Isabel C. Macias (Un. Carlos III – Madrid) |
| Celso Hiroshi Iocohama (UNIPAR) | Maria J. Jeletzcheva (Un. Carlos III – Madrid) |
| César Augusto de Castro Fiuza (PUC-MG) | Norman Palma (Univ. Paris VIII-Sorbonne) |
| David Sanches Rubio (Univ. Sevilla) | Pedro Sérgio dos Santos (UFG) |
| Débora Regina Pastana (UFU) | Paulo César Corrêa Borges (Unesp) |
| Domingos S. D. da Silveira (UFRS) | Renato de A. O. Muçouçah (UFU) |
| Eduardo Dias de Souza Ferreira (PUC-SP) | Ricardo Prestes Pazello (UFPR) |
| Eduardo Pordeus (UFCG) | Riva Sobrado de Freitas (Unoesc) |
| Ela Wiecko V. de Castilho (UNB) | Rodrigo Reis Mazzei (UFES) |
| Elisabete Maniglia (Unesp) | Sérgio Salomão Shecaira (USP) |
| Gilberto Bercovici (USP) | Vânia B. Rey Paz (UFMS) |
| Guilherme Gouveia (UFJF) | Vera Regina P. de Andrade (UFSC) |
| Jete Jane Fiorati (Unesp) | Talita Tatiana Dias Rampin (UNB) |
| João Paulo Capelotti (ISHS) | Yvete Flávio da Costa (Unesp) |

Equipe Editorial

- Adriano Roque Pires (Unesp)
Ana Clara Tristão (Unesp)
Ana Cristina Gomes, Universidad de Salamanca
Ana Lelis Oliveira Garbim, (Unesp)
Gabriel Moura Aguiar (Unesp)
Helen Rose Carlos Rodrigues Guimarães (Unesp)
Maiara Motta (Unesp)
Sandra Aparecida Cintra Ferreira (Unesp)
Carlos Alberto Bernardes (Unesp)

Publicação Semestral - Solicita-se permuta

Endereço para correspondência :

Avenida Eufrásia Monteiro Petrágliã, 900 – Jardim Petrágliã CEP: 14409-160 - Franca –SP
Endereço eletrônico / e-mail - publica.franca@unesp.br / posgraduacao.franca@unesp.br

Revista de Estudos Jurídicos UNESP (Faculdade de Ciências
Humanas e Sociais – Unesp) Franca, SP, Brasil, 1996 - 2018, 22-35
eISSN 2179-5177.

APRESENTAÇÃO

A **Revista de Estudos Jurídicos Unesp** (eISSN 2179-5177), vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito da Unesp, publica em seus números, trabalhos jurídicos na forma de artigos, resenhas e traduções, na linha editorial “Sistemas normativos e Fundamentos da Cidadania”, consoante sua área de concentração, com destaque para uma de suas linhas de pesquisa: **1) Cidadania civil e política e Sistemas normativos; 2) Cidadania social e econômica; e 3) Tutela e Efetividade dos direitos da cidadania.**

A Revista é fruto da preocupação do PPGDireito/Unesp/Franca com a pesquisa jurídica de excelência, em uma realidade caracterizada pela necessidade de se concretizar o compartilhamento do conhecimento e habilidades direcionadas ao fortalecimento e ao respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais.

Os critérios utilizados nas últimas edições se referem a estratos elevados, com artigos internacionais e o firme compromisso de altos índices de exogenia, distribuída pelos diferentes Estados brasileiros e com contribuições de autores de elevado grau acadêmico, vinculados a conceituados programas de pós-graduação do Sistema Nacional de Pós-graduação, tendo alcançado o estrato Qualis-Periódico B1, na última classificação da Área do Direito.

Neste número 35, encontram-se artigos relacionados às linhas de pesquisa do PPGDireito/Unesp/Franca, inclusive com uma contribuição internacional: “Compartilhamento de dados e perseguição do crime de branqueamento de capitais no âmbito dos paraísos financeiros” de autoria de Anna Carolina Canestraro, vinculada à Universidade de Coimbra.

Quanto à distribuição dos 18 (dezoito) artigos aprovados pelo Conselho Editorial, segundo as linhas editoriais, ficaram distribuídos como segue: 5 (cinco) artigos na LINHA I - CIDADANIA CIVIL E

POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS; 4 (quatro) artigos na LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA; e 9 (nove) artigos na LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA CIDADANIA.

Vale destacar a pertinência temática dos trabalhos à Área de Concentração do PPGDIREITO/UNESP/FRANCA, “Sistemas Normativos e Fundamentos da Cidadania”, contribuindo para o debate jurídico e para o aprofundamento das pesquisas realizados no âmbito nacional e internacional.

Agradecemos a participação de todos/as que contribuíram para a manutenção da alta qualidade da Revista, desejando que pesquisadores/as apreciem o conteúdo de mais este número da Revista de Estudos Jurídicos Unesp.

Prof. Dr. Paulo César Corrêa Borges
Presidente do Conselho Editorial e da Comissão Permanente de
Pesquisa da Unesp Câmpus de Franca.

SUMÁRIO

LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS NORMATIVOS

CAPITALISMO E PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

Luiz Felipe Brandão Osório.....13

DIREITO, ESTADO E A GOVERNANÇA GLOBAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA ANTE A CONFIGURAÇÃO DE UMA SOCIEDADE INTERNACIONAL COMPLEXA

José Antunes Antunes de Miranda

Janaina Barcelos Corrêa.....39

MULTICULTURALISM IN BRAZIL: PROTECTING THE UNBORN AND THE CHILD BASED ON BIOETHICS

Valéria Silva Galdino Cardin67

O ABUSO E A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES PELOS *PEACEKEEPERS* NAS MISSÕES DE PAZ: AS MEDIDAS ADOTADAS PELA ONU NO ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO

Alessandro Severino Valler Zenni

Cynthia Lourenço Tach

Fernanda Diniz Aires85

RUMO À SOCIEDADE DO CONHECIMENTO: PROPOSTAS INOVADORAS PARA O MUNDO ÁRABE

Taís Vasconcelos Cidrão

Alexandre Antonio Bruno da Silva.....113

LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

COMPARTILHAMENTO DE DADOS E PERSECUÇÃO DO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS NO ÂMBITO DOS PARAÍSO FINANCEIROS

Anna Carolina Canestraro.....135

**POLÍTICA, ENERGIA E IMPACTOS AMBIENTAIS: DA
CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICAS NO RIO URUGUAI SOB A
ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS**

Mateus de Oliveira Fornasier

Marcele Scapin Rogerio.....165

**CONFLITO ENTRE OS INTERESSES EMPRESARIAIS E
COLETIVOS NA ERA DO INFORMACIONALISMO: O CASO
DA APPLE E DO WHATSAPP**

Rafael José Nadim de Lazari

Raphael Ribeiro205

MIGRAÇÃO VENEZUELANA E PODER LOCAL EM RORAIMA

Daniela Arguilar Camargo

Ricardo Hermany229

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

**DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DA PRÁTICA DE
ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**

José Antonio Remedio

Gustavo Aurélio Martins.....255

**A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL PELO STF EM CASOS DE
DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS EM LEIS TRABALHISTAS**

Vinícius Gabriel Silvério.....279

**O ESTADO BURGUESES COMO CONSTRUÇÃO
ESTRUTURANTE DO ENCARCERAMENTO E GENOCÍDIO DO
POVO PRETO NO BRASIL**

Caio Luís Prata

Taylisi de Souza Corrêa Leite295

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE REDUÇÃO AO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

Fabício Gomes Mendes

Valena Jacob Chaves Mesquita.....329

A VIABILIDADE DA CONDENAÇÃO DE OFÍCIO NOS PROCESSOS TRABALHISTAS ENVOLVENDO DUMPING SOCIAL GERADO PELA EXPLORAÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Rogério Santa Brigida da Costa Ramos

Valena Jacob Chaves Mesquita.....361

AS RESOLUÇÕES N. 1805/2006 E 1995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Helena de Azeredo Orselli

Matheus Freiberguer Rosa407

CIDADANIA DIGITAL: DIREITOS, DEVERES, LIDES CIBERNÉTICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Danilo Henrique Nunes

Lucas Souza Lehfeld.....437

POSSÍVEIS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO NOME E SEXO NO ASSENTO DE REGISTRO CIVIL DE TRANSGÊNEROS

Danilo Porfirio de Castro Vieira

Marta Battaglia Custódio455

**DANO AMBIENTAL TRABALHISTA E A FORÇA
PROBATÓRIA DOS ESTUDOS EPIDEMIOLÓGICOS
SOBRE CÂNCER OCUPACIONAL**

Júlio César de Aguiar

André Magalhães Pessoa 485

**LINHA I - CIDADANIA CIVIL E POLÍTICA E SISTEMAS
NORMATIVOS**

CAPITALISMO E PROCESSOS DE INTEGRAÇÃO REGIONAL

CAPITALISM AND REGIONAL INTEGRATION PROCESSES

Luiz Felipe Brandão Osório *

SUMÁRIO: Introdução. 1 O pós-fordismo no capitalismo mundial. 2 A integração econômica comunitária via União Europeia. 3 Internacionalização dos capitais (blocos econômicos regionais). 4 Internacionalização do Estado. 5 Internacionalização do direito. Conclusões. Referências.

RESUMO: O advento da década de 1990 trouxe ao sistema internacional um cenário de mudanças substanciais, as quais se refletiram fundamentalmente na expansão do direito e das organizações internacionais. Nesse panorama, aprofundaram-se as iniciativas de integração regional, cujo vetor prioritário, o econômico, conheceu um desenvolvimento institucional e normativo inédito. É, no entanto, nos anos 2000, no ápice desse período, que a experiência mais desenvolvida nesses moldes de integração, a União Europeia, entrará em uma espiral de crise sem precedentes. A explicação da contradição entre o aprofundamento formal e o ocaso econômico passará por uma visão materialista das relações internacionais, a qual focará na forma política internacional como elemento nodal para extrapolar a aparência e desnudar os recônditos da essência desse fenômeno social. Por isso, buscar-se-á nas raízes da consolidação do projeto comunitário pós-Maastricht, dentro da nova face do capitalismo, o pós-fordista, a elucidação das fraturas da integração regional em meio ao sistema internacional. É justamente o avanço na arquitetura formal capitalista que gesta a crise das experiências integracionistas mais desenvolvidas, como se comprova na mirada crítica sobre o arranjo comunitário.

Palavras-chave: forma política; integração regional; organizações internacionais; União Europeia.

ABSTRACT: *The advent of the 1990s brought to the international system a scenario of substantial changes, which were fundamentally reflected in the expansion of law and binational organizations. Within this panorama, the regional integration initiatives were intensified, whose priority, the economic vector, was an unprecedented institutional and normative development. It is in the 2000s that the most developed experience in these forms of integration, the European Union will enter an unprecedented crisis spiral. The explanation of the contradiction between the formal deepening and the economic decline will pass through a materialist view of international relations, which will focus on the international political form as a nodal element to extrapolate the appearance and undress the essence of this social phenomenon. Therefore, the roots of the consolidation of the post-Maastricht communitarian project will be sought within the new face of capitalism, the post-Fordist, and the elucidation of fractures of regional integration within the international system. It is precisely the advance in the formal capitalist architecture that causes the crisis of the more developed integrationist experiences, as evidenced in the critical look on the communitarian arrangement.*

Keywords: *political form; regional integration; international organizations; European Union.*

* Professor adjunto de Direito e Relações Internacionais da UFRRJ. Pós-doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Doutor e Mestre em Relações Internacionais pela UFRJ. Autor do livro *Imperialismo, Estado e Relações Internacionais* pela editora Ideias & Letras. Artigo recebido em 08/11/2016 e aceito em 15/02/2017.

Como citar: OSÓRIO, Luiz Felipe Brandão. Capitalismo e integração regional via união europeia. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 35, p. 13 . jan/jun. Disponível em: < <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive> >.

INTRODUÇÃO

A trajetória comunitária desenvolveu-se em um processo de avanços e retrocessos, marcado pela dialética entre autonomia e subordinação, inserida dentro das contradições que cercam o sistema mundial de Estados. Essa caminhada, constituída primordialmente por iniciativas de cooperação no campo econômico-monetário, sofreu uma guinada com a entrada em vigor do Tratado de Maastricht¹. Em meio à crise da década de 1980 e às mudanças sistêmicas do início de 1990, a integração europeia foi relançada pela via da opção pelo aprofundamento da cooperação econômica, acompanhada por todo um arcabouço institucional correspondente, amarrando na forma política de uma organização internacional os sustentáculos do novo arranjo econômico.

Nesse arcabouço, unificaram-se as iniciativas multilaterais em diversas áreas sob um mesmo comando político, além de finalmente viabilizar-se a consolidação do mercado comum. Diferentemente do que se apregou nos estudos de integração regional, o incremento institucional não trouxe o êxito esperado. Menos de vinte anos após o início do funcionamento desta organização internacional, em meio à primeira crise substancial originada no seio hegemônico, seu corpo institucional explicitou as fraturas inerentes. Não apenas os órgãos políticos, mas também seu vetor mais desenvolvido, o econômico, expõem as contradições que cercam todo o projeto, cujas raízes remontam às bases do regionalismo do pós-Segunda Guerra. A crise enfrentada pelos europeus vai muito além de seus aspectos meramente estatísticos e ilustra uma proporção maior da problemática que afeta toda sua institucionalidade concretizada em Maastricht e incrementada posteriormente, afetando os rumos das populações e países envolvidos.

O alcance desse estágio formalmente avançado levou a União Europeia à condição muito peculiar enquanto fenômeno das relações internacionais, o que despertou tanto entusiasmo quanto ceticismo dos analistas. De topo dos sonhos do mundo no século XX, como ironizou Fiori (2008) a abordagem das teorias liberais, até o objeto impossível e

¹ Após um longo período sem acordos formais relevantes entre os países, o ímpeto comunitário, ante o novo contexto internacional, foi reformulado, mediante a formalização do Ato Único Europeu e a guinada materializada no Tratado de Maastricht, elaborado em 7 de fevereiro de 1992, entrando em vigor em 1º de novembro de 1993. Para mais ver Trein (2008).

inominável, que quanto mais se avança o processo de integração, mais difícil fica de entender e de escrever sobre a Europa, como sintetizou Anderson (2012). Entender a União Europeia é, por conseguinte, desvendar os fios recônditos que tecem a essência das relações internacionais.

Essa condição nuclear torna ainda mais instigante a sua pesquisa. Remonta à imprescindibilidade da compreensão do Estado no capitalismo. Mediante uma visão sistemática e crítica, amalgamada no plano da realidade concreta da totalidade social, lastreada no materialismo histórico e na crítica à economia política feita por Marx, bem como em suas interpretações decorrentes, é que será possível desfazer entusiasmos e ilusões, para assim se chegar ao real caráter do fenômeno social. Nesse périplo, é nodal seguir a tendência da contemporaneidade no estudo das Relações Internacionais e retornar à ênfase às teorias do Estado. Nesse momento, mais uma vez, as trajetórias do objeto e do campo científico se coincidem e se complementam. Se a União Europeia foi o modelo das teorias que alheiam o Estado da análise, agora, ao contrário, é pela teorização do Estado e da forma política no capitalismo é que se irão desatar os nós que a cercam.

Como um fenômeno social próprio das transformações das relações capitalistas no mundo, ele não pode ser discutido isoladamente. Qualquer consideração que se pretenda esclarecedora não deve se limitar a analisar apenas os desdobramentos no continente europeu ou nos países axiais dessa constelação. Uma leitura plena da integração econômica comunitária que veio a se consolidar na organização internacional União Europeia demanda sua inserção no sistema capitalista de Estados. O alargamento desse foco não se limita apenas ao prisma empírico, relacionando fatos e dados que comprovam a proximidade da relação, mas, sobretudo, requer a compreensão teórica acerca do papel do Estado e das transmutações do capitalismo nas relações internacionais. Com fulcro nesses dois pilares, é palatável erigir o construto teórico que joga luzes sobre as sombras de um instituto tão controverso quanto a União Europeia.

A proposta deste texto é, portanto, por meio da chave da forma política no capitalismo (franqueada pela teoria materialista do Estado)² explicar a trajetória da integração econômica regional via União Europeia, com ênfase no momento atual, fase pós-fordista do capitalismo.

Após todo um movimento de contestação e de efervescência teórica e política da década de 1970, a discussão sobre o Estado foi tonificada.

² Cf. Agliettà, 2013; Altvater, 2013; Boyer, 1990; Hirsch e Roth, 1986; Hirsch, 1991; 1995; 2010; Jessop, 2012; Mascaro, 2013; Poulantzas, 1975; Wissel, 2015.

Em meio às desilusões do modelo de bem-estar social (um dos pilares do regionalismo europeu)³ e a incapacidade das concepções existentes para explicar o Estado naquela fase do capitalismo mundial, emergiram visões e interpretações radicais e revolucionárias na compreensão do tema, fornecendo alternativas teóricas e políticas para o momento vigente e para o horizonte de transformação. A União Europeia é fruto direto desse embate.

A cooperação econômica impulsionada na década de 1980 e concretizada na década de 1990 foi relançada com raízes mais sólidas, sob um comando político unificado, mediante a construção gradativa e convergente de compromissos conjuntos, na direção da transferência de competências soberanas monetárias para um organismo regional, cuja dinâmica seria respaldada por todo um arcabouço político correspondente. A arquitetura sustentou as modificações no mercado comum e alicerçou a criação de uma moeda única na modulação de uma institucionalidade que viabilizasse a condução política comunitária. No que concerne à inter-relação citada, é imperioso sintetizá-la na baliza norteadora deste artigo: a forma política (organização internacional). É na estrutura formal que se identifica a economia política que conduziu a inflexão da integração e se materializou na institucionalidade comunitária.

A questão que motiva esta pesquisa é justamente a compreensão da posição tão particular ocupada pela União Europeia nas ciências sociais como um todo, uma vez que tanto na literatura especializada do direito, quanto da Ciência Política e das Relações Internacionais essa iniciativa de integração regional reluz como modelo a ser seguido, tendo sempre enfatizadas suas qualidades. Toma-se como dado, sem maiores contestações, o experimento europeu como o farol que guia a navegação de outros continentes ou de outras iniciativas integracionistas. Muito além da aparência de modernidade, é preciso adentrar na essência recôndita desse fenômeno social da esfera internacional. O método é norteado pela teoria materialista do Estado, capitaneada por Hirsch, a qual irá dissipar as brumas que envolvem o processo europeu, revelando seu real caráter. Logo, o objetivo aqui é captar a forma política deste construto por meio de sua contextualização no sistema capitalista de Estado, e na sua decorrente historicidade, para anelar os movimentos de internacionalização do Estado e do direito à pujança e apogeu das organizações internacionais de integração regional, como a europeia.

³ Cf. Osorio, 2015.

Desse modo, os fios que costuram a argumentação serão tecidos a partir de seções, cuja primeira tratará da breve contextualização do período pós-fordista no capitalismo mundial, situando o marco temporal do texto e erigindo as bases teóricas que o sustentam; na segunda, será debatida especificamente a integração econômica via União Europeia, ressaltando particularidades do projeto inserido no sistema capitalista de Estados; posteriormente, em um terceiro momento, haverá a dissecação da transformação mais recente que embasa o caráter peculiar da iniciativa comunitária, a discussão do fenômeno da internacionalização dos capitais, que nos processos de integração regional reverberou como blocos econômicos regionais; no esteio das mudanças, necessariamente há que se perpassar o viés da internacionalização do Estado, no quarto tópico; e no quinto, e derradeiro, a internacionalização do direito será abordada, completando a visão ampla e plena da integração regional dentro do capitalismo, ou seja, investigando seus alicerces, Estado e direito; por fim, à guisa de conclusão, serão franqueadas apontamentos que enceram o périplo pela forma política e integração regional sob a verve da União Europeia.

1 O PÓS-FORDISMO NO CAPITALISMO MUNDIAL

A nova organização social que emergia, rompendo com os parâmetros fordistas, pode ser cunhada como pós-fordista, por constituir um momento de reação, de desfazimento da correlação de outrora. Aqui, diferentemente do que ocorreu no período anterior, não há uma denominação específica ligada ao modo de organização da produção. Em verdade, a alcunha advém da negação das premissas dadas que foi a saída à crise do fordismo. Logo, o pós-fordismo é uma desconstrução e, simultaneamente, reconstrução dos parâmetros capitalistas. Apesar dos efeitos críticos terem sido sentidos desde, pelo menos, a década de 1970, é a partir do final da Guerra Fria, na aurora da década de 1990, com a dissolução das experiências socialistas no Leste Europeu, que o ciclo pós-fordista se sedimenta. Isso porque esse período marca a consolidação e difusão pelo mundo do novo regime de acumulação e do respectivo modo de regulação que tecerão a nova face do padrão de desenvolvimento capitalismo.

Como modelo reativo, as características embasam-se na superação das peculiaridades fordistas (HIRSCH e ROTH, 1986). O taylorismo da organização do trabalho sucumbe ao toyotismo na produção, ou seja, a racionalização do uso da força de trabalho, o crescimento da

automação e da desconcentração industrial. As transformações no regime de acumulação vão nesse sentido. Pode-se cravar que, fundamentalmente, houve um deslocamento do eixo central que antes gravitava em torno do mercado interno e, agora, passa a conectar-se ao mercado internacional (AGLIETTA, 2013). Leia-se: defesa da liberalização das regras e abertura das economias para o livre trânsito dos capitais, expandindo o sua esfera de valorização por sobre e além dos territórios nacionais. Pressionando por essa dinâmica, vêm as novas tecnologias (como transportes, comunicação, biotecnologia e genética), que alteram significativamente a relação entre tempo e espaço, por exemplo. Na esteira desse processo, quebra-se a relação entre crescimento e aumento do consumo, levando à estagnação ou ao retrocesso da renda real. O descolamento desses mecanismos permite que a valorização dos capitais seja menos dependente das questões de renda salarial, o que impacta fulminantemente nas relações trabalhistas. A precarização (via terceirização, privatização e outras formas de flexibilização) e a informalidade da relação trabalhista e salarial caracterizam-se como as tendências atuais. Ao lado do enfraquecimento do trabalho, caminham a intensificação da financeirização das relações econômicas em meio à desregulação dos mercados e a liberalização dos fluxos de mercadorias e de capitais, acirrando a concorrência oligopolista.

Nessa toada, a lição fundamental é saber livrar-se da armadilha da globalização. Não é ela que marca o novo regime de acumulação. O capital, em sua essência, é internacional, é inexoravelmente expansivo, global. O diferencial desse momento é a verve se que manifestou da internacionalização da produção. Por meio da liberalização dos fluxos comerciais, do fim das amarras financeiras, da livre circulação dos capitais e da introdução de novas tecnologias de comunicação e transporte criou-se uma rede ampla e flexível de possibilidades de valorização do valor, mais independentes das demandas do trabalho. O capitalismo é essencialmente, portanto, desde sempre, globalizado, no sentido de pressionar pela internacionalização da produção⁴. O que diferencia o padrão pós-fordista de desenvolvimento são as condições estruturais dadas, de acumulação e regulação (BOYER, 1990).

O que acompanha o deslocamento do eixo de acumulação do mercado interno nacional para o espaço internacional quase sem restrições é o neoliberalismo, enquanto modo de regulação. Falar em liberalização e desregulação não significa dizer que não haja mediação política estatal,

⁴ Kurz (2003) apresenta sua visão acerca da mudança de paradigma, ressaltando características estruturais específicas.

mas cabe entender o redirecionamento empreitado. O rearranjo impactou diretamente na atuação política estatal, carreando o desfazimento do amálgama político-ideológico que havia mantido a coesão da sociedade fordista. O Estado de segurança (*Sicherheitsstaat*), caracterizado pela burocratização, regulamentação, controle e normatização, foi substituído pelo Estado concorrencial (*Wettbewerbsstaat*), fomentador da competição e do livre mercado (HIRSCH, 1995). O modelo de bem-estar social (*welfare*) passou à desregulamentação e à precarização das condições de vida, gerando o estado de guerra econômica do livre mercado (*warfare*). A flexibilização das regras alterou relação entre as empresas e os Estados nacionais, a qual se reconfigura em moldes bem menos protetivos. A mitigação da intervenção nacional-estatal nas relações de produção deixou as políticas sociais e econômicas mais vulneráveis às oscilações internacionais. A postura dos governos se tornou muito mais defensiva aos efeitos do mercado do que propositiva, cabendo aos contrários apenas resistir e sem a capacidade de realizar substanciais transformações. Nesse sentido, pode-se dizer que o neoliberalismo conferiu os tons da regulação.

Diferentemente do conhecimento vulgar difundido aos quatro cantos do globo, o neoliberalismo não significa a retirada do Estado dos campos de intervenção. Criou-se uma falaciosa e ilusória oposição entre Estado e mercado que é plenamente incompatível com a dinâmica do capitalismo. O capitalismo tem no Estado a mola central de sua engrenagem. Em verdade, o que ocorre é o redirecionamento do aparato estatal para outras prioridades e áreas de atuação. Neoliberalismo não é a política do capital contra o Estado, mas a política dos capitais passando necessariamente pelo Estado. “O neoliberalismo não é a abolição da forma política estatal, mas, antes, a sua exponenciação. A mercadoria atinge, no modelo de desenvolvimento pós-fordista, instâncias maiores que aquelas nas quais atuava no modelo fordista” (MASCARO, 2013, p. 124).

Em outras palavras, é o Estado é um vetor privilegiado e fomentador dessas transformações. “O pós-fordismo não é a reprodução econômica capitalista pelas costas dos Estados nacionais, mas, sim, um específico arranjo do capital permeado necessariamente pela forma política estatal” (MASCARO, 2013, p. 125). Pela intervenção ou, mesmo, pela omissão o conflito distributivo e as desigualdades sociais acirraram-se. A repressão às políticas e às culturas discordantes do processo neoliberalizante elevaram-se. Os sistemas de seguridade social foram reduzidos e/ou privatizados. O consumismo voltou-se para as novas tecnologias recém-chegadas e

produtos descartáveis. Aumentaram a xenofobia e o controle político da imigração⁵. As lutas sociais e os movimentos coletivos foram esvaziados (HIRSCH, 1991). Os valores estritamente político-econômicos passaram a dividir espaços, quando não ser sobrepostos, com novas bandeiras, como as do meio ambiente e as pautas culturais, como o feminismo, o racismo e os movimentos de gênero, alargando o espectro das pautas da esquerda. O novo cenário canalizou as insatisfações em torno de um consenso para a ampla modificação de paradigmas. Partidos de orientação monetarista capitalizaram os fracassos das reformas socialdemocratas e chegaram ao poder com o generoso suporte das grandes firmas privadas. A esquerda partidária, por sua vez, quedou-se imobilizada e sem referências ideológicas, a não ser o vislumbre da gerência capitalismo como alternativa única.

As tendências aludidas conformaram em maior ou menor medida um arco mundial que atravessa os países capitalistas, cimentando certas condições sociais objetivas. O que influencia decisivamente as relações internacionais. Se quanto aos capitais, a intervenção estatal é demonizada, a presença do Estado faz-se perceptível quando se trata do controle do mercado de trabalho. A atuação estatal voltada à limitar a circulação da força de trabalho detém um poder altamente funcional à potencialização da exploração capitalista, uma vez que mantém e reproduz as diferentes condições de renda e de vida no mercado mundial, abrindo fronteiras de valorização dos capitais.

O que não se enquadra na globalização, em vasta dimensão, são os mercados de trabalho. As fronteiras nacional-estatais limitam ainda mais a livre circulação da força de trabalho, o que corresponderia àquela gozada pelo capital. Eles atuam paralelamente, mais ou menos como movimentos migratórios legais que contribuem para a transformação das relações salariais e trabalhistas. Isso significa que uma função decisiva da organização nacional-estatal continua sendo a manutenção de diferentes condições de renda e de vida no mercado mundial. (HIRSCH, 2010, p. 183).

A dinâmica restritiva à força de trabalho e liberalizante dos capitais reconfigura a concorrência, afetando a regulação do sistema internacional. Regras e instituições foram reformuladas e/ou expandidas em uma nova teia de poder mundial que tinha na tríade metropolitana (Estados Unidos,

⁵ Dinâmica facilmente verificável na recente crise migratória nas bordas europeias, as quais ganharam mais destaque, mas que são recorrentes e permanentes por toda a periferia do capitalismo.

Japão e Europa Ocidental), com ascendência estadunidense, o eixo central, cuja inter-relação é complexa, de cooperação e conflito⁶. Pela periferia vige ainda a relação de dominação e dependência, sem as garantias do equilíbrio de outrora. O arranjo bipolar foi fundamental para a organização capitalista fordista. Com hierarquizações e divisões distintas, as relações de poder passam a ocorrer em um ambiente instável e ainda mais violento na periferia, na medida em que é o núcleo metropolitano que delibera acerca do uso da força no cenário internacional, o qual é direcionado para as áreas marginais⁷.

Assim, os conflitos interimperialistas de eras passadas já não se deflagraram, como desde o pós-Segunda Guerra, tendo em vista a concentração da violência militar em uma superpotência. Contra ela e sem nela mais nenhuma guerra convencional é travada. Mesmo porque os conflitos militares são sempre usados e causados pelos Estados Unidos para consolidar o seu domínio de base militar ante as potências concorrentes. O uso da violência é, a partir de então, via incursão policial das grandes potências (como nos casos autorizados pelo Conselho de Segurança ou mesmo aqueles à sua revelia)⁸ ou por ações violentas (ou terroristas) difusas, esparsas e locais, que, em alguns lugares, meio à ultrajante miséria e desespero, forçadamente canalizaram as demandas dos movimentos de libertação nacional, que perderam fôlego com as descolonizações formais e a realidade estrutural do neoliberalismo.

O que se viu mundialmente foi a enorme pressão das metrópoles, notadamente dos Estados Unidos, para a liberalização do comércio mundial e da abertura de novas regiões para inversões financeiras. Com chancela e patrocínio direto dos Estados Unidos, a ofensiva neoliberal pelo globo minou diretamente a concorrência (BLOCK, 1989). Acompanhar a reestruturação dos novéis processos econômicos e técnicos que se apresentam tornava-se cada vez mais custoso. O capital internacional encontrou nos Estados Unidos um importante ponto de apoio e de referência estratégica. Logo, a retomada da hegemonia estadunidense significou a restauração da lucratividade do capital na cena mundial. Com a derrocada do bloco soviético, os norte-americanos reposicionaram-se enquanto

⁶ Poulantzas (1975) explicita um panorama interessante das relações intermetropolitanas, pouco explorado na literatura especializada.

⁷ Uma pesquisa empírica focada no histórico de intervenções militares e de missões de paz do Conselho de Segurança da ONU já é suficiente para comprovar essa afirmação. Sem falar nas incursões militares ilegais e unilaterais perpetradas ao longo dos tempos.

⁸ Os casos mais emblemáticos e recentes que ocorreram ao arripio das regras internacionais remetem ao Iraque, em 2003, e na Síria, dez anos depois.

a superpotência inquestionável. É nesse panorama que as empresas multinacionais tornam-se atores fundamentais e que o setor exportador reacende como mola propulsora da economia.

Dessa forma, as transmutações na faceta do capitalismo não foram frutos de um processo fundado na lei natural do capital ou em alguma lógica geral ou direcionada. Contou determinadamente com a atuação dos capitais e dos Estados, e das classes e lutas sociais, para sua mudança de patamar. O novo cenário engendra um horizonte de transformações que atinge o âmago da integração comunitária. Nessa empreitada, a reformulação significou uma correção de rumos, conforme as condicionantes do pós-fordismo, que levou a experiência europeia a uma condição inédita, erigindo-a ao núcleo dos debates das ciências sociais. Com a internacionalização das relações de produção em um regime de acumulação sem restrições fronteiriças, o modo de regulação corresponde, não nacional-estatal, mas também internacionalizado, constituiu polêmica inovação, que para sua compreensão merece ser substancialmente aclarada.

2 A INTEGRAÇÃO ECONÔMICA COMUNITÁRIA VIA UNIÃO EUROPEIA

Especificamente, em relação à integração econômica comunitária, a ascensão do pós-fordismo condicionou indiscutivelmente os novos e inéditos contornos que lhe foram conferidos. É com fulcro no emergente padrão de desenvolvimento do capitalismo que há a unificação das diversas iniciativas em torno de um comando político único e de um direito próprio, solidificando o bloco econômico. Assim, após a inflexão europeia às mudanças internacionais, concretizou-se finalmente o plano original do mercado comum, e o extrapolando, ou seja, estreitando ainda mais a cooperação rumo ao mercado único, mediante uma moeda compartilhada. O processo de integração no continente parecia ter atingido o ápice das teorizações liberais (JESSOP, 2013).

O contexto da década de 1990 foi propício às transformações. Em meio às incertezas sobre a nova ordem mundial, marcada pela queda do muro de Berlim, e a conseqüente reunificação da Alemanha, e a dissolução da União Soviética e do bloco socialista no Leste Europeu, o triunfalismo estadunidense pautou o tom da cena internacional. O apego às diretrizes fordistas arrefeceu-se junto com as experiências socialistas, e o pós-fordismo trouxe os ventos da modernidade, traduzidos pela

terceira via na Europa Ocidental. Para as esquerdas foi um golpe difícil de assimilar. Ante o avanço neoliberal, a postura foi defensiva, de resistência, sem proposições alternativas, por segmentos relevantes, e pela adesão ao discurso modernizante, por outra parte. Não tardou a contaminação da ofensiva ideológica neoliberal pelos centros acadêmicos de pensamento e pelos partidos políticos. A euforia com a modernidade neoliberal impregnou não apenas os setores conservadores e liberais, mas também afetou, por outros prismas, parcelas da esquerda política e teórica.

Mediante um discurso referendado por reinterpretções vulgares dos clássicos do liberalismo, encetou-se um combate ferrenho das teorias do Estado com a emergência de concepções teóricas na direção adversa, de enfraquecimento e de demonização do aparato estatal e da política. O alinhamento das bandeiras abstratas (como unificação dos povos, fim das fronteiras, fomento à cooperação, paz mundial, encurtamento das distâncias e homogeneização de valores universais) com a pressão dos setores financeiros para modernização das economias nacionais via abertura ao livre fluxo de capitais foi imediato. Nesse sentido, a reação europeia a mais um momento crítico no ambiente internacional foi mais uma vez a opção pela cooperação monetária e o fomento de um espaço de liberdades econômicas, que, agora, se dariam com uma profundidade muito maior (ALTVATER, 2013).

Diferentemente da União Europeia de Pagamentos, da Serpente Monetária e do Sistema Monetário Europeu de interregnos pretéritos, houve uma inflexão determinante nos rumos do processo integracionista. Toda a proposta de estreitamento dos laços econômicos, prevista nos primórdios das declarações de unidade, recebeu um suporte político e jurídico substancial e inovador, o qual significou um divisor de águas nas leituras dos fenômenos internacionais. A União Monetária e Econômica carregava não apenas a introdução de uma moeda única, como ratificava o mercado comum, e trazia uma garantia institucional robusta de seu cumprimento e desenvolvimento. Nesse diapasão, o Tratado de Maastricht adquiriu uma conotação ímpar.

Afastado o perigo de contaminação da influência soviética e restabelecido o poderio das burguesias europeias, a conotação geopolítica também diferia da conjuntura do pós-Segunda Guerra Mundial. O estreitamento dos laços não foi, contudo, um processo consensual, mas cercado de muitas discussões e de barganha política. Isto porque os interesses geopolíticos dos países centrais, França, Alemanha e Inglaterra

mostravam-se divergentes. Cada qual tentando impor aos outros ao máximo seu projeto regional de poder. A opção pela sedimentação da cooperação regional ocorreu em torno das preocupações que as burguesias de França e Inglaterra ainda guardavam quanto ao incremento territorial obtido pela Alemanha, o qual concedeu ao país, agora reunificado, uma posição fortalecida em relação àquela desfrutada durante a Guerra Fria (SOUSA, 2014). Desse modo, a vinculação legal da política econômica alemã a uma estrutura mais ampla, regionalizada, foi cogitada como uma maneira de aplacar as desconfianças, o que, por sua vez, certificou definitivamente a posição alemã como locomotiva das economias continentais. Optando pela ausência de regulação estatal, a Inglaterra assinou o Tratado de Maastricht, escusando-se, porém, de participar da área econômica comum⁹. A questão da não regulação e não supervisão dos mercados financeiros a afastou da Alemanha, que, apesar da defesa de políticas anti-inflacionárias, não renunciava à ideia de liberalismo regulado ou ordoliberalismo. Como consequência, os germânicos aproximaram-se da proposta das elites francesas, referendada pela tutela hegemônica, que via na adesão alemã à moeda uma forma de controlar o ímpeto imperialista de uma Alemanha fortalecida e unificada. A União Econômica e Monetária era atrativa aos franceses por duas razões:

A União Econômica e Monetária era atrativa às elites francesas por duas razões. A primeira por fortalecer a Comunidade Europeia enquanto bloco econômico, o que garantia uma maior independência perante os Estados Unidos. O mesmo objetivo estava por trás dos esforços franceses, que encontravam forte oposição de Washington e Londres, para encorajar a Alemanha, particularmente, e a Comunidade, em geral, para engajarem-se em uma cooperação militar para além da OTAN, altamente influenciada pelos Estados Unidos. O segundo deve-se ao fato de que a União Monetária Econômica poderia reverter o incremento de poder adquirido pela Alemanha após a reunificação e o fim da Guerra Fria. O Banco Central Europeu, criado pelo Tratado de Maastricht, poderia, ao contrário do *Bundesbank*, estar subordinado aos órgãos comunitários, nos quais a França exercia grande influência (CALLINICOS, 1997, p. 9, tradução nossa).

⁹ A postura britânica no concerto europeu da integração foi historicamente reticente e desidiosa, tendo, por exemplo, assinado o Tratado de Maastricht, mas não tendo aderido à moeda única. Em função disso, há um descolamento maior com a economia britânica em relação aos rumos do continente, capitaneados pela potência germânica. Para mais ver Block (1989) e Jessop (2013)

As disputas de poder no seio da construção desta área econômica comum impuseram-lhe uma configuração peculiar, repleta de fissuras e de contradições. Os alemães moldaram o sistema econômico da maneira desejada, ou seja, mediante o controle do Banco Central Europeu. Os franceses ambicionavam controlar a condução política, moldada por órgãos assimétricos. Enquanto que os ingleses adotaram a desídia e o ceticismo, colocando-se à margem do aprofundamento monetário. Portanto, a moeda única, pensada desde os Tratados de Roma, foi materializada em um contexto de disputas e divergências (WISSEL, 2015).

É desse momento de transformações estruturais no padrão de desenvolvimento do capitalismo no sistema de Estados, e de suas reverberações, e dos rearranjos conjunturais no continente europeu em meio às lutas e correlação de forças e classes sociais, que o fenômeno integracionista precisa ser compreendido. O deslocamento do mercado interno para o internacional e a conseqüente intensificação da internacionalização das relações de produção (chamada inadequadamente de globalização), como alicerces do regime de acumulação, e o respectivo modo de regulação, calcado no neoliberalismo, dínamos do pós-fordismo, articulam três fatores decisivos na explicação e na caracterização da novel configuração da integração econômica comunitária via União Europeia. A organização internacional atua como: a) bloco econômico, o que a diferencia do modelo de integração regional praticado até a década de 1990; b) a instituição internacional é anelada a uma estrutura orgânica própria, expandindo sua teia pela aquisição de competências soberanas transferidas pelos Estados (internacionalização do Estado); c) esse organismo formula seu próprio regramento, legislando por sobre e, muitas vezes, impondo-se aos ordenamentos nacionais (internacionalização do direito).

3 INTERNACIONALIZAÇÃO DOS CAPITAIS (BLOCOS ECONÔMICOS REGIONAIS)

A década de 1990 marcou a emergência de um novo cenário no tocante aos processos de integração econômica regional. Se no fordismo, a criação de mercados regionais, paralelos às economias nacionais, embutia não apenas o fomento dos capitais, mas almejava uma tentativa de convergência estrutural via políticas regionais voltadas à produção e ao crescimento, no pós-fordismo, o escopo da integração ficou restrito à predominância das liberdades econômicas, deixando as preocupações

sociais ao sabor das alocações (oscilações) de recursos pelo livre mercado. O processo integracionista europeu, desde seu início, pelo pioneirismo e inovação de sua proposta, e, principalmente, pela posição central no centro de acumulação capitalista, exerceu influência sobre fenômenos análogos que pipocaram pela periferia do globo¹⁰. Assim como ditou o ritmo das iniciativas no âmbito do fordismo, a guinada na experiência europeia no pós-fordismo também impactou os rumos da integração regional no mundo.

Nesse diapasão, a integração econômica adquiriu uma nova conotação. A alcunha bloco econômico é um termo carregado de significado. O conceito emerge como a ilustração da nova alvorada, diferenciando dos fenômenos pretéritos, quer de organizações internacionais tradicionais, quer de áreas de livre comércio ou iniciativas integracionistas. Se desde os primórdios, a economia política liberal conduzira o regionalismo econômico, a partir de Maastricht o panorama de fomento das liberdades econômicas foi potencializado. Seguindo a intensificação da internacionalização dos capitais, as iniciativas regionais reconfiguraram-se, quando não foram recriadas¹¹, balizadas pela lógica de fomento da concorrência no âmbito internacional. Os processos integracionistas tiveram recebido uma nova alcunha, adaptada aos desígnios do momento: blocos econômicos. A etimologia dos léxicos é bem significativa. A promoção de espaços mais uniformizados, coesos e bem definidos, de laços mais estreitos e sólidos, cujo vetor é o econômico, podendo assim resistir e sobreviver em meio à concorrência internacional. A política dos Estados nacionais não pode atrapalhar essa engrenagem técnica voltada a impor-se na competição no mercado internacional. Na tendência à oligopolização da concorrência, uma economia nacional que não se basta isoladamente deve aliar-se a outras e buscar a inserção regionalizada e, portanto, mais competitiva no mercado. A dinâmica concorrencial é mais restrita a algumas unidades e ainda mais acirrada (WISSEL, 2015).

Essa tendência impulsionada pelo pós-fordismo coaduna-se e, ao mesmo tempo, catapulta a internacionalização dos capitais. Nessa dinâmica, os blocos econômicos regionais adquirem um significado específico, próprio do contexto do pós-Guerra Fria. O que, por sua vez, altera determinantemente os rumos da integração econômica regional no

¹⁰ Exemplos dessa tendência não faltam por América, África e Ásia, cada qual com uma gama de iniciativas de áreas de livre comércio ou de acordos econômicos mais estreitos.

¹¹ Como ocorrera no caso sul-americano do Mercado Comum do Sul (MERCOSUL), iniciativa que se insere na lógica da integração econômica regional pós-fordista, criado em 1991.

sistema de Estados. Fulcral ressaltar aqui que a internacionalização dos capitais não ocorre em meio à falaciosa oposição entre Estado e mercado. Os Estados são vetores privilegiados da internacionalização dos capitais, a qual acontece por meio e contra as políticas estatais. Os Estados e seu sistema não desaparecem, mas têm sua faceta alterada no capitalismo pós-fordista, impactando nos moldes da integração econômica regional.

O sistema de Estados não desaparece com esse desenvolvimento, mas sofre uma transformação fundamental. A tendência para a regionalização da economia mundial e para a constituição de blocos econômicos em concorrência é um momento impulsionador da internacionalização do capital. Eles obrigam as grandes empresas a fazerem-se presentes em diferentes espaços econômicos de forma simultânea e a dividir de forma correspondente seus investimentos (HIRSCH, 2010, p. 182- 183).

A delimitação de espaços de liberdades econômicas atraem os capitais e fomentam sua valorização. O fortalecimento do mercado comum regional é uma forma de assentir com esta dinâmica e a agudizar a competição. A cooperação interestatal torna-se interessante, visto que permite uma aliança dos capitais nacionais e internacionais que transcende a polarização de classes dentro do território nacional. Por meio de blocos econômicos vantagens concorrenciais comuns são garantidas no mercado mundial. Nesse seio, o projeto comunitário renova-se. A União Europeia ganha posição destacada por ter atingido uma condição formalmente avançada nesta coalizão de capitais acima da luta de classes, com referenciais políticos e jurídicos comuns. Assim, os capitais atravessam menos obstáculos ao seu processo de valorização.

As articulações entre Estados devem ser pensadas como necessidades de reprodução interna do capital e também como imperativos de sua reprodução internacional [...]. Ao mesmo tempo, a circulação de capitais e de pessoas entre unidades políticas distintas necessita do aparato de referenciais diplomáticos comuns. Mas, além disso, a constituição dos blocos, de mercados comuns, de instituições multilaterais e internacionais permita que haja melhores condições para a concorrência entre Estados e também para que o capital encontre menos obstáculos ao seu processo de valorização (MASCARO, 2013, p. 97).

A expressão bloco econômico acabou designando um espectro mais amplo, notadamente toda organização internacional cujo objetivo prioritário era a persecução de fins econômicos, como a constituição de um mercado comum. Esse arranjo, como se verifica neste estudo, foi fruto de um contexto muito específico, o do capitalismo pós-fordista, que moldou o sistema de Estados e conseqüentemente a fase atual de desenvolvimento das organizações internacionais (pós-Guerra Fria). Nesse diapasão, a União Europeia, como materialização da consolidação da integração econômica regional, foi o exemplo mais notório dessa nova onda, visto que concretizou o mercado comum, e foi além, inovando com o mercado único. Por isso, tornou-se modelo a ser seguido por outras iniciativas (fora do centro de acumulação capitalista) pelo mundo. Antes de assumir como um fator incontornável é preciso compreender o que é o mercado comum europeu e quais são seus desdobramentos dentro desse movimento de internacionalização dos capitais.

Em virtude dessa dinâmica, não é fortuito o alicerçar do futuro da Europa em um organismo internacional, fora e acima das disputas nacionais, como veio a ser a União Europeia em sua reação às novas configurações do capitalismo. Assim, o processo de integração regional ganhou robustez e fincou sua âncora na forma política internacional, sintetizada em uma organização internacional, como se materializou a junção das iniciativas comunitárias. Portanto, a compreensão do que se tornou o projeto comunitário atrela-se aos movimentos de intensificação da internacionalização das relações de produção e sua respectiva regulação, que impulsiona a articulação entre a internacionalização do Estado e do direito dentro do espectro pós-fordista do capitalismo mundial.

4 INTERNACIONALIZAÇÃO DO ESTADO

A internacionalização dos capitais, mas, notadamente, das relações de produção, transformou as práticas materiais concretas, no sentido de empurrar para o mercado internacional o regime de acumulação e seu respectivo modo de regulação. Essa guinada afetou decisivamente a forma política estatal e, conseqüentemente, o sistema de Estados. O Estado fordista cedeu terreno para um modelo estatal altamente voltado ao fomento dos capitais e da decorrente concorrência internacional. A desregulamentação e privatização de áreas alvos de intervenção pública limitou demasiadamente a margem de ação estatal materializada por

políticas sociais (ALTVATER, 2013). Houve, portanto, um rearranjo das relações de classes via redirecionamento estatal para outras prioridades que não as demandas socioeconômicas.

Em outras palavras, a internacionalização do Estado faz parte de um movimento de guinada da atuação estatal para o fomento dos capitais, para a tutela de vantagens concorrenciais e para a relação com o mercado internacional, omitindo-se ou delegando competências sociais para o setor privado ou para o âmbito internacional, como na transferência de prerrogativas soberanas para as organizações internacionais (ou na celebração de tratados internacionais sobre temas específicos). O que importa denunciar é que a internacionalização do Estado é um fenômeno que elevam a fragmentação social, visto que a capacidade de decisão das políticas socioeconômicas é cardinalmente afetada (WISSEL, 2015).

Nessa toada, o Estado competitivo internacional do pós-fordismo encontra-se subalterno às oscilações dos mercados de capital e financeiro internacionais. Assim, o aparato estatal fica vulnerável às pressões pela criação de espaços para o fomento do processo de valorização dos capitais. Com a capacidade de intervenção socioeconômica limitada, a mediação do Estado em favor do trabalho torna-se débil, e o tecido social nacional é esgarçado. Por esse viés a própria noção espacial de nação é colocada em xeque. Em um contexto de elevação das disparidades sociais, aumentam-se os movimentos migratórios, o que impacta na correlação de forças e classes dos países, ruminando simultaneamente sentimentos xenófobos. Nessa toada, quando não demonizada, a política é privatizada, impondo-se a figura do empresário bem-sucedido como exemplo de político moderno, o que apenas reverbera a despolitização do cotidiano¹². Os Estados compensam a redução de sua margem de ação mediante a celebração de compromissos internacionais, como as alianças regionais, para tentar escapar das crises do mercado e para alcançarem posições mais vantajosas na concorrência internacional. Destarte, expandem-se consideravelmente o número de organizações e de acordos internacionais, que vão regular os mais variados assuntos e vão atuar em múltiplas áreas, conferindo ao direito internacional a crescente relevância que goza hodiernamente.

¹² Internacionalmente a privatização da política também é verificável quando entram novos atores não estatais nos processos de negociação e de decisão, cada vez mais horizontalizados. A participação de múltiplos atores, notadamente privados, como as Organizações Não Governamentais (ONGs), criam um cenário distinto, que privilegia a governança global em detrimento dos acordos entre governos nacionais.

Em suma, a remodelagem estatal é empreendida no sentido de retirar as prerrogativas internas de controle de capitais estrangeiros, diminuindo a margem de manobra para políticas sociais e de contenção e aumentando a subordinação a pressões e crises externas. A internacionalização do Estado não é em hipótese alguma o enfraquecimento ou o definhamento do Estado. Não há nenhuma relação de oposição entre Estado e mercado, mas, sim, há uma de constituição. Os capitais dependem do Estado, em bases manifestamente contraditórias. “As empresas multinacionais necessitam dos Estados - e não só para a garantia militar de sua política –, como base de sua expansão, estando, contudo, em oposição e em conflito com eles” (HIRSCH, 2010, p. 75). Tendo em vista que a relação do Estado com seus nacionais não se restringe a vínculos econômicos, é preciso ressaltar que há conexões políticas e militares determinantes. Não é acaso que as principais empresas multinacionais possuem sede e guarida nos países metropolitanos. Daí, a relevância da base nacional, que suporta a promoção do processo internacionalizante e se reverbera em diversas esferas do sistema interestatal:

Com isso, o capital não se torna de modo algum sem Estado, mas se apoia de maneira diferente nas estruturas dos Estados internacionalizados. Tal como antes, as empresas multinacionais voltam-se para os potenciais de força e de organização dos Estados. Por isso, não é nenhum acaso o fato de que elas, geralmente, tenham suas sedes nos centros capitalistas dos Estados política, econômica e militarmente dominantes (HIRSCH, 2010, p. 180).

A despeito do redirecionamento das funções nacionais nas relações econômicas e políticas, são os aparelhos estatais que ainda concentram os meios de coerção física, o que não poderia deixar de ser, tendo em vista o apoio que neles sustentam a reprodução e a regulação das relações capitalistas de classe. Logo, vincular a internacionalização do Estado a seu alheamento é incorrer em grave falácia. Por mais que a desconcentração e delegação de competências encontrem no ambiente internacional um espaço fértil de regulação, a mediação nacional não pode ser descartada, haja vista que é um dos pilares da reprodução das relações de produção capitalistas.

A integração econômica regional via União Europeia, ou seja, pós-Maastricht, foi aventada pelos entusiastas da ascensão do neoliberalismo como exemplo concreto da pós-modernidade e da falência do Estado-nação e de seu decorrente sistema de Estados. Indubitavelmente,

a organização internacional é uma ilustração notória do fenômeno da internacionalização do Estado. “Os processos regionais de integração econômica, como, sobretudo a União Europeia, são parte integrante desses processos de internacionalização do aparelho estatal”. (HIRSCH, 2010, p. 225). O que não abre nenhuma margem para dizer que ela é a prova cabal do fim do Estado nacional. Ela não é nem nunca foi um processo voltado à formação de um Estado integral, comunitário. Ainda que o fosse, por sua constituição e por suas formas, não estaria em momento algum em contraposição ao sistema capitalista, mas, sim, como sempre, esteve em fina consonância¹³.

Desse modo, impõe-se entender a União Europeia pela forma em que se manifesta para que não se incorra em confusões e equívocos. A integração econômica comunitária, que se consolidou e se fortificou em um bloco econômico, não resultou em um Estado, nem tem esse objetivo como horizonte, ou qualquer outra reminiscência próxima à condição estatal. A construção da União Europeia ocorreu pela via de organização internacional, a qual se inseriu e acompanhou o movimento da internacionalização do Estado, próprio do pós-fordismo. Produto dessa fase do sistema de Estados no capitalismo, ela precisa ser delineada em sua real concretude. A forma política que a União Europeia materializa-se em um elo de relações econômicas, cujo elemento unificador é o direito, o amálgama de estruturas tão díspares.

5 INTERNACIONALIZAÇÃO DO DIREITO

Inegavelmente o direito e as organizações internacionais expandiram-se exponencialmente no cenário mundial, passando a ocupar espaços inéditos e consolidando e incrementando as figuras e acordos já existentes. Esse aprofundamento institucional e normativo não tem uma causa específica apenas, mas requer ser inserido em um espectro mais amplo, no movimento de internacionalização do direito que veio a reboque do capitalismo pós-fordista. O novo padrão de desenvolvimento do capitalismo reverberou efeitos nos constitucionalismos e nas relações jurídicas nacionais e internacionais, remodelando os eixos dos regramentos.

¹³ Fundamental apontar aqui que a União Europeia nunca foi um contrapeso ou rival dos Estados Unidos, mas, sim, sócio menor no condomínio de poder sob a hegemonia estadunidense. Para mais ver Panitch e Gindin, 2005; Panitch, Gindin e Aquanno, 2015; Poulantzas, 1975.

Assim como ocorreu com a economia e a política, o direito também sentiu a alteração de paradigmas, sedimentando a nova faceta do capitalismo.

Aqui também a União Europeia pode ser pinçada como exemplo pertinente, haja vista que é o maior expoente da nova ordem capitalista. Desde as primeiras iniciativas de cooperação até a concretização estrutural em Maastricht, o direito foi o amálgama do processo de estreitar laços entre países díspares. Em um universo de heterogeneidades nacionais, a forma jurídica é que garante a homogeneidade necessária para a formação e o funcionamento de um mercado comum. Por meio de tratados e acordos internacionais, costurou-se um ordenamento jurídico autônomo e pretensamente inovador dentro da dinâmica clássica do direito internacional. Sem fugir das generalidades e liames comuns da matéria, o direito da União Europeia reluziu as mudanças de seu tempo, trazendo impactos significativos para a sociabilidade envolvida. Dentre os frutos gerados, dois são os mais destacados e vinculam-se umbilicalmente com o desenvolvimento da seara jurídica comunitária¹⁴.

Em primeiro lugar, é premente apontar o notório desacoplamento entre a formulação e a aplicação do direito. Enquanto a elaboração normativa se desliga paulatinamente dos Estados nacionais, ainda que em diferentes proporções, a sua correspondente implementação (execução/cumprimento) ainda está vinculado ao monopólio do exercício da força pelos Estados nacionais.

A criação e o desenvolvimento do direito, na contemporaneidade, encontram-se cada vez mais alheados do território estatal. A emergência do ordenamento jurídico comunitário ocorreu com fulcro, fundamentalmente, em dois fatores: na força dos tratados internacionais (celebrados por representantes estatais ou tecnocratas plenipotenciários) e da jurisprudência do outrora Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias¹⁵. Moldou-se, assim, com o tempo, um espectro jurídico internacional relativamente autônomo em relação ao direito interno dos Estados.

Em segundo lugar, essa dinâmica pós-fordista fomenta um cenário de fortalecimento do Estado autoritário (quer pelo executivo,

¹⁴ Cf. Hirsch, 2010.

¹⁵ O que vale abordar dentro desse panorama é o papel criativo da corte jurisdicional. Por não haver uma Carta Magna, com disposições específicas sobre o assunto, o Tribunal de Justiça da União Europeia atua tanto nas suas funções precípua (aplicação e interpretação do direito, relativas) quanto na prerrogativa legislativa. As três peculiaridades criadas pela jurisprudência do tribunal e apoiadas pela doutrina tradicional, como o efeito direto, a primazia e o dever de cumprimento das normas comunitárias, caminham no mesmo sentido. Em outras palavras, os mecanismos buscam escapar da tendência ainda remanescente de aplicação do direito pelos Estados nacionais. Para mais ver Pisarello (2011).

que, principalmente, pelo judiciário) e de decorrente perda de poder dos parlamentos. A racionalização imposta pela regulação neoliberal leva à necessidade constante de maior eficiência, o que carrega a orientação jurídica para uma ação política sempre punitiva e nada democrática. O direito da União Europeia também se apresenta como mola dessa engrenagem.

O desenvolvimento institucional comunitário direcionou-se ao esvaziamento da democracia em nome de uma tecnocracia especializada, competente e eficiente, sem a necessidade de prestar contas ou de consultar a vontade popular, bem como passou a atuar pela concretização das liberdades capitalistas em detrimento das conquistas e garantias sociais. A partir da correção de rumos da década de 1990, a incorporação do ideário da economia política neoliberal manifestou-se pela via do desmonte do constitucionalismo social do pós-guerra, visando à consagração de valores econômicos, apartando a esfera econômica da social. Neste sentido, pelo aspecto jurídico, esta guinada ocorreu pela lógica do constitucionalismo neoliberal, o qual erodiu as bases sociais do pós-guerra (PISARELLO, 2011). Nessa toada, ao afastar-se das demandas sociais, ocorre um previsível distanciamento da população em relação à tecnocracia de Bruxelas. Quanto mais a aplicação do direito se desloca para o plano internacional, mais claramente ela se torna um assunto das burocracias governamentais e menos dos povos. Os defensores da integração chegam até a reconhecer o déficit democrático¹⁶, como se este problema tivesse uma solução dentro da estrutura comunitária, quando, em verdade, é ela que fomenta a não observância democrática. Déficit democrático torna-se um eufemismo quando contraposto à prosaica realidade. “Este eufemismo esconde, contudo, a verdade. A União Europeia não tem um déficit, mas uma ausência total de democracia” (DOUZINAS, 2010, p. 1, tradução nossa).

Em suma, com a regulação no plano internacional, as relações de propriedade privada são vigorosamente fortalecidas em detrimentos das condições socioeconômicas gerais. Nessa toada, a concretização da União Europeia coaduna-se em o seu entorno mundial. Em outras palavras, não foge ou afronta um milímetro da ordem estabelecida. Ao contrário, a

¹⁶ Os debates giram em torno de três assimetrias formais, que maculam quaisquer tentativas de atribuir um potencial coeficiente democrático à organização. Elas envolvem: a) o método de constitucionalização via tratados internacionais, que não corresponde aos procedimentos político-jurídicos típicos do Estado de Direito e dos regimes democráticos, devido à ausência do poder constituinte originário popular; b) o deslocamento dos poderes decisórios do âmbito nacional para o regional, o que relativiza a legitimidade popular, bem como não estabelece limites definidos para suas competências; c) por fim, a incapacidade de controle dos cidadãos tanto *a priori* como *a posteriori* sobre as instituições e a falta de transparência de seu funcionamento. Para mais ver Osorio (2015).

organização internacional paradigmática é, concomitantemente com outras organizações internacionais, um sustentáculo da regulação internacional que materializa e solidifica a economia política liberal, acentuada no pós-fordismo e promotora de relações burocratizadas, antidemocráticas. O direito da União Europeia perfila-se, portanto, no fenômeno pós-fordista, cintilando os efeitos da internacionalização das relações de produção.

CONCLUSÕES

Aprender as razões e os contornos do fenômeno social, notadamente da União Europeia, é ir além da escrita e desenrolar os fios que tecem a forma. É ampliar o horizonte de análise para a totalidade concreta que cerca a abstração normativa. É considerar os aspectos político-econômicos que cercam e embasam o arcabouço normativo. Nesse diapasão, observa-se a imprescindibilidade do estudo com ênfase na forma para aclarar o conteúdo nela condensado. É pela formalidade que a integração econômica se constrói e se justifica.

A inflexão que marcou a trajetória comunitária veio como resposta às transformações internacionais. A opção foi pelo aprofundamento institucional. Este incremento ocorreu via uma organização internacional que abrigou as iniciativas esparsas de cooperação em diversas áreas sob uma mesma condução política e respaldou a consolidação do mercado comum, objetivo perseguido desde os primórdios da integração.

A forma política vem respaldar a arquitetura econômica norteadora do processo de relançamento da integração. Dentro do esquadro comunitário, a via da União Econômica Monetária, mais uma vez, seguiu a dialética entre autonomia e subordinação que cercou os passos anteriores. Foi o momento de pretensa autonomia, consolidando o mercado comum e criando um espaço monetário único. Em verdade, constitui-se no universo comunitário, um emaranhado de enquadramentos distintos, repleto de subconjuntos. Com a crise internacional, as fraturas na forma econômica ficaram explícitas, irradiando as contradições imiscuídas na engrenagem europeia.

Neste sentido, buscar as raízes da situação crítica vivida pelo bloco é remontar ao relançamento da integração. Nele evidenciou-se, portanto, que a criação da organização internacional União Europeia (via Tratado de Maastricht), a qual incorporou e materializou as transformações próprias da era pós-fordista do capitalismo. Seguiu as reverberações do

padrão de desenvolvimento ao acompanhar o deslocamento do regime de acumulação do âmbito interno ao internacional e ao cristalizar o modo de regulação neoliberal. Com a concretização dessa engrenagem, que se diferenciou do momento anterior, fordista, a integração econômica europeia rompeu paradigmas, tanto que ganhou alcunha distinta, bloco econômico, inerente ao movimento de intensificação da internacionalização das relações de produção do interregno atual, e chegou a uma configuração próxima do mercado comum e de liberdades econômicas pensado em sua gestação do pós-guerra.

Se, inicialmente, ainda no fordismo, tendo em vista o regime de acumulação interno e o modo de regulação intervencionista ou keynesiano, havia uma preocupação importante em equilibrar crescimento econômico, pleno emprego e bem-estar social com a promoção do livre espaço externo dos capitais; a reconfiguração advinda da crise do fordismo erigiu um cenário de fomento quase que exclusivo dos capitais, com a intensificação da internacionalização dos capitais, do Estado e do direito. É nesse panorama que se constitui a integração regional comunitária na forma política de organização internacional.

O que se verifica em uma mirada profunda é que a integração é um processo que busca criar laços de unidades entre desiguais. Essa homogeneização acontece, contudo, somente pela via da política e do direito, na criação de consensos, instituições e de regras comuns. No caso comunitário, dentro do quadrante hodierno, o aumento da normatividade e da institucionalidade não gerou maior coesão social entre os países, mas, ao contrário, é por meio delas que se descontrói as garantias jurídicas e conquistas sociais, gerando ainda mais conflito.

Logo, a União Europeia não pode ser delineada como um Estado ou qualquer outra entidade análoga, sequer como organização internacional *sui generis*, mas, conforme a teoria materialista do Estado, como forma política internacional do capitalismo. Em outras palavras, é uma unidade política, a qual condensa as diversas disputas interestatais e de classes, constituindo um espaço econômico acima e fora da luta de classes e da correlação de forças interna, que escapa do controle político democrático e promove as liberdades econômicas, impactando criticamente e centripetamente (de fora para dentro) nas condições socioeconômicas das populações abarcadas.

Em suma, a forma política hodierna da União Europeia deriva das transformações sofridas pela atual fase do capitalismo no sistema

internacional (pós-fordista). Em outras palavras, os moldes formais adquiridos pelo projeto comunitário pós-Maastricht fazem parte da dinâmica de intensificação da internacionalização das relações de produção, ocasionada com a crise do fordismo e ascensão da globalização e seus ditames neoliberais, constituindo um novo padrão de acumulação e de regulação do panorama capitalista. Logo, a encruzilhada que atravessa a integração regional via União Europeia, ao contrário do que defendem seus entusiastas institucionalistas e/ou liberais, é resultado do seu aprofundamento formal e não de eventuais ausências ou máculas normativas e institucionais. Longe de ser um desígnio de modernidade ou vanguarda, a integração via União Europeia reforça os traços do capitalismo, resultando o atual modo de desenvolvimento do modo de produção capitalista, o pós-fordismo.

REFERÊNCIAS

AGLIETTÁ, Michel. **Zona do Euro: qual o futuro?** Tradução de Christian Perret Gentil. São Paulo: Ideias & Letras, 2013.

ALTVATER, Elmar. A Crise Econômica Internacional e o Desenvolvimento Sustentável. Brasil e América Latina. **Vídeo-Aula 12- A Integração Europeia, a regionalização no mundo e a crise.** Disciplina Tópicos Especiais do CAPES/Programa de Pós-Graduação em Políticas Públicas e Formação Humana da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Arissas Multimídia, 2013.

ANDERSON, Perry. **El nuevo viejo mundo.** Madri: Ediciones Akal S.A., 2012.

BLOCK, Fred. **Los Orígenes del Desorden Económico Internacional. La política monetaria internacional de los Estados Unidos, desde la Segunda Guerra Mundial hasta nuestros días.** México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 1989.

BOYER, Robert. **A Teoria da Regulação.** Uma análise crítica. Tradução Renée Barata Zicman. São Paulo: Nobel, 1990.

CALLINICOS, Alex. Europe: The Mounting Crisis. **International Socialism.** Julho de 1997, p. 2-75. Disponível em Encyclopaedia of Trotskyism On-Line (ETOL): <<http://www.marxists.org/history/etol/writers/callinicos/1997/xx/europe.htm>>. Acesso em: 22 jul. 2014.

COX, Robert. IN: GILL, Stephen. “Questões Estruturais de um Governo Global: implicações para a Europa”. **Gramsci, Materialismo Histórico e Relações Internacionais**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2007b, p. 367-406.

DOUZINAS, Costas. **The End of Politics (2): Europe**. Disponível desde 23 de novembro de 2010 em: <<http://criticallegalthinking.com/2010/11/23/the-end-of-politics-2-europe/>>. Acesso em: 15 maio 2014.

FIORI, José Luis. O custo intangível do fracasso europeu. **Jornal Valor Econômico**. Junho de 2008b. Disponível em: <<http://cartamaior.com.br/?/Coluna/O-custo-intangivel-do-fracasso-europeu/20883>>. Acesso em: 28 dez. 2016.

HIRSCH, Joachim; ROTH, Roland. **Das neue Gesicht des Kapitalismus: vom Fordismus zum Post-fordismus**. Hamburg: VSA, 1986.

_____. Fordism and Post-Fordism: the present social crisis and its consequences“. IN: BONEFELD, Werner e HOLOWAY, John. **Post-Fordism & social form**. A Marxist debate on the Post-Fordist State. London: Macmillan Academic and Professional LTD, 1991, p. 8-34.

_____. **Der nationale Wettbewerbsstaat. Staat, Demokratie und Politik im globalen Kapitalismus**. Berlin: Edition ID-Archiv, 1995.

_____. **Teoria Materialista do Estado**: processos de transformação do sistema capitalista de Estados. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2010.

JESSOP, Bob. The World Market, Variegated Capitalism, and the Crisis of European Integration. In: NOUSIOS, P., OVERBEEK, H. e TSOLAKIS, A. (Eds.). **Globalisation and European Integration: critical approaches to regional order and international relation**. London: Routledge, 2012, p. 91-111.

KURZ, Robert. **Weltordnungskrieg**. Das Ende der Souverität und die Wandlungen des Imperialismus im Zeitalter der Globalisierung. Berlin: Holermann Verlag, 2003.

MASCARO, Alysson Leandro. **Estado e Forma Política**. São Paulo: Boitempo Editorial, 2013.

OSORIO, Luiz Felipe. **Um estudo crítico da União Europeia: contradições de seu desenvolvimento institucional e normativo**. 2015. Tese (Programa de Pós-Graduação em Economia Política Internacional) - UFRJ, Rio de Janeiro, 2015.

PANITCH, Leo e GINDIN, Sam. Euro-Capitalism and American Empire. In: COATES, David. **Varieties of Capitalism, Varieties of Approaches**. New York: Palgrave Macmillan, 2005, p. 139-159.

PANITCH, Leo, GINDIN, Sam e AQUANNO, Scott. American Empire and the relative autonomy of European capitalism. **Competition & Change**. Vol. 19 (2), 2015, p. 113-128. Disponível em: http://www.cepn-paris13.fr/epog/wp-content/uploads/2015/11/PANITCH_Competition-Change-2015-Panitch-113-28.pdf. Acesso em: 24 jan. 2017.

PISARELLO, Gerardo. **Un Largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo antidemocrático**. Madri: Editorial Trotta, 2011.

POULANTZAS, Nicos. A Internacionalização das Relações Capitalistas e o Estado-Nação. In: POULANTZAS, Nicos. **As Classes Sociais no Capitalismo de Hoje**. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1975, p. 45-96.

SOUSA, Wagner Watson de. As relações franco-germânicas e o processo político de criação da moeda comum europeia: do encontro em Hague e o Tratado de Maastricht (1969-1993). **Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Economia Política Internacional da UFRJ**. Rio de Janeiro, 2013.

TREIN, Franklin. Uma ideia de Europa. In: MOSCARDO, J. e CARDIM, C. (Orgs.). **II Conferência Nacional de Política Externa e Política Internacional: Europa**. Brasília: Funag, 2008.

WISSEL, Jens. **Grundzüge einer materialistischen Theorie der Europäischen Union**. Münster: Westfälisches Dampfboot, 2015.

DIREITO, ESTADO E A GOVERNANÇA GLOBAL: UMA ANÁLISE CRÍTICA ANTE A CONFIGURAÇÃO DE UMA SOCIEDADE INTERNACIONAL COMPLEXA

LAW, STATE AND GLOBAL GOVERNANCE: A CRITICAL ANALYSIS IN VIEW OF THE CONFIGURATION OF A COMPLEX INTERNATIONAL SOCIETY

José Antunes Antunes de Miranda *

Janaína Barcelos Corrêa **

SUMÁRIO: Introdução. 1 O direito e a globalização. 2 Soberania, estado e interdependência. 3 As alternativas do direito negociado à governança global. Conclusão. Referências.

RESUMO: A globalização trouxe novos atores e níveis de produção jurídica questionando a soberania do Estado, enfraquecendo a força normativa das Constituições e promovendo a governança global. O objetivo desse artigo é analisar de forma crítica o papel do direito frente ao atual processo de globalização em um mundo cada vez mais absorvido por práticas de governança global onde se observa cada vez mais a diminuição da aplicação de princípios tipicamente de matriz constitucional na esfera jurídica internacional. Realizou-se um estudo, com base em pesquisa bibliográfica procurando identificar a discussão sobre a evolução normativa das ações de governança global. Concluímos que a coexistência de diferentes atores e instituições formais de governança não significa que o estado-nação e as instituições intergovernamentais tenham perdido importância. O Estado-nação é uma constituição histórica, mas mutável, e o monopólio, o exercício da autoridade, não pode ser a ele exclusivo em um mundo de características cada vez mais complexas e interdependentes.

Palavras-chave: globalização; soberania; estado-nação; constituições; governança.

ABSTRACT: *Globalization has brought new actors and levels of legal production to question the sovereignty of the state, weakening the normative force of the Constitutions and promoting global governance. The objective of this article is to analyse critically the role of law in the face of the current process of globalization in a world increasingly absorbed by global governance practices where it is observed once again the reduction of the application of principles typically constitutional in the international legal sphere. A study was carried out, based on bibliographical research seeking to identify the discussion about the normative evolution of the actions of global governance. We conclude that the coexistence of different actors and formal institutions of governance does not mean that the nation-state and intergovernmental institutions have lost their importance. The nation state is a historical, but changeable constitution, and monopoly, the exercise of authority, can not be exclusive to it in a world of increasingly complex and interdependent characteristics.*

Keywords: *globalization; sovereignty; nation-state; constitutions; governance.*

*Doutor em Estudos Estratégicos Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Relações Internacionais pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Especialista em Integração e Mercosul pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Possui graduação em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Professor titular do Centro Universitário La Salle (UNILASALLE)

** Mestranda em Direito pelo Centro Universitário La Salle – Canoas (UNILASALLE). Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Artigo recebido em 24/07/2017 e aceito em 09/03/2018.

Como citar: MIRANDA, José Antunes Antunes de; CORRÊA, Janaína Barcelos.

Direito, estado e a governança global: uma análise crítica ante a configuração de uma sociedade internacional complexa. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 39. jan/jun. Disponível em: < <https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive> >.

INTRODUÇÃO

A partir da diminuição das distâncias, o aperfeiçoamento das comunicações e das informações o direito sofreu as consequências da globalização e dos processos de governança global. A globalização é um processo que avança e uma consequência natural do processo transformador das relações internacionais no século XXI. O direito necessitou estar atento ao processo de globalização e com respostas prontas para esse fenômeno que desafia as fronteiras, modifica costumes e limita a autonomia dos Estados. As atuais dinâmicas da política mundial, do direito no processo de governança global permanecem a solicitar as instituições multilaterais a expandir as fronteiras institucionais para gerenciar as relações da sociedade internacional.

O Estado-Nação apoiado na soberania exerce o monopólio jurídico e a Constituição é o instrumento jurídico máximo dentro de um Estado. Da mesma forma, os Estados estão subordinados a valores e princípios internacionais. Falar em globalização e governança global é observar o fato de que há um aumento importante de trocas entre os Estados, sobretudo as de cunho econômico, resultando em uma alta interdependência entre os mesmos.

O objetivo desse artigo é analisar de forma crítica o papel do direito frente ao atual processo de globalização em um mundo cada vez mais absorvido por práticas de governança global onde se observa cada vez mais a diminuição da aplicação de princípios tipicamente de matriz constitucional na esfera jurídica internacional.

A globalização influi em diversas áreas e não só na economia. A globalização representa uma mudança significativa no alcance espacial da ação e da organização social que passa para uma escala inter-regional ou intercontinental. A mesma gera uma certa mudança cognitiva, que se expressa numa conscientização popular crescente do modo como os acontecimentos distantes podem afetar os destinos locais. Não deve ser entendida como algo que pronuncia o surgimento de uma sociedade mundial harmoniosa, ou de um processo universal de interação global em que haja uma convergência crescente de culturas e civilizações. Não há um conceito universal e único de globalização, ainda que muitos tentem conceituar o termo.

O Estado soberano não consegue mais sozinho promover regulação pois há questões que vão além de suas fronteiras. Hoje há

questões que reclamam um tratamento de governança na esfera pública global ante o também processo de ampliação e complexidade do Direito Internacional do atual momento.

Vive-se um mundo de contradições onde se observa o alargamento econômico e social pelo desenvolvimento tecnológico e cibernético, pela universalização do mercado e do consumo, pelos fluxos migratórios, pelo aumento da fragmentação e das diferenças sociais e pela diminuição da arena de decisão político nacional.

1 O DIREITO E A GLOBALIZAÇÃO

Para André Jean Arnaud (2005), o termo globalização não é claro e o seu conceito tem sido relacionado a seus efeitos, muitas vezes numa conotação negativa. Nesse sentido, a globalização é vista com um acontecimento externo, incompreensível e que acarreta prejuízo, sem que possamos identificar de onde ela vem.

Do ponto de vista histórico, o conceito de globalização teria sido modificado através do tempo. Num primeiro momento, o termo globalização ganhou uma dimensão, puramente, econômica e designava a convergência do mercado financeiro. Posteriormente, foi utilizado para descrever o modo de desenvolvimento das multinacionais e a expansão do mercado mundial. Atualmente, se reconhece que a globalização não tem apenas uma dimensão econômica comportando uma dimensão humana representada pela troca de conhecimentos, estabelecendo referências de lazer, culturais e de consumo universais. (BONIFACE, 2011)

A aceleração da globalização teve grande auxílio da comunicação. Nos tempos atuais, esse papel tem sido desempenhado, principalmente, pela rede mundial de computadores. A internet rompe com a noção de distância pela instantaneidade da propagação da informação. A rede mundial de computadores criou um espaço cibernético, sem delimitação territorial, que questionou a função do Estado como um espaço físico, planejado e situado acima de outros espaços ou localidades. (BAUMAN, 1999)

O processo de globalização desafia o direito, como capaz de continuar mantendo o equilíbrio entre Estados-nações soberanos e gerando uma demanda pela gestão de outros caminhos fora das regulações tradicionais como por exemplo os regimes internacionais. André - Jean Arnaud (2005) salienta que há fluxos, sobretudo econômicos e comerciais que não têm previsão no direito internacional e no Estatal. E ainda acrescenta

que não há contornos nítidos, muitas vezes nessas relações, como, também, em outras oriundas da utilização da Internet, impossibilitando a aplicação das regulações tradicionais. Um exemplo que o autor coloca, é o uso da rede por traficantes e terroristas, criando um problema para as polícias mesmo as transnacionais, porque a Internet não foi concebida dentro de um modelo de direito nacional ou internacional. (ARNAU'D, 2005)

Porém, a problemática não reside apenas na impropriedade das regulações tradicionais para o atendimento dessas novas relações, mas também a criação ao longo dos anos de instâncias superiores ao Estado, como a global, que remeteram considerações do direito para além do Estado nação. As instâncias superiores são representadas por organismos internacionais, como o Conselho de Segurança da ONU além dos regimes internacionais como meio ambiente e direitos humanos. Já a instância transnacional, é representada por acordos regionais instituídos principalmente os grandes blocos de integração e as inferiores são as internas ao Estado. Com esta fragmentação da produção normativa, há quebra do monopólio do direito pelos Estados, tanto em relação ao direito interno como ao Internacional, gerando diversos impactos.

Como bem salienta Maury Viviani, os Estados continuam a ser os grandes indutores da produção normativa internacional, paralelamente a um processo de descentralização de fontes, eis que muitos dos temas e interesses desenvolvidos por outros atores, como as Organizações Internacionais, que acabam impondo algumas normas, organizações não governamentais e os atores econômicos, altruístas ou científicos, contribuem para a multiplicação de fontes normativas para além dos limites dos Estados. (VIVIANI, 2014)

O autor ainda identifica que mesmo não havendo na esfera internacional um órgão centralizado de caráter judicial (nem administrativo, nem legislativo), coexistem no cenário internacional instituições como a Corte Internacional de Justiça, a corte Permanente Arbitragem, o Tribunal Internacional para o Direito do Mar, o Sistema de Soluções de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio, a Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio, as instâncias como o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos dentre muitos outros foros normativos internacionais.

¹ O Estado nação está sob desafios como legítimo e efetivo na constituição de normas na ordem internacional. A ordem internacional está constituindo regras internacionais que cada vez mais afetam os Estados e suas estruturas domésticas e na própria organização do Estado. (BYERS, 2000)

Outro ponto a ressaltar, é o reconhecimento não só da existência de instâncias de produção jurídica, além do Estatal, mas a existência de outros agentes produtores do Direito, que se encontram acima, abaixo ou à margem do Estado. Há uma verdadeira fragmentação e reconfiguração dos locais de onde procede o direito, repensando o princípio da representação pelo Estado. (ARNAUD, 2005)

A reestruturação econômica, financeira e política, que ocorreu com o processo de globalização, criou uma nova realidade jurídica. O ordenamento jurídico do Estado deixou de ser o sistema jurídico central, concorrendo uma diversidade de normas provenientes de grandes empresas transnacionais, organismos internacionais ou supranacionais com o aparecimento de novos atores como banqueiros, contabilistas e novos juristas desligados de uma função social do direito. O comércio internacional global e o surgimento de áreas jurídicas transnacionais alterou o modo de produção jurídica em todo o planeta, surgindo um direito comercializado, criador de estruturas econômicas e comerciais, uma verdadeira empresa do direito. (KLAES, 1999)

Com isso, fica evidente que o direito, de uma forma ou de outra, sofre influência do processo de globalização, que passou a criar relações não concebidas dentro dos meios de regulação tradicionais como o direito estatal e o internacional. Com isso, observamos que os Estados cada vez mais possuem dificuldade de proteger o cidadão a partir de regras que, muitas vezes, são constituídas fora do padrão legislativo doméstico, não levando em consideração as condições sociais e de organização das comunidades locais.

As transformações da sociedade em um sistema mundial ocorrem por múltiplos vetores, razão pela qual a globalização caracteriza-se como policêntrica, na qual os acontecimentos sociais fogem à uma existência causal unitária, tornando-se dependentes de distinções atribuídas por racionalidades cada vez mais difusas, compreendidas, todavia, no âmbito interno da sociedade. Pode-se, contudo, dizer que o vetor primeiro do processo de globalização é a diferenciação acelerada da sociedade em vários sistemas sociais autônomos, os quais transpassam os limites territoriais.

Os fenômenos, como a globalização, induzem ao gradativo rompimento com processos institucionalizados e com instâncias centralizadas de poder, uma vez que o efeito geral desses processos globais tem sido o de enfraquecer formas nacionais de identidade cultural.

Eduardo Matias nos indica que o direito é uma necessidade humana, os próprios romanos afirmavam que onde há sociedade há direito. Assim, a partir o reconhecimento de que há uma sociedade global, reconhecemos a necessidade de regras que regulem a vida dessa sociedade. Os regimes internacionais passam a ser a expressão da necessidade de se encontrar novos modos de cooperação e de regulação de governar além do Estado. São hoje necessários, pois representam as soluções normativas e administrativas necessárias para os problemas transnacionais. (MATIAS, 2014)

O autor ainda salienta que os regimes internacionais situam-se entre os principais meios de regulação utilizados para dirigir a sociedade global. Nesse sentido, a governança global possui importantes aspectos interestatais e intergovernamentais. A esses ainda se somariam ainda as chamadas relações transgovernamentais, que representam o conjunto de interações que, embora se deem entre diferentes unidades de certos governos nacionais não são controlados pelos chefes do Poder Executivo desses mesmos países².

Atualmente, despontam cada vez mais espaços de produção de poder ao largo do Estado; há produção jurídica sem a tradicional vinculação ao Estado, como, por exemplo, sindicatos, ONGs, grandes empresas transnacionais, comunidades, etc. A concepção de Grotius que na *bi societas ibi ius* deve ser atualizada na sociedade mundial frente à crescente diferenciação funcional, sobretudo com o aumento evidente de poder e de organização de setores sociais autônomos, na medida em que também se erigem mecanismos autônomos de produção normativa, mantendo uma distância relativa da política. (GROTIUS, 2004)

Leonel Rocha aponta para um sistema jurídico global, desterritorializado, no qual as diversas ordens normativas regionais possuem uma diferenciação. O diálogo dessas diferentes ordens regionais, característico do direito da sociedade mundial, acontece por meio de diversos acoplamentos. Ou seja, com o esvaziamento da postura normativista vertical do direito, verifica-se que o sistema jurídico volta-se às mudanças horizontais. (ROCHA; ATZ, 2010)

Constata-se a regulamentação crescente da vida internacional restringindo, com isso, a esfera de competências estatais em áreas

² Pode-se dizer que há uma verdadeira ordem transgovernamental na qual não apenas os poderes executivos, mas também os tribunais, as agências reguladoras e mesmo os legisladores teriam passado a interagir com seus equivalentes no exterior, criando uma densa rede de relações para tratar de problemas como o terrorismo, o crime organizado, a lavagem de dinheiro e a degradação ambiental. (SLAUGHTER, 1997)

essenciais como a da proteção ambiental assim como os direitos humanos. No caso do ultimo o indivíduo passou a ser tratado como sujeito de direito internacional, contando com a proteção de tribunais cuja autoridade se sobrepõe à dos Estados que se submetem à sua jurisdição.

2 SOBERANIA, ESTADO E INTERDEPENDÊNCIA

Após conceituarmos a globalização e demonstrarmos que ela afeta o campo jurídico, passaremos a analisar a soberania e a interdependência estatal a partir desse cenário. Como já mencionado anteriormente, o direito necessita conviver com instâncias diversas como o local, o transnacional e o global.

O conceito de soberania, assim, como o conceito de globalização é um conceito controvertido³. A ideia de soberania teria tido influência grega desde Aristóteles e usava-se para referir à soberania o termo autarquia: “É certa a influência grega na formulação histórica da soberania, mormente a partir de Aristóteles no Livro I de A Política, com noções de superioridade da Cidade-Estado, já que esta é dotada de autarquia”.⁴(ADOLFO, 2001, p. 20)

Hobbes entende que a força é a base do poder. Assim, para que o homem possa organizar-se, politicamente, a fim de preservar interesses como a segurança, surge o Estado. O direito natural é a base desta teoria de Hobbes direito que é passado para o Estado. Em Hobbes, não há Direito fora do Estado. Já em Locke há uma preocupação com a propriedade, com a segurança do patrimônio e em razão disto, a soberania é controlada pela vontade popular. (ADOLFO, 2001)

Em Montesquieu, a vida em sociedade tem origem no contrato que possibilita a vida em sociedade e este contrato é o que legitima o Estado a agir em nome dos governados. Montesquieu cria o princípio da separação de poderes. Rosseau, um dos idealizadores da teoria do contratualismo, define a soberania como cláusula de um pacto social, que reduz todas as vontades a uma só, em favor da comunidade. (ADOLFO, 2001)

³ É com o fim da Idade Média e o aparecimento do Estado Moderno, no século XVI, é que se consolida um conceito de soberania. A noção de soberania sempre esteve atrelada a luta pelo poder. (MARTINELLI, 2006).

⁴ O conceito de soberania foi ganhando novos contornos durante o tempo, passando pela doutrina de São Tomas de Aquino, que configura a soberania como poder de punir e ordenar a sociedade, sendo este poder exercido pelo papa. Em São Tomas de Aquino, havia uma dicotomia Estado-Igreja e a figura do papa representa o soberano e a vontade de Deus. (ADOLFO, 2001)

A soberania apresenta dos aspectos o interno e o externo. No aspecto interno, a soberania, enquanto conceito jurídico e social, é a supremacia do ordenamento estatal que faz com que o Estado se sobreponha aos demais poderes sociais de forma mediata e imediata. Já a soberania externa, é a manifestação independente do poder de um Estado sobre os outros.

O Estado evoluiu até se transformar em uma ordem jurídica impessoal e autônoma, que conta com um aparato administrativo para o exercício de suas funções e monopoliza o uso legítimo da força em benefício da comunidade. A partir da transformação do Estado liberal em Estado social, as teorias puramente jurídicas passaram a ser consideradas excessivamente formalistas, e foram, em grande parte, abandonados pelos próprios juristas, fortalecendo os estudos de sociologia política que analisam o Estado como forma complexa de organização social. (MATIAS, 2014)

A soberania surgiu como um poder de dominação dos soberanos, o que fez que ela se confundisse com o próprio titular do poder estatal. Pelo processo de concentração de poder, os Estados já haviam conquistado sua supremacia interna e as condições de sua independência externa. Os acontecimentos históricos haviam levado a ascensão de soberanos que, na prática eram independentes uns dos outros. O sistema internacional presenciou assim uma igualdade de fato. O direito internacional veio a dar um significado jurídico a essa igualdade fática - com os Tratados de Westfália a igualdade entre os Estados se consolida. (MATIAS, 2014)

Já Ferrajoli (2002) associa a soberania à formação do Estado moderno e a ideia de um ordenamento jurídico universal. Para o autor, o conceito de soberania seria dividido em 3(três) aspectos, sendo o último o que tem vinculação com a teoria do direito e é baseada na contraposição entre soberania e direito. A soberania representaria um contraste com o Estado de Direito, ou a sujeição do poder à lei. No plano internacional, a soberania encontra limite no direito internacional, como por exemplo as cartas constitucionais internacionais, como a Declaração Universal de Direitos de 1948.

Na definição de soberania trazida por Ferrajoli, o papel do direito como um limitador da soberania e que este direito tanto pode ser interno como externo, originando-se em normas internacionais. No que podemos concluir, que em razão do direito, a soberania do Estado não é absoluta, mas limitada pelas leis.

Porém, mesmo que limitada pelo direito, a soberania foi concebida dentro da não interferência de um Estado no outro, numa realidade de

espaços definidos, de trocas comerciais e não de mercados econômicos globais. Com a globalização, o mercado passa a influir nas decisões Estatais. A cotação das bolsas de valores, o saldo da balança comercial, as decisões do FMI, da OMC e das empresas transnacionais e multinacionais acabam influenciando na criação de políticas econômicas internas. Em razão do funcionamento do mercado global, o Estado-Nação acaba sendo vulnerável às opções econômicas de outros locais e feitas por pessoas ou instituições que não são submetidas a seu controle, passando os Estados a serem atores coadjuvantes.⁵ (OHMAE, 1999)

Para Eduardo Matias entender o Estado apenas como ordem jurídica não é suficiente. O mesmo ocorre com a soberania. Ela é um conceito normativo, mas também tem raízes profundas na realidade. Assim como o Estado surgiu em determinado momento da história humana para cumprir determinadas funções a soberania também tem a sua razão de ser. É ela que protege a liberdade dos indivíduos a ela sujeitos, que serve para defender os interesses dessas pessoas diretamente no plano internacional, que confere a condição de autoridade a quem está legitimado para recebe-la. (MATIAS, 2014)

A globalização trouxe a ascensão de novas fontes de produção jurídica, com efetiva perda de soberania dos Estados. No nível externo, as integrações regionais, por exemplo, excluem a capacidade decisória do Estado pois diversos aspectos que passam a ser regidos por acordos internacionais. Porém, não só as relações econômicas e comerciais passam a ser reguladas por exigências externas, mas assuntos como direito humanos, políticas sociais e questões ambientais sofrem influência do meio externo. Já no plano interno, o Estado está diante de novos atores das ordens econômica, social e cultural como as organizações sindicais, os conglomerados econômicos, os movimentos sociais reivindicatórios todos querendo dar conformidade à ordem jurídica estatal, ou até mesmo suplantar o Direito do Estado. (DOBROWOLSKI, 2000)

Já os universalistas pretendem um governo global e baseiam seus argumentos em teorias como a domestic analogy que remonta à Hobbes e aos seus conceitos de natureza e de contrato social (TEIXEIRA, 2011). Outros autores, como Richard Falk e David Held, criaram outras teorias de

⁵ Nesse sentido, Bauman, também, enxerga a globalização de forma a prejudicar o Estado, principalmente os Estados que denomina como fracos. Ao se referir à globalização como a Nova Ordem Mundial nos refere que ela pode ser enxergada, também, como “desordem mundial”. Para ele, haveria tamanha redução do poder dos Estados mais fracos que estes seriam reduzidos a distritos policiais locais, sem impor temor à liberdade das empresas globais (BAUMAN, 1999).

cunho universalistas. Richard Falk tem uma proposta de constitucionalismo global e de uma democracia transnacional é o que nos refere Teixeira:

Falk procedeu a uma leitura do contexto das relações internacionais que lhe permitia compará-lo ao estado de natureza lockeano não ao estado de guerra e assim, ter elementos teóricos suficientes para propor um global constitutionalism orientado por uma ordem jurídica centralista que tem na defesa da “democracia transnacional”, na tutela dos direitos humanos e na manutenção da paz internacional, seus principais objetivos (TEIXEIRA, 2011, p.31).

Em que pese os posicionamentos que defendem um constitucionalismo global, consideramos que a governança global possa ser uma forma de promover a articulação entre Estados e agentes não Estatais. É necessário observar o cenário pluralista do mundo contemporâneo pois qualquer abordagem que envolva o tema da constitucionalidade não pode deixar de enfrentar.

Em relação à soberania não concluímos pelo seu fim, mas pelo seu redimensionamento. A nova soberania é a que consegue conviver com a globalização, que sobrevive diante da fragmentação do direito e que promove articulações para promover interesses comuns aos Estados e agentes não-Estatais.

Não é suficiente compreender o Estado e a soberania apenas como uma ordem jurídica. A soberania é um conceito normativo, como o Estado surgiu em determinado momento da história e que cumpre determinadas funções. A soberania cumpre determinadas funções e protege a liberdade dos indivíduos no plano internacional. Assim, a perda de soberania, de direito ou de fato pelo Estado é complexa pois a perda de poderes que o mesmo ceder ou mesmo das liberdades que venha a limitar criará dificuldades ante as suas próprias iniciativas de existência. As fronteiras tradicionais dos Estados não são mais as mesmas diante das transformações que surgiram a partir dos elementos transnacionais e supranacionais a partir dos novos paradigmas que levam a sociedade internacional atual. Isso leva a necessidade de se refletir sobre o papel das constituições ante o aumento da governança global o que analisaremos a seguir.

3 AS ALTERNATIVAS DO DIREITO NEGOCIADO À GOVERNANÇA GLOBAL

Além da questão da relativização da soberania do Estado, outra consequência do processo de globalização do direito diz respeito ao papel da Constituição, visto que passa a não ser mais o ordenamento máximo dentro do Estado. Para isso é preciso esclarecermos em que perspectiva o Estado Constitucional de Direito surgiu para que possamos entender seu contexto histórico e suas características.

O Estado Constitucional de Direito surgiu como evolução do Estado de Direito. O Estado de Direito foi concebido como limitação do poder do Estado, sob a perspectiva positivista do século XIX e fundou-se sobre a necessidade da burguesia de consolidar o poder político, poder este que já possuía em outras áreas como o da economia. O positivismo jurídico substituiu o jusnaturalismo e trouxe, também, outras características ao Estado de Direito como a consagração do princípio da legalidade, a onipotência da lei e a primazia do poder legislativo. (JULIOS CAMPUZANO, 2009)

O constitucionalismo, no Estado de Direito era frágil, com constituições flexíveis, submetido à vontade do legislador e desprovido de força suprallegal. Os acontecimentos históricos, como por exemplo, a segunda guerra mundial e os totalitarismos trouxeram como conclusão a precariedade desse modelo constitucional⁶.

Com o fracasso do modelo do Estado de Direito e das constituições flexíveis, surge a necessidade de se implantar um novo modelo de Estado. Após a segunda mundial, surge o constitucionalismo contemporâneo, convergindo duas tradições constitucionais: a americana, com uma dimensão garantista, e a francesa, com a função diretiva. (JULIOS CAMPUZANO, 2009)

A crise do Estado de Direito e sua ineficácia em regular toda a situação social e política da época gera um questionamento quanto à capacidade do mesmo, enquanto modelo de ordenação social, não só para limitar o poder do Estado, mas para que se preservem valores essenciais da sociedade. O que decorreu na necessidade de fundação do Estado Constitucional de Direito, com afirmação da constituição

⁶ Este modelo demonstrou ser precário por representar um Estado mínimo e uma redução formalista de direitos que negava as exigências basilares de justiça, que posteriormente, vieram a assumir a forma de direitos sociais (JULIOS CAMPUZANO 2009, p. 20-21).

como ordenamento superior, vinculante e com caráter normativo. (CADEMARTORI, 2008)

Além disso, o Estado Constitucional de Direito trouxe, também, a afirmação dos direitos fundamentais e estabeleceu a rigidez constitucional. Logo, foi uma necessidade para evitar abusos do poder Estatal e para garantia de direitos fundamentais dos indivíduos e constituiu num avanço para a realidade da época em que foi concebido.

Entretanto, o Estado constitucional de Direito, criado como uma reação às atrocidades da segunda guerra mundial, não previa o início de uma era mundial e uma crise do Estado-nação. A aparição do deste novo modelo de Estado não resolveu os problemas do constitucionalismo contemporâneo como o: pluralismo normativo e o aparecimento de outros atores jurídicos. (JULIOS CAMPUZANO, 2009)

Com a globalização, se observa a modificação da estrutura até então existente dos Estados-Nações e o monopólio do poder Estatal sobre o direito. O direito contemporâneo passa ter uma natureza policêntrica e a regulação social brota de fontes externas ao Estado e que não são submetidas a um controle democrático. (SARMENTO, 1999)

A crise do Estado-Nação contagia a Constituição que perde seu papel central no processo de regulação social. Com o pós-modernismo e a imposição de uma policentricidade do direito, ocorre o enfraquecimento do conteúdo substancial e da carga axiológica da Constituição e esta passa a ser uma norma procedimental, típica de uma era pós-intervencionista. (SARMENTO, 1999)

Para Dobrowolski (2000), alguns posicionamentos de cunho neoliberal e pós-moderno estariam propondo o desmonte do Estado Social e o fim da normatividade da Constituição sem apresentar uma outra solução para o problema da pluralidade de fontes, do caos que existe no Direito, atualmente.

A ineficácia tanto do Estado-Nação como da Constituição em regular toda esta nova realidade de pluralidade de fontes, de atores jurídicos e de inter-relação entre os Estados, decorre de uma sociedade hipercomplexa. Com a crescente complexidade da vida em sociedade, a legislação mostra sua ineficiência. (RIBEIRO, 2014)

Uma nova realidade jurídica foi criada a partir da globalização que tanto criou a necessidade de centralizar (com fusões e associações) como a de descentralizar (com a terceirização da produção industrial). O

direito passou a ser um criador de estruturas econômicas e comerciais, por outro lado criou dificuldades a justiça social. (KLAES, 1999).

Já Arnaud (2005) considera que o direito está prestes a evoluir de uma ordem imposta a uma ordem negociada. Há uma diminuição do papel do Estado e as Autoridades de Regulação Independentes - ARI assumem um papel importante. As ARI são modelos copiados do “common law ” e que invadiram espaços que eram de regulação estatal. Porém, a grande inovação é a participação da sociedade civil. A sociedade civil, anteriormente, era representada pelos governantes, eleitos pelo voto nas democracias e que obedecem aos termos constitucionais. Assim, somente os governantes tinham o poder de dizer o direito, porém a sociedade civil, atualmente, participa na criação do Direito. A sociedade civil pode ser definida como o conjunto de movimentos não governamentais e, por exemplo, pode ser representada por uma Organização Não Governamental, tais movimentos tem promovido a democracia e os direitos humanos. (ARNAUD, 2005)

Em que pese crítica de Klaes, que o direito esteja se afastando da justiça social, observamos por meio de Arnaud que a sociedade civil tem ganhado importância na promoção dos direitos humanos e da democracia. Nesse sentido, ainda que a globalização tenha muitos aspectos negativos na sua atuação em face ao direito, puramente econômico ou como dominação de estruturas meramente comerciais a mesma também promoveu alternativas para configuração de uma melhor justiça social.

Dobrowolwski (2000) defende que a mera constatação que as instituições não têm a eficácia desejada não pode levar a concepção que sejam eliminadas. Assim, seria necessário adaptar à Constituição à nova realidade social. Também, diz que não há instrumento capaz de substituir o Estado no seu papel de efetivar a convivência social⁷.

O autor, também, defende o desenvolvimento de um direito reflexivo procedente da negociação, conferindo ao Estado um papel de guia. O direito positivo passaria a ser dotado de uma capacidade reflexiva, deixando de promulgar proibições (direito negativo) para promover incitações não coativas quanto ao conteúdo das regras e para controlar a conformidade dos procedimentos de negociação.

As normas legais, no direito reflexivo, devem produzir harmonia entre as estruturas institucionais e as estruturas sociais e não

⁷ A ideia da indispensabilidade da Constituição, principalmente no que diz respeito à afirmação dos direitos e garantias fundamentais e na promoção de direitos sociais, é defendida, também, por Sarmento (1999).

guiar comportamentos. As normas devem ir na direção de organização e procedimentos, estruturando mecanismo de auto-regulação como a negociação e a descentralização. (TEUBNER, 1983)

O direito negociado é uma solução que atende a necessidade de coexistência do Direito Estatal com a produção de normas que vêm de outras instâncias jurídicas. Podemos exemplificar pela importância que tem assumido os acordos regionais de comércio como o MERCOSUL e as decisões que têm sido produzidas, consensualmente, em organismos de cunho transnacional como a OMC- Organização Mundial do Comércio ainda que se viva um período incentivos aos nacionalismos.

Porém, em termos constitucionais, não podemos pensar em Constituições que retrocedam ao Estado de Direito com normas, meramente, procedimentais. O Estado Constitucional Direito tem um importante papel na garantia de direitos fundamentais dos indivíduos que não pode ser desprezado.

Embora a Constituição possa ter seu papel de ordenamento máximo enfraquecido, e o futuro do constitucionalismo possa ser incerto, podemos pensar não no fim da Constituição, mas na sua transformação. Esta transformação seria no sentido de promover uma articulação com as complexas redes de normas interdependentes, evitando que os fluxos normativos transnacionais vulnerem os valores constitucionais. (JULIOS CAMPUZANO, 2009, p. 65)

Essa articulação por meio das redes de normas interdependentes é hoje uma característica da governança global. O conceito de governança é uma mudança na localização da autoridade no contexto tanto de integração, como de fragmentação. As crises financeiras e econômicas, as ameaças de pandemias, alterações climáticas, proteção das pessoas contra a violência, entre muitos outros problemas globais, levam à necessidade de cooperação. Uma tentativa de controlar e regular estas questões perpassa o direito ainda muito fixado no âmbito do espaço dos Estados.

É importante entender que os Estados foram concebidos num sistema de cooperação internacional mínima, que tinha a função apenas de proteger a soberania e administrar guerras. No sistema de Westfália, prevalecem preceitos como o respeito mútuo pela soberania, a não intervenção em assuntos internos, o consentimento no cumprimento de leis internacionais e a imunidade diplomática. Assim, os Estados tinham grande autonomia e não se sujeitavam a regimes internacionais que limitassem sua capacidade de uso da força. ⁸ (ZACHER, 2000, p.85)

⁸ Sistema de Westfália se refere a celebração do Tratado de Westphália em 1648, que reconheceu o Estado como poder supremo nas suas fronteiras. (ZACHER, 2000).

Os pilares, que mantinham a autonomia Estatal do sistema Westfaliano, sofreram uma erosão e estão em declínio. ⁹Embora não de forma uniforme, variando entre os países¹⁰. Este desgaste está relacionado com a revolução tecnológica do século XX, aumentando os fluxos de informação e a interdependência. O que o autor coloca é que a revolução tecnológica promoveu uma maior proximidade entre as Nações e ao mesmo tempo o surgimento de interesses comuns, na economia, na segurança, mas também surgiram algumas externalidades físicas.

Em relação à segurança, primeiramente, houve uma preocupação comum mundial, com a expansão da fabricação de armas nucleares. Embora esta preocupação ainda persista, atualmente, os Estados passam a se preocupar com a contenção do crescimento do terrorismo, promovendo inclusive a cooperação entre as polícias. Na economia, a interdependência entre os Estados pode ser comprovada pelo aumento dos empréstimos internacionais e dos investimentos externos e o crescimento das empresas transnacionais. (ZACHER, 2000)

As externalidades físicas relacionam-se com as atividades econômicas de um país que possam ter efeitos colaterais negativos em outros países, afetando a saúde ou o meio ambiente. No que diz respeito à saúde, a problemática reside em epidemias que ultrapassam fronteiras como a AIDS. Já com referência ao meio ambiente, pode-se destacar o problema da utilização de clorofluorcarbono (CFC) que diminuiu a camada de ozônio, causando impactos ambientais como o aquecimento. Assim, esforços dos países, com a celebração de protocolos, promoção de congressos ambientais, têm sido feitos no sentido de uma cooperação na área do meio ambiente. (ZACHER, 2000)

⁹ Zacher aponta seis pilares que dão base a um nível elevado de autonomia estatal são eles: 1) uma certa proporção de custo benefício do emprego da força.; 2) baixas externalidades físicas entre os Estados, que não necessitam colaboração internacional para seu controle; 3) baixos níveis de interdependência econômica, 4) fluxos informativos reduzidos que limitam o crescimento da interdependência econômica e promovem a especificidade cultural; 5) uma predominância de governos não democráticos ou autoritários, que limitam o fluxo de informação e o trânsito de pessoas e a não sujeição moral ao emprego da força; 4) um alto grau de heterogeneidade cultural, política e econômica, que dificulta a coordenação da suas políticas devido às diferenças que sustentam um compromisso nacionalista (ZACHER, 2000)

¹⁰ Para Zacher(2000), há uma diferença entre a velocidade em que os países estão envolvidos no processo de transformação histórica da ordem internacional. Para o autor, nos países mais industrializados seria mais acelerado e evidente o envolvimento no processo. Já nos países de Terceiro Mundo, com o tempo, irá ocorrer um maior envolvimento. Sendo que nos países socialistas e ex-socialistas há uma tendência a ser desigual, progressivo em alguns momentos e regredindo em outros.

Verificamos, em análise aos ensinamentos de Zacher, que houve uma transição do sistema de Westphália com grande autonomia Estatal para um sistema de redes, em que é necessária a cooperação dos países para promoção de interesses comuns. Esta cooperação é realizada hoje principalmente por meio dos A noção de regime internacional em um contexto de governança global experimentou um entusiasmo acadêmico forte ante o desenvolvimento de arranjos internacionais mais ou menos institucionalizados. De certa forma, cobriu um número crescente de setores (dos armamentos aos direitos humanos, passando pelo comércio, relações de trabalho, meio ambiente, esporte, dentre outros). A noção de regime internacional questiona as condições e os modos de cooperação internacional esvaziando a especificidade do direito em benefício de um conjunto muito pouco claramente diferenciado de princípios, normas, regras e procedimentos decisórios¹¹.

O modelo de governança se adapta muito bem as condições da cena multinacional, na qual não há nenhuma autoridade central e na qual os investidores, isto é, os Estados soberanos, as corporações multinacionais, as organizações internacionais e mais recentemente as ONGs, geram políticas sobre questões específicas e regimes regulatórios, por meio de negociações. A governança até o momento teria se baseado nos princípios de efetividade e eficiência. Seria participativo, mas por envolver apenas esses investidores interessados na questão em consideração, não substitui as instituições democráticas, as quais representam a totalidade dos cidadãos e tratam de interesses multisetoriais, comuns da sociedade como um todo. (MILANI, ARTURI, SOLINÍS, 2002)

Atualmente se vive um processo onde os discursos se radicalizam em extremos gerando a sensação de volta ao status quo anterior, onde o Estado volta a assumir a sua razão de ser, desprestigiando a processo de governança global que é uma evolução das normas de convívio no mundo. O processo de governança global, ainda que se apresente de uma forma deficitária, no aspecto democrático contribui para a formação de um pensamento de justiça, interesse comum e progresso da humanidade.

¹¹ O conceito de regime internacional refere-se ao conjunto de princípios, normas, regras e procedimentos de tomada de decisão, implícitos ou explícitos, em torno dos quais os atores convergem suas expectativas em uma dada área das relações internacionais. Princípios são crenças em material de fato, causa e retidão. Normas são padrões de comportamento definidos em termos de direitos e obrigações. Regras são prescrições ou proibições específicas de ações. Processo de tomada de decisões são práticas prevaletentes para a escolha coletiva e sua implementação (KRASNER, 1983).

Pode parecer ingênuo pensar que o consenso seria alcançado de uma forma fácil em um contexto atual de interesses diversos dos Estados e do aumento dos discursos excludentes e de extremos. Mas as práticas de governança já possuem um impacto muito forte no âmbito do sistema e da sociedade internacional, até para os mais excluídos desse sistema. Decisões no âmbito daquilo que se chama de bens públicos globais são, na prática contemporânea do direito e da política, parte do sistema de governança, ainda que frágeis.

A fragmentação do direito internacional também está em discussão. A fragmentação coloca em questão a coerência do direito internacional. A coerência é valorizada positivamente devido à conexão que tem com previsibilidade e segurança jurídica. Além disso, apenas um sistema legal coerente trata os assuntos legais de forma igualitária. A coerência é, no entanto, uma virtude formal e abstrata. Para um sistema jurídico que é considerado, em alguns aspectos, injusto ou impraticável, nenhum valor agregado é trazido pelo fato de ser coerente. Portanto, paralelamente à coerência, o pluralismo deve ser entendido como um valor constitutivo do sistema. (KOSKENNIEMI, 2014)

Segundo Gehard Hafner embora a discussão sobre a fragmentação do direito internacional tenha apenas começado, ela já envolveu muitos grupos e entidades diferentes. O que pode ser derivado da discussão é o seguinte: o direito internacional não é um corpo homogêneo; o problema da diversificação surge com o relançamento das regras primárias e secundárias; a fragmentação reflete a atual situação multicamadas do direito internacional (incluindo a emancipação do indivíduo que pode induzir os Estados a cumprir o direito internacional com mais rigor e pode contribuir para um desenvolvimento progressivo do direito internacional. (HAFNER, 2004)

Não há uma solução única para o problema do conflito entre os fragmentos do direito internacional. Diferentes soluções são necessárias para regras primárias e secundárias, em particular no desenho de mecanismos de prevenção de conflitos e solução de conflitos. Embora o sistema jurídico internacional já forneça certas soluções para os problemas discutidos acima, somente quando a comunidade internacional é plenamente informada de tais problemas é que o efeito desintegrador da fragmentação pode ser eliminado. (HAFNER, 2004)

Da mesma forma, a fragmentação pode ser vista como um sinal da vitalidade do direito internacional. A proliferação de regras, regimes e instituições poderia fortalecer o direito internacional. O mesmo se aplica

ao direito internacional regional e às instituições. O crescente escopo do direito internacional significava que as áreas que antes não eram abordadas pelo direito internacional passaram a ser tratadas. Da mesma forma, houve vantagens no aumento da diversidade de vozes e um sistema policêntrico no direito internacional. (KOSKENNIEMI, 2014)

Raphael Vasconcelos destaca que na multiplicidade de estruturas legais que se formam de maneira aparentemente independente no direito internacional, a fragmentação pode muito bem não configurar propriamente um desafio estrutural formal tão sério e inconciliável às teorias unitaristas como aquele representado pelo modelo da governança. Em uma estrutura repartida, acaba se incorporando mais facilmente aos procedimentos normativos e se permite a captura de suas perspectivas fragmentadas por um dos sistemas particulares. (VASCONCELOS, 2011)

Ainda segundo esse autor, outro fator importante nessa dinâmica de intensa produção legislativa transnacional especializada reside na participação cada vez menor dos Estados - os clássicos sujeitos de direito internacional - em iniciativas legiferantes e no fato de, nessa toada, cada vez mais as normas internacionais se desprenderem dos ordenamentos jurídicos nacionais e aderirem a estruturas formais internacionais compartilhadas, como por exemplo as supranacionais. (VASCONCELOS, 2011)

Os conflitos da sociedade industrializada são de alta complexidade, não podendo ser interpretados como meros conflitos militares. Assim, os sistemas internacionais devem ser vistos como sistema de governanças, reconhecendo que o sujeito de política externa não é o Estado, mas o indivíduo. A democratização coloca o indivíduo no centro, o que facilita o sistema de governança. Os conflitos, ao serem entendidos como sistemas de governanças, compreendem que as atitudes de política externa afetam indivíduos em relação a suas aspirações de bem-estar econômico e de co-determinação democrática (CZEMPIEL, 2000).

A partir os ensinamentos de Czempiel, podemos constatar que inicialmente, os sistemas de governança surgiram a partir da necessidade de resolução de conflitos, principalmente, em torno da segurança. Posteriormente, outros interesses, como o bem-estar econômico, exigiram uma cooperação entre Estados. Mas, um ponto relevante foi a democratização que tirou o Estado do centro dos sistemas de governança e colocou o indivíduo.

Em decorrência da democratização, com o foco no indivíduo e não no Estado, foi possível que a governança incluísse agentes não estatais. Borze e Risse salientam que há distinção entre a governança estatal, que envolve apenas governos, o sistema de concorrência e as redes (sistemas de negociação). Nos sistemas de concorrência e de redes, há a participação de Estados e de atores fora do Estado como empresas, grupos de interesses e instituições não governamentais. (BORZEL; RISSE, 2010)

Na definição de Harman e Willians, a governança é a soma das muitas maneiras de gerir indivíduos e instituições em assuntos comuns. É um processo contínuo ainda que conflitante ou de interesses diversos que podem ser acomodados e gerar cooperação. (HARMAN; WILLIANS, 2013)

A governança global, também, pode ser descrita como o conjunto de prescrições que as Nações concordam em seguir. A governança deve incluir instituições internacionais de caráter global como a ONU, mas deve incluir outros agentes públicos, privados e cívicos. (GIDENS, 2007, 39)

O conceito de governança pode ser compreendido em duas partes: a estrutura e o processo. A estrutura se relaciona com as instituições e os atores envolvidos. Quanto ao processo, que constitui nos modos de envolvimento dos atores, a governança pode ser por coordenação hierárquica e não hierárquica. A não hierárquica, envolve atores não governamentais, como empresas e a sociedade civil, na providência de bens coletivos. (BORZEL; RISSE, 2010, p.114)

A governança hierárquica está baseada em relacionamentos institucionalizados de dominação e subordinação, que restringem a autonomia dos atores subordinados, como por exemplo as decisões das cortes. A não hierárquica pressupõe empenho e conformidade dos agentes e pode ser formalizada em sistemas de negociação ou em redes informais. A parceria público privada (PPP) é baseada numa coordenação não hierárquica. (BORZEL; RISSE, 2010)

A partir dos dados trazidos por Borzel e Risse Foi possível elaborar um quadro explicativo sobre os tipos de governança:

Quadro 1 - Dados sobre Tipos de Governança

GOVERNANÇA ATRAVÉS DO GOVERNO:	GOVERNANÇA COM O GOVERNO:	GOVERNANÇA SEM O GOVERNO:
Regulação Pública- não envolvimento de atores não governamentais.	Delegação a atores privados com participação de atores públicos.	Auto regulação privada: sem participação pública.
Consulta/Cooperação de atores privados- participação de atores privados em decisões públicas.	Regulação privada na sombra da hierarquia.	Envolvimento de atores públicos.
Co-regulação ou co-participação de atores públicos ou privados	Adoção Pública de regulação privada.	Controle de saída por agentes públicos.

Fonte: Autoria Própria, 2016.

Nota: Elaborado pelo autor a partir da obra Borzel e Rise, 2010.

O quadro acima apresenta os tipos de governança governamental diferentes, sendo as primeiras com participação do governo seja por meio dele ou com ele. Na governança através do governo, a modalidade regulação pública possui a participação de atores governamentais. Já a consulta ou cooperação de atores privados se dá através de delegação a atores privados ou terceirização. A co-regulação ou coparticipação de atores públicos e privados ocorre, por exemplo, nas parcerias públicos privadas. Na governança pelo governo, a primeira modalidade é a delegação a atores privados por atores públicos, como por exemplo a subcontratação. A segunda modalidade é a regulação privada na sombra da hierarquia, como os acordos voluntários. A última é adoção pública de regulação privada, como por exemplo, o efeito “erga omnes” dado aos acordos coletivos de parceiros sociais. Por último a regulação sem o governo é feita por regimes privados, com autonomia dos parceiros sociais.

Conforme Borzel e Risse (2010), os modos de coordenação não hierárquicos, como os sistemas de negociação e de concorrência, são incorporados nas estruturas hierárquicas. A sociedade civil, as empresas e o governo quase sempre negociam na “sombra do governo”. O Estado, implícita ou explicitamente, impõe regras aos atores privados afim de regular custos-benefícios de modo que o bem comum prevaleça sobre interesses privados, um exemplo deste tipo de controle é o exercido pelas agências reguladoras. Na área das telecomunicações, por exemplo, as

agências controlam preços e a concorrência de modo a buscar serviços públicos de qualidade.

A governança na sombra da lei fornece para o governo e para os atores não governamentais um incentivo para cooperação na provisão de bens comuns. Entretanto, os Estados fracos têm medo de perder autonomia e os fortes não querem dividir a governança com os atores não governamentais.¹² (BORZEL; RISSE, 2010)

Arnaud (2005) entende a governança como processos de coordenação no sentido da articulação da esfera pública e da privada, de forma a conduzir negócios comuns, participar do exercício da autoridade política, econômica e administrativa nos níveis global, regional, nacional e local, promovendo e articulando interesses, gerando desacordos e exercendo direitos e obrigações. Por esfera privada se entende o setor privado sem fins lucrativos e a sociedade civil com fins não lucrativos.

A governança é feita por meio de configurações específicas de instituições, podendo envolver práticas governamentais (hierárquicas) e extragovernamentais (não-hierárquicas). A governança pode ser transnacional ou subnacional. Sendo a primeira, além das fronteiras do Estado e a última dentro dos limites da jurisdição estatal.¹³ (ARNAUD, 2005)

Para Arnaud (2005) o modelo clássico de criação de lei não atende mais a complexidade em que vive nossa sociedade em que as coisas mudam muito rápido. Neste tipo de processo de decisão, a autoridade delegada legitimamente cria a lei ou o texto constitucional como expressão da “pretensa” vontade geral. Ocorre que não há a participação cidadã na criação da norma jurídica que é elaborada pelos representantes legitimados. Antes da criação da lei, os legisladores fazem uma sondagem para ter uma ideia do que a poluição está precisando e pedem avaliação de experts para

¹² A participação crescente dos países em esforços de governança global tem incentivado a participação de países retardatários. O envolvimento de países em organizações internacionais de qualquer tipo pode ser útil para uma posterior inclusão em sistemas de governança global específicos (BERNAUER, Thomas et al, 2010, p.31).

¹³ A governança, também, é um processo complexo de tomada de decisão interativa, dinâmica, projetiva, que substitui o processo de decisão soberana de cima para baixo feito pelo poder público. É um processo baseado nas parcerias, redes, atores globais e requer que as instituições e pessoas envolvidas contribuam para um bom resultado de gestão. O referido processo deve estar em constante evolução para responder as mudanças das circunstâncias e tem no conhecimento uma ferramenta indispensável para o desenvolvimento de práticas comuns tanto em relação ao Estado ou de forma interestatal. (ARNAUD, 2005, p.11)

avaliação de projetos de lei, mas não constitui uma participação efetiva dos cidadãos. O direito vem do alto num processo, top-down.

No processo top down, como existe apenas uma sondagem e não a efetiva participação da sociedade civil, verificamos, muitas vezes, uma defasagem legislativa que faz com que a lei esteja sempre atrasada em relação às mudanças da sociedade. Podemos exemplificar, por exemplo, o reconhecimento judicial da união homo afetiva no Brasil por falta de lei que regulasse tal situação que já existia há vários anos na sociedade.

Assim podemos questionar um processo decisório que não é vindo de cima para baixo, decidido por poucos em nome de uma “suposta” maioria. Além disso, muitas vezes as alternativas de participação dos atores não envolvidos neste processo acaba sendo através de pressão, lobby e opinião pública.

Atualmente, se vive um processo no qual os discursos se radicalizam em extremos, gerando a sensação de volta ao status quo anterior, onde o Estado volta a assumir a sua razão de ser, desprestigiando a processo de governança global, que é uma evolução das normas de convívio no mundo. O processo de governança global, ainda que se apresente de uma forma deficitária em seu aspecto democrático, contribui para a formação de um pensamento de justiça, interesse comum e progresso da humanidade.

CONCLUSÃO

A globalização promoveu a abertura de mercados, diminuiu as distâncias e os fluxos de informação, influenciando em vários campos, principalmente a economia. Porém, verificamos, também, que o campo jurídico foi afetado, na medida em que surgiram outros locais e atores no processo de produção jurídica. A criação de níveis, como o transnacional, fez com que se questionasse se haveria ou não a manutenção da soberania do Estado. A soberania não deixou de existir, porém ela passou a ser relativizada com o intuito de conviver e se harmonizar com normas vindas de outros locais.

Os breves apontamentos históricos trazidos nos levaram à conclusão do importante papel das Constituições da sua dimensão de garantir os direitos fundamentais. O Estado Constitucional de Direito foi uma resposta às atrocidades da segunda guerra mundial e foi um avanço importante que não pode ser ignorado. O Direito e as Constituições não

podem subsistir sem a articulação com os outros atores jurídicos e, também, com os diversos níveis de produção jurídica hoje existentes.

Apresentamos duas propostas a do direito reflexivo que pretende um direito negociado com menos normas de proibição e mais normas procedimentais. Observamos que o direito negociado tem sido uma importante ferramenta, principalmente, nos acordos regionais. Entretanto, o Direito Constitucional não pode tornar-se uma norma, meramente, procedimental e, portanto, em relação as normas Constitucionais devem coexistir com as normas instituídas pela governança global.

A governança global, como um empreendimento normativo para o reforço da democracia, pode ser compreendida a partir de quando a democracia e a justiça assumem um papel retórico mais importante num contexto global.

Atualmente, se vive um processo onde os discursos se radicalizam em extremos, gerando a sensação de volta ao status quo anterior, onde o Estado volta a assumir a sua razão de ser, desprestigiando a processo de governança global, que é uma evolução das normas de convívio no mundo. O processo de governança global, ainda que se apresente de uma forma deficitária em seu aspecto democrático, contribui para a formação de um pensamento de justiça, interesse comum e progresso da humanidade.

A produção normativa deve satisfazer a busca pelo consenso. Nas negociações multilaterais, por exemplo as que defendem os considerados bens públicos globais, como o meio ambiente, a saúde, a paz, e cuja lista às vezes é imprecisa quanto o próprio conceito, os atores e os interesses são muitos e o exercício é particularmente complexo.

Pode parecer ingênuo pensar que o consenso seria alcançado de uma forma fácil em um contexto atual de interesses diversos dos Estados e do aumento dos discursos excludentes e de extremos. Mas, as práticas de governança já possuem um impacto muito forte no âmbito do sistema e da sociedade internacional até para os mais excluídos desse sistema. Decisões no âmbito daquilo que se chama de bens públicos globais já são, na prática contemporânea do direito e da política, parte do sistema de governança mesmo que em muitos momentos ainda frágeis.

A fragmentação do Direito Internacional resultou da legiferação descoordenada, sem a necessária visão de conjunto das normas já existentes. O ordenamento jurídico internacional, diferentemente dos Direitos Nacionais, é criado e implementado em um sistema horizontal e descentralizado: os Estados, iguais e soberanos (pelo menos do ponto de

vista formal), negociam acordos e criam novas instituições internacionais que são da mesma forma, soberanos e autônomos entre si. Esses acordos compõem redes caracterizadas por relações heterárquicas, não hierárquicas. Não há um único poder legislativo ou instituição internacional central, de jurisdição compulsória, responsável pela resolução de conflitos entre esses acordos.

Nesse sentido, pensar a governança global como algo com os dias contados é algo improvável, uma vez que o multilateralismo, ainda que pareça estar enfraquecido em uma conjuntura de discursos extremistas, dificilmente perderá espaço em um mundo onde muitas das decisões perpassam escolhas comuns. A coexistência de diferentes atores e instituições formais de governança não significa que os estados-nações e as instituições intergovernamentais necessariamente tenham perdido importância. O Estado-nação é uma constituição histórica, mas mutável, e o monopólio, o exercício da autoridade, não pode ser a ele exclusivo em um mundo de características como o conhecemos.

Em que pese termos trazidos possíveis soluções para a articulação do direito com a sociedade, com os novos atores jurídicos, a velocidade das mudanças, face a globalização, é muito rápida. Logo, não podemos dizer que existe uma solução definitiva.

REFERÊNCIAS

ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva. **Globalização e estado contemporâneo**. São Paulo: Memória Jurídica, 2001.

ARNAUD, André-Jean. **Globalização e direito I: impactos nacionais, regionais e transnacionais**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. **Governar sem fronteiras: entre globalização e pós-globalização: crítica da razão jurídica**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

BAUMAN, Zigmunt. **Globalização: as consequências humanas**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 1999.

BERNAUER, Thomas et al. A comparison of international and domestic sources of global governance dynamics. **British Journal of Political Science**, v. 40, n. 03, p. 509-538, 2010.

BONAVIDES, Paulo. Globalização e a Soberania-Aspectos Constitucionais. **Revista do TST**, Brasília, v. 67, n 1, jan/mar ,2001. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/52480/006_bonavides.pdf?sequence=1>. Acesso em: 15 nov. 2015.

BONIFACE, Pascoal. **Compreender o mundo**. São Paulo: Senac, 2011.

BORZEL, Tanja A. ; RISSE, Thomas. Governance Without State: can it work?. **Revista Regulação e Governança**. v.4, n.2, 2010, p. 113-134. Disponível em: <<http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1748-5991.2010.01076.x/epdf>>. Acesso em: 13jun. 2016.

BYERS, Michael. **The role of law in internacional politics**: essays in internacional relations and internacional law. New York: Oxford Press, 2000.

CADEMARTORI, Sérgio. Controle da Administração e Legitimação judicial garantista. In: OLIVEIRA NETO, Francisco José Rodrigues de (Org.). **Constituição e Estado social**: os obstáculos à concretização da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

CRUZ, Paulo Márcio. Soberania e superação do estado constitucional moderno. **Revista de direitos e garantias fundamentais**, n. 2, 2007. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadireitosegarantiasfundamentais/n2/3.pdf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.

CZEMPIEL, Ernest-Otto. Governança e Democratização: In: ROSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernest Otto (Orgs). **Governança sem governo-ordem e transformação na política mundial**. Brasília: Ed. UNB: São Paulo, 2000.

DOBROWOLSKI, Silvio (Org.). **A constituição no mundo globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2002.

FERRER, Walkíria Martinez Heinrich; SILVA, Jacqueline Dias da. A soberania no processo de globalização: tradicionais conceitos e seus novos paradigmas. In: FERREIRA, Jussara Suzi Assis Borges Nasser; RIBEIRO, Maria de Fátima (org.). **Direito empresarial contemporâneo**. São Paulo: Arte e Ciência Editora, 2007. p. 335-396

GIDDENS, Anthony. **O debate global sobre a terceira via**. São Paulo: Ed. UNESP, 2007.

GROTIUS, Hugo. **O Direito da guerra e da paz**. Ijuí: Unijuí, 2004. v. 1.

HAFNER, Gehard. Pros and Cons ensuing from Fragmentation of International Law. Michigan **Journal of International Law**. V. 25 n. 4, 2004. Disponível em: <<https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1272&context=mjil>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

HARMAN, S.; WILLIAMS D. **Governing the world?** cases in global governance. New York: Routledge, 2013.

HELD, David; MC GREW, Anthony. **Prós e contras da globalização**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

HENDERSON, Hazel. **Além da globalização**: modelando uma economia global sustentável. 3. ed. São Paulo: Cultrix, 2007.

HEWSON, M.; SINCLAIR, T. **Global Governance Theory**. Albany: State University of New York. 1999.

JULIOS CAMPUZANO, Alfonso de. **Constitucionalismo em tempos de globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KARVAT, Prado Thaysa. Soberania: O desenvolvimento de um conceito na sociedade atual contemporânea. **Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais**. Curitiba, n. 11, p. 83-114, 2009. Disponível em: <<http://revistas.unibrasil.com.br/cadernosdireito/index.php/direito/article/viewFile/619/582>>. Acesso em: 13 jun. 2016.

KLAES. Maria Isabel M. O Fenômeno da Globalização e seus Reflexos no Campo Jurídico. In: OLIVEIRA, Maria Odete. **Relações internacionais e globalização**. Ijuí: Ed. Unijuí, 1999. p. 175-203.

KOSKENNIEMI, Matti. **Fragmentation of International Law**: difficulties arising from the diversification and expansion of international law. United Nations Report of the International Law Commission. Disponível em: <http://legal.un.org/ilc/documentation/english/reports/a_57_10.pdf>. Acesso em: 18 de jul. 2018.

KRASNER. Stephen. **International Regimes**. Cornell: Cornell University Press, 1983.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. 3.ed. Lisboa: Vega, 2001.

MATIAS, Eduardo Felipe. **A Humanidade e suas Fronteiras**: do Estado soberano à sociedade global. São Paulo, Ed. Paz e Terra, 2014.

MARTINELLI, Tatiana. O historiador e seu tempo. In: ENCONTRO REGIONAL DE HISTÓRIA, 18,2006, São Paulo. **Anais ...** São Paulo: UNESP. Disponível em: <<http://www.anpuhsp.org.br/sp/downloads/CD%20XVIII/pdf/PAINELO%20PDF/Tatiana%20Martinelli.pdf>>. Acesso em: 8 nov. 2015

MIRANDA, Napoleão. Globalização, soberania nacional e direito internacional. **Revista CEJ**, Brasília, n. 27, p. 86-94, out. /dez. 2004. Disponível em: <<http://egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/21938-21939-1-PB.pdf>>. Acesso em: 2 nov. 2015.

MILANI, C.; ARTURI, C. SOLINIS, G. **Democracia e Governança Mundial**: que regulações para o século XXI? Porto Alegre: Ed. UFRGS, 2002.

OHMAE, Kenichi. **O fim do Estado-nação**. São Paulo: Campus, 1999.

OLIVEIRA, Liziane Paixão Silva. O conceito de soberania perante a globalização. **Revista CEJ**, Brasília, n. 32, p. 80-88, jan. /mar. 2006. Disponível em: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/702/882>. Acesso em: 2 nov. 2015.

RIBEIRO, Diógenes Vicente Hassan. O mito da sociedade como projeto jurídico. In: MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de; SCHWARTZ, Germano (Org.). **O direito da sociedade**: anuário: volume 1. Canoas, RS: Ed. do Unilasalle, 2014. p. 283-295.

ROCHA, Leonel; ATZ, Ana Paula. Do Pluralismo ao diálogo Interstêmico das fontes na sociedade mundial. In: PEREIRA, Agostinho Oli Koppe; HORN, Luiz Fernando Del Rio (Org.). **Relações de consumo**: tecnologia e meio ambiente. Caxias do Sul, RS: Ed. da UCS, 2010. Disponível em: <http://fundacao.ucs.br/site/midia/arquivos/RC_GLOBALIZACAO_EBOOK.pdf#page=109>. Acesso em: 9 abr. 2016

SARMENTO, Daniel. **Constituição e Globalização**: A crise dos Paradigmas do Direito Constitucional. Revista de direito administrativo, Rio de Janeiro, n. 215, p. 19-34, jan. /mar. 1999.

SLAUGHTER, Anne-Marie. The Real New World Order. **Foreign Affairs**, New York, v. 76, n. 5, p. 184-185, set/out, 1997.

TEIXEIRA, Anderson Vichinkeski. **Teoria pluriversalista do direito internacional**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2011.

TEUBNER, GUNTHER. Substantive and reflexive elements in modern law. **Law and society review**, v. 17, n. 2, 1983. Disponível em: <https://www.jstor.org/stable/3053348?seq=1#page_scan_tab_contents>. Acesso em: 28 abr. 2016.

ZACHER, Mauro W. Os pilares em ruína no templo de Vestfália. In: ROUSENAU, James N.; CZEMPIEL, Ernest Otto (Orgs.). **Governança sem governo: ordem e transformação na política mundial**. Brasília: Editora UNB, 2000.

VASCONCELOS, Raphael Carvalho. Que Unidade, Fragmentação e o Direito Internacional. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ*, V.1, N.20, 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/ojs/index.php/rfduerj/article/view/1540/1647>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

VIVIANI, Maury Roberto. **Constitucionalismo Global: crítica em face da realidade das relações internacionais no cenário de uma nova ordem mundial**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2014.

MULTICULTURALISM IN BRAZIL: PROTECTING THE UNBORN AND THE CHILD BASED ON BIOETHICS

MULTICULTURALISMO NO BRASIL: A PROTEÇÃO DO NASCITURO E DA CRIANÇA FRENTE À BIOÉTICA

Valéria Silva Galdino Cardin *

SUMMARY: *Introduction. 1 The principles of Bioethics. 2 Human rights and multiculturalism. 3 Protection of the child and the unborn child considering the multiculturalism in Brazil. 4 The role of public policies as an intercultural dialogue aiming the protection of children. Conclusion. Reference.*

ABSTRACT: *The emergence of plural societies with different traditions reveals the need to expand the concept of human rights in a multicultural dimension, including the right to difference, identity and the preservation of ethnic cultures. Ethics must be the measure of respect for multicultural identity, and when it comes to issues related to science and the quality of life of human beings, it must be applied the principles of bioethics. In Brazil, different traditions and beliefs coexist in each region of the country, in the Indian tribes, etc. These groups have different values regarding the family system, especially on how to treat the unborn child and the child. The principles of bioethics can be used as a limit when the cultural practices violate the rights of minors. Finally, considering human dignity, intercultural dialogue is the most suitable alternative to protect the unborn child and infant, and at the same time to ensure respect for cultural identity. For this, the government should implement public policies that promote the right to difference, valuing the culture of other peoples, with the effective participation of those who comprise the society.*

Keywords: *bioethics; multiculturalism; children; public policies.*

RESUMO: O surgimento de sociedades plurais com tradições diversas revela a necessidade de ampliar a concepção de direitos humanos para uma dimensão multicultural, abrangendo o direito à diferença, à identidade étnica e à preservação das culturas. A ética deve ser a medida do respeito à identidade multicultural, e, quando se trata de questões relacionadas à ciência e à qualidade de vida dos seres humanos, faz-se necessária a aplicação dos princípios da bioética. No Brasil coexistem diferentes tradições e crenças em cada região do território nacional, nas tribos indígenas, nas comunidades de imigrantes, etc. Estes grupos possuem valores diversos quanto ao sistema familiar, especialmente no modo de tratar o nascituro e a criança. Os princípios da bioética podem servir de limite quando as práticas culturais violam os direitos dos menores. Por fim, tendo em vista a dignidade da pessoa humana, o diálogo intercultural é a alternativa mais indicada para proteger o nascituro e o infante, e, ao mesmo tempo, assegurar o respeito à identidade cultural. Para isso, o Estado deve implementar políticas públicas que fomentem o direito à diferença, valorizando a cultura dos outros povos, com a participação efetiva daqueles que integram a sociedade.

Palavras-chave: bioética; multiculturalismo; criança; políticas públicas.

* Doutora em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professora adjunta na Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professora titular no Centro Universitário de Maringá (CESUMAR).

Artigo recebido em 03/03/2018 e aceito em 26/03/2018.

Como citar: CARDIN, Valéria Silva Galdino. Multiculturalism in Brazil: protecting the unborn and the child based on bioethics. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 67 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

INTRODUCTION

In the midst of so many conflicts arising from cultural differences between people, ethics should be the measure of respect for multicultural identity and when it comes to issues related to science and human beings quality of life it is necessary to apply the principles of bioethics, such as beneficence, nonmaleficence, autonomy and justice.

The zeal of the principles of bioethics in stressful situations needs to be coupled with the observance of human rights. However the emergence of plural societies with different traditions reveals the need to broaden the conception of human rights to a multicultural dimension, including the right to difference, identity and the preservation of ethnic cultures.

In Brazil, different traditions and beliefs coexist in each region of the country, as well as in the Indian tribes, etc. These groups have different values regarding the family system, especially on how to treat the unborn child and the children. These are par excellence vulnerable beings whose autonomy is diminished requiring protection of the State to have a decent life. For this reason, the bioethical principles can serve as a limit when cultural practices violate the rights of children.

Finally considering that the unborn and the child have their autonomy reduced, it is essential to analyze the role of public policies while a state intervention in order to promote an intercultural dialogue that discusses the protection of the infant and at the same time educates society about the need to respect the right of the person and of the community to express their own culture.

1 THE PRINCIPLES OF BIOETHICS

The term 'bioethics' is a neologism derived from two Greek roots – 'bios' meaning life, and 'ethike', which includes ethics, the moral values of society. This word was first used in 1971 in the United States by Van Rensselaer Potter in the book *Bioethics: bridge to the future*, in order to promote a dialogue between science and humanities two areas of knowledge that were parallel but needed to meet each other targeting the future.

The need to create a field of study that involves technology and humanization resulted mainly from the events of Second World War like the explosion of two atomic bombs in Japan and the experiments performed on humans in Nazi concentration camps (HOOFT, 1999. p. 5-6).

In 1974, the United States Congress decided to form a National Commission to identify the basic principles which should guide the experiments with human beings both in biomedical and behavioral sciences. After four years of deliberations the Commission approved the Belmont Report which contains three basic ethical principles for human experimentation: the principle of beneficence, autonomy and justice.

The authors Tom Beauchamp and James Childress Franklin, both of the Kennedy Institute, differently from the Belmont Report, systematized the bioethics in four principles, and in addition to autonomy justice and beneficence; they also stressed the principle of nonmaleficence.

The principle of beneficence from the Latin 'bonum facere' is considered the oldest of medical ethics being present from the Hippocratic Oath in which the doctor undertook to do good to his patient and never harm any person. It implies therefore on 'health care', 'promote the quality of life of others', 'do not harm', and so on (SANTOS, 1998. p. 42-43).

Note that in accordance with the Belmont Report, beneficence also includes a duty of abstention a 'non facere' in other words do not take any action that causes harm to others. This outspread is understood by Tom Beauchamp and James Childress Franklin as the principle of nonmaleficence.

The principle of autonomy is more recent having emerged in bioethics to counterbalance the principle of beneficence which had been heavily criticized because of its paternalistic character in which the figure of the doctor and his decision-making power was overrated at the expense of patient's choice.

Respect for the autonomy of determinate person assumes that he or she is able to decide about a life project and is capable of self-determination provided that his or her choice does not cause harm to others. Therefore those who have diminished autonomy such as children, seniors and people with disabilities deserve special protection from the state.

The last principle of bioethics is justice. Justice means an equitable distribution which is also fair and equal without distinction of people in the field of bioethics. According to Aristotle 'in all things, the medium-term is to be praised but sometimes we must incline us towards excess and sometimes in the sense of lack, because in this way we can easily reach the middle ground that is right' (ARISTÓTELES apud FACHIN, 2008. p. 138).

There is no hierarchy among the principles of bioethics. These were created independently and with the goal of being in balance ensuring the humanization of scientific progress. However the facts and new

discoveries that come out every day result in a situation of conflict between these principles rendering impossible the task of harmonizing them.

Thus, in spite of not having a hierarchy among the principles, we can deduce that they are capable of guiding towards a solution for a vast array of problems, which reveals a more rationalist and normative character (BEAUCHAMP; CHILDRESS, 2002, p. 57).

The emergence of multicultural societies leverages the tension between the principles of bioethics particularly regarding the manner of treating the unborn child and the children within the family. In order to solve these conflicts it is essential to rely on human rights but from a multicultural conception that in partnership with ethics has the dignity of the human person as the center.

2 HUMAN RIGHTS AND MULTICULTURALISM

Before even addressing multiculturalism, it is important to analyze the concept of culture, which essentially refers to the life style of a group, capable of organizing thought, having feelings, with beliefs, not only as a group but individually.

Clifford Geertz understands that culture can be understood as webs of meaning woven by man and thus, it's an interpretive Science. It is, from the understanding of the concept of culture that the study of anthropology is made possible as we can see:

The concept of culture I espouse, and whose utility the essays below attempt to demonstrate, is essentially a semiotic one. Believing, with Max Weber, that man is an animal suspended in webs of significance he himself has spun, I take culture to be those webs, and the analysis of it to be therefore not an experimental science in search of law but an interpretive one in search of meaning. It is explication I am after, construing social expressions on their surface enigmatical. But this pronouncement, a doctrine in a clause, demands itself some explication. (2008, p.4).

Because it is a necessary psychological structure for individuals to guide their behavior, conflicts often occur involving the various social groups. Nevertheless, no individual can claim to be superior to others (COMPARATO, 2003).

It should be added that the protection of the culture of people is necessary for the realization of Human Rights, which are inherent to individuals, since they hold the dignity of the human person.

Multiculturalism can be understood based on three aspects: a) the existence of a diversity of world cultures; b) the existence of different cultures within the same State; c) the influence of these cultures both in a national and a supra-national level (SANTOS; NUNES. 2003. p. 28).

Alain Touraine asserts that the mere coexistence of different cultures in one country or nation does not characterize a multicultural society. It is necessary that each individual takes into account what unites and what differentiates it from his neighbor (TOURAINÉ, 2003. p. 193).

It should be noted that determinate culture is never immutable because it changes over the years through the choices and emotions of people (HOEBEL, FROST, 2005, p. 59).. Furthermore a culture is never perfect or complete otherwise other cultural manifestations could be regarded as inferior (SANTOS. 2003. p. 442).

Thus, the peculiarities over cultural diversity must be analyzed according to the context in which it is inserted. In this sense, Boaventura de Souza understands that:

Human rights must be reconceptualized as multicultural. Multiculturalism, as I see it, is a precondition for a balanced and mutually beneficial relationship between global competence and local legitimacy which constitute to both attributes of a counter hegemonic culture of the human rights of our time. Because all cultures have different concepts of human dignity, which are incomplete, consequences should be increased over these mutual issues for an intercultural dialogue on human rights to occur . (SANTOS, 1997, p. 19)

For Claude Levi-Strauss it is an absurd to consider a particular culture as superior compared to another because cultural diversity is not the result of geographic isolation of a group but the result of relations between communities, emerging as well, 'the desire to oppose, distinguish themselves to be themselves' (LEVI-STRAUSS, 1993. p. 322-323).

There must be respect for cultural diversity in each group. So Charles Taylor argues that recognition of a culture is essential for the formation of individual and collective identity, because the false recognition or its absence entails serious consequences for a particular society (TAYLOR, 1994. p. 25-35).

Recognition is a vital human need and that is linked to the idea of authenticity and difference because every person is capable of self-determination and establishes its own identity as an individual and as a culture. In a multicultural context there should be a policy of difference based on respect for the identity of the person and the group which requires specific rights stemming from their cultural uniqueness (TAYLOR, 1994. p. 37-44).

In Art. 1st of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, adopted and opened for signature, ratification and accession by UN General Assembly resolution 2200A (XXI), which was approved by Brazil through Legislative Decree n. 226/1991, stated that people have the right to self-determination, which means they are able to guide their actions and formulate the laws according to their beliefs, customs and traditions. Still in the preamble they were recognized as parts of human rights alongside the individual and political rights, economic, social and cultural rights.

Our constitution provides in Art. 4 that the Brazilian international relations should be governed by certain criteria including the prevalence of human rights (section II) and self-determination (section III). There is equivalence between these criteria so there should be a respect for cultural authenticity of different groups or communities living in Brazil.

Human rights can no longer be understood as a universalizing discourse which emphasizes individual liberty over the collective interests of ethnic or minority groups. For this reason, Abdullahi Ahmed An-Na'im advocates a magnified view of human rights that includes cultural diversity (AN-NA'IM, 1992. p. 20-39).

This understanding is also shared by Valério Mazzuoli when teaching and saying that human rights are broad with regards to fundamental rights. Thus, any citizen on the planet can demand his or her right, as long as there is proof of a violation within international norms and accepted by the State where he/she is in. Therefore, the preferred term is "Fundamental human rights" so as to reassure the protection union of these rights

Therefore the bioethics in the application of its principles should also respect the cultural identity of each person or social group.

3 PROTECTION OF THE CHILD AND THE UNBORN CHILD CONSIDERING THE MULTICULTURALISM IN BRAZIL

Brazil is par excellence a country with enormous cultural diversity composed mainly by Portuguese, African descent, Indians, and in a second moment by European immigrants, Arabs, Orientals, etc. Despite the attempt of cultural uniformity, the environment, the different landscapes and the climate of each region, among other factors led regional differences and at the same time the preservation of customs and traditions (RIBEIRO, 2006. p. 18-20).

Considering the right to self-determination and the right to recognition of the difference, it is necessary to examine what is the treatment that families give to the unborn and to the children in the different regions of Brazil and in the Indian tribes and if the bioethics, through its principles, may be present as a mediator in the solution of the cultural differences, taking into account the best interest of the child.

It should be noted that the child and the adolescent enjoy privileged protection in the BRAZILIAN Federal Constitution (Art. 227), because they are considered subjects of fundamental rights so they should have assured a life free of violence always observing the principle of human dignity, provided by the Art. 1, inc. III of the Brazilian Constitution.

Moreover, the Art. 3, 'a', of the Convention of Rights of the Child, states that 'In all actions concerning children whether undertaken by public or private social welfare institutions courts of law, administrative authorities or legislative bodies, the best interests of the child shall be a primary consideration'.

Therefore customs and traditions of different peoples who live in Brazil especially on how to educate and treat the children and the unborn should be analyzed from the perspective of the principle of the best interest jointly with bioethical principles without forgetting the right to difference and to self-determination.

3.1 Regional Differences

The immensity of the Brazilian territory composed by climatic and ecological diversity as well as the various economic cycles that we passed through, resulted in cultural differentiation between the regions of Brazil.

It should be noted that the cultural variation between the different regions of Brazil cannot justify the violence within the family. All States of Confederation must submit themselves to the Federal Constitution, the Statute of Children and Adolescents, the national legislation as a whole and the international treaties and conventions. Therefore the psychophysical integrity of the child must be respected.

Despite all these rules protecting children it is common in the riverside population of the Amazon River for fathers to sexually initiate the youngest daughter and then attributing the pregnancy to the pink dolphin from the river, known as boto. According to this legend, the animal becomes a man during the night has sex with the girl leaving her pregnant (GUEDES. 2004). The allocation of an incestuous pregnancy to an animal typical of the region serves to excuse the offender from criminal and civil penalties as well as to not expose the victim to a shameful situation.

However incest cannot be admitted as a cultural practice because it implies in a break in the life of children and adolescents and it is like a real psychological death, especially when it causes a pregnancy.

It is an error to think that incest is common in the animal kingdom or that it was a permitted activity in wild and primitive peoples. In fact, the incest taboo is virtually present in all social organizations. What changes is the degree of relatedness or affinity that is characterized such as it (PEREIRA, 2003. p. 25).

In Brazil the father who practiced incest against his own daughter answers for the crime of rape of vulnerable, provided by the Art. 217 of the Criminal Code, with imprisonment from 8 (eight) to 15 (fifteen) years.

The Art. 128, III of the Criminal Code also authorizes the abortion resulting from rape. Then the girl who gets pregnant because of sexual abuse perpetrated by her own father may decide to abort the fetus but an authorization of her legal guardian is required.

Besides serious psychological trauma incest practiced between father and daughter can cause physical problems especially when it results in pregnancy. Early pregnancy is a risk factor that can affect the health of adolescents, for they have not yet exceeded the growth phase. The science says that pregnancy under these conditions can result in eclampsia, anemia, premature labor, obstetric and newborn infants of low birth weight (SILVA; TONETE. 2006).

When pregnancy is the result of a blood relationship, the consequences are even more serious because there is a great chance of

the pregnancy be interrupted by natural causes or the child be born with congenital malformations.

In these cases abortion is the most suitable alternative. First, according to the principle of beneficence it is not acceptable that a child finalizes a pregnancy that will cause her irreversible physical and psychological traumas. Furthermore by applying the principle of nonmaleficence, termination of pregnancy would also prevent the birth of babies with congenital malformations.

3.2 The Indigenous Issues

In Brazil for centuries the Indians have undergone a process of enslavement, discrimination and dispossession of their lands. Only with the advent of the BRAZILIAN Federal Constitution in 1988 that the rights of the Indians have been effectively protected. More than that, the Brazilian government recognized the cultural, organizational and ethnical autonomy of this people forbidding any policy that aims assimilation by the dominant culture as required by Art. 231 of the mentioned statute.

The intervention of white men in indigenous tribes located in Brazil was justified by an alleged superiority of those customs and traditions in relation to these. This interference resulted in diseases previously unknown by the Indians, the disintegration of families, the rampant use of alcohol and drugs, and suicide (MARTINS, 2005. p. 218).

Nowadays, the society tends to get amazed with stories of apparent violence against children and adolescents in indigenous tribes. This situation generates a public outcry for immediate government intervention. However the principles of bioethics can be important allies to see if this is really the best alternative.

It is common for the Indians to practice rites of passage into adulthood that result in a physical injury on the child. In the Amazonian tribe sateré-mawé the teenager is submitted unto a ritual in which he must endure many stings of big ants, known as tucandeiras placed in a glove straw into which he inserts his own hand (FANTÁSTICO. 2010).

Marianna Assunção Figueiredo Holanda describes that the Marubo tribe uses an herb called vakise, a kind of nettle which is applied on the arms and back of the child 'to take the laziness off'. The plant is also used for the legs of children so they will be capable to 'walk properly' (HOLANDA. 2008. p. 56).

A superficial analysis would indicate that indigenous rites of passage violate the principle of beneficence. However, in these cases should prevail the principle of autonomy because although these acts cause a small injury, the children do not feel violated because they will pursue a new role in the tribe.

It should be noted that the major controversy regarding the violence against children among the indigenous people is the infanticide. Some tribes practice eugenics against children born with physical or mental disabilities, children whose fathers didn't assume them as well as one of the twins (HOLANDA. 2008. p. 56)

According to the Non-Governmental Organization ATINI – uma voz pela vida, the practice of infanticide has been reported in several ethnic groups, among them are the uaiuai, bororo, mehinaco, tapirapé, ticuna, amondaua, uru-eu-uau-uau, suruwaha, deni, jarawara, jaminawa, waurá, kuikuro, kamayurá, parintintin, yanomami, paracanã and kajabi (ATINI. 2010). However, this information is not confirmed by the Brazilian National Foundation for Indian – FUNAI.

Initially Indian infanticide seems a serious breach of human rights. In fact it is a violent act but it is important to analyze the reasons of this cultural practice.

According to Mariana Assunção, for the Amerindians, the beginning of life does not occur at birth but with the socialization of children which implies a relationship and a differentiation. Without this relational process with the community the human being is not considered a person (HOLANDA, 2008, p. 30-60).

From the perspective of the tribe the existence of psychophysical weaknesses, the birth of a child who has not a father or a mother to welcome him among other cases prevents the baby to socialize. Therefore due to the impossibility of becoming human the life of this entity is interrupted (HOLANDA, 2008, p. 140-143).

On the other hand, Ronaldo Lidório tells the story of a Suruwahá mother that did not allow her daughter to die according to the custom of the tribe, giving her to an NGO (non-governmental organization) to receive appropriate treatment in Sao Paulo. The tribe Often ignores the Indians who resort to these organizations and prohibit them to return to the village (LIDÓRIO. 2008. p. 188-189).

So far there is no specific law regulating the Indian infanticide. There is only the Project of Law n. 1.057/2007, which adds to the Law.

6.001/1973 (the Brazilian Indian Statute), an article that encourages a dialogue with the Indian tribes.

It will just be punished the parents who practice infanticide if the tribe is already in touch with society and is aware of the wrongfulness of its conduct. However the tribes who perform such a practice are fully or partially isolated and they can not be punished because they do not understand that their conduct is a crime. Moreover the traditions and culture of indigenous people are protected by the Federal Constitution and the Statute of the Indian.

The Indian infanticide involves a collision between two principles of bioethics: the principle of autonomy, regarding to the choice of the tribe to not continue the child's life and the principle of beneficence, respecting the right of children born with disabilities, children rejected by a parent or the one who was born with a twin brother, grow healthily.

Considering the value of those conflicting interests, the right to life prevails. In these cases ethics should be used as the limit of cultural practices. However state intervention in indigenous tribes can not be totalitarian but supportive and minimal otherwise there will be a violation of the right to self-determination of people ignoring the multiculturalism.

4 THE ROLE OF PUBLIC POLICIES AS AN INTERCULTURAL DIALOGUE AIMING THE PROTECTION OF CHILDREN

The plurality of cultures that exists in the Brazilian territory entails various bioethical conflicts regarding how to treat the unborn child and the children within the family. Besides considering that cultural traditions are not immutable an intercultural dialogue is essential so each community can adapt itself to new situations and transform its costumes thinking about the development of social relations and above all improving the quality of life of future generations.

Boaventura de Sousa Santos points out some premises to a progressive multicultural dialogue. Initially there should be a dissatisfaction of people in relation to their own culture. In a second moment there must be a mutual interest in dialogue from topics that are chosen in common (SANTOS, 1998, p. 454-455).

Therefore public policies are needed to verify if the cultures are able to establish this dialogue so after that it will be possible to implement programs and strategies that facilitate a cultural exchange between

indigenous tribes and the riverside communities with the Brazilian government institutions.

Schools can contribute to this including in its curriculum courses and teaching materials that address the different cultures that are part of Brazil valuing differences and educating students to respect the traditions and customs of other peoples (TAYLOR, 1994, p. 54-55).

In order to avoid the practice of incest in the populations of the Amazon River, public policies should be implemented to occur an awareness through local media schools and non-governmental organizations.

In cases of incestuous pregnancy public policies should be directed to health allowing the teenager to perform abortion. Unfortunately, almost no hospital in Brazil has a program for incestuous pregnancy in adolescence. The girls in these conditions do not feel safe in seeking the health system and often prefer to use illegal abortion clinics when in fact the Brazilian Health System should offer this possibility in attention of the bioethical principle of justice.

As for the indigenous culture the federal government should fund anthropological studies on infanticide showing the reasons that lead the tribe to do this practice, which are the profiles of the dead children and what is the impact caused in the tribe especially in the family. Thus it will be possible to determine if there is a discontentment in the tribe and if the desire for change is general.

If a dissatisfaction with the practice of infanticide is checked it can be established a dialogue of the State through FUNAI or other more effective government sessions with the Indian tribes so alternatives that are conformed to the cultural parameters can be pointed out. In the case of birth of children with disabilities it could be offered medical services performed in the Indian territory with joint efforts of doctors and the Indian spiritual leader known as shaman or in case the child is born without a father this could be given up for adoption among other measures suggested by the tribe.

A dialogue between the Brazilian government and the Indian tribes is essential so there is going to be at the same time the respect for the parents culture and the village itself and the preservation of life of the newborn children observing the principles of autonomy, beneficence and nonmaleficence.

The role of NGOs in Indian villages should be restricted and be supervised by Federal Government for not imposing their beliefs and

customs but to collaborate in an intercultural dialogue that protects the interests of minors without breaching the right to difference because sometimes these organizations act in their own interests and not on behalf of the tribe.

The children will only be protected in different regions of Brazil as well as in the indigenous tribes if an intercultural dialogue of respect associated with public policies that address the balance between the principles of bioethics considering the dignity of the human being happened.

CONCLUSION

Bioethics emerged from the need to reconcile scientific progress with respect for human dignity. Thus there was created practical principles that enable the compatibility of the technique with ethics. However conflicts arise daily caused for example by cultural differences among the agents of a given relation. When this tension concerns the mode of treat the unborn child and the children the state must be aware of and consider the need of an intervention given that they are vulnerable beings whose autonomy is impaired requiring a special protection to assured them the respect for the rights provided by the internal law as well as the international treaties.

For the protection of the unborn child and the children be effective in a multicultural context it is essential that bioethics is understood from a new conception of human rights which includes the right to difference, the right to recognition of ethnic identity and the right to preservation of cultures.

Brazil is par excellence a multicultural country. It is common in the riverside population of the Amazon River for fathers to sexually initiate the youngest daughter and then attributing the pregnancy to the pink dolphin from the river, known as boto. Abortion is indicated in these circumstances both to ensure the health of the pregnant minor - principle of beneficence as to prevent the birth of babies with congenital malformations - principle of nonmaleficence.

Some Brazilian Indian tribes practice eugenics against children born with physical or mental defects children whose fathers didn't assume them as well as one of the twins. The Indian infanticide generates controversy. It is important that this practices are understood under an anthropological perspective on how indigenous people understand life. However the autonomy of the tribe and parents should be restricted by the principle of beneficence protecting the right to life of the child. Anyway

it is not advisable that the Federal Government interferes in an arbitrary way but it must have an awareness of the harmful effects of the practice for parents who are forced to kill their own son or daughter and go through a great emotional and psychological conflict.

Given the cultural diversity that exists in the country, it is important that the study of these issues involving bioethics be done in order to understand the nuances of each ethnic group, respecting the culture of each one of them.

Finally considering human dignity, intercultural dialogue is the most suitable alternative to protect the unborn child and infant and at the same time to ensure respect for cultural identity. For this the government should implement public policies that promote the right to difference valuing the culture of other peoples with the effective participation of those who comprise the society.

REFERENCE

AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed. Toward a cross-culture approach to defining international standards of human rights. In: AN-NA'IM, Abdullahi Ahmed (Org.). **Human Rights in Cross-cultural Perspectives: a quest for consensus**. Philadelphia: University of Pennsylvania, 1992.

ARISTÓTELES apud FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 3. ed. São Paulo: Método, 2008.

AZEVEDO, Maria Amelia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Org.). **Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

BEAUCHAMP, Tom L. CHILDRESS, James F. **Princípios de Ética Biomédica**. Tradução de Luciana Pudenzi. São Paulo: Edições Loyola, 2002.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.

CALÒ, Emanuelle. **Bioética: novos derechos y autonomia de La voluntad**. Buenos Aires: La Rocca, 2000.

CARLIN, Volnei Ivo. **Ética e Bioética**. Florianópolis: Terceiro Milênio, 1998.

CASTIGLIONE, Teodolindo. **Eugenia no Direito de Família**. São Paulo: Saraiva, 1942.

COHEN, Cláudio. O Incesto. In: AZEVEDO, Maria Amelia; GUERRA, Viviane Nogueira de Azevedo (Org.). **Infância e violência doméstica: fronteiras do conhecimento**. 3. ed. São Paulo: Cortez, 2000.

COMPARATO, Fabio Konder. **A afirmação histórica dos Direitos Humanos**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

CUNHA, Rodrigo Pereira. **Direito de Família: uma abordagem psicanalítica**. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

DEGREGORI, Maria Cristina Álvarez. **Sobre la mutilación genital femenina y otros demonios**. Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona, 2001.

ENGELHARDT, Tristram H. **Fundamentos da Bioética**. Tradução de José A. Ceschin. 2 ed. São Paulo: Loyola, 2004.

FACHIN, Melina Girardi. Universalismo versus Relativismo: superação do debate maniqueísta acerca dos fundamentos dos direitos humanos. In: PIOVESA, Flávia; IKAWA, Daniela. **Direitos Humanos: fundamento, proteção e implementação**. Curitiba: Juruá, 2007, v. 2.

GABEL, Marceline (Org.). **Crianças vítimas de abuso sexual**. Tradução de Sonia Goldfeder. São Paulo: Saraiva, 1997.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da. **A nova filiação: o biodireito e as relações parentais – o estabelecimento da parentalidade-filiação e os efeitos jurídicos da reprodução assistida heteróloga**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

GEERTZ, Clifford. **A Interpretação das culturas**. 1 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GUEDES, Maria Eunice Figueiredo. Gênero e violência: uma reflexão a partir do trabalho com a violência doméstica e sexual. In: **CONGRESSO LUSO-AFRO-BRASILEIRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS**, 8, 2004, Coimbra. Disponível em: <<http://www.ces.uc.pt/lab2004/inscricao/pdfs/painel12/MariaEuniceGuedes.pdf>>. Acesso em: 16 ago. 2011.

HALL, Stuart. **Da diáspora: identidades e mediações culturais**. Tradução de Adellaine La Guardia Resende e outros. Belo Horizonte: Editora da UFMG/Brasília: Representação da UNESCO no Brasil, 2003.

HOEBEL, E. Adamson; FROST, Everett L. **Antropologia Cultural e Social**. 7. ed. Tradução de Euclides Carneiro da Silva. São Paulo: Cultrix, 2005.

HOLANDA, Marianna Assunção Figueiredo. **Quem são os humanos dos direitos**: Sobre a criminalização do infanticídio indígena. 2008, 157 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade de Brasília, Brasília, 2008.

HOOFT, Pedro Frederico. **Bioética y Derechos Humanos**: temas y casos. Buenos Aires: Depalma, 1999.

LÉVI-STRAUSS, Claude. **Antropologia Estrutural Dois**. Tradução de Maria do Carmo Pandolfo. 4. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1993.

LIDÓRIO, Ronaldo. Não há morte sem dor: uma visão antropológica sobre a prática do infanticídio indígena no Brasil. In: SOUZA, Isaac Costa de; LIDÓRIO, Ronaldo (Org.). **A questão indígena, uma luta desigual**: missões, manipulação e sacerdócio acadêmico. Viçosa, MG: Ultimato, 2008.

LOPES, Aline Luciane; CORRÊA, Darcísio. O multiculturalismo e os direitos fundamentais dos povos indígenas: a luta pela igualdade no Brasil da intolerância. **Rev. Ciência Jurídica e Sociedade da Unipar**. Umuarama. v. 11, n. 2, p. 471-489, jul./dez. 2008.

MACIEL, Kátia Regina Ferreira Lobo Andrade (Coord.). **Curso de Direito da Criança e do Adolescente**: aspectos teóricos e práticos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. **Curso de Direitos Humanos**. 5 ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2018.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

REALE, Miguel. **O homem e seus horizontes**. 2. ed. Rio de Janeiro: Topbooks, 1997.

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

RITUAL leva meninos a colocarem mão em luva com formigas. Disponível em: <<http://fantastico.globo.com/Jornalismo/FANT/0,,MUL1613672-15605,00.html>> . Acesso em: 15 set. 2011.

SÁ, Maria de Fátima Freire de Sá; NAES, Bruno Torquato de Oliveira. **Manual de Biodireito**. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: SANTOS, Boaventura de Sousa (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo mundial**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SANTOS, Maria Celeste Cordeiro dos. **O equilíbrio do pêndulo: a bioética e a lei – implicações médico-legais**. São Paulo: Ícone, 1998.

SCHRAMM, Fermin Roland. Os princípios da bioética. In: SEGRE, Marco (Org.). **A questão ética e a saúde humana**. São Paulo: Atheneu, 2006.

SILVA, Lucía; TONETE, Vera Lúcia Pamplona. **A gravidez na adolescência sob a perspectiva dos familiares: compartilhando projetos de vida e cuidado**. Revista Latino-Americana de Enfermagem. v.14, n.2, Ribeirão Preto, Mar./Abr. 2006.

SILVA, Paulo Thadeu Gomes. **Direito Indígena Direito Coletivo e Multiculturalismo**. Disponível em: <<http://ccr6.pgr.mpf.gov.br/documentos-e-publicacoes/artigos/autores/paulo-thadeu-gomes-da-silva>>. Acesso em: 15 set. 2011.

SOUZA, Rosinaldo Silva. Direitos Humanos através da história recente em uma perspectiva antropológica. In: NOVAES, Regina Reyes; LIMA, Roberto Kant de (Org.). **Antropologia e Direitos Humanos**. Niterói: EdUFF, 2001.

TAYLOR, Charles. **Multiculturalism: examining the politics of recognition**. Princeton: Princeton University, Taylor, 1994.

TOURAINÉ, Alain. **Podemos viver juntos: iguais e diferentes**. 2. ed. Tradução de Jaime A. Clasen e Ephraim F. Alves. Petrópolis: Vozes, 2003.

UNICEF. **Female Genital Mutilation/Cutting**. Disponível em: <http://www.unicef.org/protection/index_genitalmutilation.html>. Acesso em: 12 jun. 2011.

VIDELA, Mirta. **Los derechos humanos en la bioética: nacer, vivir, enfermar y morir**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1999.

O ABUSO E A EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES PELOS *PEACEKEEPERS* NAS MISSÕES DE PAZ: AS MEDIDAS ADOTADAS PELA ONU NO ENFRENTAMENTO DA QUESTÃO

THE ABUSE AND SEXUAL EXPLOITATION OF WOMEN BY PEACEKEEPERS IN PEACE MISSIONS: THE MEASURES ADOPTED BY UN IN CONFRONTING THE ISSUE

Alessandro Severino Valler Zenni *

Cynthia Lourenço Tach **

Fernanda Diniz Aires ***

SUMÁRIO: Introdução. 1 Breve histórico do abuso e da exploração sexual de mulheres pelas tropas da ONU nas missões de paz. 2 As principais medidas adotadas pela ONU no combate ao abuso e à exploração sexual de mulheres nas missões de paz. 2.1 Boletim do secretário-geral de 2003. 2.2 O relatório do príncipe Zeid Ra'Ad Zeid Al-Hussein. 2.3 Unidade e times de conduta e disciplina. 2.4 Treinamentos. 3 Resoluções do conselho de segurança da ONU. 3.1 Resolução 1325. 3.2 Resolução 2242. 3.3 Resolução 2272. 4 O relatório do secretário-geral de 2017. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade analisar o abuso e a exploração sexual (AES) de mulheres cometidos pelos *peacekeepers* nas missões de paz da Organização das Nações Unidas (ONU). O imenso número de casos de violência sexual perpetrados pelos soldados da paz nos últimos anos tem sido alvo de intensos debates na comunidade internacional, ocasião em que se questiona como a ONU tem tratado internamente tais violações de direitos humanos das mulheres, diante da persistência do problema dentro da Organização. Busca-se, portanto, neste estudo, expor brevemente o histórico do AES de mulheres cometidos por tais agentes da ONU nas missões de paz para, em seguida, apresentar as principais medidas adotadas pela Organização no enfrentamento da questão nos últimos anos. Por fim, o artigo identificará as falhas apresentadas na implementação dessas medidas, bem como apontará possíveis alternativas a serem adotadas na solução das mesmas. Como resultado, concluiu-se que ao longo dos anos a ONU tem se preocupado mais com essas graves violações, dispensando maiores esforços no estabelecimento de medidas cada vez mais restritas. Contudo, algumas falhas ainda são percebidas nas medidas implantadas, em especial as

* Pós-Doutor pela Universidade de Lisboa (UL). Doutor em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Professor do Centro Universitário de Maringá (CESUMAR). Professor da Universidade Estadual de Maringá (UEM).

** Realizando mestrado profissional em International Human Rights Law - LLM Programme pela University of Groningen (Holanda). Especialista em Direito Internacional pela Faculdade Damásio. Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM).

*** Mestranda em Ciências Jurídicas pelo Centro de Ensino Superior de Maringá (CESUMAR). Especialista MBA em Administração Pública e Gerência de Cidades pelo Centro Universitário Internacional (UNINTER). Especialista em Direito Tributário e Gestão Tributária pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Possui graduação em Direito pela Universidade Estadual de Maringá (UEM). Advogada.

Artigo recebido em 23/04/2018 e aceito em 25/05/2018.

Como citar: ZENNI, Alessandro Severino Valler; TACH, Cynthia Lourenço; AIRES, Fernanda Diniz. O abuso e a exploração sexual de mulheres pelos *peacekeepers* nas missões de paz: as medidas adotadas pela ONU no enfrentamento da questão. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 85 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

relacionadas com equidade de gênero, o que culminam na sua ineficácia. O trabalho faz parte de uma pesquisa maior e tem por fundamento teórico a literatura do direito penal internacional e de gênero, com recurso a livros e artigos nacionais e estrangeiros, além de consultas a fontes primárias, tais como os documentos da ONU. Do ponto de vista metodológico, o procedimento adotado foi o histórico, bibliográfico e documental.

Palavras-chave: direito internacional dos direitos humanos; organização das nações unidas; missões de paz; violência sexual e de gênero.

ABSTRACT: *The present article is aimed at analyze the sexual abuse and exploitation of women committed by peacekeepers in the peacekeeping operations from United Nations (UN). The vast number of cases of sexual violence perpetrated by peacekeepers in recent years has been the subject of intense debate in the main media, questioning how the UN has dealt internally with such violations of women's human rights, given the persistence of the issue within the Organization. It is sought, therefore, in this study, to briefly describe the history of the SAE of women committed by UN soldiers in peacekeeping operations to, then, present the main measures adopted by the Organization in addressing the problem in recent years. Finally, the article will identify the failures faced in the implementation of these measures, as well it will point out possible alternatives to be adopted as a solution. As a result, it has been found that over the years the UN has been more concerned with these grave violations, and has expended more effort in establishing more restrictive measures. However, some failures are still perceived in the measures, especially those related to gender equity, which culminate in its ineffectiveness. The research is part of a larger study and has as theoretical groundwork the international criminal law and gender literature, using domestic and international books and articles, as well as consultations of primary sources, such as UN documents. From methodological view, the article adopted historical, bibliographic and documentary procedure.*

Keywords: *international human rights law; united nations; peacekeeping operations; sexual and gender-based violence.*

INTRODUÇÃO

As missões de paz da ONU foram criadas em 1948 e têm por objetivo garantir a construção da paz e a defesa dos direitos humanos das populações vítimas de conflitos. Atualmente, são 15 operações de manutenção da paz em desdobramento no mundo todo, formadas por mais de 110 mil pessoas.

Desde a sua criação, as missões de paz da ONU têm feito muito para promover a paz e a segurança internacionais, bem como para aliviar a situação dos civis em situações de conflito e pós-conflito, resultando até na concessão do Prêmio Nobel da Paz em 1988.

Ocorre que essas conquistas acedem espaço a uma pequena parcela de soldados da paz (peacekeepers) que violam os direitos de quem supostamente deveriam proteger. Desde o início da década de 1990, inúmeras alegações foram feitas contra os peacekeepers por abuso e exploração sexual (AES) de mulheres e crianças, violando, com isso, normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos, Direito

Internacional Humanitário e demais instrumentos normativos elaborados com o propósito de proteger e preservar os direitos humanos das mulheres.

Bósnia, Kosovo, Timor Leste, Camboja, Libéria, República Democrática do Congo, Serra Leoa são alguns dos muitos países que tiveram casos de AES de mulheres pelos peacekeepers nas últimas décadas, sendo que alguns destes até o presente sediam tais violações. Hoje, novos Estados chamam atenção pela onda de abusos que ocorrem no território deles, tais como a República Centro-Africana e o Haiti.

Somente em 2002, após anos de inércia institucional, que a ONU começou a estabelecer medidas de combate a tais atos, por meio de uma política de tolerância zero instituída como um princípio norteador das ações de enfrentamento adotadas pela Organização.

Todavia, mesmo passadas mais de duas décadas, o AES de mulheres pelos peacekeepers continuam sendo uma realidade presente na maioria das missões de paz, o que denuncia a incapacidade das Nações Unidas em impedir que tais violações de direitos humanos ocorram dentro de suas operações de paz.

O AES constituem violações atroz dos direitos humanos das vítimas, causando consequências que são ao mesmo tempo severas e duradouras, tanto de ordem física como psicológica. Já em relação às missões de paz, o cometimento desse tipo de violência sexual por parte dos soldados da paz mancha a imagem da Organização ao incentivar sentimentos negativos com relação à operação de paz na sociedade receptora.

Neste sentido, dada a gravidade da questão aliada à repercussão na comunidade internacional, questiona-se de que forma ONU tem tratado internamente as questões de AES cometidas nas missões e quais são as limitações dessas medidas que impedem a solução da questão.

Para responder a essa pergunta, o artigo iniciará discorrendo de forma breve sobre o histórico do abuso e da exploração sexual de mulheres pelos peacekeepers nas missões de paz, para em seguida analisar as principais medidas adotadas pelas Nações Unidas nos últimos anos no combate ao problema, destacando a importância e a eficácia de cada uma delas. Na sequência, será a vez de analisar as principais Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas voltadas à questão, bem como a nova estratégia adotada pelo atual Secretário-Geral neste ano, para, então, chegar-se a algumas conclusões finais.

1 BREVE HISTÓRICO DO ABUSO E DA EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES PELAS TROPAS DA ONU NAS MISSÕES DE PAZ

A Carta das Nações Unidas, em seu Artigo 1^o, estabelece como principal propósito da Organização “manter a paz e a segurança internacionais”, sendo que, para tanto, deve “tomar coletivamente medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou qualquer outra ruptura da paz” (ONU, 1945, p. 5).

Neste sentido, com a intenção de alcançar essa finalidade, o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) estabeleceu, entre outras medidas, as operações de manutenção da paz das Nações Unidas, que tem como função principal apoiar a implementação de um acordo de cessar-fogo ou um acordo de paz entre as partes em conflito (UNITED NATIONS, 2008, p. 17).

Assim, as operações de manutenção da paz por vários anos ajudaram países em conflito a alcançarem a paz e a segurança de suas terras, bem como resguardaram a proteção dos direitos humanos de civilizações em situação de vulnerabilidade. Entretanto, essas conquistas acabam por ser manchadas por uma pequena parcela da equipe que escolhe por violar os direitos de quem supostamente deveriam proteger.

Desde o início da década de 1990, inúmeras alegações foram feitas contra os soldados da paz da ONU por abuso e exploração sexual de mulheres e crianças, como foi o caso da Bósnia, Kosovo, Timor Leste, Camboja e Libéria. Todavia, por mais que tenham sido noticiadas, nenhuma delas chegou a ser investigada e os casos foram esquecidos (MARK, 2012, p. 5).

Contudo, foi somente em 2001 que as primeiras denúncias oficiais de AES envolvendo soldados da paz e trabalhadores humanitários surgiram, por meio de um relatório elaborado pelo Alto-Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), em conjunto com a Save the Children – UK, despertando a atenção mundial (UNHCR, 2002, p. 2-3).

O relatório foi realizado com o objetivo inicial de colher informações sobre os relatos de AES de crianças sob o domínio do ACNUR

¹ “Artigo 1. Os propósitos das Nações Unidas são: 1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meio pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz” (ONU, 1945, p. 5).

nos países situados na Sub-região do rio Mano na África Ocidental (Guiné, Libéria e Serra Leoa), tendo exposto que a prática desses crimes sexuais por agentes humanitários estava amplamente presente nos três países. No relatório, foi constatado que o AES ocorria, na maior parte dos casos, pela troca de sexo por dinheiro ou presentes e a maioria das vítimas eram jovens meninas (entre 13 a 18 anos). O relatório informava, ainda, que os exploradores eram, em sua maioria, homens em posição de poder e influência, que possuíam o controle ao acesso de produtos e serviços, além de riquezas e rendimentos (UNHCR, 2002).

Alarmados pelo contexto descrito no relatório do ACNUR e Save the Children-UK, o Escritório de Serviços de Supervisão Interna das Nações Unidas (United Nations Office of Internal Oversight Services - OIOS) comandou uma investigação entre julho de 2001 a junho de 2002 no mesmo local, a qual confirmou a ocorrência de AES por agentes humanitários e peacekeepers. Todavia, ao contrário do alegado no relatório do ACNUR, essa investigação revelou que não havia provas suficientes para confirmar a presença de práticas sistemáticas de violência sexual contra refugiados, mas admitiu a existência de fatores que contribuem para o abuso e a exploração sexual (UNITED NATIONS, 200, p. 18).

Diante disso, após mais de uma década de inércia institucional, a ONU passou a adotar medidas para o enfrentamento dos casos de AES cometidos pelos seus soldados. Como primeiro passo, em 2003 a Assembleia Geral adotou a sua primeira resolução voltada ao tema: a Resolução 57/306. Nesse documento, dentre outras recomendações, o órgão requisitava ao Secretário-Geral a manter investigações sobre possíveis abusos e explorações sexuais em todas as missões de paz e operações humanitárias executadas pela ONU, e elaborar anualmente um relatório informando os resultados obtidos (UNITED NATIONS, 2003).

A partir de então, em cumprimento à Resolução 57/306, o Secretário-Geral passou a elaborar anualmente o relatório “Special measures for protection from sexual exploitation and sexual abuse», o qual apresenta dados sobre as alegações de AES registradas nos sistemas da ONU dentre o período do ano analisado, bem como adota as principais medidas a serem executadas tanto pelos órgãos da ONU, como pelos

Estados-membros fornecedores de tropas (troop contributing countries – TCCs)² (FAGANELLO, 2013, p. 201).

Todavia, tais relatórios não foram suficientes para conter a nova onda de abusos que apareceram. Nos anos seguintes, novos casos foram surgindo espalhados por todas as missões de paz, alimentando as notícias internacionais e despertando um sentimento de indignação ao redor da comunidade internacional.

Atualmente, é a missão sediada na República Centro-Africana (MINUSCA) que vem afligindo a comunidade internacional em casos de AES de mulheres por parte dos peacekeepers. Os primeiros casos surgiram há apenas alguns meses após a implementação da operação, em abril de 2014, perpetuando-se até o presente ano (HUMAN RIGHTS WATCH, 2016).³

Visto o histórico do AES pelos soldados da ONU nas missões de paz, passa-se, a seguir, a análise das principais medidas adotadas pelas Nações Unidas ao longo dos últimos anos.

2 AS PRINCIPAIS MEDIDAS ADOTADAS PELA ONU NO COMBATE AO ABUSO E À EXPLORAÇÃO SEXUAL DE MULHERES NAS MISSÕES DE PAZ

Conforme já visto, a partir dos anos 2000, a ONU passou a adotar várias medidas com o objetivo de remediar os casos de AES cometidos pelos peacekeepers, voltadas tanto à prevenção quanto à repressão das violências praticadas. Essas medidas são das mais variadas formas, referindo-se tanto a mudanças de cunho administrativo, tais como a implementação de focal points, criação de códigos de conduta, como também direcionado aos funcionários da Organização e até mesmo aos Estados-membros. Passamos a analisar as principais delas.

² A ONU não dispõe de uma força militar própria, dependendo de contribuição dos seus Estados-membros. Até julho de 2016, mais de 120 países estavam contribuindo com forças militares e policiais para as missões de paz da ONU. Essas tropas são, em primeiro lugar, membros do serviço militar do seu país de origem e, somente em segundo plano, pertencentes às tropas das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/about/>>.

³ A United Nations Multidimensional Integrated Stabilization Mission in the Central African Republic – MINUSCA – foi criada em 10 de abril de 2014 por meio do Conselho de Segurança das Nações Unidas com o objetivo principal de proteção da população local, diante dos massacres ocorridos no País após a derrubada do governo pela principal aliança muçulmana da República Centro-Africana no final de 2012 e início de 2013. Disponível em: <<http://www.un.org/en/peacekeeping/missions/minusca/index.shtml>>. Acesso em: 14 set. 2017.

2.1 Boletim Do Secretário-Geral De 2003

Em resposta à Resolução 57/306 da Assembleia Geral da ONU, o Secretário-Geral elaborou o seu primeiro Boletim no ano de 2003, denominado “Special Measures for Protection from Sexual Exploitation and Sexual Abuse”, com o propósito de prevenir e lidar com os casos de AES cometidos pelos soldados nas missões de paz. Este documento foi o precursor de todas as medidas já instituídas pela Organização, tendo sido reconhecido mundialmente por estabelecer uma política de tolerância zero (zero-tolerance policy) em relação ao AES cometidos dentro de suas missões (BURKE, 2011, p. 5).

Inicialmente, o boletim conceitua a expressão “abuso e exploração sexual” para a finalidade do documento, o que até então nunca tinha sido feito, e, a partir desta tipificação, enquadrar tais condutas como modalidade de falta grave (serious misconduct) praticada pelos soldados, passível de responsabilização disciplinar (UNITED NATIONS, 2003, p. 1).

Conforme consta no texto, o termo “exploração sexual” foi definido como “any actual or attempted abuse of a position of vulnerability, differential power, or trust, for sexual purposes, including, but not limited to, profiting monetarily, socially or politically from the sexual exploitation of another⁴ .” A expressão «abuso sexual», por sua vez, foi conceituada como “the actual or threatened physical intrusion of a sexual nature, whether by force or under unequal or coercive conditions⁵ (UNITED NATIONS, 2003, p. 1).

Na seção 2, por sua vez, o Boletim estabelece às forças das Nações Unidas o dever especial de cuidado para com mulheres e crianças. A relação sexual com menores de 18 anos fica estritamente proibido (ao menos que seja legalmente aceito e a pessoa seja maior de idade no país de origem), como também a troca de objetos, alimentos, dinheiro, serviços, emprego ou outras formas de auxílio por favores sexuais (seção 3.2). O

⁴ “Qualquer ação ou tentativa de abuso de uma posição de vulnerabilidade, diferença de poder ou confiança, para propósitos sexuais, incluindo, mas não limitado, ao ganho monetário, social ou político da exploração sexual do outro.” (tradução minha). UNITED NATIONS. Secretariat. *Secretary-General’s bulletin: special measures for protection from sexual exploitation and sexual abuse*. UN docs. ST/SGB/2003/13, 9 out. 2003. Section 1, p. 1.

⁵ “A ação ou a ameaça de intrusão física de natureza sexual, seja por força ou sob condições desiguais ou coercitivas.” (tradução minha). UNITED NATIONS. Secretariat. *Secretary-General’s bulletin: special measures for protection from sexual exploitation and sexual abuse*. UN docs. ST/SGB/2003/13, 9 out. 2003. Section 1, p. 1.

erro sobre a idade do menor não é considerado como forma de defesa (UNITED NATIONS, 2003, p. 2-3).

Ademais, relações sexuais entre funcionários e as pessoas beneficiárias de assistência local (beneficiaries of assistance) são “fortemente desencorajadas”, dado às “inerentes desigualdades dinâmicas de poder” entre os mesmos⁶ (UNITED NATIONS, 2003, section 3.2 d, p. 2-3). Entretanto, nas palavras de Roísín Burke, a seção é falha ao não explicar a definição específica de “beneficiários de assistência” (BURKE, 2014, p. 31), o que daria margem para possíveis condutas não serem enquadradas na definição.

Dentre as punições previstas no caso de cometimento de tais violações pelos soldados, estão: ação administrativa, medidas disciplinares e demissão sumária. O texto ressalta, ainda, a possibilidade de investigação criminal dos peacekeepers pela prática de AES, mas de forma muito breve e sem apresentar as consequências penais por tais condutas (UNITED NATIONS, 2003).

O boletim inova, também, ao procurar criar uma estrutura administrativa responsável no endereçamento dos casos de AES. Diante dessa normativa, as missões de paz são requisitadas a manter um oficial entre os seus funcionários que será responsável por receber informações sobre casos de AES ocorridos. Se das investigações surgirem evidências suficientes para a elaboração de denúncias contra qualquer membro da missão, nos casos de militares, as alegações deverão ser encaminhadas às autoridades nacionais das tropas envolvidas (UNITED NATIONS, 2003).

O documento estabelece, também, que o chefe da missão ou do departamento em questão fica responsável por garantir um ambiente que coíba tais condutas, bem como a assumir as ações devidas em caso de surgimento de denúncias. Tais responsabilidades seriam efetuadas através da criação de um focal point, tarefa exercida por um funcionário da ONU com treinamento especial para lidar com reclamações e alegações sobre AES⁷ (UNITED NATIONS, 2003, p. 2).

⁶ Sexual relationships between United Nations staff and beneficiaries of assistance, since they are based on inherently unequal power dynamics, undermine the credibility and integrity of the work of the United Nations and are strongly discouraged. UN docs. ST/SGB/2003/13, 9 out. 2003. Section 3.2 (d), p. 2.

⁷ Linhas telefônicas de ajuda também foram instaladas em algumas operações de manutenção da paz. UNRIC. Manutenção Da Paz Das Nações Unidas. *O que tem a ONU feito para prevenir e punir a prática de actos de exploração e abuse sexual por parte dos capacetes azuis?* Disponível em: <<https://www.unric.org/html/portuguese/peace/pkpngfaq/q11-1.htm>>. Acesso em: 31 set. 2017.

Mesmo sendo considerado um dos documentos mais emblemáticos no enfrentamento do AES nas missões, na visão de alguns doutrinadores, o Boletim de 2003 apresenta várias falhas referentes às definições trazidas em seu corpo. Primeiramente, o documento define a exploração e o abuso sexual apenas como um tipo de conduta gravosa (falta grave), ausentando-se em informar que a referida conduta, além de ser atentatória às normas de Direito Internacional dos Direitos Humanos, poderia equivaler a um delito dentro do ordenamento jurídico do país sede da missão ou mesmo do TCC de onde o soldado é nacional (UNITED NATIONS, 2006, p. 8).

Ao mesmo tempo, por apresentar conceitos muito amplos na hora de definir o abuso e a exploração sexual, nem todas as condutas proibidas pelo documento constituiriam uma violação de normas internacionais ou internas dos Estados, tornando-as difíceis de serem executadas. A definição de exploração sexual, por exemplo, é excessivamente aberta, permitindo pouco espaço para a diferenciação entre uma possível confraternização com a população local e o estupro ou até mesmo a prostituição forçada, arriscando a banalização desses últimos (BURKE, 2014, p. 29).

Por fim, a idade de consentimento para os atos sexuais difere entre cada país, o que dificulta a classificação das condutas, bem como a prostituição não é ilegal em todos os Estados (BURKE, 2014).

2.2 O Relatório Do Príncipe Zeid Ra'ad Zeid Al-Hussein

O segundo ímpeto das Nações Unidas para desenvolver medidas para lidar com o AES pelos soldados da paz aconteceu em 2004. Neste ano, houve uma intensa repercussão midiática internacional devido ao envolvimento de soldados em novos casos de AES de mulheres e meninas no MONUC, missão sediada na República Democrática do Congo ⁸. Diante disso, a ONU iniciou uma reavaliação da situação, para determinar a natureza do problema e examinar possíveis ações que poderiam resolver a questão (FONTOURA, 2009, p. 46).

Assim, o Secretário-Geral convidou o Príncipe Zeid Ra'ad Zeid Al-Hussein, representante permanente da Jordânia na ONU e, atualmente,

⁸ O MONUC foi uma operação de paz estabelecida na República Democrática do Congo, com o fim de se ajustar a nova fase alcançada no país. O MONUC foi substituído por uma nova missão, a United Nations Organizations Stabilization Mission in the Dr Congo – MONUSCO, em 1 de julho de 2010. MONUC. United Nations Organizations Stabilization Mission In The Dr Congo. *Code of conduct on sexual exploitation and sexual abuse*. Disponível em: <http://monusco.unmissions.org/sites/default/files/code_of_conduct_two_versions.pdf>. Acesso em: 12 out. 2017.

Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, para investigar se os casos noticiados na mídia tinham fundamentação. O Secretário requereu, ainda, que Zeid empreendesse uma visão crítica das medidas adotadas até então pela Organização em relação ao AES, bem como fizesse recomendações em como resolver o problema (NDULO, 2009, p. 149).

Em 24 de março de 2005, Zeid entrega o relatório “A comprehensive strategy to eliminate future sexual exploitation and abuse in United Nations peacekeeping operations”, consistente em uma investigação ampla, holística e crítica sobre o AES nas missões de paz, na efetividade das respostas até então implementadas pela ONU, bem como sobre as limitações presentes, trazendo recomendações tanto para os TCCs, quanto para a Organização. Entre as dificuldades elencadas pelo Alto-Comissário, a existência de diversas categorias de participantes nas missões é a que mais se destaca. Os vários tipos de funcionários envolvidos nas operações de manutenção da paz são submetidos a quadros jurídicos diferentes que, por sua vez, gozam de imunidades diferentes, o que dificulta o estabelecimento de medidas que sirvam para todos. Policiais civis, trabalhadores humanitários, observadores militares, voluntários, soldados, policiais são alguns das muitas categorias presentes nas missões (FONTOURA, 2009, p. 48).

Diante disso, Zeid apresentou várias recomendações em seu relatório, tanto de ordem preventiva como repressiva, no objetivo de alcançar uma solução para o AES nas missões. Todavia, diante da brevidade do estudo, este trabalho focará apenas nas medidas preventivas propostas, por não estarem estas voltadas à investigação e persecução criminal, as quais envolveriam a imunidade jurisdicional dos soldados.

Dentre as várias recomendações a serem adotadas, com relação à prevenção, o relatório apontava as seguintes (UNITED NATIONS, 2005, p. 4):

a) a aplicação de todas as regras estabelecidas no Boletim do Secretário-Geral de 2003 para todas as categorias de peacekeeping personnel⁹ ;

⁹ Todos os membros de missões de paz enquadrados nessa categoria estão diretamente subordinados ao comando da ONU e sujeitos às suas normas de conduta e disciplina. UNITED NATIONS. General Assembly. *Report of the Group of Legal Experts on ensuring the accountability of United Nations staff and experts on mission with respect to criminal acts committed in peacekeeping operations*. UN docs. A/60/980, 16 ago. 2006. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/471/41/PDF/N0647141.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 08 out. 2017.

b) a ampla distribuição entre os funcionários do Boletim e dos dois códigos de conduta elaborados para os soldados, quais sejam, o «Ten Rules: Code of Personal Conduct for Blue Helmets» e o «We are United Nations Peacekeepers»;

c) a emissão do Boletim e dos Códigos de Conduta no idioma de cada tropa;

d) assegurar que os TCCs fiquem obrigados a garantir que tais regras de conduta tornar-se-ão vinculantes às tropas militares de seu contingente nacional;

e) o estabelecimento de um corpo investigativo profissional permanente, separado do Departamento de Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas (Department of Peacekeeping Operations - DPKO¹⁰), para evitar possíveis encobrimentos de casos;

f) a organização pelo DPKO de treinamentos extensivos e de sensibilização das tropas para a questão da violência sexual contra as mulheres, e

g) a elaboração de programas de conscientização da comunidade local, com o objetivo de explicar as políticas da ONU com relação ao AES (FONTOURA, 2009, p. 54).

O relatório Zeid oferece recomendações concretas voltadas a resolver a questão, mas essas medidas, por si só, são inadequadas para corrigir o problema endêmico da violência sexual pelas forças da paz.

Seguindo o entendimento de Vojdik (2007, p. 160), ainda que as recomendações de Zeid representem um grande passo, elas não abrangem as causas subjacentes do AES de mulheres em situações de pré e pós-conflito. Primeiro que a exploração de mulheres em situações de conflito não é uma ocorrência isolada e deve ser entendida dentro do contexto geral de violência baseada no gênero. Ademais, o AES de mulheres pelos peacekeepers é visto como parte de uma contínua violência que se inicia no pré-conflito, exacerba-se durante o mesmo e continua no pós-conflito. Assim, além da ausência de paz e segurança locais, a pobreza, a desigualdade de gênero e social são fatores que contribuem para o surgimento das violações.

Logo, o relatório falha ao não incluir tais fatores sociais, culturais e ambientais dentro do seu campo de análise e, posteriormente abarcá-los na hora de elaborar as recomendações. Diante disso, necessário se faz a

¹⁰ O DPKO é o órgão operacional do Secretariado responsável pela gestão das missões de paz empreendidas pelas Nações Unidas. FAGANELLO, Priscila Liane Fett. *Operações de manutenção da paz da ONU: de que forma os direitos humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz*. Brasília, DF: Funag, 2013, p 198.

adoção de medidas que também discutam os papéis de gênero construídos socialmente, as desigualdades baseadas em tais papéis e a violência sexual gerada a partir da reprodução desses estereótipos de gênero. Da mesma forma, a inclusão de treinamentos e palestras que envolvam a discussão sobre o ambiente e as condições sociais em que as missões estão inseridas, para promover a conscientização dos soldados, também se faz necessária.

2.3 Unidade e Times de Conduta e disciplina

Uma outra iniciativa considerável das Nações Unidas foi a criação em 2005 da Unidade de Conduta e Disciplina (Conduct and Discipline Unit - CDU) e dos Times de Conduta e Disciplina (Conduct and Discipline Team – CDT), objetivando a criação de um único canal para recebimento das denúncias de AES¹¹ (UNITED NATIONS, 2008).

Os CDTs atuam como um repositório de denúncias de faltas graves praticadas pelos soldados da ONU no âmbito das missões, repassando tais informações ao Chefe da Missão. Esses times não possuem a prerrogativa da investigação, mas apenas classificam as apurações em faltas graves (tais como os casos de AES) e de menor gravidade, e recomendam a necessidade de maiores investigações quando acharem necessário. Os CDTs possuem, ainda, a função de monitoramento de assuntos disciplinares, asseguram que as regras de conduta da ONU sejam devidamente interpretadas e aplicadas, bem como prestam aconselhamento para os Chefes da Missão sobre o tema. Em relação à comunidade, os CDTs informam à população local sobre a política de tolerância zero adotada contra o AES e providenciam um feedback para as vítimas sobre os resultados das investigações (BURKE, 2011, p. 17).

Atualmente, os CDTs estão implantados na maioria das missões e têm se envolvido em várias campanhas visando o aumento da conscientização sobre o AES nessas áreas. A título de exemplo, em 2007, um projeto antiprostituição foi inserido em sete operações de manutenção da paz, onde o tema foi a prostituição de menores (BURKE, 2011, p. 18).

A CDU, por sua vez, providencia uma direção geral para os assuntos sobre conduta e disciplina nas operações de paz e em missões especiais políticas. O escopo da CDU inclui a formulação de políticas,

¹¹ Para maiores informações sobre o papel da CDU e dos CDTs, ver *Comprehensive report of conduct and discipline including full justification of all posts*. UNITED NATIONS, Report of the Secretary-General, Doc A/62/758, 20 mar. 2008. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/62/758>. Acesso em: 31 set. 2017.

o desenvolvimento de treinamentos e de ações de conscientização, além de assegurar a fiscalização do manuseamento das denúncias de faltas graves. Por fim, a CDU também aconselha o Subsecretário-Geral da ONU para Suporte de Campo (Under-Secretary-General for Field Support) sobre a implementação de ações voltadas a obstar o surgimento de novas infrações (UNITED NATIONS).

A criação da Unidade e dos Times de Conduta e Disciplina é considerada um desenvolvimento efetivo em termos de central point para recebimento e rastreamento de alegações de AES no âmbito da ONU, bem como para a supervisão de más-condutas praticadas pelos soldados (BURKE, 2011, p. 18). Porém, por mais inovadoras que sejam, elas, da mesma forma que as demais medidas, também apresentam algumas falhas.

Dentre elas, as mais comuns envolvem a falta de treinamentos para lidar com os atendimentos, erros nos registros de informações e no manuseio dos instrumentos de trabalho e a morosidade na análise das denúncias recebidas¹² (BURKE, 2011, p. 18).

Ademais, ressalta-se que, mesmo tendo os primeiros casos confirmados em 2001, foi somente a partir de 2006, após a criação da CDU, que a ONU começou a manter um registro de dados dos atos de AES ocorridos nas missões de paz (BURKE, 2011, p. 18). De início, esses dados possuíam apenas acesso interno e de forma limitada. Foi somente nos últimos anos que a CDU passou a divulgar no site oficial uma parte das informações sobre as denúncias, tais como o progresso das investigações, a categoria do funcionário acusado, o tipo de abuso e exploração praticado, se a vítima era menor ou maior de idade e, mais recentemente, a nacionalidade do funcionário/soldado perpetrador¹³.

Todavia, ainda existem poucas informações sobre os resultados das investigações, bem como das subsequentes medidas disciplinares ou criminais adotadas nos casos. Tais conhecimentos são importantes e necessários, pois, além de trazer uma maior transparência das ações

¹² Como exemplo, um relatório interno de auditoria realizado pelo OIOS no CDT estabelecido na Libéria, em 2009, identificou que o banco de dados no período averiguado sofria de incoerências e a linha direta para reclamações era ineficaz devido a falta de conhecimento em como utilizar uma secretária eletrônica, o que resultava em mensagens incompletas. OIOS, Internal Audit Division. Audit of the Conduct and Discipline Unit in UNMIL, Assignment No. A/2008/626/01 (16 April 2009) para. 37 *apud* BURKE, 2011, p. 18.

¹³ A CDU mantém e atualiza um sistema de rastreamento de faltas, registrando alegações desde o início até o fechamento dos casos. Ela fornece relatórios estatísticos e análise de tendências para a alta administração, os Estados-membros e para a Assembleia Geral. Para ver estatísticas da CDU, acesse: <<https://conduct.unmissions.org/sea-data-introduction>>.

empreendidas, permitiriam uma melhor avaliação dos esforços das Nações Unidas e dos TCCs em sanar a questão do AES de mulheres pelas tropas (BURKE, 2011, p. 18-19).

2.4 Treinamentos

Outra ferramenta instituída para lidar com as alegações de AES com base no Relatório Zeid foram os treinamentos voltados à conscientização dos soldados sobre a violência sexual contra as mulheres.

O treinamento é visto como um mecanismo importante na qualidade e no preparo dos militares, policiais e civis para as dificuldades enfrentadas nas missões e para o conhecimento dos participantes sobre questões envolvendo Direitos Humanos e Direito Internacional Humanitário (FONTOURA, 2009, p. 58).

A falta de treinamento apropriado era vista como um fator contribuinte para a ocorrência de AES pelos soldados da paz. Diante disso, vários esforços foram tomados para melhorar o treinamento dos peacekeepers no tocante às questões de gênero, violências sexuais, culturas locais e normas de conduta da ONU (BURKE, 2011, p. 23).

Em relação aos TCCs, estes foram requisitados a assegurar que suas tropas inseridas nas missões receberiam o treinamento de pré-mobilização (pre-deployment training) nos padrões das normas de conduta da ONU, além de regras específicas sobre a missão e sobre as leis locais. O TCC deve garantir, ainda, que os comandantes dos contingentes também receberiam treinamento adequado para manter a tropa em disciplina, com a assistência da ONU (BURKE, 2011, p. 23).

O treinamento de pré-mobilização é aplicado antes das tropas seguirem para o país destino da operação de paz, e é obrigatório para todos os peacekeepers. No entanto, uma vez que o treinamento prévio é uma responsabilidade nacional e soberana, é decisão do TCC se irá cumprir as normas de treinamento formuladas pela ONU, bem como irá utilizar os materiais disponíveis pela Organização. Ademais, a maioria dos militares vem de países com poucos recursos e capacidade de treinamento limitada, o que prejudica na qualidade do treinamento aplicado (FONTOURA, 2009, 61).

Todavia, esta falha ainda pode ser resolvida através do treinamento in loco (in-mission training). Estes ocorrem em níveis nacionais, regionais e sub-regionais, geralmente nos centros de treinamento localizados nas

missões de paz, com a participação tanto da ONU como dos TCCs em vários aspectos do treinamento. Todavia, o tempo limitado e a rotação das tropas dentro das missões tornam-se barreiras a serem enfrentadas pelas Nações Unidas na implantação desta ferramenta (BURKE, 2011, p. 23-24).

Outra dificuldade enfrentada, é que, apesar do treinamento aplicado, a noção de “gênero” nem sempre é assimilada pelos peacekeepers e muito menos retida por eles quando questões importantes são apresentadas em conjunto com a explicação, tais como assuntos relacionados à estratégia militar (HIGATE apud BURKE, 2011, p. 24).

Outra dificuldade enfrentada, é que, apesar do treinamento aplicado, a noção de “gênero” nem sempre é assimilada pelos peacekeepers e muito menos retida por eles quando questões importantes são apresentadas em conjunto com a explicação, tais como assuntos relacionados à estratégia militar (HIGATE apud BURKE, 2011, p. 24).

Ademais, para Mark e Vojdik, outro grande empecilho na assimilação e aceitação pelos soldados do termo gênero e suas consequências é o chamado “militarized masculinities”¹⁴, conceito este que estabelece que organizações militares exacerbam e recompensam o comportamento masculino, criando uma cultura de hipermasculinidade (hypermasculinity) (MARK, 2012, p. 7; VOJDIK, 2007, p. 163).

Para este conceito, cunhado por Enloe e Whitworth, soldados militares são treinados sob atitudes hegemônicas de masculinidade em ambientes altamente militarizados, o qual estimulam comportamentos agressivos, a intolerância à noções de gênero e, em alguns casos, a violência sexual. (MARK, 2012, p. 7; VOJDIK, 2007, p. 163).

Nesse sentido, considerando que a maior parcela dos peacekeepers é formada por soldados militares, os treinamentos por eles recebidos fazem apelo à cultura da masculinidade e da virilidade no intuito de mobilizar homens para participarem da guerra, tornando-os guerreiros. Da mesma forma, esses treinamentos colocam em contraste a feminilidade, caracterizando-a como sinônimo de fraqueza e sensibilidade, o que leva a exacerbam a oposição à igualdade de gênero e a fomentar a ideia de

¹⁴ Algumas acadêmicas feministas, como Cynthia Enloe e Sandra Whitworth afirmaram que a masculinidade de muitos soldados muda durante o processo de treinamento, criando uma identidade particular a qual chamaram de “*militarized masculinity*”, que é uma combinação de traços e atitudes que são hipermasculinizadas, hegemônicas e são associadas principalmente aos soldados militares. LOPES, Hayley. *Militarized masculinity in peacekeeping operations: an obstacle to gender mainstreaming*. Ottawa: Peacebuild, mar. 2011, p. 2. Disponível em: <<http://peacebuild.ca/Lopes%20website%20ready.pdf>>. Acesso em: 21 set. 2016.

que mulheres podem ter seus corpos abusados e explorados sexualmente (MARK, 2012, p. 7; VOJDIK, 2007, p. 163).

Diante disso, a cultura de hipermasculinidade acaba por influenciar os comportamentos dos soldados, fazendo com que os treinamentos de gênero se tornem ineficazes, bem como podem gerar comportamento agressivos entre eles, contribuindo para a cultura do estupro contra as mulheres já vitimadas pelo contexto social no qual se encontram.

Vistas e analisadas as principais medidas adotadas pelo Secretário-Geral no combate ao AES pelos peacekeepers nos últimos anos, passa-se, agora, à análise das medidas estabelecidas pelo Conselho de Segurança através das suas Resoluções.

3 RESOLUÇÕES DO CONSELHO DE SEGURANÇA DA ONU

Além das medidas implantadas pelo Secretário-Geral das Nações Unidas, o CSNU também tem elaborado resoluções significativas no combate ao AES de mulheres no contexto das missões de paz nos últimos anos. Muitas delas corroboraram de maneira enfática a postura adotada pela ONU contra a prática de qualquer ato de violência sexual, em especial contra mulheres e crianças em ambientes de conflito armado (FAGANELLO, 2013, p. 19). Vejamos algumas delas.

3.1 Resolução 1325

A Resolução 1325, elaborada em 2000, determinava o estabelecimento de medidas especiais de proteção para mulheres contra violências sexuais em situações de conflitos e exigia o aumento da participação das mesmas nas tomadas de decisões referentes à prevenção e resolução de combates (UNITED NATIONS, 2000).

Entretanto, foi em termos de políticas de gênero nas missões de paz que ela representou um avanço. Entre as principais iniciativas, a Resolução 1325 trouxe o aumento do emprego de mulheres como parte das equipes militares e civis das operações e a implantação de consultores de gênero (gender advisors) (BURKE, 2011, p. 20).

A presença de mulheres nas missões tem se mostrado significativa ao lidar com o AES. Elas ajudam a manter comportamentos que fomentam a igualdade de gênero, a qual foi identificada como uma das chaves para combater o AES, bem como a criar um ambiente menos favorável para

as violências sexuais (BURKE, 2011, p. 21). Ainda, conforme salienta Cunha Neto, o aumento da participação de soldados do sexo feminino nas missões favorece o contato significativo com grupos vulneráveis e uma parceria com as ONGs na comunidade local, nos esforços de eliminar o AES (CUNHA NETO, 2012, p. 83).

Contudo, mesmo sabendo da relevância dessa medida para o combate do AES nas missões de paz, a sua total implementação por parte da ONU ainda está longe de ser uma realidade. Em 2010, uma década após a criação da medida, o percentual de mulheres nas missões era de apenas 3,5% do total das tropas militares e policiais implantadas nas operações (UNITED NATIONS, 2010, p. 4). Em 2014, a presença das mulheres nas missões ainda constituía apenas 3% das tropas militares, e 10% do contingente policial (UNITED NATIONS, 2014). Já em 2017, até o mês de setembro, o total de tropas militares e policiais em atuação nas missões era de 93.918, os quais apenas 4.148 eram mulheres, o que constitui apenas 4,42% (UNITED NATIONS, 2017).

Ou seja, mesmo se passando quase duas décadas da determinação estabelecida na Resolução 1325, a participação feminina nas missões continua a ser ínfima, não alcançando sequer a margem de 5% do total de soldados. O problema é que, enquanto a ONU defende e incentiva a implantação de mulheres nas funções militares, a responsabilidade pela introdução destas permanece com os Estados-membros (UNITED NATIONS).

Na tentativa de compreender tal resistência, Egnell explica que as forças armadas são uma organização militar que desenvolveram uma cultura profissional rigorosa na intenção de maximizar sua eficácia na execução dos deveres com o Estado. Diante da natureza extrema das tarefas impostas aos militares, tais organizações têm a necessidade de imporem regras diferentes da sociedade em geral. Essa necessidade exige que certos desenvolvimentos na sociedade civil, tais como o aumento do individualismo, a integração racial e a igualdade de gênero, sejam evitados dentro das organizações militares, mantendo o sistema patriarcal existente como modelo padrão a ser seguido. Ocorre que nesse modelo ultrapassado prevalece a lógica da guerra e da violência (EGNELL, 2016, p. 75).

Logo, devido à prevalência do sistema patriarcal dentro do contingente militar é que resulta a relutância no cumprimento da Resolução 1325 por parte das tropas militares, vez que entre elas existe a ideia de que a inclusão das mulheres e as perspectivas de gênero arruinarão a unidade de coesão e a cultura militar. Ao mesmo tempo, implementar

uma perspectiva de gênero ou incluir mulheres em unidades de combate simultaneamente significa reduzir a eficácia militar e o poder de combate (EGNELL, 2016, p. 75).

Ainda por meio da Resolução 1325, Gender Advisory Teams foram instalados em todas as missões de paz para promover, facilitar, monitorar e apoiar a incorporação de perspectivas de igualdade de gênero em todos os aspectos das operações. O trabalho desses times inclui o apoio de mulheres locais na participação dos processos de paz, a proteção de mulheres e crianças de violências sexuais, a defesa e a promoção da inclusão de mulheres nos sistemas eleitorais, entre outros. Gender Focal Points também foram instalados em missões menores, cujo papel é aconselhar e ajudar o chefe das operações na promoção de igualdade de gênero (BURKE, 2011, p. 21-22).

3.2 Resolução 2242

Preocupado com o surgimento de novos casos de AES nas operações de paz e, em especial, na MINUSCA, o CSNU apresentou a Resolução 2242 de 2015, instigando o DPKO e o Department of Political Affairs a incluírem análises de gênero e conhecimento técnico sobre gênero em todas as etapas de planejamento, implementação, revisão e levantamento de uma missão de paz (UNITED NATIONS, 2015).

Além disso, o documento determinou ao Secretário-Geral para que inicie uma estratégia de revisão com a finalidade de dobrar o número de mulheres nas operações de manutenção da paz nos próximos 5 anos. Ainda, objetivando solucionar as acusações de AES pelos soldados da paz, o CSNU pede aos TCCs para que providenciem treinamentos de pré-mobilização (pre-deployment training) mais robustos e conduzam as investigações de forma célere e completa, punindo criminalmente os infratores, se necessário (UNITED NATIONS, 2015).

3.3 Resolução 2272

Finalmente, em 2016 o CSNU adotou a Resolução 2272, inovando ao decretar novos mecanismos de sanção não apenas aos soldados envolvidos em AES, mas para a unidade militar e policial como um todo, podendo até mesmo alcançar os TCCs (UNITED NATIONS, 2016).

A sanção vem por meio da repatriação de uma unidade ou contingente militar e policial inteira quando restar evidenciada a prática ampla e sistemática de AES pela referida unidade/contingente. Não obstante, os TCCs que não tiverem adotado as medidas apropriadas para a responsabilização do seu pessoal envolvido em AES ou não informarem às Nações Unidas sobre o progresso da ação adotada, terão todas as suas unidades militares e policiais substituídas por unidades de outros Estados-membros, além de sofrerem a imposição da ONU para que cumpram com as regras de conduta e disciplina da Organização (UNITED NATIONS, 2016, p. 2).

Em atendimento à Resolução 2272, o Secretariado elaborou orientações para as decisões de repatriamento de unidades militares ou policiais quando restar evidenciada a prática ampla e sistemática de AES pela referida unidade. As orientações também definem os fatores a serem considerados e o processo a ser usado para determinar se um TCC tomou as medidas apropriadas para prevenir, investigar e responsabilizar o perpetrador, como também para atualizar a ONU sobre as investigações em andamento, conforme exigido pelo MOU entre a Organização e o TCC (UNITED NATIONS, 2016, p. 6).

No que concerne aos treinamentos, em 2016 a ONU também trouxe inovações. Entre as novidades patrocinadas por ela, inclui-se um programa de aprendizagem online sobre AES, testado em junho de 2016 e direcionado a todas as categorias de funcionários, tanto militares quanto civis, incluindo líderes, comandantes e gestores. O programa on-line será obrigatório a todos os peacekeepers e permitirá o monitoramento e avaliação regulares, além da coleta de dados sobre aqueles que completarem o programa. Acredita-se que com esse novo método o Secretariado mudará a forma como aborda os treinamentos dos soldados, atingindo vários níveis de responsabilidade e introduzindo a flexibilidade no aprendizado individual para além da sala de aula (UNITED NATIONS, 2016, p. 10).

Finalmente, desde janeiro de 2016 os TCCs estão sendo solicitados a certificar formalmente que os seus soldados mobilizados não se envolveram em nenhuma falta grave ou estiveram envolvidos em violações de direitos humanos antes de serem aceitos para a implantação. Essa nova determinação advém do estabelecimento, em 2012, da “Policy on Human Rights Screening of United Nations Personnel”, pelo Secretário-Geral, a qual determina aos indivíduos que querem servir a ONU que comprovem não possuir antecedentes criminais ou jamais terem cometido

ofensas contra os direitos humanos e o IHL. Ademais, o funcionário que tiver se envolvido em falta grave será repatriado às custas do seu país de origem (UNITED NATIONS, 2016, p. 11).

Essa política do screening and vetting tem sido considerada essencial para assegurar elevados padrões de integridade entre os funcionários da ONU, bem como para evitar a contratação de pessoas que já tiveram envolvimento com qualquer tipo de ofensa contra os direitos humanos (UNITED NATIONS, 2016, p. 11).

Várias outras medidas foram implantadas pela ONU visando combater o AES de mulheres por soldados da paz no contexto das missões tanto no plano preventivo, como no repressivo. Contudo, em atendimento à brevidade e à finalidade do presente trabalho, foram priorizadas aquelas que mais impactaram e trouxeram resultados com a adoção. Vejamos, agora, as últimas providências adotadas pelas Nações Unidas no primeiro semestre de 2017.

4 O RELATÓRIO DO SECRETÁRIO-GERAL DE 2017

Desde que assumiu o cargo, o novo Secretário-Geral das Nações Unidas, António Guterres, tem trabalhado na implementação de uma nova abordagem contra o AES dentro da Organização. Como resultado, em fevereiro deste ano o Secretário lançou o relatório anual «Special Measures for Protection from Sexual Exploitation and Abuse», apresentando as novas iniciativas por ele adotadas (UNITED NATIONS, 2017).

De forma geral, o relatório apresenta uma estratégia centrada na proteção à vítima e baseada na transparência, confiabilidade e garantia de justiça. A iniciativa está dividida em quatro pontos centrais: a colocação dos direitos e da dignidade das vítimas de AES como prioridade dos esforços da ONU; o estabelecimento de maior transparência nos relatórios e investigações na tentativa de acabar com a impunidade dos algozes; a construção de uma rede multipartidária para apoiar o esforço da ONU para prevenir e responder a exploração e o abuso sexual; o compartilhamento das melhores práticas para acabar com o problema (UNITED NATIONS, 2017).

Objetivando alcançar tais metas, o Secretário-Geral propôs a nomeação de um especialista em direitos humanos para servir na categoria de Secretário-Geral Adjunto, como um «defensor dos direitos das vítimas» (victims' rights advocate) em todo o sistema. Como função, o defensor deverá garantir a existência de vias confiáveis e sensíveis às questões de

gênero para toda vítima ou testemunha que apresentar denúncias de AES. O defensor também deverá colaborar com as autoridades locais e com as organizações da sociedade civil para assegurar que os direitos de todas as vítimas sejam protegidos através do acesso adequado à justiça (UNITED NATIONS, 2017, p. 9).

Para assumir o Cargo de Secretário-Geral Adjunto, Guterres nomeou a advogada australiana Jane Connors em agosto deste ano, a qual já iniciou suas funções como defensora dos direitos das vítimas. Desde que assumiu a responsabilidade, a defensora já esteve presente na High-Level Meeting on the prevention of sexual exploitation and abuse, realizada em Nova Iorque em 18 de setembro deste ano, bem como já se encontrou com representantes de Estados, membros da ONU e visitou alguns países, tais como a República Centro-Africana (UN NEWS CENTRE, 2017).

Outro ponto inovador na abordagem do Secretário-Geral foi a proposta da construção de uma parceria com os Estados-membros, por meio da criação de um «pacto voluntário» (voluntary compact). O pacto é uma medida no qual os Estados-membros junto com o Secretário-Geral cumpririam de forma voluntária objetivos estabelecidos de comum acordo, visando erradicar as violações cometidas pelos peacekeepers no âmbito das operações. De acordo com o documento, o tratado representaria o engajamento conjunto e a responsabilidade mútua da Organização e de seus Estados-membros para combater o AES (UNITED NATIONS, 2017, p. 14).

O pacto é voltado para todos os Estados-membros que prestam apoio às operações de paz, incluindo aqueles que contribuem com atividades de manutenção da paz, ajuda humanitária e para o desenvolvimento (ONUBR, 2017).

O documento proposto pelo Secretário foi apresentado em 18 de setembro de 2017, intitulado «Voluntary Compact on Preventing and Addressing Sexual Exploitation and Abuse». Até o momento, 72 países já o assinaram (entre eles, o Brasil) e 19 Estados-membros já anunciaram formalmente a intenção de aderir (UNITED NATIONS SECRETARY-GENERAL, 2017).

Outras propostas também foram apresentadas, tais como uma estratégia voltada ao alcance do equilíbrio de gênero na Organização, bem como no aumento da participação feminina nas atividades das Nações Unidas, em especial nos contingentes militares, após o Secretário reconhecer a importância destas na prevenção do AES nas missões (UNITED NATIONS, 2017, p. 10).

Já no âmbito da prevenção, o Secretário pretende construir uma rede multipartidária para apoiar os esforços das Nações Unidas para prevenir e responder o AES nas operações, através do apoio da sociedade civil, de especialistas e de organizações externas (UNITED NATIONS, 2017, p. 7).

Por fim, na tentativa de alcançar o quarto ponto estabelecido, o Secretário se compromete a criar estratégias para aumentar a conscientização mundial em relação ao tema, ajudar a enfrentar o estigma e a discriminação que as vítimas enfrentam, bem como promover as Nações Unidas como uma plataforma global para compartilhar as melhores práticas em prevenção e resposta ao problema (UNITED NATIONS, 2017, p. 7).

Resta, agora, esperar que todas essas propostas sejam definitivamente implementadas e velar para que as mesmas produzam os objetivos almejados.

CONCLUSÃO

Conforme exposto, nos últimos anos a ONU adotou um amplo conjunto de medidas para prevenir o AES de mulheres pelos soldados nas missões de paz. Contudo, até agora, a questão ainda não está resolvida em relação a qualquer categoria de pessoal.

Ao analisar as iniciativas adotadas pela Organização, é possível verificar que, ao longo dos anos, a ONU tem se preocupado mais com a questão, dispensando maiores esforços no estabelecimento de medidas cada vez mais restritas. Contudo, algumas falhas ainda precisam ser corrigidas.

A título de exemplo, foi visto o problema dos conceitos de abuso e exploração sexual adotados no Boletim do Secretário-Geral de 2003, que, além de trazerem definições muito amplas, o que dificulta a diferenciação entre os vários tipos de condutas sexuais, poucas constituiriam uma violação de normas internas e internacionais, tornando-as difíceis de serem executadas. Ademais, o documento é falho ao deixar de informar que tais atos sexuais poderiam equivaler a crimes dentro do ordenamento jurídico do país anfitrião ou até mesmo do próprio país contribuinte de tropas.

O mesmo pode ser dito sobre o equilíbrio de gênero nas equipes militares e civis das operações de manutenção da paz. Mesmo tendo sido reconhecida pelo Secretário-Geral a importância da presença feminina no combate ao AES, o número de mulheres presentes nas operações de manutenção da paz continua a ser inadequado, precisando urgentemente

ser revertido. Em sua nova estratégia, o Secretário-Geral afirma que adotará medidas para remediar tal desequilíbrio. Contudo, até agora nada foi feito.

Tem-se, ainda, a ausência de padrão de qualidade dos treinamentos aplicados às tropas, devido aos níveis muito distintos entre os contingentes dos TCCs, e a ausência por parte da CDU de dados mais transparentes e completos sobre as denúncias registradas, as investigações em andamento e as sanções administrativas e penais aplicadas.

Tanto os treinamentos quanto a transparência dentro da Organização são medidas de extrema importância no combate ao AES, não podendo ser ignoradas durante a implementação da nova Estratégia formulada.

Por outro lado, é de se reconhecer a destreza e a eficiência de algumas medidas adotadas pela ONU, em especial as estabelecidas em 2016. Como exemplo, a inclusão do programa de aprendizagem online sobre AES como parte do treinamento, direcionado não só a todas as categorias de soldados, mas também aos comandantes e gestores, disponível em vários idiomas.

Na esfera da prevenção, destaca-se a Policy on Human Rights Screening of United Nations Personnel (política do screening and vetting), estabelecida pelo Secretário-Geral, a qual tem sido considerada essencial para assegurar elevados padrões de integridade entre os funcionários da ONU, bem como para evitar a contratação de pessoas que já tiveram envolvimento com qualquer tipo de ofensa contra os direitos humanos. Essas novas medidas, aliadas às demais, certamente ajudarão na redução do número de casos de AES registrados anualmente.

Finalmente, em relação às novas medidas adotadas em 2017, pode-se perceber que a estratégia do novo Secretário foi a de unir esforços entre todos os organismos internacionais atuantes, incluindo a comunidade local, numa tentativa de aumentar a parceria existente entre a Organização e seus Estados-membros na luta contra o AES.

Contudo, tais esforços são traduzidos em estratégias baseadas no cumprimento voluntário por parte dos Estados-membros, o qual sempre foi a maior dificuldade enfrentada pela ONU para por fim nas violações. A falta de comprometimento dos TCCs em efetivamente cumprir os acordos estipulados, seja na adoção das medidas estabelecidas, seja no dever de investigar e punir os militares envolvidos tendo sido a responsável pelos níveis altos de AES nas missões.

Assim, ao menos que haja a consciência por parte dos integrantes da Organização de que medidas mais severas, tais como a política do screening and vetting, são a chave para a solução da questão, soldados e funcionários

das Nações Unidas continuarão a abusar e explorar sexualmente todos os dias mulheres e crianças sob a bandeira da Organização.

REFERÊNCIAS

BURKE, Sarah Róisín. **Sexual exploitation and abuse by UN military contingents: moving beyond the current status quo and responsibility under international law**. Martinus Nijhoff Publishers, 2014, Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=GIH3AwAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=pt-BR&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>. Acesso em: 28 set. 2017.

_____. **Troop-discipline and sexual offences by UN military peacekeepers: the UN's response – moving beyond the current status quo?** Working paper n. 1.5. Centre for International Governance and Justice, Canberra: dec. 2011. Disponível em: <<http://regnet.anu.edu.au/research/publications/2945/working-paper-no-15-troop-discipline-and-sexual-offences-un-military>>. Acesso em: 24 set. 2017.

CUNHA NETO, José. R. A. **A atuação das tropas brasileiras em Operações de Paz: uma análise exploratória sob a ótica dos parâmetros de excelência estabelecidos pela ONU e pela literatura**. 2012. 108 f. Dissertação (Mestrado) - Instituto de Relações Internacionais, Universidade de São Paulo, 2012. Disponível em: <http://www.iri.usp.br/documentos/defesa_11-12-19_Jose_Roberto_Araujo_Cunha_Neto.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.

EGNELL, Robert. Gender perspectives and military effectiveness. **Prism: Women, Peace & Inclusive Security**, v. 6, n. 1, 2016, pp. 73-89. Disponível em: <https://www.inclusivesecurity.org/wp-content/uploads/2016/03/Prism-Vol-6-No-1-Final.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2018.

FAGANELLO, Priscila Liane Fett. **Operações de manutenção da paz da ONU: de que forma os direitos humanos revolucionaram a principal ferramenta internacional da paz**. Brasília, DF: Funag, 2013.

FONTOURA, Natalia Rayol. **Heróis ou vilões? O abuso e a exploração sexual por militares em missões de paz da ONU**. 2009. 229 f. Dissertação (Mestrado) – Instituto de Relações Internacionais, Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, 2009. Disponível em: <http://www.dbd.puc-rio.br/pergamum/tesesabertas/0710402_09_pretextual.pdf>. Acesso em: 22 abr. 2017.

HUMAN RIGHTS WATCH. **Central African Republic: rape by Peacekeepers**, 4 feb. 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/news/2016/02/04/central-african-republic-rape-peacekeepers>. Acesso em: 14 set. 2016.

MARK, Carlyn van der. **Sexual exploitation and abuse by U.N. peacekeepers: why the problem continues to persist**. Political Science International Relations Master Thesis, jun. 2012.

MONUC. United Nations Organizations Stabilization Mission In The Dr Congo. **Code of conduct on sexual exploitation and sexual abuse**. Disponível em: http://monusco.unmissions.org/sites/default/files/code_of_conduct_two_versions.pdf. Acesso em: 12 out. 2017.

NDULO, Muna. **The United Nations responses to the sexual abuse and exploitation of women and girls by peacekeepers during peacekeeping missions**. Cornell Law Faculty Publications, 1 jan. 2009. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/59>. Acesso em: 16 out. 2017.

ONUBR. Nações Unidas No Brasil. **Mais de 90 países apoiam pacto para acabar com a violência sexual em operações da ONU**, 29 set. 2017. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/mais-de-90-paises-apoiam-pacto-para-acabar-com-a-violencia-sexual-em-operacoes-da-onu/>. Acesso em: 28 out. 2017.

UN NEWS CENTRE. **Australian Jane Connors appointed first UN rights advocate for victims of sexual exploitation**, 23 aug. 2017. Disponível em: <http://www.un.org/apps/news/story.asp?NewsID=57401#.WgLhVrbOrBJ>. Acesso em: 29 out. 2017.

UNHCR. United Nations High Commissioner For Refugees And Save The Children-Uk (SC-UK). **Note for implementing and operational partners on sexual abuse & exploitation: the experience of refugee children in Guinea, Liberia and Sierra Leone based on Initial Findings and Recommendations from assessment Mission 22 October – 30 November 2001**. Feb. 2002. Disponível em: <http://www.unhcr.org/partners/partners/3c7cf89a4/note-implementing-operational-partners-unhcr-save-children-uk-sexual-violence.html>. Acesso em: 12 out. 2017.

UNITED NATIONS. Conduct and Discipline Unit. **About CDU**. Disponível em: <https://cdu.unlb.org/AboutCDU/OurMandate.aspx>. Acesso em 12 out. 2017.

UNITED NATIONS. Department of Peacekeeping Operations. **Ten rules: code of personal conduct for blue helmets.** Disponível em: <<https://cdu.unlb.org/Portals/0/PdfFiles/PolicyDocH.pdf>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. Department of Peacekeeping Operations. **We are United Nations peacekeepers.** Disponível em: <<https://cdu.unlb.org/UNStandardsofConduct/WeAreUnitedNationsPeacekeepingPersonnel.aspx>>. Acesso em: 12 out. 2017.

_____. General Assembly. **A comprehensive strategy to eliminate future sexual exploitation and abuse in United Nations Peacekeeping Operations.** UN docs. A/59/710, 24 mar. 2005. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/247/90/PDF/N0524790.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 10 out. 2017.

_____. General Assembly. **Investigation into sexual exploitation of refugees by aid workers in West Africa.** Report of the Secretary-General. UN docs. A/57/465, 11 out. 2002. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B6D274E9C8CD3CF6E4FF96FF9%7D/SE%20A%2057%20465.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. General Assembly. **Report A/71/818: Special measures for protection from sexual exploitation and abuse: a new approach,** 28 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.pseataaskforce.org/uploads/tools/1471361759.pdf>>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. General Assembly. **Report A/71/97: Combating sexual exploitation and abuse,** 23 jun. 2016. Disponível em: <http://www.pseataaskforce.org/uploads/tools/1471361759.pdf>. Acesso em: 07 out. 2017.

_____. General Assembly. **Report of the Group of Legal Experts on ensuring the accountability of United Nations staff and experts on mission with respect to criminal acts committed in peacekeeping operations.** UN docs. A/60/980, 16 ago. 2006. Disponível em: <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N06/471/41/PDF/N0647141.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 08 out. 2017.

_____. General Assembly. **Resolution A/RES/57/306: Investigation into sexual exploitation of refugees by aid workers in West Africa,** 22 mai. 2003. Disponível em: <<http://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BF9B6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/SE%20ARES%2057%20306.pdf>>. Acesso em: 13 out. 2017.

UNITED NATIONS. Meetings Coverage and Press Releases. **Security Council unanimously adopts resolution 2242 (2015) to improve implementation of landmark text on women, peace, security agenda**, out. 2015. Disponível em: <<http://www.un.org/press/en/2015/sc12076.doc.htm>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. **Peacekeeping Issues**. Gender and peacekeeping. Where we work. Disponível em: <http://www.un.org/en/peacekeeping/issues/women/wherewework.shtml>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Report of the Secretary-General. **Doc A/62/758**, 20 mar. 2008. Disponível em: <http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/62/758>. Acesso em: 31 set. 2017.

_____. Secretariat. **Secretary-General's bulletin**: UN docs. ST/SGB/2003/13, 9 out. 2003. Disponível em: <<https://cdu.unlb.org/Portals/0/Documents/KeyDoc4.pdf>>. Acesso em: 28 out. 2016.

_____. Security Council. **Resolution S/RES/1325**, 31 out. 2000. Disponível em: <<http://www.un-documents.net/sr1325.htm>>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Security Council. **Resolution S/RES/2242**, 13 out. 2015. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2242\(2015\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2242(2015))>. Acesso em: 02 out. 2017.

_____. Security Council. **Resolution S/RES/2272**, 11 Mar. 2016. Disponível em: <[http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2272\(2016\)](http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=S/RES/2272(2016))>. Acesso em: 06 out. 2017.

_____. SECRETARY-GENERAL. **Note to correspondents on voluntary compact on preventing and addressing sexual exploitation and abuse**. New York, 29 set. 2017. Disponível em: <<https://www.un.org/sg/en/content/sg/note-correspondents/2017-09-29/note-correspondents-voluntary-compact-preventing-and>>. Acesso em: 18 jul. 2018.

UNRIC. Manutenção Da Paz Das Nações Unidas. **O que tem a ONU feito para prevenir e punir a prática de actos de exploração e abuse sexual por parte dos capacetes azuis?** Disponível em: <<https://www.unric.org/html/portuguese/peace/pkpngfaq/q11-1.htm>>. Acesso em: 31 set. 2017.

VOJDIK, K. Valorie. Sexual abuse and exploitation of women and girls by U.N. peacekeeping troops. **Michigan State Journal of International Law**: 2007. Disponível em: <<http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1273&context=jgspl>>. Acesso em: 29 out. 2017.

RUMO À SOCIEDADE DO CONHECIMENTO: PROPOSTAS INOVADORAS PARA O MUNDO ÁRABE

TO THE KNOWLEDGE SOCIETY: INNOVATIVE PROPOSALS FOR THE ARAB WORLD

Taís Vasconcelos Cidrão *

Alexandre Antonio Bruno da Silva **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A sociedade do conhecimento. 1.1 O papel da mídia na construção da sociedade do conhecimento. 2 Os problemas da educação árabe. 2.1 Arab brain drain. 3 Capital humano, desenvolvimento e conhecimento. 4 O ensino e o empoderamento feminino. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho tem como escopo principal analisar a relação existente entre a educação, capital humano e como esses fatores são primordiais para o desenvolvimento da região árabe (este último entendido sob a perspectiva mais abrangente elaborada por Amartya Sen). Para tanto será utilizado, a título de exemplo, o incentivo à melhora educacional de meninas e mulheres árabes, de como elas tem um importante papel nessas sociedades patriarcais e como seu empoderamento poderia beneficiar a população como um todo. Através de um estudo eminentemente bibliográfico e documental (principalmente pela análise de relatórios do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas e de artigos especializados na temática), também foi avaliado o papel dos meios de comunicação em massa, mais especificamente da mídia (seja ela televisiva, jornalística etc.), na construção de uma “sociedade do conhecimento”. O presente artigo, portanto, abraça e defende a busca por Estados muçulmanos mais igualitários e justos, em que a educação seja um dos fatores fundantes das políticas públicas locais e regionais. Será defendido esse posicionamento sem, contudo, transformar o discurso reformista em secularizado ou ocidentalizado, pois as propostas apresentadas sugerem uma reforma de “dentro para fora”.

Palavras-chave: sociedade do conhecimento; mulheres árabes; igualdade de gênero; educação; desenvolvimento.

ABSTRACT: *The main objective of this study is to analyze the relationship between education, human capital and how these factors are fundamental for the development of the arab region (understood from the broader perspective elaborated by Amartya Sen). It will be used, as an example, the encouragement to educational improvement of arab girls and women, how they play an important role in these patriarchal societies, and how their empowerment could benefit their population as a whole. Through an eminently bibliographical and documentary study, the role of the mass media, more specifically of the social media (television, journalistic etc.), in the construction of a «knowledge society» was also evaluated. The present article, therefore, embraces and defends the search for more egalitarian and just Muslim states, in which education is one of*

*Mestranda em Processo e Direito ao Desenvolvimento pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Especialista em Direito e Processo Constitucionais e graduada em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR).

**Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC). Especialista em Direito Processual Civil Individual e Coletivo pelo Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS). Possui graduação em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Professor adjunto da Universidade Estadual do Ceará (UECE). Professor titular do Centro Universitário Farias Brito (FB UNI). Professor do Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS).
Artigo recebido em 21/05/2018 e aceito em 21/06/2018.

Como citar: CIDRÃO, Taís Vasconcelos; SILVA, Alexandre Antonio Bruno da. Rumo à sociedade do conhecimento: propostas inovadoras para o mundo árabe. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 113 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

the founding factors of local and regional public policies. This position will be defended without, however, transforming the reformist discourse into a secularized or Westernized one, since the proposals presented suggest an «inside-out» reform.

Keywords: *knowledge society; arab women; gender equality; education; development.*

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo a análise crítica de um dos grandes desafios que os países árabes enfrentam na contemporaneidade qual seja, a educação, e que por vez impede esses países de efetivamente competirem no mercado internacional e se desenvolverem de maneira verdadeiramente livres através da construção de uma “*knowledge society*” (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 33). Será analisada a situação atual desses países em geral, como a educação e o investimento em capital humano podem ser um grande catalisador para o desenvolvimento (inclusive econômico). Mais à frente, irá ser investigado o papel da mulher nessas sociedades e como estas podem, através do ensino e educação, transformarem a realidade e o contexto social em que estão inseridas em busca de uma sociedade mais justa e igualitária.

Dessa forma, visa-se corroborar com uma vigilância contínua como parte da construção do desenvolvimento humano (aqui entendido sob a perspectiva seniana) dentro dos países de maioria muçulmana. A análise da região, através de uma pesquisa eminentemente bibliográfica e documental (principalmente pela análise de relatórios do Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas e de artigos especializados no tema publicados em periódicos – nacionais e internacionais), é importante pois permite que o leitor se atenha para algumas tendências e eventos que dissonam do main stream da realidade global.

Os esforços estrangeiros na tentativa de reestruturação da região não é foco de estudo do presente trabalho. Muito pelo contrário, o cerne da questão é a inspeção dos fatores internos, incluindo a influência exercida pelas elites árabes, que se mostram como um obstáculo para o processo de inovação social de dentro para fora desses países.

O pouco desenvolvimento interno que esses países têm visto nos últimos anos (incluindo eleições parlamentares com a conquista de espaço pelas mulheres em altos cargos nas autoridades executivas – que em alguns países ocorreu pela primeira vez em décadas) tem sido eclipsado

¹ Sociedade do conhecimento (tradução livre do autor)

por recuos nas áreas de liberdade de opinião, expressão e associação (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 2).

Acredita-se aqui que a reforma “de dentro” é baseada puramente em uma autocrítica rigorosa, mas que ao mesmo tempo se mostra como a alternativa mais viável e ao mesmo tempo factível e sustentável para a construção de uma sociedade verdadeiramente democrática, em que a população tenha a capacidade de moldar a sua própria realidade em condição de igualdade uns com os outros (leia-se: homens e mulheres).

1 A SOCIEDADE DO CONHECIMENTO

Preocupação com a educação não é algo novo (TILAK, 1989). Ela, em todos os sentidos, é um dos fatores fundamentais do desenvolvimento. Nenhum país pode alcançar um desenvolvimento econômico sustentável sem investimentos substanciais em capital humano. A educação enriquece a compreensão das pessoas em si e no mundo. Melhora a qualidade de suas vidas e leva a amplos benefícios sociais para os indivíduos e a sociedade. A educação aumenta a produtividade e a criatividade dos indivíduos e promove o empreendedorismo e os avanços tecnológicos. Além disso, desempenha um importante papel na obtenção do progresso econômico e social e na melhoria da distribuição de renda (OZTURK, 2001).

O Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD) conceitua a “knowledge society” como sendo:

A knowledge-based society is one where knowledge diffusion, production and application become the organizing principle in all aspects of human activity: culture, society, the economy, politics, and private life. Knowledge nowadays can provide the means to expand the scope of human freedoms, enhance the capacity to guarantee those freedoms through good governance and achieve the higher moral human goals of justice and human dignity² (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 2-3).

² “Uma sociedade baseada no conhecimento é aquela em que a difusão, produção e aplicação do conhecimento se tornam o princípio organizador em todos os aspectos da atividade humana: a cultura, a sociedade, a economia, a política e a vida privada. O conhecimento hoje pode fornecer os meios para expandir o alcance das liberdades humanas, aumentar a capacidade de garantir essas liberdades através da boa governança e atingir os objetivos humanos morais mais elevados da justiça e da dignidade humana” (tradução livre do autor).

O papel da escolaridade melhorada é parte central da maioria das estratégias de desenvolvimento e está intrinsecamente relacionado a melhores condições econômicas, ou seja, o papel da educação na promoção do bem-estar econômico é visto como foco especial no papel da qualidade educacional (HANUSHEK; WOESSMANN, 2007).

Education provides a foundation for eradicating poverty and fostering economic development. It is the groundwork on which much of economic and social well-being of the citizens is built. Education is the key to increasing economic efficiency and social consistency, by increasing the value and efficiency of the labor force and consequently raises the poor from poverty. Education increases the overall productivity and intellectual flexibility of the labor force and ensures that a country is competitive in world market now characterized by changing technologies and production methods³ (OMONIYI, 2013, p. 178).

1.1 O papel da mídia na construção da Sociedade do conhecimento

Os principais meios de disseminação do conhecimento dentro dos países árabes são a socialização, a educação, a mídia e em menor medida a tradução. Os meios de comunicação de massa continuam sendo os agentes mais importantes para a difusão pública do conhecimento, muito embora os países árabes tenham um índice de mídia de informação ainda muito baixo (leia-se: número de jornais, rádio e televisões por 1000 habitantes) em comparação com a média mundial. Existem menos de 53 jornais por 1000 cidadãos árabes, em comparação com 285 jornais por 1000 pessoas em países desenvolvidos. Da mesma forma, existem apenas 18 computadores por 1000 habitantes na região, em comparação com a média global de 78,3 por 1000 habitantes. Além disso, apenas 1,6 por cento daquela população tem acesso à Internet. Esses indicadores servem para

³ A educação fornece uma base para erradicar a pobreza e promover o desenvolvimento econômico. É o trabalho de base no qual grande parte do bem-estar econômico e social dos cidadãos é construído. A educação é a chave para aumentar a eficiência econômica e a consistência social, aumentando o valor e a eficiência da força de trabalho e, conseqüentemente, eleva os pobres à pobreza. A educação aumenta a produtividade global e a flexibilidade intelectual da força de trabalho e garante que um país seja competitivo no mercado mundial, caracterizado agora pela mudança de tecnologias e métodos de produção (tradução livre do autor).

refletir um nível insuficiente de aplicação de tecnologia da informação e conhecimento (TICs) para a difusão do conhecimento (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 3).

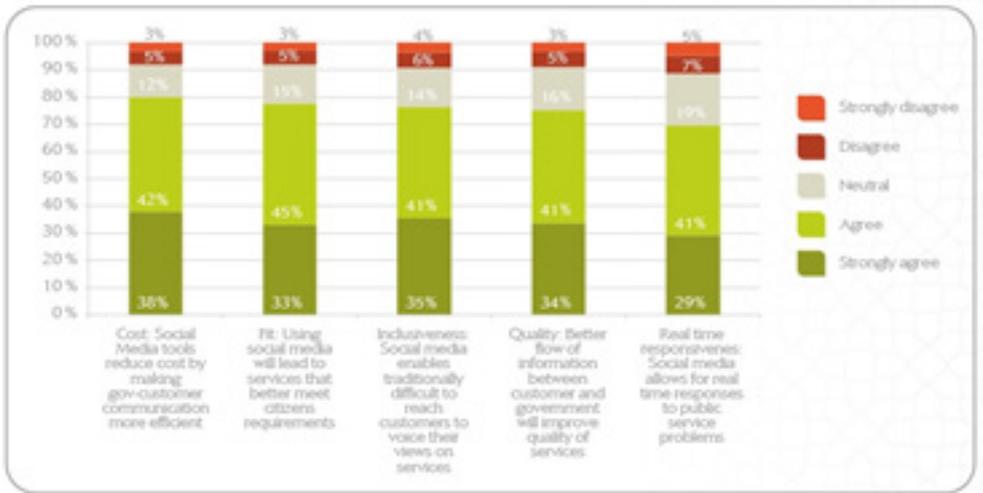
Na maioria dos países árabes, os meios de comunicação operam em um ambiente que restringe fortemente a liberdade de imprensa e a liberdade de expressão e de opinião. Os jornalistas enfrentam assédio ilegal, intimidação e até ameaças físicas, a censura é abundante e os jornais e os canais de televisão às vezes têm finalizadas suas atividades de forma arbitrária. Ainda não se pode deixar de lado a informação de que a maioria das instituições de mídia são estatais, em especial as rádios locais e os canais de televisão, fato que mitiga a autonomia da imprensa nesses locais (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 3).

Como pode-se perceber, os principais veículos de informação enfrentam obstáculos sociais, institucionais, econômicos e políticos profundamente arraigados. Entre estes, destacam-se os escassos recursos (principalmente financeiros) disponíveis para indivíduos, famílias e instituições e as restrições que lhes são impostas para a aquisição da informação. Como resultado, esses processos, muitas vezes, não conseguem preparar um ambiente social necessário para a produção do conhecimento (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 3).

Para além disso, postula-se que as TICs (tecnologias da informação e da comunicação) também devem ser vistas como ferramentas pedagógicas importantes no desenvolvimento de serviços educacionais eficazes, para preparar os alunos a participar como cidadãos ativos na sociedade do conhecimento, para estimular a atividade econômica etc. Entretanto, para que as tecnologias da informação sejam, de fato, um instrumento proeminente, devem ser levados em consideração fatores como: o acesso a essa tecnologia pelos estudantes, barreiras institucionais e culturais e políticas governamentais (DIGANGI; LYNN; ALHAKAMI, 2009, p. 2).

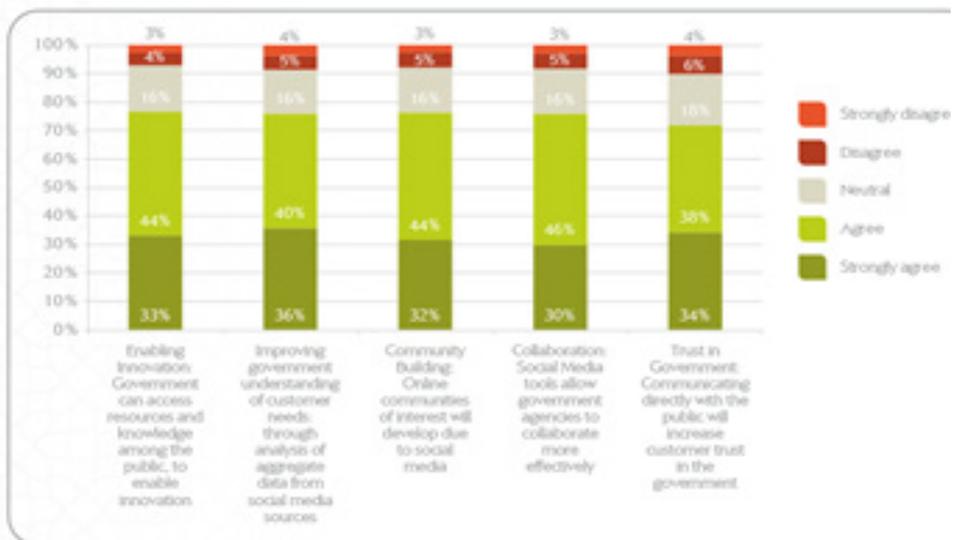
Nos últimos anos, descobertas revelaram novas transformações relacionadas às mudanças sociais e culturais, capacitação de jovens e mulheres, empreendedorismo e emprego, comportamentos de consumo de mídia, educação e aprendizagem social. Uma análise foi realizada acerca do papel que as redes sociais desempenham no design e entrega de serviços públicos através do envolvimento dos cidadãos na região árabe. A pesquisa, administrada por Racha Mourtada e Fadi Salem (2014, online), mede as atitudes e as percepções do público em relação à adoção das redes sociais pelos governos árabes com o objetivo de prestar serviços públicos.

Figura 1: Benefícios diretos ou de curto prazo do uso de redes sociais para o design e entrega de serviços públicos.



Fonte: (MOURTADA; SALEM, 2014, p. 12).

Figura 2: Benefícios indiretos ou a longo prazo da utilização de redes sociais para o design e entrega de serviços públicos.



Fonte: (MOURTADA; SALEM, 2014, p. 13).

Percebe-se, portanto, que as mídias, entendidas como veículos de informação, têm uma boa aceitação por parte da população. Não só isso, elas também podem se mostrar um instrumento facilitador de

acesso à informação e também a serviços públicos. Tendo isso em vista, porque então as sociedades árabes estão aquém desse desenvolvimento educacional que se chamou aqui de sociedade do conhecimento?

2 OS PROBLEMAS DA EDUCAÇÃO ÁRABE

Historicamente, a cultura árabe não constituiu um sistema fechado, ao invés disso mostrou uma profunda habilidade para se abrir, desenvolver-se e transcender ao receber muitas influências de outras culturas diferentes ao longo do tempo, especialmente persa. Novas experiências e estilos de vida foram incorporados, independentemente das diferenças e variações que distinguiram as sociedades árabes dessas outras nações.

Em um mundo globalizado - ou em uma sociedade em rede como diria Manuel Castells (2016) – cujos poderes vitoriosos alcançam todos os cantos da terra, dominando todas as formas de conhecimento, comportamento, vida, bens manufaturados, inovação etc., a cultura árabe não tem escolha senão se envolver em uma experiência global. Cada vez menos, sociedades que não cooperam tem chances de prosperarem na contemporaneidade. Elas não podem se contentar com a história, com o passado e cultura herdada, sob pena de estarem fadadas ao insucesso.

O relatório publicado pelo PNUD (2003, p. 12-13) sobre o assunto reúne a análise do status do conhecimento árabe em uma visão estratégica conclusiva (e ao mesmo tempo prescritiva) da sociedade do conhecimento árabe, que se apoia em cinco pilares, quais sejam:

1. Garantir as liberdades fundamentais da opinião através da boa governança delimitada pela lei: um clima de liberdade é pré-requisito essencial para a sociedade do conhecimento. As constituições, as leis e os procedimentos administrativos precisam ser aperfeiçoados para remover restrições sobre as liberdades essenciais, particularmente a censura administrativa, e as restrições na produção e difusão do conhecimento.

2. Disseminação de educação de alta qualidade para todos. As propostas detalhadas para a reforma na educação incluem: dar prioridade à aprendizagem da primeira infância; garantindo educação básica universal para todos e estendendo-a, pelo menos, até a 10ª série; desenvolver um sistema de educação de adultos para a aprendizagem ao longo da vida; melhorar a qualidade da educação em todas as etapas, dando especial atenção à promoção do ensino superior e instituindo avaliações periódicas independentes de qualidade em todas as etapas da educação.

3. Incorporação e arrazoamento da ciência e construção e ampliação da capacidade de pesquisa e desenvolvimento em todas as atividades da sociedade. Isso pode ser conseguido através da promoção da pesquisa básica e do estabelecimento de uma rede de coordenação e inovação regional coordenada centralmente que permeie todo o tecido da sociedade e goza de vínculos de apoio e complementares nas esferas regional e internacional.

4. Produção baseada no conhecimento nas estruturas socioeconômicas árabes. Isso exige uma mudança decisiva para o desenvolvimento de recursos renováveis através do conhecimento e das capacidades tecnológicas e para a diversificação das estruturas e dos mercados econômicos. Também exige a atualização da presença árabe na «nova economia» e a consolidação de um sistema de incentivos sociais que sustente a aquisição e aplicação de conhecimentos para o desenvolvimento humano em contraste com o modo atual em que os valores estão centrados em bens materiais e em acesso e favor das duas fontes de poder: dinheiro e autoridade.

5. Desenvolver um modelo de conhecimento árabe autêntico, ampliado e esclarecido. Isso implicaria:

a) Liberar a verdadeira religião da exploração política e respeitar a erudição crítica. Os componentes desta reforma incluem o retorno à visão civilizada, moral e humanitária da religião pura; restaurando as instituições religiosas a sua independência das autoridades políticas, dos governos, dos estados e dos movimentos político-religiosos radicais; reconhecendo a liberdade intelectual; ativando jurisprudência interpretativa, preservando o direito de divergir de doutrinas, escolas religiosas e interpretações consolidadas.

b) Avançar a língua árabe realizando pesquisa séria e reforma linguística para a tradução de termos científicos e cunhando usos linguísticos simples. Isso deve ser acompanhado por outros esforços persistentes para facilitar a aquisição do árabe através de canais de aprendizagem formais e informais e para produzir escrita criativa e inovadora para crianças pequenas.

c) Recuperar alguns dos pontos brilhantes da herança cultural árabe. Esse legado deve ser assimilado e compreendido como parte da estrutura de motivação para desenvolver e nutrir um sistema de conhecimento árabe em mentes e instituições árabes.

d) Enriquecer, promover e celebrar a diversidade cultural nos países árabes. Isso exige o fornecimento de salvaguardas para a proteção

de todas as subculturas e para encorajá-las a interagir, misturar-se, crescer e florescer.

e) Abertura para outras culturas. Essa interação seria reforçada pela tradução para outras línguas; promovendo um intercâmbio inteligente e generoso com culturas e civilizações não-árabes; maximizando os benefícios das organizações regionais e internacionais e iniciando reformas na ordem mundial através de uma maior cooperação.

É inevitável que a aquisição do conhecimento seja influenciada por determinantes da própria sociedade, leia-se: cultura, economia e política. Dentro da cultura árabe, o patrimônio intelectual é um componente essencial até mesmo da religião, e a linguagem é o suporte instrumental para a perpetuação dessa cultura. Os valores morais, sociais e políticos que permeiam essas sociedades governam e dirigem a ação de cada um dos indivíduos. A questão da herança intelectual árabe nunca foi puramente uma questão teórica ou científica. Em vez disso, tem sido também uma questão ideológica. Por outro lado, a religião também exige que as pessoas busquem conhecimento, apesar de algumas interpretações anti-desenvolvimento. Por esse motivo, a religião não é considerada um empecilho à sociedade do conhecimento, muito pelo contrário, a estimula. Isso pode ser verificado pela multiplicidade de escolas de jurisprudência existentes (Hanafi, Maliki, Shafi'i e Hanbali - criadas ainda no século IX (LIMA, 2014, p. 684)) -, que atestam a diversidade de princípios para chegar a um julgamento independente.

De mais a mais, a demanda por produção de conhecimento foi enfraquecida não só pelo crescimento econômico advindo do lucro do petróleo ("rentier economies"), mas também pela excessiva concentração de riqueza em poucas mãos. O poder político também desempenha um papel fundamental na direção do conhecimento e na influência do desenvolvimento desses países. Muitas vezes ele somente tem interesse em promover conhecimentos favoráveis aos seus objetivos e suprime as correntes opostas (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 10-11). É necessário, por esse motivo, estabelecer um conhecimento independente que produz e promove conhecimento livre de coerção política.

À luz disso, a prioridade deve ser a reforma do sistema educacional, desde o conteúdo do currículo até a abordagem instrucional para a duração e intensidade do tempo gasto na escola e nas universidades, para que os alunos possam obter as habilidades necessárias para o «ciclo completo de

aquisição de conhecimento», ou seja, acesso a informações, organização dessas informações, extração de conhecimento, emprego e geração de conhecimento (KAROLY, 2010, p. 34).

Aqueles a quem está incumbida a tarefa de formular novos currículos escolares devem estar atentos para a ideologia governante dessas comunidades, em particular a falta de conhecimento entre os moradores. Nos currículos deve-se tomar o cuidado de incluir o sistema de crença, os valores e os códigos de cada sociedade, bem como as circunstâncias que governam sua prática. De outra forma não guardariam identidade com a realidade social, correndo-se o risco de ter um discurso ocidentalizado. Por exemplo, um dos primeiros valores norte-americanos que atinge muçulmanos (assim como todos os outros imigrantes) é a liberdade. O contraste entre as concepções islâmica e ocidental da liberdade é um ponto focal para entender as diferenças nos conceitos centrais desses dois modelos de visões, na ideologia governante e nos vários significados dados à prática islâmica (BARAZANGI, 1991, p. 165-166).

The two biggest gaps accounting for this failure have been the absence of effective innovation and knowledge production systems in Arab countries, and the lack of rational policies that ingrain those essential values and institutional frameworks that support a knowledge society. These problems have been aggravated by the mistaken belief that a knowledge society can be built through the importation of scientific products without investing in the local production of knowledge, and through depending on cooperation with universities and research centres in advanced countries for training Arab scientific cadres without creating the local scientific traditions conducive to knowledge acquisition in the region⁴ (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 5).

⁴ “As duas maiores lacunas que contabilizam esse fracasso foram a ausência de sistemas eficazes de inovação e produção de conhecimento nos países árabes e a falta de políticas racionais que arredondam os valores essenciais e os quadros institucionais que sustentam uma sociedade do conhecimento. Esses problemas foram agravados pela crença equivocada de que uma sociedade do conhecimento pode ser construída através da importação de produtos científicos sem investir na produção local de conhecimento e dependendo da cooperação com universidades e centros de pesquisa em países avançados para formar quadros científicos árabes sem criar tradições científicas locais favoráveis à aquisição de conhecimento na região” (tradução livre do autor).

Os produtos e serviços gerados pela tecnologia importada tornam-se economicamente inviáveis, ao mesmo tempo em que a tecnologia e a produção nos países desenvolvidos são perpetuamente renovadas por seus próprios sistemas de renovação e inovação. Portanto, este é um ganho temporário, que começa a corroer-se à medida que a tecnologia adquirida torna-se obsoleta. Os países árabes insistem em continuar comprando novas capacidades de produção à medida que as tecnologias dos recursos que eles possuem ficam ultrapassadas ao invés de investir no seu próprio capital humano (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 6).

Os modelos econômicos teóricos postulam dois mecanismos possíveis pelos quais o capital humano pode afetar o crescimento econômico agregado. Uma hipótese é que o capital humano é um fator de produção, assim como o capital físico. O crescimento do capital humano, como o capital físico ou qualquer outro fator de produção, leva a maiores taxas de crescimento econômico. Uma segunda hipótese é que o atual estoque de capital humano leva a um maior crescimento, melhorando a capacidade de um país para desenvolver, implementar e adotar novas tecnologias (KAROLY, 2010, p. 11).

Até que se consiga transformar os “ativos de conhecimento” em “capital de conhecimento”, é necessário que haja a produção de novas maestrias em todas as áreas do saber humano, sejam elas ciências físicas, sociais, artes, humanidades etc. A estagnação em determinadas áreas da produção do conhecimento, especialmente no campo da pesquisa científica é detectada na grande maioria dos países árabes. A pesquisa científica nesses países é retida pelo fraco ensino e pesquisa básicos, bem como a ausência quase total de pesquisas avançadas em áreas como a tecnologia da informação, por exemplo.

2.1 Arab Bain Dain

Há quem acredite (DIGANGI; LYNN; ALHAKAMI, 2009) que o crescente foco no capital humano e na economia do conhecimento pelos decisores políticos está mudando a ênfase da política governamental e do financiamento associado à educação. Mas, por outro lado, a fuga de cérebros tem aumentado cada vez mais com o passar dos anos. Explica-se.

Poucos cidadãos árabes conseguem ter um ensino de qualidade e atingir um nível de especialização alto que esteja apto a competir

com países desenvolvidos. O problema é que os poucos que ainda conseguem se especializar não permanecem nos seus países de origem, eles viajam mundo a fora em busca de melhores condições de vida, reconhecimento e melhores salários. Esse fenômeno é conhecido como “Arab brain drain”. Essa é uma realidade que está se tornando cada vez mais evidente na região. Cerca de 25% dos 300 mil graduados de primeiro grau das universidades árabes em 1995/96 emigraram. Já entre os anos de 1998 e 2000, mais de 15 mil médicos árabes migraram (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 10).

Is it very puzzling to see the finest Arab brains leaving for the West? No, it is not. It has become a destination where talented Arabs can work with others and get highly paid, earn more respect, enjoy social equality and most importantly, they feel happy, I mean very happy. They can vote, nominate themselves to top scientific positions and have no fear. When you visit big cities like Sydney, London, Paris, Los Angeles or Toronto you would see hundreds of thousands of Arab doctors, university professors, computer specialists and many other high-profile professionals. We see many of them coming from different parts of the Arab world. Many of them left their countries to avoid hardships, political unrests and unjust treatment because of either their ethnic backgrounds or because they were born and raised in a particular part of a country. In many Arab countries, your last name and the place of your birth can define your future. And the West is the solution to these dilemmas. [...] Talented Arabs are seen in space programs, medical science research and in the most advanced labs in the West. And sadly, their countries and their people don't benefit from their talents or achievements [...] Countries like Iraq, Libya, Syria

and Egypt are facing biggest brain drain these days⁵ (AL-MULHIM, 2014, online).

A exportação de cérebros árabes não significa uma busca pelo “american dream” ou “american way of life”, mas sim a fuga da tirania dos seus países de origem. Há um importante capital humano (muitas vezes desperdiçado) que se encontra em busca da oportunidade de um ambiente societário e político propenso e que, em circunstâncias favoráveis, pode fornecer um sólido fundamento estrutural para um “renascimento” do conhecimento nos países árabes.

Dessa forma, o investimento realizado na especialização desses cérebros não consegue retornar em prol da sociedade sob forma de novas invenções, processos e tecnologia. Isso porque muitos deles, depois que emigram, não querem mais voltar ao seu país de origem, ou seja, preferem investir em uma vida em um país estrangeiro no qual terá melhores oportunidades sociais, financeiras etc.

3 CAPITAL HUMANO, DESENVOLVIMENTO E CONHECIMENTO

Antes do século XIX, o investimento sistemático em capital humano não era considerado especialmente importante em nenhum país. Durante o século XX, a educação, as habilidades e a aquisição do conhecimento tornaram-se determinantes cruciais da produtividade de uma pessoa e de uma nação. Pode-se até chamar o século XX de «Idade

⁵ “É muito intrigante ver os melhores cérebros árabes sair para o Ocidente? Não, não é. Tornou-se um destino onde os árabes talentosos podem trabalhar com outros e obter um alto salário, ganhar mais respeito, desfrutar da igualdade social e, o mais importante, sentir-se feliz, quero dizer, muito feliz. Eles podem votar, se candidatarem a posições científicas superiores e não terem medo. Quando você visita grandes cidades como Sydney, Londres, Paris, Los Angeles ou Toronto, você vê milhares de médicos árabes, professores universitários, especialistas em informática e muitos outros profissionais de alto nível. Vemos muitos deles provenientes de diferentes partes do mundo árabe. Muitos deles deixaram seus países para evitar dificuldades, perturbações políticas e tratamento injusto por causa de suas origens étnicas ou porque nasceram e cresceram em uma parte específica de um país. Em muitos países árabes, seu sobrenome e o lugar do seu nascimento podem definir o seu futuro. E o Ocidente é a solução para esses dilemas. [...] Os árabes talentosos são vistos em programas espaciais, pesquisa em ciência médica e nos laboratórios mais avançados no Ocidente. E, infelizmente, seus países e seus povos não se beneficiam de seus talentos ou conquistas. [...] Países como o Iraque, a Líbia, a Síria e o Egito enfrentam maior fuga de cérebros hoje em dia” (tradução livre do autor).

do Capital Humano» no sentido de que o principal determinante do padrão de vida de um país é o quão bem sucede no desenvolvimento e utilização das habilidades e conhecimentos, e promover a saúde e educar a maioria da sua população (OZTURK, 2001, p. 2).

O conhecimento é identificado como um dos catalisadores do desenvolvimento humano, é um meio de expandir as capacidades e escolhas das pessoas e não menos é considerado uma ferramenta para superar a pobreza humana através da empregabilidade. Hoje, em pleno século XXI, o conhecimento também é um poderoso motor de produtividade, bem como de capital humano (e sua qualificação). O conhecimento determina as perspectivas dos países na economia mundial de hoje, e sua lacuna pode determinar o fracasso.

A educação, desde as primeiras idades até a transição para a idade adulta (e até para além dela), desempenha um papel, como no passado, no avanço das capacidades produtivas da força de trabalho, conhecida como capital humano. Em termos gerais, o capital humano é entendido para capturar as capacidades produtivas dos indivíduos incorporados através do conhecimento, habilidades, experiência, saúde e outras características. Com mais capital humano, os indivíduos são mais produtivos e, portanto, geram salários mais elevados em um mercado de trabalho competitivo (KAROLY, 2010, p. 6). A verdade é que mais educação dentro da sociedade cria indivíduos cada vez mais produtivos e essa vantagem de produtividade é recompensada, por óbvio, em mercados de trabalho competitivos.

Tomando-se uma interpretação mais ampla de desenvolvimento humano, a aquisição de conhecimento pode ser considerado um direito humano fundamental. Da mesma forma, ela também é um meio de alcançar o desenvolvimento humano, pois permite que as pessoas ampliem suas capacidades e ampliem seu horizonte de escolha. Essa perspectiva acerca do papel constitutivo e instrumental das liberdades é bem analisada por Amartya Sen na sua obra “Desenvolvimento como liberdade” (2000, p. 52 e ss.). Além disso, na fase atual do progresso humano, a aquisição, absorção e produção de conhecimento impulsionam a transformação social e econômica. O conhecimento pode libertar os indivíduos e as sociedades da pobreza humana em um determinado contexto cultural e elevá-los a planos superiores da existência humana. Assim, em termos de desenvolvimento humano, o conhecimento é multidimensional: uma faculdade humana inerente e um direito humano básico, um produto humano e o que melhora

o que significa ser humano em primeiro lugar(UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 37).

É fato que o crescimento quantitativo (e também qualitativo) da educação nos países árabes permanece em um lento progresso. Às crianças continua ser negado o direito básico ao ensino fundamental. As taxas elevadas de analfabetismo, especialmente entre as mulheres, persistem. O desafio mais importante na seara educacional é o declínio da qualidade, que subjuga um objetivo básico do desenvolvimento humano, a saber, a melhora da qualidade de vida das pessoas e enriquecimento de suas capacidades.

Para construir o desenvolvimento humano, os países árabes precisam embarcar na reconstrução de suas sociedades ao longo de três princípios claros:

1) O pleno respeito pelos direitos humanos e pelas liberdades como a pedra angular da boa governança que leva ao desenvolvimento humano.

2) O pleno empoderamento das mulheres árabes, reconhecendo o seu direito a uma participação igualitária na política, na sociedade e na economia, bem como na educação e outros meios de capacitação.

3) Aquisição de conhecimento ativa e sua utilização efetiva na construção de capacidades humanas. Como um dos principais impulsionadores do progresso econômico, o conhecimento deve ser trazido de forma eficiente e produtiva em todos os aspectos da sociedade, com o objetivo de melhorar o bem-estar humano em toda a região (UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, 2003, p. 18).

4 O ENSINO E O EMPODERAMENTO FEMININO

A educação básica de um indivíduo, entendida como aquela centrada na criança e na família, é um investimento que traz benefícios econômicos e sociais a longo prazo. Desenvolver as potencialidades e melhorar as capacidades intelectuais da criança exige uma atenção especial aos métodos pedagógicos adotados não só nas escolas, mas também na família.

Existe um certo entendimento de que os currículos ensinados nos países árabes parecem encorajar a submissão, a obediência, a subordinação e o cumprimento, em vez do pensamento crítico livre. Em muitos casos, de fato, o conteúdo desses currículos não estimula os alunos

a criticar os axiomas políticos ou sociais. Em vez disso, eles, os currículos, sufocam a criatividade.

As políticas de educação em muitos países árabes não possuem uma visão integrada do processo educacional e seus objetivos. Além disso, essas políticas são caracterizadas por inconsistência e também pela falta de direção. Problemas, como aquele dos currículos, mas também formas de exame, avaliação de estudantes e introdução de línguas estrangeiras não podem ser resolvidos sem formular uma visão bem definida de objetivos e necessidades educacionais, o que se faz por meio de política.

O fato de as meninas terem melhores resultados na ciência do que os meninos em avaliações internacionais, mas são menos propensas a se formar com graus de ciência e engenharia, aponta para a existência de barreiras, extrínsecas ou intrínsecas, que estão afetando escolhas educacionais. Por exemplo, em alguns dos países do Conselho de Cooperação do Golfo (CCG)⁶ existem restrições com relação aos mercados de trabalho para as mulheres, no sentido de que a desigualdade de gênero é percebida nas oportunidades de trabalho disponíveis (KAROLY, 2010, p. 34).

Nesse sentido, a educação das mulheres é um dos canais mais eficazes para reduzir essas desigualdades de gênero, pois garante uma melhor participação delas no processo de desenvolvimento. Por uma questão cultural, a educação das mulheres em uma sociedade considerada patriarcal também é impedida por inúmeros motivos.

É claro que hoje as diferenças de gênero e a desigualdade na educação com a política favorecendo mais homens do que as mulheres é uma realidade nesses países. E, além disso, a falta de instalações de infraestrutura, ou seja, insuficiência de escolas, indisponibilidade de transporte etc. também foram responsáveis pela redução da promoção educacional feminina.

Em geral, os pais preferem investir mais na educação dos homens, como se sua velhice de segurança social fosse acompanhada de uma melhor capacidade econômica de seus filhos porque estes, em uma sociedade tradicional, geralmente assumem a responsabilidade econômica da família. Ademais, há uma percepção equivocada significativa sobre a educação das mulheres de que o investimento na educação de uma menina não beneficiará os pais quando ela se casar. Tais tipos de percepções reduzem o valor da educação das mulheres e privam-nas de seus direitos básicos (NAZ, et al., 2011, p. 80).

⁶ Bahrain, Kuwait, Omã, Catar, Arábia Saudita e Emirados Árabes Unidos.

A educação e status das mulheres no Paquistão, por exemplo, está em nível mais baixo. Há milhares de garotas inteligentes e capazes o suficiente para obter educação, mas são privadas devido aos múltiplos fatores sócio-culturais e econômicos e também devido aos preconceitos de gênero de que são incapazes de desempenhar um papel ativo no desenvolvimento da sociedade.

A educação é um instrumento importante para reduzir a discriminação de gênero. Com o aumento do nível de educação, espera-se que o indivíduo se torne consciente de seus direitos e, portanto, proteste contra práticas discriminatórias. Nesse sentido, a educação pode gerar o empoderamento das mulheres, melhorando a sua posição de negociação dentro da esfera doméstica e aprimorar a sua capacidade de fazer escolhas de modo de vida, inclusive fora da esfera doméstica⁷.

A consciência sobre a educação das mulheres deve ser propagada de forma a valorizar ainda mais seu papel na sociedade, seja por meio de discursos religiosos, palestras e/ou seminários. Porém, o papel do governo, em termos de políticas e programas, tem muito passivo em relação ao empoderamento das mulheres.

Educar meninas e mulheres é provavelmente o investimento mais eficaz que um país em desenvolvimento pode fazer, mesmo que estas não trabalhem fora do âmbito doméstico. Isso significaria um aumento salarial para as famílias, e incluiria melhor saúde e nutrição familiar, maior espaçamento entre os nascimentos, menor mortalidade infantil e maior escolaridade das crianças (OZTURK, 2001, p. 2).

No country has achieved constant economic development without considerable investment in human capital. Where does human capital come from? What constitutes a successful investment in human capital, either at the individual or national level? One has to start with the family. It is the foundation of a good society and of economic success. Families have differed over time, but they are still very

⁷ O enfoque das capacidades de Amartya Sen está intimamente ligado ao conceito de funcionamentos. Isto é, as liberdades (sugeridas pelo autor como as oportunidades reais de se conseguir algo) como vetores que possibilitam a realização de funcionamentos (como os diferentes tipos de “ser” e “fazer” que uma pessoa pode valorar – e que tem razões para valorar). Isso reflete nas liberdades das pessoas para levá-las a um tipo de vida (ou outro) que lhe seja intrinsecamente mais favorável. Dito isso, verificamos que as mulheres têm capacidade (pelo menos no sentido aristotélico da palavra) para “ser” e “fazer”, porém faltam-lhes oportunidades (liberdades) para conseguir realizar e ser aquilo que desejam, ou seja, falta-lhes o real empoderamento (SEN, 1993, *online*).

important in the modern economy. To understand human capital, you have to go back to the family, because it is families that are concerned about their children and try, with whatever resources they have, to promote their children's education and values. Families are the major promoters of values in any free society and even in not-so-free societies⁸. (OZTURK, 2001, p. 5).

Homens e mulheres mais educados tendem a investir mais em sua própria saúde e na saúde de seus filhos. De fato, a educação pode ser o determinante pessoal mais importante da saúde da pessoa e da expectativa de vida. A maior educação dos pais tende a melhorar o tratamento das crianças, especialmente das filhas. O fosso entre a educação de filhos e filhas é menor quando os pais são mais educados. O acesso diferente que os meninos e as meninas têm ao sistema educacional em algumas partes do mundo também é muito importante porque contribui para as diferenças de gênero mais tarde na vida. A diferença de gênero nos anos de escolaridade esperados agora é muito pequena na maioria dos países da Europa e Ásia Central e na América Latina, porém continua grande no Oriente Médio e no norte da África (OZTURK, 2001, p. 5-6).

CONCLUSÃO

Uma “knowledge society” deve se organizar em torno da disseminação e produção de conhecimentos novos e sua utilização eficiente em todas as áreas da vida humana: na economia, na sociedade civil, na política e na vida privada. Dessa forma, pode-se empreender uma busca contínua para promover o desenvolvimento humano no sentido mais puro que essa expressão possa oferecer.

O corpo de trabalhadores qualificados do conhecimento da região é relativamente pequeno e os poucos que conseguem se especializar não

⁸ “Nenhum país conseguiu um desenvolvimento econômico constante sem investimento considerável em capital humano. De onde vem o capital humano? O que constitui um investimento bem sucedido em capital humano, tanto a nível individual como nacional? É preciso começar com a família. É o alicerce de uma boa sociedade e de sucesso econômico. As famílias diferiram ao longo do tempo, mas ainda são muito importantes na economia moderna. Para entender o capital humano, você deve voltar para a família, porque são famílias preocupadas com seus filhos e tentam, com os recursos que possuem, promover a educação e os valores de seus filhos. As famílias são os principais promotores de valores em qualquer sociedade livre e mesmo em sociedades não tão livres” (tradução livre do autor).

permanecem no país. Incentivos para aquisição de conhecimento nos países árabes precisam ser muito mais fortes por parte dos governos locais, e estes também devem promover uma política favorável ao crescimento da sociedade do conhecimento como forma de se alcançar o desenvolvimento (entendido aqui sob a perspectiva seniana).

A educação feminina nos países árabes é um exemplo claro disso. Através do aumento qualitativo e quantitativo do ensino de meninas e mulheres e seu conseqüente empoderamento, essas sociedades tem maiores condições de prosperar e caminhar em direção a um verdadeiro Estado Democrático. Além disso, a força e a riqueza da cultura árabe podem reforçar a capacidade das sociedades árabes para lidar eficazmente com as correntes torrenciais da globalização sem que isso corroa o seu espírito de tradicionalidade.

REFÊRENCIAS

AL-MULHIM, Abdulateef. Brain drain in Arab world. **Arab News**, Arábia Saudita, 24 Dezembro, 2014. Disponível em: <<http://www.arabnews.com/columns/news/678926>>. Acesso em: 19 nov. 2017.

BARAZANGI, Nimat H. Islamic Education in the United States and Canada: Conception and Practice of the Islamic Belief System. In: HADDAD, Yvonne (Ed.). **The Muslims of America**. Oxford University Press, 1991. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1912860>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

CASTELLS, Manuel. **A sociedade em rede**. 17ª Ed. Tradução de Ronei de Venancio Majer. São Paulo: Paz e Terra, 2016.

DIGANGI, Samuel; LYNN, Theodore G.; ALHAKAMI, Ali. **The Arab Grid for Learning: A Model for System-Wide Resource Sharing and Services**. 17 mar. 2009. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1440137>>. Acesso em: 13 nov. 2017.

HANUSHEK, Eric A.; WOESSMANN, Ludger. The Role of Education Quality for Economic Growth. **World Bank Policy Research Working Paper**, No. 4122, fev. 2007. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=960379>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

KAROLY, Lynn A. The Role of Education in Preparing Graduates for the Labor Market in the GCC Countries. In: **15th annual conference of the Emirates Center for Strategic Studies and Research on Education and the Requirements of the GCC Labor Market**, Abu Dhabi – EAU, 2010.

LIMA, Cida. Um Recente Movimento Político-Religioso: Feminismo Islâmico. **Estudos Feministas**, Florianópolis, 22(2): 304, mai-ago/2014.

MOURTADA, Racha; SALEM, Fadi. Citizen Engagement and Public Services in the Arab World: The Potential of Social Media. **Arab Social Media Report Series**, 6th edition, 54 pp, jun., 2014. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=2578993>>. Acesso em: 09 nov. 2017.

NAZ, Arab; DARAZ, Umar; KHAN, Waseem; HUSSAIN, Mohammad; KHAN, Qaisar. The Dormancy of Empowerment: An Analytical Study of Various Impediments to Women's Education in Khyber Pakhtunkhwa Province of Pakistan. **International Journal of Business and Social Science**, Vol. 2, No. 16, pp. 78-87, set. 2011.

OMONIYI, M.B.I. The role of education in poverty alleviation and Economic development: a theoretical perspective and counselling implications. **British Journal of Arts and Social Sciences**, Vol. 15, No. II, 2013. Disponível em: <http://www.bjournal.co.uk/paper/BJASS_15_2/BJASS_15_02_07.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2017.

OZTURK, Ilhan. The Role of Education in Economic Development: A Theoretical Perspective. **Journal of Rural Development and Administration**, Vol. XXXIII, No. 1, Winter, pp. 39-47, 2001. Disponível em: <<https://ssrn.com/abstract=1137541>>. Acesso em: 11 nov. 2017.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento Como Liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

_____. O Desenvolvimento Como Expansão de Capacidades. **Lua Nova**, n. 28-29, São Paulo, abril 1993.

TILAK, Jandhyal B. Education and its Relation to Economic Growth, Poverty, and Income Distribution: Past Evidence and Further Analysis. **World Bank Working Papers**, 46, 1989.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. **Arab Human Development Reports (AHDR): Building a Knowledge Society**. 2003.

LINHA II - CIDADANIA SOCIAL E ECONÔMICA

COMPARTILHAMENTO DE DADOS E PERSECUÇÃO DO CRIME DE BRANQUEAMENTO DE CAPITALS NO ÂMBITO DOS PARAÍSO FINANCEIROS

DATA SHARING AND THE PERSECUTION OF MONEY LAUNDERING IN THE TAX HAVENS

Anna Carolina Canestraro*

SUMÁRIO: Introdução. 1 Breves considerações sobre a criminalidade global e o branqueamento de capitais. 2 Paraísos financeiros. 2.1 Conceito e características. 2.2 Sigilo bancário: origem, conceito e abrangência. 3 Cooperação internacional e quebra do sigilo bancário. 3.1 Orientações internacionais, unidades de inteligência e modelos de listagem. 3.2 Auxílio direto, autoridades centrais e Mutual Legal Assistance Treaties. 4 Caso prático: compartilhamento de dados entre Estados Unidos e Suíça. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente estudo tem por objetivo analisar as dificuldades trazidas pelos paraísos financeiros quando na investigação do crime de branqueamento de capitais, isto é, em decorrência, principalmente, do sigilo bancário e consequente sigilo de identidade de sócios e investidores. Em sendo assim, a fim de se trazer uma resposta para essas dificuldades, o trabalho destaca as iniciativas no âmbito da Cooperação Internacional no sentido de haver uma relativização desse direito de sigilo para um consequente aumento no compartilhamento dessas informações, essenciais para o efetivo combate ao crime de branqueamento de capitais.

Palavras-chave: Paraísos Financeiros. Branqueamento de capitais. Cooperação Internacional.

ABSTRACT: *The present essay aims to analyze the difficulties presented by the “tax havens” in the money laundering investigations, namely, most of all because of bank confidentiality and the consequent secrecy of shareholders and investors. Therefore, looking for an answer to these difficulties, the article highlights the initiatives in the framework of international cooperation in an effort to relativize this confidentiality right with the consequent increase of the data sharing, which is essential for the effective persecution of the money laundering.*

Keywords: *Tax havens. Money laundering. International cooperation.*

INTRODUÇÃO

A questão que se propõe abordar com o presente estudo diz respeito a como realizar o compartilhamento de dados em matéria de crime de branqueamento de capitais quando no âmbito de um paraíso financeiro¹. Questão esta que parte da problemática relacionada ao encaminhamento

* Mestranda em Direito pela Universidade de Coimbra, bacharel pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Advogada.

Artigo recebido em 06/09/2017 e aceito em 23/03/2018.

¹ Desde já, afirma-se que será utilizado, no presente trabalho, o termo paraíso financeiro em lugar do termo paraíso fiscal e isto pois os paraísos, como será verificado, não englobam apenas incentivos quanto ao pagamento de impostos, mas também, e principalmente, um conjunto de proteção e benefícios a nível financeiro (RAMOS, 2005, p.277).

Como citar: CANESTRARO, Anna Carolina. Compartilhamento de dados e persecução do crime de branqueamento de capitais no âmbito dos paraísos financeiros.

Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 22, n. 35, p. 135 jan/jun.

Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>

de valores de pessoas jurídicas ou singulares para contas situadas em paraísos financeiros e que podem pertencer, dentre outros, a políticos, líderes mundiais e a inúmeras outras posições mundialmente influentes, tal qual observado no escândalo do *Panamá Papers*².

De fato, o que se verifica seria uma tentativa de se dissimular a origem dos proventos ilícitos de um crime antecedente³ por meio de transações e contas criadas em locais com nula ou mínima regulação⁴. Diante de tal cenário, o presente trabalho busca justamente demonstrar as dificuldades de se desenvolver o *follow the money* típico da persecução do crime de branqueamento de capitais e trazer um possível e eficaz método de combate a ser aplicado no contexto de um paraíso financeiro.

Para tanto, pretende-se abordar, em um primeiro momento, os conceitos de criminalidade global e branqueamento de capitais, bem como algumas características e preocupações internacionais; em seguida, busca-se definir o conceito de paraíso financeiro (apesar de não ser uníssono) e seus elementos, destacando-se o sigilo bancário e o anonimato. Na sequência, analisaremos as orientações internacionais que demonstram a preocupação internacional com o compartilhamento de dados e, por fim, um importante caso ocorrido entre Suíça e Estados Unidos no qual se demonstra a importância dos Tratados Internacionais para o efetivo compartilhamento de dados no âmbito dos paraísos financeiros.

² “É o nome dado a um escândalo de corrupção que foi descoberto através de 11,5 milhões de documentos a que o jornal alemão ‘Süddeutsche Zeitung’ e o Consórcio Internacional de Jornalistas de Investigação (CIJI), onde se inclui o Expresso, teve acesso devido a uma fuga de informação na sociedade de advogados Mossack Fonseca, sediada no Panamá. Daí o nome Panamá Papers [...] os documentos expõem como companhias offshore criadas por essa sociedade de advogados para entidades ligadas a 12 antigos e atuais líderes mundiais, desviaram dinheiro e fugiram ao fisco ao colocar dinheiro em 21 dos destinos mundiais onde se podem criar estas offshores que são, na prática, estruturas empresariais que servem de fachada e são, na realidade, usadas para esconder patrimônio e dinheiro” (BAPTISTA, 2016).

³ Ressalta-se que não é um objetivo do presente trabalho tratar da discussão a respeito das classificações dos crimes antecedentes, valendo apenas citar que não há, apesar das orientações do GAFI (Grupo de Ação Financeira), uma real harmonização sobre quais seriam as condutas tipificadas. E, apenas para não se fugir da questão, o Brasil, por exemplo, considera como crime antecedente qualquer infração penal (abrangendo, portanto, crime e contravenção penal), enquanto outros países, tal como Portugal, consideram como crimes antecedentes apenas os crimes graves (puníveis com uma pena privativa de liberdade com duração máxima superior a um ano ou, nos estados em que o sistema jurídico prevê limites mínimos de pena, os crimes puníveis com pena de prisão superior a 06 meses) constantes do catálogo. Nesse sentido: BADARÓ; SARCEDO; BOTTINI, 2013 e RODRIGUES, 2014.

⁴ No mesmo sentido, ZARAGOZA AGUADO apud BLANCO CORDERO, 2002. p. 57 e ASSUNÇÃO, 2009, p.123.

Desta forma, opta-se, no presente trabalho, por se utilizar o método dedutivo, tendo como premissas gerais as doutrinas e orientações internacionais e as aplicando, ao fim, a um caso concreto no âmbito internacional, com o intuito de se validar a hipótese da eficácia da cooperação internacional no combate ao branqueamento de capitais.

1 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A CRIMINALIDADE GLOBAL E O BRANQUEAMENTO DE CAPITAIS

O crime de branqueamento de capitais surge dentro do contexto de uma criminalidade global, isto é, uma nova criminalidade decorrente da globalização. E é assim justamente porque esse crime surge em decorrência da troca instantânea de informações, tecnologias e, principalmente, dinamicidade nas transações bancárias.

De fato, dentro do contexto que hoje se verifica, é possível encaminhar, via internet, grandes quantias entre diferentes países sem que seja necessária a utilização de qualquer instituição financeira. Um grande exemplo da dinamicidade dessas transações é a denominada *criptomoeda*, “meio de câmbio paralelo” que circula exclusivamente pela internet, sem qualquer instituição financeira, e chama atenção (e interesse) justamente por sua dificuldade em ser rastreada⁵.

Ocorre, no entanto, que essa dinamicidade fez com que se trouxessem também algumas dificuldades na questão do controle desse fluxo de dinheiro, isto é, aproveitando-se das vantagens desse novo espaço mundial, foi criada uma nova delinquência contra os interesses financeiros da comunidade, fundamentada em elementos tais como a organização, transnacionalidade e poder econômico (SILVA SANCHEZ, 2011, p. 90).

Criaram-se, assim, zonas de livre comércio em que se produzem uma permeabilização econômica das fronteiras e redução de controles financeiros (RODRIGUES, 2008, p. 352), alcançando-se com isso a criação de um ambiente muito propício para o cometimento de crimes e dissimulação de vantagens indevidas.

⁵ Apesar de as legislações atuais que tratam de branqueamento de capitais não se dirigirem a transações suspeitas realizadas a partir de criptomoedas, mas sim a operações realizadas a partir de instituições financeiras ou equiparadas, interessante ressaltar que “os recicladores mais perigosos operam com dinheiro ‘virtual’, que não tocam e do qual frequentemente não conhecem com exatidão nem a propriedade nem a proveniência” (ZANCHETTI apud MAIA, 2004, p.39); de fato, a moeda, em 2014, chegou a ser proibida na Rússia sob “a alegação de que seria um instrumento para lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo” (AKAMINE; MACHADO; ZACKSESKI, 2017).

No específico caso do branqueamento de capitais, o GAFI (Grupo de Ação Financeira) (FATF-GAFI), seguido pela doutrina majoritária, o classifica em três fases, quais sejam: I. inversão/colocação (*placement*) do capital de procedência ilícita no sistema econômico ou financeiro; II. confusão/dissimulação (*layering*) da origem do capital a partir de diversas operações financeiras a fim de desassociá-lo da conduta criminosa antecedente; e III. integração/utilização (*integration*) desses valores já com aparência de legalidade (ABEL SOUTO, 2001, p. 17 e ss.)⁶.

Dentre as três fases, seria justamente no momento da colocação do capital de procedência ilícita no sistema econômico que o agente estaria mais vulnerável (MACHADO, 2015, p. 37), daí as várias orientações do GAFI para que os sistemas bancários conheçam a identidade e a rotina de seus clientes, a fim de identificar e comunicar atividades suspeitas na fase da colocação; operação esta conhecida como “*know your client/costumer*”.

A despeito, no entanto, da problemática quanto às condutas criminalizadas em cada uma das três fases⁷, para o objetivo do presente trabalho, em razão do recorte nos paraísos financeiros, tratar-se-á do crime de branqueamento em especial sob as suas vertentes de “ocultação” e “dissimulação”, tendo-se em vista as facilidades trazidas por esses locais para aplicação e transferência de capital principalmente sob sigilo bancário, anonimato e com reduzida, ou nula, regulamentação.

E no que tange a esses dois momentos, a ocultação e a dissimulação, ocupa um papel de destaque a utilização do mercado financeiro internacional, uma vez que se o provento ilícito ficasse apenas dentro do mercado interno, facilitaria muito o seu rastreamento (VILARES, 2014).

De fato, de acordo com Alamiro Velludo (2013), as características do crime de branqueamento são: 1) a internacionalização, 2) ocorrer dentro

⁶ Grupo internacional criado em 1989 pelo então G7 com o objetivo de desenvolver e promover estratégias de luta contra o branqueamento de capitais. Atualmente, o GAFI exerce suas funções por meio de suas 49 recomendações e relatórios anuais, nos quais avaliam os países e “sentenciam” novas recomendações (VERVAELE, 2016). No mesmo sentido: BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 32-33. e BLANCO CORDERO, 2002, p. 62-79.

⁷ A respeito dessa problemática, salienta-se que Portugal, até 2004, punia o branqueamento quando se tratava da mera utilização (terceira fase) e, no entanto, a partir da alteração do Código Penal, foi abolida a alínea que trazia tal disposição por se considerar que quem meramente se utiliza dos proventos do crime não retrataria um grau de periculosidade que justificasse uma incriminação autônoma do branqueamento de capitais. O Brasil, por outro lado, ainda pune essa fase, conforme se verifica no Art. 1, § 2º da Lei 9.613/98 (alterada pela Lei nº 12.683/2012) quem: “I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal” (BRASIL, 2012); sobre o tema RODRIGUES, 2014.

de uma criminalidade organizada, com 3) atividade delitiva constante e 4) gradativo avanço de profissionalização e especialidade.

Assim, trazendo o problema para uma criminalidade organizada internacional, de práticas delitivas constantes e agentes especializados, é de se destacar a necessidade de união de esforços entre estados para se defender um interesse em comum, qual seja: o combate a essa criminalidade organizada (SOUZA, 2008, p. 300).

Deste modo, tem-se na Cooperação Internacional um dos mais efetivos mecanismos para se unir os esforços necessários ao combate dessa criminalidade transfronteiriça e isto principalmente no que diz respeito ao compartilhamento de dados entre Estados. Isto é, uma vez que um Estado apenas tem soberania sobre o seu próprio território, essencial que conte com o auxílio de um território estrangeiro para conseguir dados essenciais à sua investigação e à persecução de crimes que se encontrem em outro Estado.

No entanto, a despeito dessa necessidade de cooperação internacional e troca de informações entre Estados para um efetivo combate ao crime de branqueamento de capitais, verificam-se os Paraísos Financeiros, caracterizados pelo sigilo bancário e anonimato.

2 PARAÍÇOS FINANCEIROS

2.1 Conceito e características

Os paraísos financeiros podem ser entendidos como sendo aqueles territórios que atribuem a pessoas físicas ou jurídicas vantagens fiscais mais benéficas com relação ao seu país de origem. Possuindo como característica a ausência de cooperação na troca de informações, esses paraísos dispõem de sigilo bancário, falta de controle de câmbio e diversas facilidades para a constituição de administração de sociedades (MORAIS, 2006, p. 1188; TÔRRES, 2001).

De fato, seria justamente por suas características de facilitação para as operações econômicas, nula ou mínima regulação e controle, desinteresse na origem dos bens objeto das operações e opacidade que as rodeiam, que esses paraísos se tornam a melhor escolha para aqueles que buscam ocultar ou dissimular a origem ilícita de bens (ASSUNÇÃO, 2009, p. 123).

Isto é, tais locais se mostram como a escolha mais eficiente para aqueles que buscam impedir a detenção e perda dos proventos pelas

autoridades de administração da justiça para então reinvesti-los, seja na economia lícita, seja em outras atividades ilícitas rentáveis (Ibidem, p. 123).

Por fim, há de se destacar que apesar do mínimo controle e desinteresse pela origem desses proventos por parte dos paraísos financeiros, em contrapartida, estes territórios se destacam por seu máximo controle e defesa quanto ao sigilo bancário. De fato, esse seria, ao lado da busca pelo anonimato, uma das grandes razões para que os paraísos fiscais sejam procurados, isto é, justamente pela proteção do capital mediante depósitos em países que garantem a proteção do sigilo bancário (MARQUES apud DAL POS, 2007, p. 85-86).

2.2 Sigilo Bancário: origem, conceito e abrangência

No que tange à proteção do sigilo bancário, destaca-se que a Suíça é um dos mais conhecidos paraísos financeiros do mundo e há inclusive quem defenda que a sua origem remonta ao período de ascensão de Adolf Hitler ao poder, isto é, devido à necessidade de se proteger os depositantes judeus que ali faziam os seus depósitos (RAMOS, 2005, p. 279)⁸.

Quanto à natureza jurídica, são várias as teorias que buscam explicar a origem deste dever de sigilo⁹, mas mais importante do que saber se tem origem contratual, profissional, consuetudinária, etc., para o objetivo desse trabalho, é saber a sua definição e o seu limite.

Assim, o sigilo bancário pode ser entendido como:

⁸ No entanto, apesar de os bancos Suíços afirmarem que fizeram do segredo bancário um santuário inviolável para proteger os ativos judaicos da ganância nazista, há quem entenda que teria sido este um ato mais de interesse em proteger seus próprios benefícios. Hipótese esta que acaba por ser confirmar diante da atitude dos bancos em, anos depois, se utilizarem deste mesmo sigilo bancário para se recusarem a devolver aos sobreviventes do holocausto e a seus herdeiros os fundos que mantinham em seus cofres desde a guerra (CHAVAGNEUX; PALAN, 2012, p. 27).

⁹ Dentre elas, destacam-se as teorias contratualista (a partir da qual a responsabilidade estaria inspirada nos usos, costumes e na boa-fé dos contratos comerciais); do direito à privacidade (no qual o sigilo bancário integraria o direito à privacidade, contido nos direitos da personalidade); consuetudinária (no qual o dever de sigilo surge como um costume adotado nessas espécies de negócios financeiros, isto é, pautado na confiança recíproca); da boa-fé (no qual o sigilo bancário seria uma decorrência lógica do caráter fiduciário da atividade bancária, fundado na boa-fé ou dever de lisura); do sigilo profissional (no qual representaria uma espécie de sigilo profissional); da intimidade dos bancos (na medida em que as instituições têm interesse legítimo em impedir que terceiros tomem conhecimento de todos os fatos relacionados à movimentação financeira de seus clientes); da complexidade do vínculo: de forma que uma parte contratante não pode causar danos à outra. Nesse sentido: OLIVEIRA; FILIZZOLA; BAPTISTA, 2014. p.5 e ss.

...la obligación impuesta a los bancos de no revelar a terceros, sin causa justificada, los datos referentes a sus clientes que lleguen a su conocimiento como consecuencia de las relaciones jurídicas que los vinculan (MALAGARRIGA, 1970, p. 15)

E a introdução do sigilo bancário foi em muitos aspectos positiva para garantir que os assuntos financeiros de cada pessoa estivessem convenientemente protegidos. Além de ser uma segurança para o investidor, é interessante também para o próprio paraíso financeiro, uma vez que gera confiança na população e resguarda interesses coletivos no bom funcionamento do sistema financeiro nacional. De fato, poderia ser visto inclusive como uma proteção ao sistema de crédito, atendendo, assim, uma função pública (MARTINS, 2001, p. 448-457).

Ocorre que quando pensado em um contexto de paraíso financeiro, a proteção do sigilo é tratada como uma prioridade; de fato, é protegida ao extremo. E, desta forma, acaba oferecendo uma vantagem para quem pretenda refugiar-se na confidencialidade para salvar seus investimentos, seja qual for a procedência.

Nesse sentido, o sigilo bancário acabou abrindo portas para atividades delitivas e/ou fraudulentas que se tornaram mais difíceis de se combater em decorrência da opacidade dessas contas (ESPAÑA ALBA, 2016, p.257). E diante da prática cada vez mais recorrente em se utilizar tal recurso para ocultar crimes – ou os proventos de práticas criminosas –, verifica-se cada vez maior a necessidade e tendência de se flexibilizar esse direito ao sigilo (OLIVEIRA; FILIZZOLA; BAPTISTA, 2014, p. 374).

E cabe-nos aqui a pergunta: o que justifica a maior defesa do interesse persecutório do Estado no caso do crime de branqueamento de capitais frente a proteção ao direito ao sigilo bancário?

Em primeiro lugar, mister se faz recordarmos dos ensinamentos de Maria João Antunes sobre as três finalidades essenciais do processo penal, quais sejam, a realização da justiça e a descoberta da verdade material, o restabelecimento da paz jurídica e a proteção perante o Estado dos direitos fundamentais (ANTUNES, 2016, p. 14).

Essas finalidades, contudo, não são integralmente harmonizáveis e, assim, defende-se que diante de um conflito entre a proteção dos direitos fundamentais e as demais finalidades do processo, como é o caso em tela, deve-se seguir pela via que represente a menor restrição possível ao direito fundamental tutelado¹⁰.

¹⁰ No mesmo sentido: JANUÁRIO, 2018, 450.

E, nesse sentido, seria uma eventual limitação do sigilo bancário a menor restrição possível dos direitos e garantias fundamentais no âmbito da persecução do crime de branqueamento de capitais?

Considerando-se a periculosidade e as graves consequências dessa nova e desenvolvida criminalidade¹¹ e a partir da análise das políticas criminais atuais de combate à delinquência econômica – que, na contramão dos crimes ditos por “comuns” ou de “primeira” ou mesmo “segunda velocidade”¹², vem tomando cada vez mais espaço e preocupação do Estado¹³ – a resposta nos parece positiva.

De fato, ao nosso ver, a restrição do direito ao sigilo bancário representaria sim uma menor restrição possível diante das dificuldades da persecução do crime de branqueamento de capitais – ainda mais quando acompanhado do contexto de pouca ou nula regulação dos paraísos financeiros –, tendo-se em vista sua complexidade, internacionalidade e o profissionalismo/especialidade de seus agentes.

No entanto, ainda que não absoluto, sua flexibilização deve ser uma exceção e, neste sentido, fala-se que devem restar indubitavelmente demonstrados na investigação do caso concreto o interesse público, interesse da justiça e o interesse social (OLIVEIRA; FILIZZOLA; BAPTISTA, 2014, p. 375; MARTINS, 2001, p. 457), impedindo deste modo que o segredo se torne um entrave para as investigações criminais e permita a construção dos denominados “paraísos jurídico-penais” (SILVA SANCHEZ, 2011, p. 92).

Assim, tendo-se em vista a proteção desse direito, no Brasil há a necessidade de que essa quebra de sigilo seja feita pela autoridade judicial

¹¹ Com potencialidade para mergulhar todo o planeta em uma gravíssima recessão econômica, conforme visto com os grandes escândalos financeiros, em especial a Crise dos Subprimes, de 2008, cujos reflexos são sentidos ainda hoje (SARCEDO, 2016, p. 25).

¹² “Una primera velocidad, representada por el Derecho penal «de la cárcel», en el que habrían de mantenerse rigidamente los principios político-criminales clásicos, las regla de imputación y los principios procesales; y una segunda velocidad, para los casos en que, por no tratarse ya de la cárcel, sino de penas de privación de derechos o pecuniarias, aquellos principios y reglas podrían experimentar una flexibilización proporcionada a la menor intensidad de la sanción. La pregunta que hay que plantear, en fin, es la de si puede admitirse una «tercera velocidad» del Derecho penal, en la que el *Derecho penal de la cárcel concurre con una amplia relativización de garantías político-criminales, reglas de imputación y criterios procesales* (...) un Derecho penal de la «tercera velocidad» existe ya, en amplia medida, en el Derecho penal socio-económico”, SILVA SANCHEZ, 2011. p.183.

¹³ Em sentido semelhante: ROXIN, 2006, p. 27-28.

competente, até para evitar uma banalização desse mecanismo¹⁴. E ainda naqueles países em que não se optou pela necessidade de uma autorização judicial, tal como a Itália, vale frisar que, ainda que se permita a quebra do sigilo bancário para fins penais, o acesso permanece restrito às partes interessadas, não podendo ser divulgado à terceiros.

¹⁴ Embora se encontre previsão na nova redação da Lei de Lavagem brasileira (Lei 12.683/2012), em seu artigo 17-B, a possibilidade de a autoridade policial e o Ministério Público terem acesso, *exclusivamente*, aos dados cadastrais do investigado independentemente de autorização judicial, é de se frisar que tal exceção diz respeito a apenas e tão somente aos dados cadastrais que, conforme a dita lei, se referam à “qualificação pessoal, filiação e endereço” (BRASIL, 2012), ficando excluídos, portanto, dados como “data de abertura da conta corrente ou de início de utilização do cartão de crédito, a identificação das contas correntes de origem e de destino de operações financeiras, as datas e valores de tais operações, (...) volume total de movimentação financeira”; ficando todos estes dados ainda protegidos pelo sigilo bancário, estando o seu acesso sujeito a prévia autorização judicial (BADARÓ; BOTTINI, 2016, p. 425-426). A Lei de Sigilo Bancário (Lei Complementar 105/2001), em seu artigo 1º, §3º, I e II também fala em informações cadastrais.

3 COOPERAÇÃO INTERNACIONAL E QUEBRA DO SIGILO BANCÁRIO

3.1 Orientações internacionais, unidades de inteligência e modelos de listagem

No caso do branqueamento de capitais, como já destacavam as Nações Unidas na Convenção de Viena de 88¹⁵ (que foi um importante marco no combate ao branqueamento de capitais), em muitos casos, o sigredo bancário é utilizado com o fim de se burlar a cooperação e obstruir o fornecimento de informação entre Estados.

Diante disto, dentre as recomendações do GAFI¹⁶, encontra-se, na recomendação de nº37, que dispõe sobre a Assistência Legal Mútua, a orientação de que os países não podem se recusar a executar uma solicitação de assistência legal mútua baseando-se em leis que exigem do sistema financeiro o sigredo e a confidencialidade.

No mesmo sentido, a Diretiva 91/308/CE (CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS, 1991) afirma em seus considerandos que para que se tenha uma forma mais eficaz de se realizar a cooperação internacional faz-se necessário que o sigilo bancário seja levantado e que se tenha um sistema obrigatório de comunicação das transações suspeitas a fim de se garantir que as informações sejam transmitidas às referidas autoridades.

Igualmente, fala-se que:

... a defesa do sistema financeiro contra o branqueamento de capitais é uma tarefa que não pode ser levada a bom termo pelas autoridades responsáveis pela luta contra este fenómeno sem a cooperação dos estabelecimentos de crédito e outras instituições financeiras e das respectivas autoridades de fiscalização (Idem).

¹⁵ Embora a Convenção de 88 ainda relacionasse o crime de branqueamento de capitais diretamente com o crime de tráfico de drogas, fala-se na importância da flexibilização do sigilo bancário ao menos em dois momentos. Isto é, quando trata de Confisco “Art.5º, 3 - A fim de aplicar as medidas mencionadas neste Artigo, cada Parte facultará seus tribunais ou outras autoridades competentes a ordenar a apresentação ou o confisco de documentos bancários, financeiros ou comerciais. As partes não poderão negar-se a aplicar os dispositivos do presente parágrafo, alegando sigilo bancário” e, na sequência, ao tratar da Assistência Jurídica Recíproca: “Art.7º,5 - As Partes não declinarão a assistência jurídica recíproca prevista neste Artigo sob alegação de sigilo bancário” (BRASIL, 1991).

¹⁶ Vide nota n. 6.

Assim, a transposição das diretivas comunitárias sobre a prevenção do branqueamento teve por efeito a criação, para determinados agentes econômicos e grupos profissionais, do dever de colaboração com as autoridades (CAEIRO, 2003, p. 1120), isto é, impõe-se determinadas obrigações de informação e colaboração às entidades financeiras em relação às operações que possam ser utilizadas para o branqueamento de capitais (ESPAÑA ALBA, 2016, p. 237).

Nesse sentido, tem-se as Unidades de Informação Financeira (UIF), isto é, agências de inteligência criadas ao redor do mundo¹⁷ (atualmente há mais de 100 UIFs em funcionamento) e que, reunidas em Grupo (Grupo Egmont, criado em 1989) buscam estabelecer melhores mecanismos de prevenção e controle do crime de branqueamento de capitais a partir do compartilhamento de informações financeiras (CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – COAF, 2015, p. 13).

Para tanto, as UIFs recebem essas informações do sistema financeiro (por meio daqueles que detém o dever de comunicação) e, além de compartilhar informações com UIFs de diferentes Estados (a fim de que, juntos, estabeleçam mecanismos de prevenção e controle do crime de branqueamento de capitais), encaminham as suspeitas às autoridades competentes (policiais e judiciais) para que se dê início um procedimento criminal (Idem).

Fala-se, portanto, que é essencial, para o combate ao crime de branqueamento de capitais, essa comunicação entre UIFs e autoridades competentes para que se tenha um efetivo combate ao crime de branqueamento de capitais por meio da proteção dos setores financeiros e comerciais a partir de um maior intercâmbio de informações financeiras, a fim de se viabilizar ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de proventos ilícitos.

No que tange à exclusiva questão do sigilo bancário, a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) o considera como sendo uma prática fiscal desleal na medida em que dificultaria o exercício dos controles à propriedade e movimentos de capitais, resultando em condições favoráveis para a evasão fiscal (ESPAÑA ALBA, 2016, p. 74).

¹⁷ No Brasil, a unidade de inteligência financeira, o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras), foi criado por força da primeira redação da Lei de Lavagem (Lei 9.613/1998) e, segundo o artigo 14, tem a finalidade de “disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades” (BRASIL, 1998).

Assim, na tentativa de se prevenir práticas de “concorrência fiscal prejudicial” e tentando acompanhar as iniciativas ao combate da criminalidade transnacional (ASSUNÇÃO, 2009, p. 121), a OCDE elaborou, em 1998, um relatório intitulado “*Harmful Tax Competition: an emerging global issue*” com uma série de recomendações visando o combate daquilo que entende ser uma concorrência fiscal prejudicial (MORAIS, 2006, p. 1198).

Neste sentido, o documento manifesta uma censura às práticas fiscais desleais fazendo recomendações aos Estados, que devem “remover, rever e refrear” os regimes fiscais preferenciais (ASSUNÇÃO, op. Cit., p. 126). Inclusive, pede-se para que os Estados que tenham laços políticos ou econômicos com paraísos fiscais usem de sua influência para que ponham fim às suas práticas de concorrência fiscal prejudicial (Idem).

Na sequência, a OCDE, utilizando-se de critérios específicos (tributação nula ou mínima; inexistência de efetivo intercâmbio de informações; falta de transparência no âmbito normativo e administrativo, e; ausência de atividades econômicas substanciais) (ASSUNÇÃO, 2009, p. 126), publica uma lista na qual identificam territórios que realizariam práticas fiscais desleais, chamando-os, deste modo, de *não cooperantes*.

E pretendendo-se criar um sistema de transparência e de troca de informações de forma efetiva viu-se a necessidade de serem previstas sanções aos países não cooperantes, abrindo-se espaço às denúncias pelos países membros das Convenções, restrição das deduções de pagamentos efetuados a entes domiciliados em paraísos fiscais e aplicação de regimes específicos em matéria de preços de transferência e de subcapitalização (Ibidem, p. 127).

Na sequência, no ano de 2000, com a Declaração de Okinawa, apela-se no sentido de serem reforçados os canais de cooperação no combate ao branqueamento de capitais e, mais uma vez, pede-se atenção aos Estados quando na realização de operações com os territórios “não cooperantes” (Ibidem, p. 130).

Como resultado, foram encaminhados convites aos paraísos fiscais para que derrubassem seus regimes fiscais nocivos, sendo que, a partir desse “convite”, segundo o site da OCDE, 33 territórios teriam assumido tal compromisso e, portanto, passaram a constar da denominada lista branca (paraísos fiscais cooperantes), enquanto apenas 5 (dentre eles: Andorra, Libéria, Liechtenstein e Mônaco) constariam na lista negra de países não cooperantes (MORAIS, 2006, p. 1199).

Na sequência, o relatório de progresso, de 2004, registra que dos 47 regimes existentes nos países membros da organização, classificados no relatório de 2000 como geradores de concorrência fiscal prejudicial, 18 teriam sido abolidos ou estariam em fase de abolição e 13 teriam sido reavaliados, não devendo ser mais considerados como “prejudiciais”.

Esse modelo de listagem é ainda hoje utilizado pela OCDE para exercer pressão sobre os territórios “não cooperantes”. E, até o ano de 2010, a OCDE se utilizava da denominada lista negra, isto é, uma lista composta por jurisdições que não respeitavam os padrões internacionais. No entanto, em 2010, após a exclusão do Uruguai, Costa Rica, Malásia e Filipinas, foi posto fim à lista negra (OCDE ACABA COM LISTA NEGRA DE PARAÍSOIS FISCAIS, 2010).

Atualmente, a OCDE faz uso principalmente da chamada lista cinza, isto é, constituída por países que se comprometeram com as regras internacionais, mas não as adotaram de forma substancial (LISTA NEGRA, LISTA BRANCA, LISTA CINZA... ONDE ESTÁ O VATICANO E POR QUÊ?, 2015).

No entanto, apesar de excluída a lista negra, o G-20, após reunião realizada em setembro de 2016 (três meses depois do escândalo conhecido como Panamá Papers¹⁸), apontou novamente para a necessidade de uma lista negra, e, nesse sentido, encarregaram a OCDE de preparar até julho/2017 uma nova lista, na qual deverão constar os territórios que não “progrediram para atingir um nível satisfatório de aplicação de normas internacionais reconhecidas sobre a transparência fiscal” (G20 PEDE À OCDE UMA LISTA NEGRA DE PARAÍSOIS FISCAIS, 2016).

Vale dizer que, na mesma reunião, o Diretor do Centro de Política e de Administração fiscal da OCDE, Pascal de Saint-Amans, afirmou que “mais que nunca, a luta contra os paraísos fiscais é uma prioridade do G20” (Idem).

Apesar de a OCDE atualizar anualmente suas listas, esse modelo de listagem acabou sendo copiado pelos outros estados e, atualmente, cada país conta com a sua própria lista de “Paraísos Fiscais”, conceituando-os de acordo com os seus interesses. O risco, no entanto, do expansionismo dessas listas é que, em não havendo uma harmonização, diminui-se a pressão para que um território deixe de ser um paraíso fiscal “não cooperante”.

Dito de outra forma, se houvesse uma harmonização quanto aos requisitos caracterizadores do paraíso fiscal, a pressão para que esses

¹⁸ Vide nota n. 2.

territórios diminuíssem o rigor de seu sigilo bancário e cooperassem internacionalmente seria maior e mais efetiva caso viesse de todos os outros Estados (apoiados pela OCDE) do que por apenas um ou outro Estado.

Reforçando a necessidade dessa cooperação entre os Estados, tem-se, ainda em 2000, a Convenção de Palermo, que com o objetivo de promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional¹⁹, prevê, nos mesmos termos da Convenção de Viena, que os países membros não poderiam se utilizar do sigilo bancário como justificativa para não cooperarem²⁰.

Desta forma, a partir dos anos 2000, a pressão internacional para que se efetivasse a cooperação internacional ganhou papel de destaque. E, no entanto, percebeu-se que, diante da disseminação dos crimes transnacionais, os mecanismos clássicos de cooperação jurídica internacional eram ineficientes (CONSELHO DE CONTROLE..., 2015, p. 13), principalmente em decorrência de sua burocratização (normalmente por vias diplomáticas) e lentidão.

Assim, para fazer jus a essa nova demanda, os Estados verificaram a necessidade de se criar mecanismos mais avançados e que viabilizassem a cooperação jurídica, preservando-se, ao mesmo tempo, sua celeridade e segurança (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA, DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL, 2012, p. 18). Nesse sentido, após muita pressão internacional, alguns paraísos financeiros passaram a introduzir em suas legislações mecanismos que permitem o levantamento do segredo bancário por meio daquilo que se convencionou chamar de auxílio direto.

Tal como ocorre no sistema brasileiro, a cooperação via auxílio direto diferencia-se de outros mecanismos (tais como a carta rogatória) na medida em que as autoridades brasileiras não precisam proferir o *exequatur* ou homologar um ato jurisdicional estrangeiro. Assim, por esse mecanismo, as autoridades brasileiras tomam conhecimento dos fatos pela

¹⁹ “Art.1:O objetivo da presente Convenção consiste em promover a cooperação para prevenir e combater mais eficazmente a criminalidade organizada transnacional” (BRASIL, 2004).

²⁰ “Art.18, 8: Os Estados Partes não poderão invocar o sigilo bancário para recusar a cooperação judiciária prevista no presente Artigo” (BRASIL, 2004).

autoridade requerente e então proferem uma decisão como se nacional fosse (Ibidem, p. 24).

3.2 Auxílio direto, autoridades centrais e *mutual legal assistance treaties*

O auxílio direto, portanto, se refere a um modelo de cooperação por meio do qual os pedidos podem ser diretamente remetidos pela autoridade interessada de um Estado à autoridade de outro Estado, não necessitando, para tanto, das vias diplomáticas. E podem ser objeto de pedido de auxílio direto uma vasta gama de atos, tais como: a obtenção de provas, oitiva de testemunha, localização de bens e indivíduos e, principalmente, quebra de sigilo bancário, fiscal e telemático (MINISTÉRIO DA JUSTIÇA..., 2012, p. 18).

Assim, a cooperação²¹ é realizada por meio das Autoridades Centrais (que, no caso do Brasil, na maioria dos casos²², é o DRCI – Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional e, no caso de Portugal, é a Procuradoria-Geral da República, por competência delegada do Ministério da Justiça).

Essas autoridades centrais são responsáveis por receber, analisar, adequar, transmitir e acompanhar o cumprimento dos pedidos de cooperação judiciária (CONSELHO..., 2015, p. 13), obedecendo, para tanto, os requisitos da lei do Estado requerido ou tratado que fundamenta o pedido.

No entanto, se houver reserva judicial, ela deverá ser respeitada. Ou seja, se houver tal reserva no Estado requerido, ainda que não a tenha o requerente, o pedido deverá ser encaminhado para apreciação da autoridade judicial competente. Agora, no caso de haver a reserva apenas no Estado

²¹ Em razão do recorte temático, não será tratado, no presente estudo, o auxílio direto no âmbito da União Europeia, e isto pois esse modelo de cooperação traz suas próprias especificidades e, para fazer jus à sua importância, seria necessário um trabalho à parte. No entanto, para um maior aprofundamento a respeito do auxílio direto no âmbito específico da União Europeia, ver: GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. *Guia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal*. Dezembro de 2011. Disponível em: <http://guiaajm.gddc.pt/emissao_pedido.html>. Acesso em: 20 de junho de 2017.

²² Apesar de o DRCI ser a principal autoridade central brasileira, outras convenções podem definir, a depender do caso, outras autoridades, tais como: Secretaria Especial de Direitos Humanos (conforme estipula a Convenção de Haia sobre Cooperação Internacional e Proteção de Crianças e Adolescentes em Matéria de Adoção Internacional) ou mesmo a Procuradoria Geral da República (Tratado de Auxílio Mútuo em Matéria Penal entre Brasil e Portugal e o Tratado de Assistência Mútua em Matéria Penal entre Brasil e Canadá).

requerente, e não no requerido, esta não precisará ser observada, e isto porque não pode o Estado requerente, salvo previsão em sentido diverso em tratado, pretender que o outro produza prova segundo as suas regras (MORO, 2010, p. 24).

No que tange especificadamente ao caso da quebra de sigilo bancário, o Brasil, por exemplo, exige a reserva judicial e isso porque, ainda que a quebra seja essencial para investigação e que a relativização do sigilo seja possível – e, a depender do caso, necessária –, por ser o sigilo bancário um direito fundamental, as garantias processuais ainda devem ser observadas²³.

Desta forma, a autoridade central brasileira, ao receber o pedido de quebra de sigilo por meio do auxílio direto, deverá encaminhá-lo para o juiz de primeira instância, que verificará os requisitos legais nacionais para conceder a autorização. Nesse sentido, há de se falar na existência de um auxílio direto judicial e outro administrativo, isto é, quando não necessita de uma autorização judicial (GIACOMOLLI; SANTOS, 2012, p. 111).

No entanto, se a cada novo pedido de cooperação houvesse a necessidade de encaminhá-lo para uma nova análise, o auxílio direto não atenderia sua função primordial, qual seja: permitir uma cooperação mais célere e, com isso, mais efetiva²⁴. E justamente por isso, os pedidos de auxílio mútuo são, em regra, alicerçados em tratados/acordos bilaterais, multilaterais ou regionais de troca de informações, que são os denominados *Mutual Legal Assistance Treaties*²⁵.

²³ Inclusive há de se chamar atenção que a Lei de Sigilo Bancário brasileira (LC 105/2001) prevê no artigo 1º como regra o sigilo das operações, trazendo nos §§3º e 4º do mesmo artigo as exceções; e, ainda assim, reafirma, no entanto, em seu §4º, a necessidade de autorização judicial ao dizer “a quebra de sigilo poderá ser decretada... em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial” (BRASIL, 2001); no mesmo sentido: MORAES, 2001, p.2-3. Há de se chamar atenção, ainda, que como exceção a esta reserva judicial se verificam os Relatórios de Inteligência Financeira (RIFs) – elaborados pelo COAF e que representam “o resultado das análises de inteligência financeira decorrentes de comunicações recebidas, de intercâmbio de informações ou de denúncias”. Os resultados aqui, quando indicarem a existência de fundados indícios de lavagem de dinheiro, serão encaminhados às autoridades competentes para instauração dos procedimentos cabíveis; no entanto, mesmo aqui, o conteúdo do RIF é protegido por sigilo constitucional, inclusive sujeito à LC 105/2001, e, quando encaminhados às autoridades competentes, serão também estes responsáveis pela preservação do sigilo (MINISTÉRIO DA FAZENDA, 2018).

²⁴ Diz-se efetiva pois, uma vez que o crime de branqueamento de capitais busca justamente dissimular a origem dos proventos ilícitos, a demora em se alcançar uma prova ou uma medida essencial ao processo, por certo, ocasionaria na perda desses proventos. Sendo importante lembrar aqui que o objetivo da criminalização dessa conduta é justamente o confisco desses proventos anteriores (RODRIGUES, 2014).

²⁵ Em português: Tratados de Assistência Jurídica Mútua.

Em sendo assim, os MLATs são justamente acordos entre governos que visam facilitar o intercâmbio de informações relevantes para uma investigação em andamento em pelo menos um dos Estados (ACCESS, online). Assim, por meio do acordo, os Estados podem estipular previamente qual será o procedimento a ser observado nos casos de cooperação.

Por meio desses tratados, os Estados poderão estipular normas que, inclusive, não constem no direito interno, isto é, desde que não o confrontem. Nesse sentido, o Brasil, já no seu artigo 1º do CPP, prevê: “*O processo penal rege-se-á, em todo território brasileiro, por esse Código, ressalvados: I- os tratados, as convenções e regras de direito internacional*”.

Assim, em havendo um tratado prévio de cooperação, permite-se que o auxílio direto cumpra a sua função no que tange à celeridade e eficiência e, além disso, permite-se uma maior segurança (na medida que se sabe de antemão o procedimento e as garantias que deverão ser respeitadas) (SOUZA, 2008, p. 323). Além disso, há de se falar que os tratados permitem que se alcance a cooperação entre países sem que se coloque em xeque suas soberanias, isto é, uma vez que ambos Estados teriam entrado em acordo, não tendo sido o texto este imposto a nenhum deles.

Importantes também os tratados na medida em que permitem uma maior dinamicidade para a cooperação internacional e isto pois, os Estados, ao terem uma certa liberalidade para estipular as regras a serem observadas, podem fazê-lo observando as especificidades dos relacionamentos entre cada Estado, podendo assim alterá-las conforme exigir o momento penal entre os estados²⁶⁻²⁷.

Vale frisar que inexistindo ajuste expresso entre os Estados, a cooperação ainda poderá ser realizada; no entanto, deverá ser baseada em uma promessa de reciprocidade por parte do requerente. E, nesse sentido, a autoridade central, ao receber um pedido de cooperação, verifica se há acordo internacional acerca do pedido de auxílio direto e, em não havendo, poderá pautar a cooperação na promessa de reciprocidade em casos análogos.

No entanto, uma vez que essa promessa de reciprocidade depende exclusivamente da liberalidade do Estado, isto é, não tendo sido estipuladas

²⁶ “Diversamente do que acontece com outras formas de cooperação internacional, o conteúdo do auxílio judiciário define-se através de uma fórmula aberta, susceptível de evoluir de acordo com as circunstâncias de tempo e lugar, decorrentes do grau de desenvolvimento das relações entre os Estados implicados, das possibilidades de cooperação reconhecidas pela legislação interna de cada Estado e da evolução das necessidades de cooperação internacional, em função da evolução do próprio fenômeno da criminalidade” (MARQUES, 1997, p. 47).

²⁷ Os MLATS dos quais o Brasil é signatário e os respectivos decretos podem ser acessados via: MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, online.

previamente as regras e garantias a serem observadas, esse modelo acaba por não trazer segurança ao procedimento; sendo preferível, neste sentido, o auxílio direito mediante tratado.

Ainda no sentido de se destacar a importância da transmissão de informações a nível internacional, a OCDE em 2013, com apoio político do G20, criou o denominado “Pacote BEPS” (Base Erosion and Profit Shifting Action Plan²⁸). Segundo o órgão, o BEPS “refere-se a estratégias de planejamento tributário que exploram lacunas e incompatibilidades nas regras tributárias para transferir artificialmente os lucros para locais baixos ou sem impostos, onde há pouca ou nenhuma atividade econômica” (OECD, online).

Assim, o “Pacote” fornece 15 ações que equipam os governos com instrumentos internacionais e nacionais para enfrentarem o “BEPS” e, assim, “promover um nível elevado de transparência que seja capaz de revelar o caminho percorrido por esse fluxo de capitais, bens, serviços e pessoas com o objetivo de frear a concorrência fiscal desleal e, acima de tudo, a fraude e a evasão fiscais” (MELO, 2017, p.166).

E apesar de pensado em um contexto mais voltado à proteção do sistema tributário, a transparência e a troca de informações que fundam o programa podem também trazer, por certo, reflexos em assuntos não propriamente tributários, como é o caso, por exemplo, do próprio branqueamento de capitais, vez que – ainda que com outro propósito, isto é, o de frear a concorrência desleal, a fraude e as evasões fiscais – também permitem revelar o caminho percorrido pelo fluxo de capitais, facilitando o *follow the money* e, portanto, a investigação também no

²⁸ Em português: Plano de Ação de Erosão e Transferência de Lucros.

âmbito do branqueamento²⁹. Assim, pode se mostrar muito importante também esse mecanismo para o intercâmbio de informações no âmbito da cooperação internacional, em especial quando os países ainda não tenham firmado ou aprovado o convênio multilateral (MELO, 2017, p. 166; 168).

Por fim, ressaltando mais uma vez a importância dos acordos internacionais, baseado nas recomendações do Pacote BEPS, em especial a Ação de nº12³⁰, a OCDE, em 2014, criou um acordo multilateral de troca de informações fiscais, o CRS (*Common Reporting Standard*), com o objetivo de combater a evasão fiscal e melhorar um *compliance* fiscal global. Para tanto, exige-se que as instituições financeiras forneçam dados pessoais e identifiquem o status fiscal de seus clientes (BRASIL ASSINA ACORDO DA OCDE PARA COMBATER PARAÍSO FISCAIS, 2016).

O Brasil assinou o CRS em outubro de 2016 e, diante disto, a Receita Federal brasileira poderá ter acesso às informações de pessoas físicas e jurídicas das mais de 100 nações já participantes do CRS. De acordo com a OCDE, a princípio, as informações poderão ser adquiridas por meio de solicitação ao país onde os ativos estão registrados, mas o que se objetiva é que se tenha o intercâmbio de informações automático a partir de 2018 (Idem).

²⁹ E com o intuito de preparar as legislações internas para esse novo modelo de controle internacional, muitos países, dentre eles o Brasil, implementaram leis de repatriação, analisadas pelo próprio GAFI, que permitem a possibilidade de ser feita uma “declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no País” (art. 1º da Lei 13.254/2016) (BRASIL, 2016). Importante chamar atenção, no entanto, que para incentivar a adesão ao Regime (Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária - RERCT), a lei prevê, em seu artigo 5º, §1º, que o aderente, desde que não já condenado por crimes relacionados à evasão de divisas, poderá ver extinta a punibilidade de crimes como evasão de divisas, sonegação fiscal e previdenciária, uso de documentos falsos, falsidade ideológica e, inclusive, lavagem de dinheiro - o que, ao nosso ver, seria um absurdo contrassenso, vez que a lei fala expressamente em “bens ou direitos de origem lícita”. E ainda que a lei não preveja extinção de punibilidade quanto ao crime de corrupção, essa hipótese também não pode ser descartada, vez que ainda não restou esclarecida a forma como deverá ser comprovada a licitude desses recursos (SUCHODOLSKI; POMMORSKY, online). De fato, há de se mencionar que já há casos investigados de executivos e gerentes de grandes companhias que se utilizaram do programa para ocultar valores adquiridos por corrupção alegando “que se tratavam de recursos auferidos com a venda de imóveis” (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2017, online).

³⁰ “A Ação 12 contém recomendações sobre o desenho de regras obrigatórias de divulgação para esquemas agressivos de planejamento tributário, levando em consideração os custos administrativos para as administrações tributárias e os negócios e aproveitando as experiências do crescente número de países que possuem tais regras” (OECD. *Ações BEPS*, online).

Por fim, uma vez analisada a relevância dos tratados internacionais, bem como a gravidade da persecução da criminalidade financeira, em especial do branqueamento de capitais, e as dificuldades originadas pelo contexto dos paraísos financeiros, cumpre-nos agora fazer a exposição e análise de um caso em concreto que, justamente, demonstra a importância de tais acordos também para esse contexto; elegendo-se, para tanto, um emblemático caso ocorrido entre os Estados Unidos e o banco Suíço.

4 CASO PRÁTICO: COMPARTILHAMENTO DE DADOS ENTRE ESTADOS UNIDOS E SUÍÇA

De antemão, salienta-se que a escolha pelos países (Estados Unidos e Suíça) não foi aleatória. De fato, escolheu-se a Suíça por ser um país que, conforme anteriormente dito, se destaca no que tange à proteção do sigilo bancário, e, por outro lado, escolheu-se os Estados Unidos por ser este o país que se destaca na luta contra o branqueamento de capitais e corrupção; sendo, nesse sentido, o país mais desenvolvido no sentido da elaboração dos MLATs³¹.

O caso, que ficou conhecido como IRS x UBS, teve início quando um ex-banqueiro do Banco Suíço UBS admitiu perante a corte federal da Flórida que os empregados da UBS teriam auxiliado alguns clientes norte-americanos a ocultar ativos mantidos fora do país por meio da criação de entidades falsas (UBS E GOVERNO..., 2009).

Diante dessa denúncia, o Departamento de Justiça norte-americano, acionado pelo IRS (*Internal Revenue Service* – a Receita norte-americana), solicitou à corte federal em Miami, em junho de 2008, que fossem requisitadas, junto ao banco suíço UBS, as informações sobre 52 mil conjuntos de dados confidenciais de clientes que poderiam estar utilizando contas do banco suíço para fraudar o imposto de renda (Idem).

³¹ De fato, de acordo com o site: <<https://mlat.info/>>, os Estados Unidos possuem cerca de 154 tratados celebrados, entre tratados bilaterais e regionais (ACCESS, online). Esse elevado número guarda relação com a importância dada pelo governo americano em combater a corrupção e o branqueamento de capitais a partir do conhecimento de onde a moeda americana estaria circulando, evitando, assim, o prejuízo de seus investidores e seu sistema financeiro. Inclusive, há de se falar que foi por iniciativa dos Estados Unidos que, inclusive, a ONU teria passado a lidar com o problema de branqueamento de capitais. Assim, Pieth “sobre todo por iniciativa de los EE.UU. nuevos documentos de la ONU comenzaron a abordar la temática del blanqueo de dinero” (PIETH apud ABEL SOUTO, 2001, p.67). No mesmo sentido, Lampe afirma que a Convenção das Nações Unidas de 1988 “se inspira manifiestamente en el § 1956 del 18 U.S.C. introducido en 1986 en EE.UU.” (LAMPE, 1997. p.118, nota 24).

Na época, o Banco teria afirmado que tinha ciência que as autoridades norte-americanas estariam buscando a ordem judicial e, na medida do possível, estaria tentando colaborar com os Estados Unidos (EUA PROCURA A JUSTIÇA..., 2008), mas como a Cooperação tinha que ser segundo a lei Suíça (uma vez que ainda não havia tratado nesse sentido), e, em sendo esta muito rígida no que tange ao segredo bancário, a entrega dos dados estava sendo dificultada³².

Deste modo, por não haver acordo entre os países, a discussão sobre a possibilidade ou não de a Suíça entregar esses dados durou mais de um ano. Assim, só em agosto de 2009 é que os Estados Unidos e a Suíça, para resolver o impasse, concluíram pela necessidade de se celebrar um acordo bilateral.

Nesse sentido, os Estados Unidos estariam obrigados a desistir do processo e, ao invés disso, enviar às autoridades centrais suíças os pedidos para obtenção dos dados de clientes suspeitos; o banco Suíço, por sua vez, se comprometeria a entregar os dados solicitados.

Interessante ressaltar que a ministra suíça, à época, afirmou que o acordo bilateral seria a forma de se evitar um conflito de soberania entre os dois Estados, uma vez que, se o banco obedecesse à ordem dos Estados Unidos, violaria a lei penal suíça sobre o sigilo bancário e poderia resultar, inclusive, na falência do banco (BUENO, 2009).

³² Importante ressaltar que durante o período de negociação entre IRS e UBS, a agência fiscal americana ofereceu, por um período limitado de tempo, anistia parcial aos contribuintes que não haviam declarado contas mantidas no exterior. Assim, aqueles que aderissem ao programa – voluntário – teriam como benefício uma significativa redução das penalidades civis e criminais aplicáveis (GURGEL, 2012, p.134-135). Incentivado por tal política, o Brasil, em 2016, criou modelo semelhante de repatriação a partir da Lei 13.254/2016, no qual se permitia a “declaração voluntária de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados com omissão ou incorreção em relação a dados essenciais, remetidos ou mantidos no exterior, ou repatriados por residentes ou domiciliados no País” (BRASIL, 2016). E, da mesma forma que nos Estados Unidos, a adesão ao Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária - RERCT), também previa benefícios ao aderente, isto é, desde que não já condenado por crimes relacionados à evasão de divisas, poderia este ver extinta a punibilidade de crimes como evasão de divisas, sonegação fiscal e previdenciária, uso de documentos falsos, falsidade ideológica e, inclusive, lavagem de dinheiro - O que, ao nosso ver, seria um absurdo contrassenso, vez que a lei fala expressamente em “bens ou direitos de origem lícita”. E ainda que a lei não preveja extinção de punibilidade quanto ao crime de corrupção, essa hipótese, no entanto, também não pode ser descartada, vez que ainda não restou esclarecida a forma como deverá ser comprovada a licitude desses recursos (SUCHODOLSKI; POMMORSKY, online). De fato, há de se mencionar que já há casos investigados de executivos e gerentes de grandes companhias que se utilizaram do programa para ocultar valores adquiridos por corrupção alegando “que se tratavam de recursos auferidos com a venda de imóveis” (O ESTADO DE SÃO PAULO, 2017, online).

Até novembro/2009 (três meses após a celebração do Tratado) a UBS já havia encaminhado o dado de 900 clientes à Administração Federal de Impostos da Suíça e, segundo informações das próprias autoridades norte-americanas, o auxílio teria contribuído para que “14.700 contribuintes dos EUA com contas em 70 Estados tivessem se autodenunciado ao fisco” e, segundo o então embaixador dos Estados Unidos na Suíça, cerca de 9 mil sonegadores com contas na Suíça tinham se autodenunciado (UBS ENTREGA..., 2009).

Assim, fala-se que o caso teve dimensões inéditas e tendo-se em vista a relativização do sigilo bancário naquele que, até então, era o país que considerava o sigilo bancário, na prática, como direito absoluto; o caso se tornou referência pois, além de representar “o início do fim” do sigilo bancário Suíço, permitiu que a OCDE aumentasse as pressões sobre os outros paraísos financeiros.

No entanto, o problema é que esses acordos só vinculam os países que o assinam e, assim, apesar de haver muitos autores que entendem que o fim do sigilo bancário está próximo, também há muitos que entendem que isso seria um mito; uma vez que muitos acordos ainda devem ser firmados para que se consiga alcançar o fim desse sigilo.

CONCLUSÃO

Diante de todo exposto, o questionamento referente a como realizar o compartilhamento de dados em matéria de branqueamento de capitais quando no âmbito dos paraísos financeiros tem, como uma das mais promissoras respostas, a cooperação internacional, isto é, por meio de recomendações da OCDE no sentido de aumentar a transparência de informações e, em especial, mediante os tratados internacionais.

E isto porque o branqueamento de capitais, por estar inserido no contexto da criminalidade global e se utilizar principalmente do mercado financeiro internacional para a sua execução, faz surgir a necessidade de haver a união de esforços entre Estados para que se obtenha provas e medidas que se encontrem fora do âmbito de jurisdição de um determinado Estado.

O contexto em que se verificam os paraísos financeiros, no entanto, permite que, em nome da proteção do sigilo bancário, se dificulte a cooperação internacional e essa troca de informações. Criando-se, assim, um ambiente propício para a dissimulação da origem desses bens ilícitos, isto é, tendo-se em vista a falta de interesse desses paraísos quanto a origem

desses bens e, principalmente, em decorrência da proteção exacerbada que oferecem ao capital mediante a proteção do sigilo e da identidade.

No entanto, não há que se permitir que o sigilo bancário seja o responsável pelos denominados “paraísos jurídico-penais”, ou seja, pela criação de zonas de impunidade e, nesse sentido, esse direito, apesar de fundamental, deverá ser relativizado.

Assim, a fim de se garantir a proteção desse direito e, ao mesmo tempo, a celeridade dessa cooperação (tendo-se em vista que a finalidade do crime de branqueamento é o confisco dessas vantagens anteriores, a celeridade é essencial, uma vez que a demora, por certo, acarretaria na perda desses valores), fala-se na necessidade de se verem assinados os tratados internacionais para a troca e transparência dessas informações financeiras.

Desta forma, os conhecidos *Mutual Legal Assistance Treaties* ganham especial destaque por se apresentarem como a forma mais célere, efetiva e segura para se alcançar esse compartilhamento de dados e, com isso, auxiliar no combate ao crime de branqueamento de capitais; e isto pois os Estados podem aqui estipular previamente as regras que deverão ser respeitadas na cooperação (de acordo com suas legislações internas) e, ainda, respeitam-se as necessidades e dinamicidade das relações interestaduais, podendo alterar ou aditar os tratados sempre que o momento penal assim o exigir.

REFERÊNCIAS

ABEL SOUTO, Miguel Ángel. **Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español**. Tesis doctoral. Universidad de Santiago de Compostela, 2001. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Disponível em: <<http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmc0p0z9>>. Acesso em: 17 maio 2017.

ACCESS. **Mutual Legal Assistance Treaties**. Disponível em: <<https://mlat.info/>>. Acesso em: 19 set. 2018.

AKAMINE, Alicia Yukari Lima; MACHADO, Ulisses Alves de Levy; ZACKSESKI, Cristina Maria. Bitcoin: um estudo sobre a legalidade da criptomoeda no Brasil. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 16, n. 66, p. 59-82., jul./set. 2017.

ANTUNES, Maria João. **Direito processual penal**. Coimbra: Almedina, 2016.

ASSUNÇÃO, Maria Leonor Machado Esteves de Campos e. Medidas de combate aos paraísos fiscais numa economia globalizada subordinada ao dogma liberal: um paradoxo incurável? **Revista do Ministério Público**, Lisboa, Ano 30, N. 120. p. 101-144. out./dez. 2009.

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy; SARCEDO, Leandro; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aprovação do projeto de Lei IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, 2013. 2 vol. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/267-Audiencia-Publica-Lavagem-de-dinheiro-Aprovacao-do-projeto-de-lei-IBCCRIM>. Acesso em: 20 jun. 2017.

_____; BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro: aspectos penais e processuais penais: comentários à Lei 9.613/1998, com as alterações da Lei 12.863/2012**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de blanqueo de capitales**. Navarra: Editorial Aranzadi, 2002.

BRASIL. Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991. Promulga a Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jun. 1991. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/1990-1994/D0154.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Decreto nº 5.015 de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 12 mar. 2004. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5015.htm>. Acesso em: 25 jun. 2017.

_____. Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001. Dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 10 jan. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/LCP/Lcp105.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

_____. Lei nº 12.683, de 9 de julho de 2012. Altera a Lei no 9.613, de 3 de março de 1998, para tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de dinheiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12683.htm#art2>. Acesso em: 17 set. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.254, de 13 de janeiro de 2016. Dispõe sobre o Regime Especial de Regularização Cambial e Tributária (RERCT) de recursos, bens ou direitos de origem lícita, não declarados ou declarados incorretamente, remetidos, mantidos no exterior ou repatriados por residentes ou domiciliados no País. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 13 jan. 2016. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13254.htm>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. Lei nº 9.613 de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 03 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9613.htm>. Acesso em: 17 set. 2018.

BUENO, Gabriel. Suíça anuncia acordo com EUA sobre dados de clientes do UBS. **Estadão**. 19 de agosto de 2009. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,suica-anuncia-acordo-com-eua-sobre-sigilo-bancario,421346>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

CAEIRO, António Pedro N. A decisão - quadro do conselho, de 26 de Junho de 2001, e a relação entre a punição do branqueamento e o facto precedente: necessidade e oportunidade de uma reforma legislativa. In: ANDRADE, Manuel da Costa; COSTA, José de Faria; RODRIGUES, Anabela Miranda; ANTUNES, Maria João (eds.), **Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias**. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 1067-1132.

CARLOS MALAGARRIGA, Juan. **El secreto bancario**. Universidade de Michigan: Abeledo-Perrot, 1970.

CHAVAGNEUX, Christian; PALAN, Ronen. **Les paradis fiscaux**. Paris: La Découverte, 2012.

CONSELHO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. **Directiva 91/308/CEE de 10 de junho de 1991**: relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais. Disponível em: <<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:31991L0308>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS DO MINISTÉRIO DA FAZENDA – COAF. **Cartilha - Lavagem de dinheiro - Um problema mundial**. Setembro de 2015. Disponível em: <<http://www.coaf.fazenda.gov.br/menu/pld-ft/publicacoes/cartilha.pdf/view>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

DAL POS, Angela Caren. Os esforços contra a lavagem de dinheiro. **Revista do Ministério Público do RS**, nº 60. p. 67-110. Porto Alegre, ago./2007/abr./2008. p. 85-86. Disponível em: <http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1246468977.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

ESPAÑA ALBA, Victor Manuel. **Blanqueo de Capitales y Secreto Bancario**. Tesis doctoral. Universidad de Granada, 2016. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/10481/44018>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

EUA PROCURA JUSTIÇA PARA OBTER INFORMAÇÕES SOBRE CLIENTES DO UBS. **O Globo**. 30 de junho de 2008. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/eua-procura-justica-para-obter-informacoes-sobre-clientes-do-ubs-3610978?versao=amp>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

FATF-GAFI. **Le blanchiment de capitaux: qu'est-ce que c'est? - Comment blanchit-on des capitaux?**. Disponível em: <<http://www.fatf-gafi.org/fr/foireauxquestionsfaq/blanchimentdecapitaux/>>. Acesso em: 13 set. 2018.

G20 PEDE À OCDE UMA LISTA NEGRA DE PARAÍSOIS FISCAIS. **Jornal de Negócios**. Setembro de 2016. Disponível em: <http://www.jornaldenegocios.pt/economia/mundo/detalhe/g20_pede_a_ocde_uma_lista_negra_de_paraissos_fiscais>. Acesso em: 21 jun. 2017.

GABINETE DE DOCUMENTAÇÃO E DIREITO COMPARADO. **Guia de Auxílio Judiciário Mútuo em Matéria Penal**. Dezembro de 2011. Disponível em: <http://guiaajm.gddc.pt/emissao_pedido.html>. Acesso em: 20 jun. 2017.

GIACOMOLLI, Nereu José; SANTOS, Laura Rodrigues dos. Cooperação jurídica internacional em matéria criminal: autoridades centrais, das rogatórias ao auxílio direto. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 46, p. 97-116., jul./set. 2012

GURGEL, Fátima Regina Maximo Martins. Breves comentários sobre as regras do FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act) ante a proteção do sigilo bancário no Brasil. **Publicações da Escola da AGU**, 2012, p.131-150.

JANUÁRIO, Túlio Felipe Xavier. Do princípio da proporcionalidade e sua aplicação no mandado de detenção europeu. **Revista brasileira de direito processual penal**, S.1., v. 4, n. 1, p. 435-472., 2018.

LAMPE, Ernst- Joachim. El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB). Tradução de Miguel Abel Souto. **Estudios Penales y Criminológicos**, nº XX, 1997.

LISTA NEGRA, LISTA BRANCA, LISTA CINZA... ONDE ESTÁ O VATICANO – E POR QUÊ. **Zenit**. Dezembro de 2015. Disponível em: <<https://pt.zenit.org/articles/lista-negra-lista-branca-lista-cinza-onde-esta-o-vaticano-e-por-que/>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

MACHADO, Leonardo Marcondes. A lavagem de dinheiro no Brasil: breves apontamentos sobre as gerações legislativas. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, v. 15, n. 90, p. 34-43, fev./mar. 2015. Disponível em <<https://bdjur.tjdf.t.jus.br/xmlui/handle/tjdf/27671>>. Acesso em: 26 maio 2017.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de Dinheiro** (Lavagem de ativos provenientes de crime) – anotações às disposições criminais da Lei n.9.613/98. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

MARQUES, José Augusto Garcia. Cooperação judiciária internacional em matéria penal: algumas considerações sobre a matéria no quadro multilateral e no domínio das relações bilaterais entre Portugal e Espanha. **Revista do Ministério Público**, Lisboa, v. 18, n. 72, p. 31-54., out./dez. 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário. **Boletim da Faculdade de Direito**, v. 77, n. 3. p. 449-473, Coimbra, 2001.

MELO, Luciana Grassano. Intercâmbio de informações contra a fraude e evasão fiscais. **Revista Jurídica**, v. 2, n. 47, p. 159-173, Curitiba, 2017.

MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Relatórios de Inteligência Financeira – RIF**. Publicado em 06 de julho de 2018. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro/inteligencia-financeira/relatorios-de-inteligencia-financeira-2013-rif>>. Acesso em: 18 set. de 2018.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Acordos Internacionais:** em matéria penal. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/cooperacao-internacional/cooperacao-juridica-internacional-em-materia-penal/acordos-internacionais>>. Acesso em: 19 set. 2018.

_____; SECRETARIA NACIONAL DE JUSTIÇA; DEPARTAMENTO DE RECUPERAÇÃO DE ATIVOS E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL. **Cartilha de Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**, Ano 2012. p. 18. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/sua-protecao/lavagem-de-dinheiro/institucional-2/publicacoes/arquivos/cartilha-penal-09-10-14-1.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

MORAES, Mauricio Zanoide de. Crônica de uma inconstitucionalidade anunciada: análise crítica da lei complementar nº 105, de 10-01-01, que institui as hipóteses de quebra do sigilo financeiro. **Boletim IBCCRIM**, São Paulo, v. 8, n. 100, p. 1-4., mar. 2001.

MORAIS, Rui Duarte. Paraísos Fiscais e Regimes Privilegiados. **Revista da Ordem dos Advogados**. Ano 66, v. 3. p. 1187- 1201. Lisboa, 2006.

MORO, Sergio Fernando. Cooperação jurídica internacional em casos criminais: considerações gerais. In: BALTAZAR Jr., José Paulo; LIMA, Luciano Flores de. **Cooperação Jurídica Internacional em Matéria Penal**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010. p. 15-58.

NETTO, Alamiro Velludo Salvador; COSTA, Helena Regina Lobo da. **Lavagem de dinheiro:** anteprojeto de Lei IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, 2013. 2 v. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 19). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/243-Lavagem-de-dinheiro-anteprojeto-de-lei-IBCCRIM>. Acesso em: 17 maio 2017.

O ESTADO DE SÃO PAULO. **Receita vai excluir de repatriação quem usou programa para ocultar corrupção.** 08 de junho de 2017. Disponível em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,contribuinte-que-usou-dinheiro-de-repatriacao-para-ocultar-corrupcao-sera-excluido-do-plano,70001831975>>. Acesso em: 18 set. 2018.

OCDE ACABA COM LISTA NEGRA DE PARAÍSOIS FISCAIS. **Extra – G1**. Outubro de 2010. Disponível em: <<https://extra.globo.com/noticias/economia/ocde-acaba-com-lista-negra-de-paraissos-fiscais-63639.html>>. Acesso em: 21 jun. 2017.

OECD. **About the Inclusive Framework on BEPS**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-about.htm>>. Acesso em: 18 set. 2018.

_____. **Ações BEPS**. Disponível em: <<http://www.oecd.org/tax/beps/beps-actions.htm>>. Acesso em: 19 set. 2018.

OLIVEIRA, Rodrigo Szuets de; FILIZZOLA, Marina Franco Lopes; BAPTISTA, Paula Rosa Barros. A quebra de sigilo bancário e o tratado de assistência legal mútua. **Meritum: revista de direito da Universidade FUMEC**, Belo Horizonte, v. 9, n. 2, p. 365-392., jul./dez. 2014.

RAMOS, Fernando Antônio Fonte. Paraísos Fiscais. **Revista Polícia e Justiça**, Coimbra, III Série, N.6, p. 275-299, jul./dez. 2005.

RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. **A globalização do direito penal – da pirâmide à rede ou entre a unificação e a harmonização**. In: RODRIGUES, Anabela Maria Pinto Miranda. **O direito penal europeu emergente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008. p. 347- 360.

_____. **Lavagem de capitais**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. (VIII Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/155-Lavagem-de-capitais>. Acesso em: 20 jun. 2017.

ROXIN, Claus. Tem futuro o direito penal?. In: GRECO, Luis; NETTO, Fernando Gama de Miranda (Org.). **Estudos de Direito Penal**, Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 1-30.

SARCEDO, Leandro. **Compliance e responsabilidade penal da pessoa jurídica**: construção de um novo modelo de imputação baseado na culpabilidade corporativa. São Paulo: LiberArs, 2016.

SILVA SANCHEZ, Jesús-María. **La Expansión del Derecho Penal**: aspectos de la Política criminal em las sociedades postindustriales. Madrid: Edisofer S.L., 2011.

SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008.

SUCHODOLSKI, Beno; POMMORSKY, Eduardo Fuser. **Prós e contras da Lei de Repatriação de Capitais**. Disponível em: <<http://www.suchodolski.com/noticias-Pr%C3%B3s-e-contras-da-Lei-de-Repatria%C3%A7%C3%A3o-de-Capitais,631.htm>>. Acesso em: 18 set. 2018.

TÔRRES, Heleno. **Direito tributário internacional: planejamento tributário e operações transnacionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

UBS E GOVERNO SÃO CONTRA PROCESSO NOS EUA. **Swissinfo.ch**. 02 de maio de 2009. Disponível em: <<http://www.swissinfo.ch/por/ubs-e-governo-s%C3%A3o-contra-processo-nos-eua/861534>>. Acesso em 20 jun. 2017.

UBS ENTREGA “PEIXES GRANDES” AO FISCO DOS EUA. **Swissinfo.ch**. 18 de novembro de 2009. Disponível em: <<https://www.swissinfo.ch/por/economia/ubs-entrega--peixes-grandes--ao-fisco-dos-eua/7452140>>. Acesso em: 25 jun. 2017.

VERVAELE, John A. E. **Política criminal em matéria de lavagem de ativos**. São Paulo: IBCCRIM, 2016. (Seminário internacional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, 22). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/654-Politica-Criminal-em-Materia-de-Lavagem-de-Ativos>. Acesso em: 20 jun. 2017.

VILARES, Fernanda Regina. **Medidas assecuratórias na lei de lavagem**. São Paulo: IBCCRIM, 2014. (VIII Curso de Pós-graduação em Direito Penal Econômico). Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/tvibccrim_video/185-Medidas-Assecuratorias-na-lei-de-lavagem>. Acesso em: 20 jun. 2017.

POLÍTICA, ENERGIA E IMPACTOS AMBIENTAIS: DA CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICAS NO RIO URUGUAI SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS SISTEMAS AUTOPOIÉTICOS

POLITICS, ENERGY AND ENVIRONMENTAL IMPACTS: ON THE BUILDING OF HYDRELECTRICAL POWER PLANTS ON THE URUGUAI RIVER THROUGH SOCIAL SYSTEMS THEORY

Mateus de Oliveira Fornasier *

Marcele Scapin Rogerio **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Construção de hidrelétricas e os impactos ao meio ambiente. 2 A comunicação do sistema político concernente à geração de energia. 3 A transformação do ambiente para um aproveitamento hidrelétrico ou econômico. 4 Poder e construção de hidrelétricas. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo observa comunicações sobre os impactos ambientais que envolvem a construção de hidrelétricas no âmbito do meio ambiente (sistema natural) e do subsistema social da Política – mediante edição de leis e outras normativas, demonstrando-se que a observação de segunda ordem colabora para uma observação mais eficiente dos efeitos indesejados subsequentes à construção de barragens hidrelétricas. Toma-se como exemplo a construção de hidrelétricas no Rio Uruguai, onde se analisa como o subsistema político e o natural comunicam as questões que devem ser enfrentadas a respeito de hidrelétricas e de que modo ocorre entre os subsistemas irritação por meio do acoplamento estrutural. Ainda, como a auto-observação sistêmica pode ser eficiente no sentido de colaborar com leis mais coerentes para que tanto a necessidade de energia elétrica seja suprida, quanto também seja dada a devida importância ao meio ambiente natural. O método de abordagem utilizado foi o sistêmico-constructivista, com abordagem qualitativa e técnica de pesquisa bibliográfica e documental.

Palavras-chave: hidrelétricas; políticas públicas; economia; meio ambiente; risco.

ABSTRACT: *This article observes communications about the environmental impacts that involve the construction of hydroelectric dams within the environment (natural system) and the social subsystem of the Politics – in relation to the enactment of laws and other norms, demonstrating that a second order observation collaborates for a more efficient observation of the properties subsequent to the construction of hydroelectric dams. One example is the construction of hydroelectric plants on the Uruguai River; where it is analyzed how the political and natural subsystems communicate the issues that must be faced regarding hydroelectric plants and how the irritation between the*

* Doutor em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS, São Leopoldo/RS, Brasil). Professor do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUI, Ijuí/RS, Brasil).

** Doutoranda em Ambiente e Desenvolvimento pela Universidade do Vale do Taquari - UNIVATES. Mestra em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul - UNIJUI. Especialista em Educação Ambiental pela Universidade Federal de Santa Maria - UFSM. Possui graduação em Direito pela Universidade de Cruz Alta - UNICRUZ. Advogada.

Artigo recebido em 28/05/2018 e aceito em 13/07/2018.

Como citar: FORNASIER, Mateus de Oliveira; ROGERIO, Marcelle Scapin. Política, energia e impactos ambientais: da construção de hidrelétricas no Rio Uruguai sob a ótica da teoria dos sistemas autopoieticos. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 165 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

subsystems occurs through structural coupling. Yet, as a systemic self-observation can be effective in working with more coherent laws for electric power to be supplied, as it is also given importance to the natural environment. The method used was systemic-constructivist, with a qualitative approach and a bibliographical and documentary research technique.

Keywords: *hydroelectric; public policy; economy; environment; risk.*

INTRODUÇÃO

Grande parte da matriz energética brasileira se dá com base em usinas hidrelétricas, e os estudos de expansão da geração de energia privilegia a construção de grandes usinas. Apesar de ser conhecida como uma fonte de energia limpa com baixos níveis de emissão de gases de efeito estufa, as usinas hidrelétricas de grande porte causam grandes impactos sociais e ambientais.¹

Nesta senda, o presente trabalho busca realizar uma leitura dos impactos socioambientais causados pela construção de hidrelétricas a partir da teoria dos sistemas sociais autopoieticos, no sentido de observar o que o sistema da Política comunica sobre a necessidade de construí-las. A teoria dos sistemas é transdisciplinar, envolve a possibilidade de observação entre diversos ramos do conhecimento, favorecendo a observação de todo fenômeno social, seja na área do Direito, da Ciência, da Política ou da Economia. Desse modo, é possível observar a sociedade de outra maneira, com a qual os sistemas tomam como referência as suas próprias operações e operam conforme seus códigos e programas permitem – os sistemas, porém, estão abertos à cognição do entorno, podendo a irritação comunicada pelo ambiente levar à evolução (ou não) das suas operações.

Ainda não se age, seriamente, com fins sustentáveis nesta sociedade nutrida pelo consumo.² A lógica mercadológica é a de produzir, tanto para suprir as necessidades mais primordiais da população, como também para dispor aos consumidores os mais diferentes serviços e coisas. Ocorre que o desacordo entre a economia e a ecologia resulta do fato de que a natureza é cíclica, enquanto que os sistemas industriais são lineares. As atividades comerciais retiram recursos, os transformam em produtos e

¹ WWF-BRASIL. **Além de grandes hidrelétricas: políticas para fontes renováveis de energia elétrica no Brasil. 2012.** Disponível em: <http://d3nehc6yl9qzo4.cloudfront.net/downloads/alem_de_grandes_hidreletricas_sumario_para_tomadores_de_decisao.pdf> Acesso em 28 maio 2018.

² BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos.** Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zagar Ed., 2010.

em resíduos, vendem os produtos aos consumidores, que descartam ainda mais resíduos depois de ter consumido os produtos.³

Têm despertado o interesse da comunidade internacional os países em desenvolvimento, entre eles o Brasil, devido ao fato do grande potencial estimado de crescimento. Ocorre que, enquanto o potencial de desenvolvimento e crescimento é enorme, muitos são os problemas a serem solucionados. Para que o potencial de um país seja explorado plenamente, cada nação, considerando suas particularidades, deve superar vários desafios.

Os abundantes recursos naturais disponíveis no território brasileiro – reserva de água, minerais, solo fértil e as reservas do pré-sal – têm suscitado o interesse global (principalmente de empresas), sendo aqui vislumbrado um cenário propício para investimentos. Para sustentar as atividades econômicas em prol do desenvolvimento, é necessário que haja recursos energéticos e, para tanto, eles devem ser utilizados de maneira adequada para expandir o suprimento de energia – em especial a elétrica.

A utilização de fontes de energia e de tecnologias avançadas de uso final ocasionou mudanças qualitativas na vida humana, possibilitando não somente o aumento da produtividade econômica, mas também o bem-estar das pessoas. Porém, além do aumento do consumo de energia, o que realmente promove a melhoria do bem-estar são os serviços mantidos pela energia. Os serviços energéticos são obtidos por combinações de tecnologia, infra-estrutura e suprimento de energia. Ocorre que, para os consumidores, o que importa é a utilidade/satisfação decorrente dos serviços energéticos e o preço pago pelos fornecedores de energia para adquirir tais serviços.⁴

A disponibilidade de energia provém de diversas fontes energéticas (por questões de segurança de abastecimento é melhor depender de vários energéticos primários do que de apenas um ou dois). Para isso, é devido respeitar prioridades econômicas – ditadas, muitas vezes, pela abundância natural das fontes mais comuns no território. Por essa razão, é compreensível a grande participação da hidroeletricidade.⁵

No que diz respeito à geração de eletricidade, diante dos combustíveis fósseis (derivados do carvão mineral, petróleo e gás natural),

³ CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos**. Tradução de Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2006.

⁴ GOLDEMBERG, José; MOREIRA, José Roberto. Política energética no Brasil. *Revista de Estudos Avançados*, vol. 19, n. 55, p. 215-228. São Paulo, 2005, p. 215.

⁵ *Ibidem*.

a energia hidrelétrica, que utiliza como propulsão a força da água, é comunicada como sendo fonte energética limpa, renovável e barata.⁶ Os empreendimentos hidrelétricos resultam em consequências de natureza biológica, física, política e econômica, todas entrelaçadas como uma rede de efeitos que se tornam, muitas vezes, de difícil apreensão. Os prós e contras variam conforme a racionalidade de cada sujeito envolvido.⁷

No que se refere a essas considerações, não seria o mais adequado classificar os efeitos, especificamente, em impactos positivos ou negativos, visto que cada agente que possui relação com a construção de uma grande hidrelétrica vai defender seu ponto de vista de acordo com seu interesse e envolvimento na obra. Essa questão, para Luhmann, é analisada não sob o aspecto pessoal de cada indivíduo, mas sim voltado à compreensão de como cada sistema social (político, jurídico, científico, econômico, etc.) comunica os fenômenos sociais por meio de sua autorreferencialidade.

Nesse sentido, no sistema social funcionalmente diferenciado é possível que cada subsistema se organize e se autodescreva de acordo com seu próprio código em relação aos assuntos que envolvem a construção de hidrelétricas. O sistema jurídico, por exemplo, pode evoluir com a irritação da comunicação dos demais subsistemas e formular novas decisões; o sistema político pode se irritar e evoluir editando novas normas; o sistema econômico, para evoluir, pode se irritar de modo a perceber as novas oportunidades de mercado e o sistema da ciência é irritado quando percebe que uma comunicação científica antes verdadeira, pode ser declarada falsa.

E é seguindo esse raciocínio que se analisa como o subsistema político e o natural comunicam as questões a serem enfrentadas a respeito de hidrelétricas que foram e estão em fase de planejamento de construção no Rio Uruguai e de que modo ocorre entre os subsistemas irritação por meio do acoplamento estrutural; e como a auto-observação pode ser eficiente no sentido de colaborar em leis mais precisas e coerentes para que tanto a necessidade de energia elétrica seja suprida, como também seja dada a devida importância ao meio ambiente natural.

O estudo tem como base a teoria dos sistemas autopoieticos concebida por Niklas Luhmann, uma fundamentação teórica da sociedade capaz de analisar as comunicações de cada sistema social não como uma

⁶ BERMAN, Célio. **Impasses e controvérsias da hidreletricidade**. São Paulo: Estudos Avançados, vol. 21, n. 59, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0103-40142007000100011&script=sci_arttext> Acesso em 28 maio 2018.

⁷ ZHOURI, Andréa (org.). **As tensões do lugar: hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

visão totalizante da sociedade, como as demais teorias sociais, mas que propõe uma mudança de forma de observação e que possibilite o estudo sociológico suficiente para o contexto social hipercomplexo.

O método de pesquisa utilizado foi o sistêmico-constructivista, o qual parte do pressuposto o fato de que toda a construção teórica se dá a partir do ponto de vista de um observador, e, também, por propor, construtivamente, uma nova forma de observação na sociedade, onde se consiga analisar as comunicações não apenas entre fontes estatais e não-estatais, mas também através da dinâmica de transformação da sociedade que exige um processo construtivo mediante diálogo. O método de procedimento é o monográfico, uma vez que o estudo tende a se direcionar a uma temática delimitada e específica, proporcionando maior segurança na elaboração da pesquisa. Concomitantemente, será realizada uma visão panorâmica de outras temáticas pertinentes, desde que contribua para elaborar um estudo coeso e forneça sentido ao tema central. A técnica de pesquisa será a bibliográfica e documental.

1 CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICAS E OS IMPACTOS AO MEIO AMBIENTE

Desde a década de 1950 o Brasil tem como padrão a elaboração e construção de grandes projetos de infraestrutura como vetores de desenvolvimento, em nível nacional, regional e local. Os diferentes governos que lideraram o país priorizaram projetos de engenharia como rodovias, polos industriais, barragens e minerações, os quais são idealizados sob o cunho econômico,⁸ embora nem sempre sob esse enfoque as obras sejam divulgadas.

Ademais, muitos efeitos socioambientais decorrentes dessas grandes obras sequer foram avaliados nas etapas de planejamento, ocasionando diversos prejuízos ao meio ambiente e conflitos sociais, várias vezes seguidos de insurgência da população atingida e de movimentos sociais de defesa do ambiente.

Os grandes projetos governamentais para geração de hidroeletricidade na bacia do Rio Uruguai, incluídos nos Programas de Aceleração de Crescimento I e II, originaram-se nos planos elaborados entre os anos de 1977 e 1979, época em que o regime militar governava

⁸ BORTOLETO, Eliane Mundim. **A implantação de grandes hidrelétricas: desenvolvimento, discurso e impactos.** Universidade Federal do Espírito Santo: Geografães, n. 2, p. 53-62, 2001.

o país. Desde então, em um intervalo de três décadas, aproximadamente, muito pouco foi alterado.⁹ Nesse sentido, a construção e o planejamento da implantação de hidrelétricas no Brasil seguem premissas determinadas na década de 1970, embora tenha havido avanços na legislação ambiental.

Os avanços mais significativos na lei ambiental ocorreram com a promulgação da lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente;¹⁰ a Constituição Federal de 1988 que designa no art. 225 a proteção ao meio ambiente como um direito fundamental,¹¹ e a alteração do Código Florestal de 1965, pela lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012,¹² que objetiva proteger a vegetação nativa.

O setor energético é estratégico para o funcionamento da economia, pois mediante este se dispõe de energia tanto em escala quantitativa como qualitativa, fundamentais para a manutenção da produção de bens e o oferecimento de serviços, que são processos básicos e vitais da atividade econômica.¹³ O país conduz uma política macroeconômica cuja finalidade é o aumento da escala da economia – medido em termos de aumento nos valores absolutos do Produto Interno Bruto (PIB) – a uma taxa de ao menos

⁹ BRACK, Paulo; AYDOS, Beatriz Barros; REIS, Claudio R. Martins dos; BRACK, Ismael V.; PORCHER, Luis Carlos F.; COSTA, Marcelo Carvalho; GODOY, Marcelo; AUMOND, Marcio; BARRADAS, Paulo. **As hidrelétricas do Rio Uruguai e o confronto a legislação que protege a sociobiodiversidade brasileira**. São Lourenço, Minas Gerais: X Congresso de Ecologia do Brasil, 2011. Disponível em: <<http://www.sebecologia.org.br/xceb/palestrantes/79.pdf>> Acesso em 28 maio 2018.

¹⁰ BRASIL. **Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981**. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em 28 maio 2018.

¹¹ BRASIL. **Constituição Federal (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. Nº 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

¹² BRASIL. **Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012**. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em 28 maio 2018.

¹³ ROQUETTI, Daniel Rondinelli. **Empreendimentos hidrelétricos e a complexidade de sistemas sociológicos locais: o caso da usina hidrelétrica de Barra Grande**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências da Engenharia Ambiental e Área de Concentração em Ciências da Engenharia Ambiental. Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, 98 p., 2013.

4% ao ano, pelo que os intensos investimentos na produção de energia são condição vital.¹⁴

O sistema político, por meio de iniciativas do Ministério de Minas e Energia (MME), elabora como norteadores do setor energético nacional os Planos Decenais de Expansão de Energia (PDEE) – anualmente atualizados –, e o Plano Nacional de Energia 2030 (PNE 2030). O PDEE 2024 é um documento que disponibiliza uma visão integrada da expansão da demanda e da oferta de vários energéticos, no período compreendido entre 2015 a 2024;¹⁵ enquanto o PNE 2030 tem como finalidade o planejamento em longo prazo do setor energético do país, orientando e balizando as alternativas de expansão dessa área nas próximas décadas.¹⁶

No setor energético, compete ao Conselho Nacional de Política Energética (CNPE) o estabelecimento de políticas e diretrizes, visando ao desenvolvimento nacional sustentado. O Estado Brasileiro exerce, na forma da lei, as funções de planejamento, as quais são determinantes para o setor público e indicativo para o setor privado. Os Planos Decenais elaborados no setor elétrico constituem um dos principais instrumentos de planejamento da expansão eletroenergética do país.¹⁷

O Plano Nacional de Energia (PNE) é composto de uma série de estudos que buscam fornecer insumos para a formulação de políticas energéticas segundo uma perspectiva integrada dos recursos disponíveis. Na concepção de referido plano, bem como para os aperfeiçoamentos necessários e, sobretudo, para garantir os melhores resultados possíveis, foram realizadas no Ministério de Minas e Energia apresentações dos estudos preliminares através de seminários públicos, assegurando a efetiva participação dos agentes setoriais e da sociedade no processo de planejamento. Assim, o MME buscou apresentar à sociedade o resultado de estudos que constituíram a gênese de um processo que culminou com a publicação do Plano Nacional de Energia – 2030, que é uma das principais

¹⁴ ALVES, Laura Araujo. **A valoração dos impactos ambientais associados à expansão da Matriz Elétrica Brasileira: proposta de instrumentos econômicos para a promoção das fontes alternativas e limpas**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica – PPGEE. Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, 157 f., 2009.

¹⁵ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Plano Decenal de Expansão de Energia 2024**. Brasília: MME/EPE, 2015. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/PDEE/PDE%202024.pdf>>. Acesso em 28 maio 2018.

¹⁶ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Plano Nacional de Energia 2030**. Brasília: MME: EPE, 2007. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/PNE/20080512_3.pdf> Acesso em 28 maio 2018.

¹⁷ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA, 2015, op. cit., p. 5.

formas de materialização do planejamento energético de longo prazo brasileiro que, paulatinamente, caminha rumo a uma mais intensa e efetiva participação da sociedade e sua elaboração.¹⁸

Conforme disposto no Plano Decenal de Expansão de Energia 2024, a hidroeletricidade, que já é a maior fonte de geração do Sistema Integrado Nacional (SIN), apresenta ainda um grande potencial a ser explorado, especialmente nas bacias da região Norte e Centro-Oeste. Análises de inventários hidrelétricos apontam projetos importantes que poderão ser viabilizados nos anos seguintes, não obstante a crescente complexidade socioambiental que impõe estágios de desenvolvimento extensos, além da perda de capacidade de armazenamento. De acordo com o cenário previsto, a capacidade de geração hidráulica aumentará de 90 GW para 117 GW, aproximadamente, de 2015 a 2024.¹⁹

A predominância da hidroeletricidade na matriz energética nacional é evidente, e as razões para esse fato é o planejamento e alguns fatores que condicionam as decisões, como as análises de custo benefício e o retorno dos investimentos, visto que o Plano Nacional de Energia 2030, bem como o Plano Decenal de Expansão de Energia, primam pela viabilidade técnica e econômica dos empreendimentos.²⁰ A estrutura do Setor Elétrico Brasileiro, sob a perspectiva do sistema econômico, é analisada e constituída de modo a avaliar os custos de produção e distribuição, garantindo ainda qualidade e segurança adequada ao sistema. Sendo esses planos comunicados pelo sistema da Política e considerando a função do sistema econômico de possuir (ou não) dinheiro, a observância à viabilidade econômica na geração de eletricidade se configura um acoplamento estrutural entre o sistema da Política e o da Economia.

No que se refere à economia, o modelo de concorrência de mercado no setor elétrico depende de outras questões além do valor a ser pago pelos compradores e do seu custo para os vendedores. Muitas vezes, os resultados não estão corretos e acabam afetando indivíduos que não participam desse mercado. Esses efeitos extras, chamados externalidades, então refletem além dos agentes envolvidos.

¹⁸ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Plano Decenal de Expansão de Energia 2024**. Brasília: MME/EPE, 2015. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/PDEE/PDE%202024.pdf>>. Acesso em 28 maio 2018, p. 7.

¹⁹ *Ibidem*, p. 86-87.

²⁰ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Plano Nacional de Energia 2030**. Brasília: MME: EPE, 2007. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/PNE/20080512_3.pdf> Acesso em 28 maio 2018.

Falhas de mercado ocorrem quando o mercado se mostra incapaz de alocar recursos com eficiência.²¹ No setor elétrico, as falhas de mercado podem ser identificadas no processo de formação dos preços no mercado de energia elétrica. Sabe-se que há um elevado nível de emissões de poluentes em atividades de geração de energia elétrica que ocasionam o surgimento de impactos ambientais que refletem na saúde humana, e favorecem mudanças climáticas. Referidos impactos não são alocados pelas transações de mercado, acarretando o surgimento de externalidades negativas para a sociedade. O que acontece é que o sistema de formação de preços no setor elétrico não considera os impactos ambientais (externalidades negativas) e, tampouco, os possíveis benefícios ambientais (externalidades positivas) relativos ao processo de geração de energia elétrica, estabelecendo, sob o prisma econômico, a alocação inadequada dos recursos no setor.²²

Algumas externalidades positivas se contrapõem aos impactos ambientais causados pelas barragens: a construção de uma represa representa aumento de trabalho eventual na região; garante a satisfação das necessidades energéticas por um longo período de tempo; a obra construída pode ser aberta à visita de público interessado; parques podem ser planejados aos arredores da edificação a fim de proporcionar lazer aos indivíduos, entre outras coisas. Porém, todas estas externalidades positivas ocorrem em detrimento da preservação da natureza, das plantas e dos animais do local – sendo que os processos naturais de que participam, complexamente, vários fatores físicos, químicos e biológicos envolvendo tais espécies, corroboram para a manutenção da qualidade ambiental.

Mesmo que uma floresta seja inundada para a construção de uma represa que gere eletricidade, é muito provável que os benefícios perdurem por uma ou duas gerações. No entanto, a floresta inundada perderá a sua ligação com o passado para sempre. E esse é um custo com o qual terão de arcar todas as gerações que se sucederem neste planeta. Os ambientalistas se referem às florestas como uma “herança mundial”,²³ e por essa razão a legislação ambiental tem sido aperfeiçoada no sentido de proteger as áreas verdes no mundo.

²¹ MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia**. Tradução da 6ª edição norte-americana. Rio de Janeiro: Cengage Learning, 2014.

²² ALVES, Laura Araujo. **A valoração dos impactos ambientais associados à expansão da Matriz Elétrica Brasileira: proposta de instrumentos econômicos para a promoção das fontes alternativas e limpas**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica – PPGEE. Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, 157 f., 2009, p. 34.

²³ SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

O modelo hidroenergético que demanda grande infraestrutura e extensas áreas de desmatamentos e alagamentos segue imperando. A situação sofre a influência de grandes grupos econômicos, nacionais e internacionais, inclusive aliados políticos, que formam a base da “indústria das barragens”.²⁴ Nas últimas décadas, o Governo Federal criou um sistema elétrico que prioriza a geração hidrelétrica, incentivando setores industriais eletrointensivos, em sua maioria, exportadores de commodities, como alumínio, celulose, minério de ferro e cimento.²⁵

O que ocorre no Brasil é que o custo da produção de energia elétrica para a sociedade em geral é maior do que o custo para os geradores de energia elétrica.²⁶ Além disso, os consumidores pagam um valor bastante elevado para usufruir de energia elétrica já que, comparativamente em relação a outros países, a tarifa no Brasil é uma das mais caras do mundo. Isso diz respeito, também, ao sistema produtivo, às indústrias que precisam da energia elétrica para a sua produção. A população fica vulnerável às tarifas extremamente altas, repassadas pelas concessionárias, sendo muitas vezes prejudicada por erros com que os governos e empresas prestam os serviços de geração e distribuição de energia elétrica.²⁷

Todas as pessoas precisam de água e de energia elétrica em função das necessidades que, muitas vezes, são impostas pelo estilo de vida de uma comunidade. Há, nesse sentido, uma dependência do fornecimento de energia elétrica, bem como da água, e a falta deste fornecimento gera uma situação extrema de redução de qualidade de vida de um modo muito rigoroso. As empresas e os governos, ao comunicarem acerca

²⁴ BERMANN, Célio. **O Setor Elétrico Brasileiro no século 21: Cenário atual e Desafios**. In: MOREIRA, Paula Franco (Ed.). *O Setor Elétrico Brasileiro e a Sustentabilidade no Século 21: Oportunidade e Desafios*. Brasília: Rios Internacionais – Brasil, p. 17-22, 2012. Disponível em: <http://www.internationalrivers.org/files/attached-files/o_setor_eletrico_brasileiro_e_a_sustentabilidade_no_sec_21-oportunidades_e_desafios_-pdf_leve.pdf> Acesso em 28 maio 2018, p. 19.

²⁵ BERMANN, Célio. **Energia no Brasil: Para quê? Para quem? Crise e alternativas para um país sustentável**. 2. ed. São Paulo: Livraria da Física - FASE, 2003.

²⁶ ALVES, Laura Araujo. **A valoração dos impactos ambientais associados à expansão da Matriz Elétrica Brasileira: proposta de instrumentos econômicos para a promoção das fontes alternativas e limpas**. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica – PPGEE. Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, 157 f., 2009.

²⁷ BERMANN, Célio. **A crise ética e técnica do setor energético brasileiro**. Instituto Humanitas Unisinos. 2015. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/539420-a-crise-etica-e-tecnico-do-setor-energetico-brasileiro-entrevista-especial-com-celio-bermann>> Acesso em 28 maio 2018.

de assuntos relacionados ao tema, têm influência direta e incisiva na qualidade de vida, portanto.²⁸

A influência diz respeito às escolhas comunicadas por cada sistema. Assim, por exemplo, quando o sistema da política comunica nova lei, o novo regramento será observado pelos demais sistemas que, ao serem irritados mediante o acoplamento estrutural que possuem entre eles, poderão também se autorreferir e alterar elementos que compõem sua estrutura (mediante processos decisórios) e, assim, fazer sua comunicação sob a influência de um acontecimento comunicado por outro sistema. Essas comunicações têm grande potencial de influir na vida das pessoas que estão sujeitas às regras de convivência de uma sociedade.

Apesar das muitas divergências quanto à questão de geração de energia elétrica, o sistema econômico comunica a necessidade de construção de hidrelétricas sob o foco da produtividade e do crescimento, pois ao se elevar a produtividade da economia brasileira, há contribuição ainda mais forte para o crescimento econômico porque os investimentos são maiores. E essas comunicações econômicas influenciam sobremaneira a tomada de decisões políticas: ou seja, mesmo que ocorram muitos impactos que reflitam no sistema natural, esses reflexos não irritam o sistema econômico, como se pode observar no texto do PNE 2030,²⁹ segundo o qual, “o desenvolvimento do potencial hidrelétrico de um país pode ser relacionado com seu desenvolvimento econômico”. Em outras palavras, quanto mais hidrelétricas forem construídas, mais aperfeiçoada será a economia da região – maior rendimento quantitativo –, independente das externalidades por elas causadas.

O debate acerca das consequências dos empreendimentos hidrelétricos se demonstra controverso quando se expõem os efeitos positivos e negativos por eles causados em nível local. Assim como o Poder Público, empreendedores e estudiosos do desenvolvimento econômico regional analisam as grandes obras hidrelétricas como vetores de desenvolvimento

²⁸ Ibidem.

²⁹ MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Plano Nacional de Energia 2030**. Brasília: MME: EPE, 2007. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/PNE/20080512_3.pdf> Acesso em 28 maio 2018, p. 71.

local; outros agentes sociais encaram os empreendimentos como fator de desestrutura das comunidades locais.³⁰

2 A COMUNICAÇÃO DO SISTEMA POLÍTICO CONCERNENTE À GERAÇÃO DE ENERGIA

O sistema político, embora seja irritado por situações que o informam sobre a necessidade de alterar suas comunicações a respeito da legislação concernente à hidroeletricidade, nem sempre comunica informações consensuais, o que se percebe no próprio texto compilado no PNE 2030.³¹ No referido documento político há referência de que o “aproveitamento dos recursos hídricos para geração elétrica está diretamente ligado à sua compatibilização com o desenvolvimento da região na qual se insere e à mitigação dos impactos ambientais causados”.³²

Mais adiante, no mesmo documento, lê-se que a “complexidade da questão está em analisar situações sociais e comportamentos econômicos, onde a demarcação da influência do empreendimento no desenvolvimento socioeconômico é muito difícil”.³³ Embora haja essa consideração, o mesmo texto afirma que um dos benefícios da implantação de usinas hidrelétricas é a promoção do desenvolvimento regional – normalmente em zonas rurais. Resta evidente que o debate acerca do tema gera interpretações diferentes e mesmo divergentes, visto que as hidrelétricas ora podem resultar em desenvolvimento local, ora esse desenvolvimento é incerto.

O sistema político, por intermédio do Ministério de Minas e Energia e de outros setores do governo, ao comunicar as leis de políticas energéticas, as elabora de modo a considerar a coletividade. Na teoria de Luhmann,³⁴ o sistema da política tem relação com a utilização do poder, ou seja, os políticos consolidam as leis porque estão no poder, fazem parte da situação do governo. Como o sistema político somente se diferencia e alcança autonomia mediante a identificação de um poder capaz de aceitar

³⁰ ROQUETTI, Daniel Rondinelli. **Empreendimentos hidrelétricos e a complexidade de sistemas sociológicos locais: o caso da usina hidrelétrica de Barra Grande**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências da Engenharia Ambiental e Área de Concentração em Ciências da Engenharia Ambiental. Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, 98 p., 2013.

³¹ *Ibidem*.

³² MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Plano Nacional de Energia 2030**. Brasília: MME: EPE, 2007. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/PNE/20080512_3.pdf> Acesso em 28 maio 2018, p. 30.

³³ *Ibidem*, p. 161.

³⁴ LUHMANN, Niklas. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madri: Alianza Editorial, 1994, p. 57-59.

ou motivar decisões vinculantes, é preciso que as decisões estejam de acordo com as estruturas do seu sistema.

Embora haja determinações políticas existentes em favor da construção de hidrelétricas, leis ambientais cogentes, e possibilidades de irritação oriundas do seu entorno (onde se encontram os sistemas econômico e jurídico e, ainda, o ambiente natural, dentre outros), a adaptação do sistema da política à complexidade do seu entorno deverá ocorrer por intermédio de mudanças em suas estruturas, modificações essas que são a expressão do processo de evolução.³⁵

E, embora o sistema político possa sofrer irritação (pela sua abertura cognitiva), esta nem sempre ocasiona mudança estrutural sistêmica que resulte em evolução da informação até então comunicada pelo sistema. Isso é comum principalmente quando há ruídos do sistema natural ao sistema social – no caso ao subsistema político – diante dos graves problemas socioambientais que se somam à edificação de grandes barragens hidrelétricas e que, embora os vários impactos ambientais, as leis em favor das hidrelétricas continuam sendo criadas, aprovadas e comunicadas no sistema político.

Singer³⁶ propõe uma reflexão a respeito da proposta de construção de uma represa, na qual se deve fazer uma opção entre conjuntos muito diferente de valores. Pode-se dizer que os que se posicionam favoravelmente à construção de uma barragem estão valorizando a oferta de empregos e o aumento da renda per capita para o Estado, em detrimento da preservação da natureza, dos animais e das plantas, e das atividades recreativas ao ar livre. Nesse sentido o autor discorre:

Ao longo de ravinas cheias de matas e gargantas rochosas, um rio corre para o mar. A comissão estadual de hidroeletricidade vê as águas que fluem como energia não aproveitada. A construção de uma represa em uma das gargantas resultaria em três anos de trabalho eventual para mil pessoas e de trabalho permanente para vinte ou trinta. Em termos econômicos, a represa armazenaria água suficiente para garantir que, nos próximos dez anos, o Estado pudesse satisfazer as suas necessidades energéticas. Isto incentivaria a instalação de indústrias grandes consumidoras de energia,

³⁵ VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 99.

³⁶ SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 280.

com o que estaria fomentando a geração de empregos e o crescimento econômico.³⁷

O autor menciona que, sob o ponto de vista do desenvolvimento econômico, um rio que não proporciona vantagens econômicas seria apenas mais um recurso desperdiçado, como se as águas daquele rio tivessem valor apenas se produzissem em benefício do crescimento quantitativo de cifras e rendimentos monetários. Mas em contrapartida, ele também demonstra a finalidade daquele espaço natural em prol de outros benefícios, como o cuidado com a preservação da natureza, na medida em que esse cuidado esteja associado ao bem-estar humano.³⁸ E nesta senda ele segue o raciocínio:

O acidentado terreno do vale do rio só é acessível aos que estejam razoavelmente em forma, mas, ainda assim, trata-se de um lugar excelente para os que gostam de caminhar pelas matas. O rio atrai os que gostam de aventurar-se, de barco, em ousadas descidas ao longo de quedas d'água. No coração do vale existem inúmeros pinheiros raros, sendo que muitas das árvores têm mais de mil anos de idade. Os vales e desfiladeiros abrigam muitos pássaros e animais, inclusive uma espécie em risco de extinção: um rato marsupial que poucas vezes foi encontrado fora do vale. Pode ser que ali também existam outras plantas e espécies animais raras, mas ainda não se sabe ao certo, pois os cientistas ainda não investigaram totalmente a região.³⁹

Seguindo o argumento do autor,⁴⁰ de acordo com a tradição ocidental dominante, embora a natureza proporcione muitas coisas fantásticas e, inclusive, vitais para o ser humano, o mundo natural existe para o benefício dos indivíduos. A natureza não possui nenhum valor intrínseco, os seres humanos são os únicos membros moralmente importantes desse mundo, e a destruição de plantas e animais não configura, em si, um pecado ou erro, a menos que, por meio dessa destruição, se faça mal aos seres humanos.

Existem elementos que amparam a ideia da função econômica das represas. Conforme sustenta Mueller,⁴¹ a construção de barragens está

³⁷ Ibidem, p. 279.

³⁸ Ibidem, p. 283.

³⁹ Ibidem, p. 279.

⁴⁰ SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 283.

⁴¹ MUELLER, Charles C. **Os economistas e as relações entre o sistema econômico e o meio ambiente**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.

subordinada à organização do sistema econômico, visto que o ritmo das atividades econômicas é orientado por forças internas, e que a tecnologia é aliada a fim de manter o ritmo econômico estabelecido pelos agentes. Neste contexto, tem-se que a hidrelétrica pode ser considerada como um mecanismo tecnológico que submete o regime hídrico ao uso do que é de interesse utilitário político e econômico.

3 A TRANSFORMAÇÃO DO AMBIENTE PARA UM APROVEITAMENTO HIDRELÉTRICO OU ECONÔMICO

Os aproveitamentos hidrelétricos alteram significativamente as condições naturais do local onde implantados, sendo a maioria deles planejados para alterar as condições do lugar com vistas ao máximo aproveitamento produtivo, ignorando prejuízos irrecuperáveis com a perda do rio em seu estado natural. A criação do potencial hídrico pela represa é o processo de incorporação de um ambiente novo que favorece a geração de energia.⁴²

O espaço onde a barragem é edificada é transformado em uma unidade produtiva de energia, ou seja, ocorre a apropriação do local com o intuito de crescimento da economia nacional. Os motivos políticos que promovem a construção de barragens estão baseados em interesses à produção de capital e ao aumento do PIB nacional. Os projetos hidrelétricos favorecem grandes concentrações econômicas nacionais e internacionais em prejuízo das populações locais.⁴³ O aproveitamento econômico é concretizado, majoritariamente, para sustentar a atividade industrial – ou seja, o “avanço da indústria barrageira”.⁴⁴

Singer⁴⁵ é incisivo ao relatar que ao se levar o fundamento da decisão de construir uma represa no rio além dos interesses econômicos e políticos, se tem muito mais elementos contrários às vantagens

⁴² SEVÁ, Oswaldo. **Estranhas catedrais: notas sobre o capital hidrelétrico, a natureza e a sociedade**. Campinas, SP: Universidade Estadual de Campinas – Ciência e Cultura, vol. 60, n. 03, 2008. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252008000300014&script=sci_arttext> Acesso em 28 maio 2018.

⁴³ RIBEIRO, Gustavo Lins. **Cuánto más grande mejor? Proyectos de gran escala: una forma de producción vinculada a la expansión de sistemas económicos**. Desarrollo Económico: [s.l.], vol. 27, n 105, p. 3-27, 1987.

⁴⁴ SEVÁ, Oswaldo. **Estranhas catedrais: notas sobre o capital hidrelétrico, a natureza e a sociedade**. Campinas, SP: Universidade Estadual de Campinas – Ciência e Cultura, vol. 60, n. 03, 2008. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252008000300014&script=sci_arttext> Acesso em 28 maio 2018.

⁴⁵ SINGER, Peter. **Ética Prática**. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 290.

econômicas imediatas da construção da represa. Leva-se em conta que a decisão exclusivamente com base no interesse econômico de algumas pessoas, também deverá ser confrontada com as vantagens econômicas para os cidadãos com a perda dos que gostam de apreciar a natureza e andar pela mata, para cientistas e outros, hoje e no futuro, que valorizam a preservação do rio em seu estado natural.

Bermann⁴⁶ relaciona alguns dos principais problemas ambientais consequente das hidrelétricas, dos quais se destacam a alteração do regime hidrológico, comprometendo as atividades a jusante do reservatório; o comprometimento da qualidade das águas, em vista do caráter lântico do reservatório, dificultando a decomposição dos rejeitos e afluentes; assoreamento dos reservatório; emissão de gases de efeito estufa, principalmente o metano, decorrente da decomposição da cobertura vegetal submersa definitivamente nos reservatórios; aumento do volume de água no reservatório formado, com consequente sobrepressão sobre o solo e subsolo pelo peso da massa de água represada, provocando sismos induzidos; entre outros.

Os rios são como artérias de vida no ambiente natural.⁴⁷ As barragens de hidrelétricas, porém, bloqueiam os rios e seu corredor de migração biológica (jusante-montante e vice-versa), podendo causar algo relativo à gangrena nos cursos d'água (morte da fauna, flora e ecossistemas originais). Quanto maior a barragem, maior será a consequente morte de grande parte da biodiversidade original (espécies de plantas, de peixes e demais organismos que vivem, exclusivamente, em rios caudalosos e de corredeiras) ou dos ecossistemas vizinhos (cerrados, matas ciliares, campos nativos, etc.).

Ainda quanto à biodiversidade da região do Rio Uruguai, a catástrofe ambiental já está acontecendo.⁴⁸ Exemplos importantes: uma espécie de bromélia (*Dyckia brevifolia*) do Salto do Yucumã (Derrubadas/RS), abaixo das barragens do trecho do Rio Uruguai, que “praticamente desapareceu e caminha para a extinção devido à alteração da vazão do rio”. Também está sendo destruída a biodiversidade da Zona Núcleo da Reserva

⁴⁶ BERMANN, Célio. **Impasses e controvérsias da hidreletricidade**. São Paulo: Estudos Avançados, vol. 21, n. 59, 2007.

⁴⁷ BRACK, Paulo. **Rios como artérias de vida, mas sob o torniquete das hidrelétricas**. Portal ijuhy.com. 2014. Disponível em: <<http://www.ijui.com/artigos/60292-rios-como-arterias-de-vida-mas-sob-o-torniquete-das-hidreletricas-por-paulo-brack.html>> Acesso em 28 maio 2018.

⁴⁸ BRACK, Paulo. **Hidrelétricas no RS: uma calamidade social**. Portal Energia & Meio Ambiente. 2010. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/portalenegiamais/enthidrens>>. Acesso em 28 maio 2018.

da Biosfera Mata Atlântica, patrimônio protegido pela Constituição. Os projetos hidroelétricos quase não sofreram alteração desde o seu planejamento durante o governo militar, e ganham força com o modelo atual que compromete o futuro do planeta.

As obras hidrelétricas são consideradas um somatório de alterações geográficas, geológicas, fluviais e hidrológicas, bem como de alterações atmosféricas e biológicas, de longo prazo, em todos os rios barrados e nas terras ribeirinhas mais próximas a eles. Pelo fato de uma hidrelétrica convencional se compor também de um reservatório – massa de água – “um rio barrado não é mais um rio, e sim, um conjunto de ecossistemas parcialmente gerenciados”.⁴⁹

Essa paisagem popularmente denominada de “lagos” em razão de seu aspecto visual, mas que são reservatórios, em verdade, ocultam outras alterações das camadas da crosta terrestre, alterando os níveis de pressão interna e fazendo desaparecer a água de onde ela circulava e fazendo-a surgir onde não existia. Como a usina hidrelétrica se compreende pelo conjunto formado pelo reservatório mais as obras civis (barragem, vertedouro, diques, tubulações e canais) e ainda o maquinário eletro-mecânico que compõe a casa de força e a subestação,⁵⁰ o risco de tremores de terra, processos erosivos, formação de abismos, risco de extravasamento de massas de água, entre outros, podem causar abalos sísmicos e o rompimento da barragem.⁵¹

Um dos argumentos sustentados pelos defensores das hidrelétricas é o fato de ela ser caracterizada como energia limpa que estimula o crescimento econômico sustentável. No Brasil, essa caracterização das barragens hidrelétricas é reforçada pelas bem financiadas campanhas publicitárias (sistema da mídia de massa),⁵² vinculada a tentativas de convencer a opinião pública sobre a necessidade de construir barragens sem precedentes.⁵³ Por intermédio dos relatos dos pesquisadores, os

⁴⁹ SEVÁ, Oswaldo. **Riscos de acidentes, de alterações hidrológicas e de sismos provocados ou induzidos por represas de hidrelétricas: formulação teórica, compilação de casos no exterior e no Brasil, e um alerta sobre os projetos no rio Ribeira de Iguapé, PR-SP.** 2011. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/profseva/CapSEVA_R_fotos_RiscosBarragens_jan2011.pdf>. Acesso em 28 maio 2018, p. 4.

⁵⁰ Ibidem, p. 7.

⁵¹ Ibidem, p. 8.

⁵² LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação.** Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005, p. 83 e ss.

⁵³ FEARNSTIDE, Philip; MILLIKAN, Brent. Hidrelétricas na Amazônia: Fonte de Energia Limpa. In: MOREIRA, Paula Franco (Ed.). **O Setor Elétrico e a Sustentabilidade no Século 21: Oportunidades e Desafios.** Brasília: Rios Internacionais, p. 49-56, 2012, p. 49.

estudos têm revelado que o sistema da ciência já tem comunicado que hidrelétricas não são, verdadeiramente, fonte de energia limpa.

Os impactos ambientais, além das alterações de fluxos de sedimentos e de água, e da perda da fauna aquática e de grandes áreas de florestas e outros ecossistemas, também são perceptíveis pela emissão substancial de gases de efeito estufa, a qual, muitas vezes, ultrapassa as emissões cumulativas da geração a partir dos combustíveis fósseis durante décadas. Os autores relatam que as hidrelétricas são geradoras de gases de efeito estufa, como o metano (CH₄),⁵⁴ formado quando a matéria orgânica se decompõe sem a presença de oxigênio, como ocorre, por exemplo, no fundo de um reservatório.

Três são os fatores responsáveis pela produção dos chamados gases quentes numa hidrelétrica:⁵⁵ a decomposição da vegetação pré-existente (árvores e plantas atingidas pela inundação de áreas usadas na construção dos reservatórios); a ação de algas primárias que emitem gás carbônico (CO₂) nos lagos das usinas; e o acúmulo de nutrientes orgânicos carregados por rios e pela chuva até a barragem.

Bermann também defende que a energia hidrelétrica não é limpa, nem barata.⁵⁶ Avaliando a importância econômica da Usina de Belo Monte para o país, o autor revela que é negativa, em vista do custo elevado. O Governo revela a quantia de R\$ 19 bilhões para o investimento, porém as empresas envolvidas na obra e na fabricação dos equipamentos assumem que a obra não custará menos de 30 bilhões de reais. Ocorre que os problemas ambientais e sociais, muitos deles, não têm custo financeiro – a perda do valor cultural do rio Xingu, por exemplo, que é sagrado para as populações indígenas.

O autor segue relatando que estudos demonstram que as usinas de Balbina, Tucuruí e Samuel, as três maiores hidrelétricas construídas na região da Amazônia, emitem gases de efeito estufa em quantidades iguais ou até maiores que usinas de carvão mineral. Isso ocorre porque a matéria orgânica apodrece devido ao alagamento da água. O processo de apodrecimento é tão intenso que acidifica a água e emite metano,

⁵⁴ Ibidem, p. 55.

⁵⁵ SANTOS, Marco Aurélio dos. **Inventário de emissões de gases de efeito estufa derivadas de hidrelétricas**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação de Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 148 p., 2000. Disponível em: <<http://www.ppe.ufrj.br/pppe/production/tesis/masantos.pdf>> Acesso em 28 maio 2018.

⁵⁶ BERMANN, Célio. **A energia hidrelétrica não é limpa, nem barata**. 2010. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/entrevistas/bermann-a-energia-hidreletrica-nao-e-limpa-nembarata.html>> Acesso em 28 maio 2018.

um gás vinte e uma vezes mais forte que o gás carbônico. Esses índices são conhecidos pela ciência, mas não são considerados porque não é de interesse de quem promove as usinas.⁵⁷

A ciência conhece as consequências negativas das hidrelétricas, mas a comunicação emitida por tal sistema não irrita suficientemente a política e a economia aparentemente, que mantêm suas comunicações no sentido de incentivar a construção de hidrelétricas. No caso do sistema da política, porque a hidroeletricidade é capaz de produzir energia em níveis que atingem um maior número de cidadãos (embora opiniões contrárias defendam que as hidrelétricas sirvam para abastecer, de fato, as indústrias); já no caso da economia, porque comunica que as hidrelétricas são economicamente mais viáveis (mesmo que essa viabilidade atinja, principalmente, os geradores de energia, e não os cidadãos comuns).

No modelo atual brasileiro, após o ano de 1998, a maior parte da produção de energia é concedida a empresas privadas, o que favorece a visão de mercado, de modo que é interessante ao mercado o uso de 100% dos rios para a produção energética com ganhos econômicos às empresas, em parte estrangeiras, por meio de leilões e concessões. Neste modelo de desenvolvimento, interessam menos o uso mais racional da energia e as questões socioambientais e, como não são contabilizados todos os diversos impactos ou prejuízos, a hidroeletricidade torna-se mais barata.⁵⁸

O Rio Uruguai, diante das consequências da ocupação de hidrelétricas, desapareceria como rio. O Governo Federal não divulga, mas a construção de mais de dez hidrelétricas desde o oeste do RS, em São Borja, até o nordeste, em São José dos Ausentes, condenaria o rio à morte. Milhares de pessoas já foram afetadas pelas barragens já construídas, e outras mais poderão sofrer as consequências. Além disso, muitas espécies poderão ser extintas, mesmo que em longo prazo, mas o processo já está em curso.⁵⁹

A hidrelétrica de Barra Grande, no Rio Uruguai, foi talvez o pior caso, onde seis mil hectares de araucárias foram suprimidos. A licença da represa foi emitida em 2005 com base em um estudo de impacto ambiental considerado irregular pela Justiça brasileira, pelo Ministério do Meio

⁵⁷ BERMANN, Célio. **A energia hidrelétrica não é limpa, nem barata**. 2010. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/entrevistas/bermann-a-energia-hidreletrica-nao-e-limpa-nembarata.html>> Acesso em 28 maio 2018.

⁵⁸ BRACK, Paulo. **Hidrelétricas no RS: uma calamidade social**. Portal Energia & Meio Ambiente. 2010. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/portalenegiamais/enthidrrs>> Acesso em 28 maio 2018.

⁵⁹ BRACK, 2010, op. cit.

Ambiente e pelo Ibama. Porém, a licença de operação foi emitida com o fito de agilizar a geração elétrica pela usina e pelo risco de interrupção no processo de licenciamento devido aos processos que se somavam no Judiciário. Diante da celeridade da emissão da licença, não houve tempo para o corte raso de quase a metade da floresta que se localizava na área de alagamento, e as árvores ficaram submersas, apodrecendo.⁶⁰

Com essa obra surgiu um dos primeiros casos documentados de desaparecimento na natureza de uma bromélia (já mencionada no trabalho), que foi ignorada do EIA e do RIMA, mesmo constando na Lista da Flora Ameaçada do Brasil – listada pelo Ibama, em 1992 –, que correspondia à vegetação reófila, e foi suprimida para sempre de espécies que compõe a flora e fauna. Tal fato confronta a Constituição Federal, especificamente o artigo 225 que garante a proteção contra atos que provoquem a extinção de espécies.⁶¹

Embora esteja expresso na Constituição o dever do Poder Público em atuar na proteção e vigilância do meio ambiente, o texto constitucional também permite a realização de atividades econômicas, desde que observadas todas as disposições legais. No entanto, muitas vezes os direitos entram em conflito, cabendo ao sistema jurídico decidir dentre as inúmeras possibilidades apresentadas o resultado mais coerente diante de seu programa. Assim, quando o sistema econômico comunica a possibilidade de realização de uma atividade por ser a mais vantajosa economicamente, as consequências ao sistema natural podem ser irreversíveis e muito danosas. O sistema natural, por sua vez, comunicará o seu prejuízo a fim de irritar o sistema do Direito para que as decisões sejam no sentido de comunicar que não é válida determinada atividade. Essa decisão jurídica poderá irritar a política para que uma norma ambiental mais eficiente seja criada.

No aspecto social, de acordo com dados do Movimento dos Atingidos por Barragens (MAB), as grandes obras hidrelétricas já teriam deslocado aproximadamente 1 (um) milhão de pessoas de suas terras,⁶²

⁶⁰ BRACK, Paulo; AYDOS, Beatriz Barros; REIS, Claudio R. Martins dos; BRACK, Ismael V.; PORCHER, Luis Carlos F.; COSTA, Marcelo Carvalho; GODOY, Marcelo; AUMOND, Marcio; BARRADAS, Paulo. **As hidrelétricas do Rio Uruguai e o confronto a legislação que protege a sociobiodiversidade brasileira**. São Lourenço, Minas Gerais: X Congresso de Ecologia do Brasil, 2011. Disponível em: <<http://www.sebecologia.org.br/xceb/palestrantes/79.pdf>> Acesso em 28 maio 2018.

⁶¹ Ibidem.

⁶² PAIM, Elisangela Soldatelli; ORTIZ, Lúcia Schild (coords.) **Hidrelétricas na bacia do rio Uruguai : guia para ONGs e movimentos sociais**. Porto Alegre: Núcleo Amigos da Terra/Brasil, 2006.

confirmando os impactos sociais negativos pontuados por Sirvinskas,⁶³ como “deslocamento das populações; emigração humana excessiva; deterioração das condições humanas da população original”, dentre tantos outros problemas.

Várias convenções e declarações internacionais, as quais influenciaram diversas Constituições, foram realizadas em meados do século XX para tratar da proteção ambiental e dos valores ecológicos em âmbito político-jurídico, e nos textos elaborados o direito ao ambiente foi consagrado como direito fundamental da pessoa humana. Tornou-se evidente a necessidade da qualidade ambiental em níveis adequados para o vital desenvolvimento humano com dignidade. Sabe-se que é indispensável possuir um mínimo de qualidade ambiental para se viver com dignidade, pelo que o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, de acordo com a teoria constitucional dos direitos fundamentais, é considerado um elemento constitutivo da dignidade humana.

A superação dos entraves concernentes à construção de hidrelétricas é viabilizar mecanismos de transparência e espaços democráticos de diálogo e debate. Este seria o início para a viabilização de políticas públicas destinadas ao “setor elétrico que consigam integrar princípios de eficiência econômica, justiça social e respeito aos sistemas ecológicos que constituem a base da sobrevivência” e do bem-estar da sociedade.⁶⁴ Há que ser analisado o que cada subsistema pode comunicar – comunicações operacionalizadas no interior de cada sistema conforme lógicas diferenciadas. O sistema da política irá observar a construção de hidrelétricas de acordo com possibilidades de mudanças na tomada de poder de decisão em razão da necessidade de construir mais hidrelétricas (leis de política energética, de incentivo ao crescimento e de conformidade ao Ministério de Minas e Energia). O sistema jurídico observa quais as implicações das consequências das hidrelétricas em sua estrutura e elementos, a fim de que estas análises possam formular sanções aplicáveis, condutas de acordo com seu programa. Já o sistema econômico sobre hidrelétricas irá analisar a destinação de recursos e os custos dos empreendimentos.

É prudente considerar os ciclos comunicativos relacionados às hidrelétricas e seus efeitos – positivos e negativos –, que envolvem

⁶³ SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 318.

⁶⁴ MOREIRA, Paula Franco. **O Setor Elétrico Brasileiro e a Sustentabilidade no Século 21: Oportunidades e Desafios**. Brasília: Rios Internacionais, 2012, p. 12.

complexidade. Assim, é possível que se observe os acoplamentos entre os mais diversos sistemas no que se refere ao tema abordado. Em relação aos impactos ambientais causados pelas hidrelétricas, a seguir analisam-se as respostas normativas que têm sido elaboradas para este fato no âmbito político – observação amparada, também, na teoria do ultraciclo formulada por Teubner.

4 PODER E CONSTRUÇÃO DE HIDRELÉTRICAS

Em uma sociedade hipercomplexa, na qual um fato social pode ser interpretado de várias maneiras, a policontexturalidade é um elemento que representa o pluralismo de perspectivas conflitantes entre sistemas, reforçando a ideia de que a realidade pode ser observada sob pontos de vista diferentes e que não é adequado eleger um ponto de vista como sendo o correto ou o superior perante os demais. Essa é uma característica que diferencia a teoria dos sistemas autopoieticos das demais porque ela aponta os fenômenos para a diferença e não para a identidade social.⁶⁵

A racionalidade do pensamento humano por muito tempo se deteve a apenas uma lógica monocontextual, ou seja, apenas o “ser” e o “não ser” eram possíveis. Assim, ou algo era conforme uma lógica ou simplesmente não era. Mas quando se está diante de um cenário hipercomplexo, muitas lógicas de vários códigos diferenciados são possíveis, configurando um cenário de várias contextualidades. Cada contextualidade atua com a perspectiva “conforme/em desconformidade”, mas que observam uns aos outros, compondo uma estrutura de lógicas extremamente complexas. A policontexturalidade se caracteriza como sendo a pluralidade de contextualidades.⁶⁶

A ideia de autopoiese representa a autorreprodução dos elementos de um sistema. Para Teubner,⁶⁷ outros aspectos podem ser considerados na definição de autopoiese. O autor refere que não somente os elementos do sistema, mas sim todos os seus componentes - “elementos, estruturas, processos, limites, identidade e unidade do sistema – devem ser auto-produzidos”. E mais, não somente o sistema em si deve ser autoproduzido,

⁶⁵ LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

⁶⁶ GÜNTHER, Gotthard. **Life as Poly-Contextuality**. Vorkender, [S.l.], fev. 2004. Disponível em: <http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_life_as_polycontextuality.pdf>. Acesso em 28 maio 2018.

⁶⁷ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, p. 48-49.

mas o “próprio ciclo de autoprodução deve ser capaz de alimentar a si mesmo”. A esse fenômeno denominou-se hiperciclo, que é a automanutenção obtida por meio da conexão do primeiro ciclo de autoprodução com um segundo ciclo, que permite a produção cíclica gerando as condições da sua própria produção.

A policontextualidade resultante da diferenciação funcional faz desaparecer qualquer garantia de que o desenvolvimento estrutural de um sistema continue conciliável com outros sistemas.⁶⁸ Ademais, a evolução da sociedade é incontrolável diante das incontáveis coisas e possibilidades que podem ocorrer a qualquer momento, numa velocidade cada vez mais veloz. De acordo com Neves,⁶⁹ “a diferença entre sistema e ambiente se delinea nos mais diversos âmbitos comunicativos, resultando numa afirmação de pretensões sistêmicas autônomas, distintas e contrapostas”.

A complexa problemática proveniente da questão da geração de energia elétrica por intermédio de hidrelétricas necessita de respostas que superem as decisões simplistas (sistema jurídico) diante dos parâmetros normativos impostos pelo Estado (sistema político). Diante do ritmo das transformações sociais, nem sempre o sistema político consegue acompanhar a atualidade, visto que o tempo de elaboração, votação e entrada em vigor das leis não tem se mostrado tão célere.⁷⁰

Para que uma nova lei seja elaborada e comunicada pelo sistema político, geralmente é necessária a interação dos demais subsistemas de sentido comunicativo, os quais irritam o subsistema político de modo a fazê-lo evoluir e alterar os elementos e estrutura de autorreferência para, após isso, comunicar a nova lei. Para ocorrer irritação de um sistema ao outro, é imprescindível o acoplamento estrutural entre os sistemas envolvidos.⁷¹

Teubner⁷² distingue de um modo bastante singular acoplamento estrutural e ligação; o acoplamento estrutural é definido, pelo autor, como um “mecanismo de contato intersistêmico (ou seja, o uso da perturbação de um sistema para a construção de uma estrutura no outro)”; já a ligação é

⁶⁸ LUHMANN, Niklas. Globalization or world society: how to conceive of modern society? *International Review of Sociology*, [S.l.], v.7, n. 1, p. 67-69, mar./1997.

⁶⁹ NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009, p. 24.

⁷⁰ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, p. 197.

⁷¹ TEUBNER, Gunther. Autopoiesis and Steering: How Politics Profits from Normative Surplus or Capital. In: VELD, Roeland In't; SCHAAP, Linze; TERMEER, Catrien; VAN TWIST, Mark (eds.). **Autopoiesis and Configuration Theory: New Approaches to Societal Steering**. Kluwer, Boston, 1991, p. 133.

⁷² Ibidem, p. 133.

a “gama de condições necessárias para que os acoplamentos estruturais sejam possíveis, pois a eles permite assumirem diferentes valores de duração, intensidade, qualidade e institucionalização”.

As ligações vão além do acoplamento estrutural; a partir delas é possível ampliar a possibilidade de interação entre sistemas. Teubner⁷³ refere que este tipo de interligação sistêmica pode realizar interações cíclicas mesmo sem prejudicar o fechamento operacional do sistema, isto porque os ciclos não vão além das fronteiras sistêmicas, mesmo que produzam efeitos para além do sistema que fazem parte. Desse modo, quando um sistema constata, de acordo com sua estrutura, as diferenças comunicadas por outro sistema, poderá explorar o reflexo comunicado pelo outro. Eis aí o fenômeno denominado pelo autor como ultraciclo.⁷⁴

A noção de ultraciclo opera para além do sistema interno. Ocorre quando um ciclo de pressões distintas e mútuas surge entre sistemas fechados e entre ordenamentos de naturezas diferentes, propiciando a mudança de perspectiva. Juntamente com esta mudança, as pressões de aprendizado são as mais notórias, pois permitem que ocorram alterações intrassistêmicas provocadas por irritações extrassistêmicas (a interação por ultraciclo possibilita a observação entre sistemas de abertura mútua, mesmo que entre sistemas fechados operativamente).⁷⁵

Sendo assim, a Política, o Direito e a Economia, entre outros sistemas sociais, mantêm relações sociais que requerem modificações teóricas no sentido de abarcarem além de acoplamentos estruturais, atingindo um nível de relações intersistêmicas cíclicas plurais. Nesse sentido, se constata que as ideias de hiperciclo e ultraciclo suscitadas por Teubner⁷⁶ complementam o embasamento teórico da teoria dos sistemas autopoieticos criada por Luhmann. Isto porque permite que se verifiquem

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ TEUBNER, Gunther. *Autopoiesis and Steering: How Politics Profits from Normative Surplus os Capital*. In: VELD, Roeland In't; SCHAAAP, Linze; TERMEER, Catrien; VAN TWIST, Mark (eds.). **Autopoiesis and Configuration Theory: New Approaches to Societal Steering**. Kluwer, Boston, 1991, p. 135.

⁷⁵ TEUBNER, Gunther. *Autoconstitucionalização de corporações transnacionais; Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais*. Tradução de Ivar Hartmann. Revisão de Germano Schwartz. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas e fragmentação do direito na sociedade contemporânea**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

⁷⁶ TEUBNER, Gunther. *Regimes de produção idiossincráticos: sobre a co-evolução da economia e do Direito nas varieties of capitalism*. Traduzido por Dorothee Susanne Rüdiger. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005, p. 129- 152.

não somente acoplamentos bilaterais, mas outros tipos de acoplamentos, como o plurilateral.

Esse breve aporte teórico foi necessário para que se compreenda a relação de perturbação entre cada sistema envolvido para a geração de sentido comunicativo, interação chamada de ultraciclo. E é assim que ocorrem as perturbações de um sistema a outro no que diz respeito às hidrelétricas. A ciência comunica que as represas não são fontes de energia limpa, pois há pesquisas de “experts” que demonstram que ocorre emissão de gases de efeito estufa (metano) através dos lagos formados pelas barragens. Por sua vez, o sistema político pode perceber a comunicação do sistema da ciência, porém não se irrita a ponto de criar normas que determinam a geração de eletricidade por outras fontes de energia (pois o sistema da economia interfere no sistema político e o impulsiona a continuar promovendo a construção de hidrelétricas em vista dos custos e benefícios econômicos).

O sistema do Direito, no entanto, pode compreender as irritações provenientes do sistema da ciência ao comunicar acerca do ambiente natural, de modo a perceber os impactos ambientais negativos provocados pelas barragens, e operar modificando o sentido jurídico de algumas ações e atitudes, já que o que antes era considerado “seguro”, pode ser visto como arriscado e, ainda, antijurídico. E assim realiza-se o ultraciclo entre os diversos sistemas que se irritam mutuamente, mas que evoluem considerando os sentidos internos conforme seus próprios parâmetros.

Sendo um ciclo, deve haver também algumas influências do último sistema a evoluir em relação ao primeiro. Assim, se a ciência irrita a política sobre danos ao ambiente natural, novas normas gerais e vinculantes de proteção ao meio ambiente serão comunicadas. O Direito será irritado pelas novas normas ambientais, mais exigentes, e comunicará novas condenações por danos ambientais. Com muitas condenações sendo comunicadas pelo sistema jurídico, as empresas terão maiores cuidados ao instalar um novo empreendimento, tudo de acordo com as providências exigidas pela recente lei ambiental. Porém, as empresas ao se submeterem a todas às exigências contidas na legislação terão despesas significativas, aumentando os custos dos seus serviços prestados ou enfrentando a redução dos lucros, o que acaba irritando o sistema econômico no sentido de aumentar o capital e, para isso, pode ser considerada a possibilidade de descumprimento das obrigações relacionadas à proteção do meio ambiente. Eis aí o ultraciclo.

A comunicação do sistema da política no que concerne à construção de hidrelétricas merece referência à Constituição de 1891, considerada o acoplamento estrutural entre a Política e o Direito, a qual foi um marco para o setor elétrico, estabelecendo que as concessões para prestação de serviços de energia elétrica seriam outorgadas pelas prefeituras municipais, inclusive em relação à distribuição dos serviços de eletricidade.⁷⁷

Após, a Lei nº 1.145, de 31 de dezembro de 1903, regulamentada pelo Decreto nº 5.407/1904 foi criada.⁷⁸ Em 1920 foi criado o primeiro órgão oficial relativo à política do setor energético, chamado de Comissão Federal de Forças Hidráulicas.⁷⁹

A crise de 1929, em análise sistêmica, representou uma pressão da Economia em relação ao sistema da Política. Isso porque a comunicação econômica informava das condições favoráveis de crescimento da renda, de capital, e para que este crescimento econômico se consolidasse era preciso que a Política colaborasse comunicando a regulação das atividades econômicas, em especial as atividades relacionadas ao desenvolvimento do setor elétrico. Todos os sistemas que consideram o capital em suas comunicações (vantagens ou prejuízos econômicos) se sujeitaram ao acoplamento estrutural com o sistema econômico que fundamenta suas comunicações no capital, ou seja, no dinheiro envolvido/investido nas relações sociais.⁸⁰

Corrêa⁸¹ cita que em 10 de julho de 1934 foi promulgado o Decreto nº 26.234, conhecido como Código de Águas, depois de mais de 20 anos do início dos estudos. Com a finalidade de administrar os recursos do Fundo de Reparelhamento Econômico (FRE), no ano de 1952 foi criado o Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico – BNDE, instituição que no ano de 1982 passou a se chamar BNDES visto que iniciou o

⁷⁷ SILVA, Bruno Gonçalves da. **Evolução do Setor Elétrico Brasileiro no contexto econômico nacional: uma análise histórica e econométrica de longo prazo.** Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Energia – Universidade de São Paulo. 162f. São Paulo, 2011.

⁷⁸ CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de serviços públicos de energia elétrica: em face da Constituição Federal de 1988 e o interesse público.** Curitiba: Juruá Editora, 2002.

⁷⁹ SILVA, 2011, op cit.

⁸⁰ SILVA, Bruno Gonçalves da. **Evolução do Setor Elétrico Brasileiro no contexto econômico nacional: uma análise histórica e econométrica de longo prazo.** Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Energia – Universidade de São Paulo. 162f. São Paulo, 2011.

⁸¹ CORRÊA, Maria Letícia. **Contribuição para uma história da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil: o Código de Águas de 1934 e o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica.** Florianópolis: Política e Sociedade, n. 6, p. 255-291, abr. 2005.

financiamento também na área social.⁸² A Petrobrás foi fundada por Getúlio Vargas no dia 03 de outubro de 1953 com o propósito de executar as atividades do setor petrolífero em nível federal. No início da década de 1960 foi criado o Ministério de Minas e Energia, por meio da Lei nº 3.782/60, que incorporou o Conselho Nacional de Águas e a Divisão de Águas. Em 1962, no governo de João Goulart, foi criada a Eletrobrás.⁸³

No período compreendido entre os anos de 1964 e 1985, o setor de energia elétrica passou por significativas mudanças. No andamento de 1930-1964, o ramo passou de essencialmente público para ser promovido e controlado pelo governo federal; enquanto no transcorrer de 1964-1985 as empresas estatais ganharam espaço e as empresas internacionais reiniciaram os investimentos no setor, mesmo que de modo indireto via financiamento. Foi construída a Usina de Itaipu e houve acentuado crescimento da capacidade instalada de geração de energia elétrica no país, embora no fim da década de 1970 o ramo de energia enfrentava sérios problemas devido à regulação restritiva imposta pelo governo federal e à instabilidade econômica vivenciada no país.⁸⁴

No setor elétrico, a crise vivida na primeira parte da década de 1980 prosseguia. Na primeira metade da década de 1990, no entanto, se formaria a base econômica na qual se firmaria a reestruturação do setor elétrico. Após o impeachment de Collor, várias mudanças ocorreram na esfera econômica e, por conseguinte, no setor elétrico. Em março de 1993, no governo de Itamar Franco, foi aprovada a Lei nº 8.631/93, que estabelecia a responsabilidade de fixar e reajustar tarifas de energia elétrica para cada concessionária de acordo com os custos de cada serviço. Na mencionada norma foram determinadas duas tarifas de energia elétrica: uma de geração onde se inclui custos de transmissão; e outra de distribuição – base do modelo do setor elétrico atual.⁸⁵

⁸² GOMES, Antonio Claret S; ALBARCA, Carlos David; FARIA, Eliada S. T.; FERNANDES, Heloisa Helena. **BNDES 50 Anos – Histórias Setoriais: O Setor Elétrico**. 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_setorial/setorial14.pdf>. Acesso em 28 maio 2018.

⁸³ SILVA, 2011, op cit.

⁸⁴ SILVA, Edmilson Ferreira da. **Principais condicionantes das alterações no modelo de comercialização de energia elétrica: retrospectiva e análise crítica**. Dissertação Mestrado – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas. São Paulo: USP, 2008. 215 p.

⁸⁵ SILVA, Bruno Gonçalves da. **Evolução do Setor Elétrico Brasileiro no contexto econômico nacional: uma análise histórica e econométrica de longo prazo**. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Energia – Universidade de São Paulo. 162f. São Paulo, 2011

As leis nº 8.987/95 e 9.074/95 contribuíram para alterar o modelo estrutural básico do setor elétrico. A lei nº 8.987/95, também conhecida como Lei Geral das Concessões, estabeleceu o regime de concessão e permissão da prestação de todos os serviços públicos nos três níveis da federação. Já a lei nº 9.074/95 estabeleceu o modelo de privatizações, as normas para a outorga e prorrogação das concessões a autorização de serviço público e o mercado livre de energia onde as distribuidoras puderam comprar energia de geradores em qualquer região.⁸⁶

Em dezembro de 1996, por intermédio da lei nº 9.427/96 e regularizada após a promulgação do Decreto nº 2.335/97, criou-se a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) com a intenção de regular e fiscalizar a produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica. Outras medidas e regulamentações importantes foram implantadas, como a lei nº 9.433/97, instituindo a Política Nacional de Recursos Hídricos e criando o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos e a lei nº 9.648/98, que criou o Mercado Atacadista de Energia (MAE) e o Operador Nacional do Sistema (ONS).⁸⁷

O governo Lula instituiu um novo modelo de governança e, dentre outras, a lei nº 10.848/2004 que dispõe sobre a comercialização de energia elétrica. Outras alterações significativas foram a criação da Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE), que sucedeu o Mercado Atacadista de Energia (MAE) e da Empresa de Pesquisa Energética (EPE) - órgão que elabora os planos de expansão do setor elétrico. Outro importante investimento do governo federal na política fiscal do governo Lula foi a adoção do Programa Aceleração do Crescimento (PAC), que destinou recursos a alguns setores considerados prioritários para o crescimento da economia brasileira, como saneamento, transporte, habitação e energia.⁸⁸

A administração de Lula, que iniciou em 2003, a partir de 2004 instituiu um novo modelo para o Setor Elétrico Brasileiro, com base em três

⁸⁶ SILVA, Edmilson Ferreira da. **Principais condicionantes das alterações no modelo de comercialização de energia elétrica: retrospectiva e análise crítica.** Dissertação Mestrado – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas. São Paulo: USP, 2008. 215 p.

⁸⁷ GOMES, Antonio Claret S; ALBARCA, Carlos David; FARIA, Eliada S. T.; FERNANDES, Heloisa Helena. **BNDES 50 Anos – Histórias Setoriais: O Setor Elétrico.** 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_setorial/setorial14.pdf>. Acesso em 28 maio 2018.

⁸⁸ SILVA, Bruno Gonçalves da. **Evolução do Setor Elétrico Brasileiro no contexto econômico nacional: uma análise histórica e econométrica de longo prazo.** Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Energia – Universidade de São Paulo. 162f. São Paulo, 2011.

principais objetivos: garantir o suprimento de energia elétrica com segurança; promover a modicidade tarifária e promover a inserção social do Setor Elétrico Brasileiro, em especial por meio de programas de universalização de atendimento. Institucionalmente, o novo modelo garantiu a criação de novas instituições, entre elas a Empresa de Pesquisa Energética (EPE) – responsável pelo planejamento –; o Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE) – responsável por avaliar a segurança do suprimento de energia elétrica e a Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE) – responsável pelas atividades de comercialização de energia elétrica no sistema interligado.⁸⁹

O atual modelo do setor elétrico brasileiro criou novas instituições e alterou as funções de outras já existentes. A estrutura é composta pelo Conselho Nacional de Política Energética (CNPE); pelo Comitê de Monitoramento do Setor Elétrico (CMSE); pelo Ministério de Minas e Energia (MME); pela Empresa de Pesquisa Energética (EPE); pelo Operador Nacional do Sistema Elétrico (ONS); pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e pela Câmara de Comercialização de Energia Elétrica (CCEE).⁹⁰

São evidentes as incontáveis comunicações políticas no que diz respeito à melhoria da infraestrutura no setor elétrico, principalmente desde a segunda metade do século XX, quando vários países da América do Sul, incluindo o Brasil, desenvolveram estratégias de integração energética devido a problemas de insuficiência da infraestrutura de transporte e distribuição de energia.⁹¹ O Brasil é abundante em recursos naturais que favorecem a utilização de fontes de energia renovável para geração de energia, em vista da aposta nos energéticos renováveis para a proposta mundial de redução do processo de aquecimento global.

O discurso de que as fontes de energia renováveis são menos poluentes do que as fontes fósseis de energia se disseminou na sociedade e, assim, as metas da política energética é a substituição das fontes fósseis pelas

⁸⁹ CCEE - CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Instituições**. Disponível em:

<http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/ondeatualizamos/com_quem_se_relaciona?_afLoop=192927423378082#%40%3F_afLoop%3D192927423378082%26_adf.ctrl-state%3Dyri8fr8o7_198>. Acesso em 28 maio 2018.

⁹⁰ Ibidem.

⁹¹ SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito, energia e tecnologia: a reconstrução da diferença entre energia e tecnologia na forma da comunicação jurídica**. 2008. 354 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, RS, 2008.

fontes renováveis, tanto pelo possível esgotamento dos combustíveis fósseis como pelo alto nível de poluição causado. E dessa maneira se generalizou a comunicação da sociedade, onde se comunicam as possibilidades de alternativas energéticas de modo a manter o desenvolvimento em níveis adequados de conservação ambiental.

Ocorre que alguns problemas emergem dessas novas propostas de utilização de fontes de energia renováveis para geração de energia. A expansão dos projetos de construção de hidrelétricas tem como finalidade a geração de energia mais adequada às expectativas sociais de conservação ambiental, mormente para redução do processo de aquecimento global, pois provém de uma fonte de energia limpa e renovável – a água. As hidrelétricas podem representar muitos benefícios econômicos e de novas oportunidades de emprego sazonal e regionalizado. Mas também podem desencadear inúmeros desequilíbrios ambientais, conflitos sociais e proporcionar privilégios a empresas que visam o beneficiamento financeiro particular se utilizando de uma necessidade dos indivíduos que é a geração de energia elétrica.

Além disso, novas comunicações na sociedade dão conta de que as hidrelétricas não são, de fato, fontes de energia limpa, visto que dos seus lagos também são liberados gases poluentes que colaboram para o aquecimento global tão combatido pela sociedade mundial em prol da substituição de fontes fósseis para as fontes de energia limpa e renovável no processo de geração de energia. Quem detém o poder de distinguir o que pode ser incluído ou excluído nas questões de políticas energéticas que determinam a possibilidade de investir mais ou menos na construção de hidrelétricas é o governo, que mantém os argumentos em nível circular, baseado na comunicação, de modo que o sistema da política seleciona as alternativas de geração de energia – no caso as hidrelétricas – e exclui todas as outras – solar, eólica, etc.

Sabe-se que quando dois sistemas comunicativos se interconectam, os sistemas são capazes de desenvolver seus próprios elementos de aprendizado e de influência mútuos. Por isso os acoplamentos estruturais são considerados racionalidades transversais parciais, de modo que cada uma dessas racionalidades vincula-se às racionalidades particulares e parciais confrontadas com o sistema interconectado, servindo de pontes de transição específicas. Tanto o acoplamento estrutural quanto a racionalidade transversal possuem um lado positivo e outro negativo – o positivo possibilita a influência intersistêmica mútua, enquanto o negativo permite que haja a sabotagem

recíproca da autonomia sistêmica conhecida como corrupção.⁹² Fornasier apresenta um modo de como pode ocorrer a corrupção no sistema político:

A “compra de votos”, por exemplo, representa a falta de capacidade da política (cujo código consiste na diferença democraticamente construída governo/oposição) de impedir a influência deletéria do código da economia (ter/não ter). Corrupção oposta pode ocorrer quando subsídios politicamente concedidos para grupos econômicos que apoiam o governo. A compra de sentenças, denúncias ou de pedidos de arquivamentos de processos indicam que o sistema jurídico é incapaz de conter as investidas do econômico, ocorrendo, igualmente, corrupção. Pode haver a corrupção do Direito pela política quando o poder, por pressão ilícita, obtenha decisões e atos a ele favoráveis.⁹³

Contextualizando, a corrupção no que concerne às hidrelétricas ocorre quando grandes empreiteiras “compram” decisões do governo em prol de facilidades como flexibilização na emissão de licenças ambientais ou para a elaboração de leis de incentivo às barragens como geradoras de energia. Sabe-se que o setor elétrico foi transformado em negócio, seja na geração, transmissão, distribuição e comercialização da energia, sendo sempre organizado e comandado sob a lógica de funcionamento do capital. De acordo com o MAB, “tudo virou negócio, inclusive os direitos dos atingidos e as questões ambientais. Os maiores benefícios têm sido ao sistema financeiro e aos acionistas controladores das empresas de energia”.⁹⁴

Vale mencionar que para Luhmann⁹⁵ a corrupção é o grande problema moral da sociedade mundial contemporânea, mesmo afirmando que a fragmentação da moral é uma maneira especial de comunicação porque o seu código binário (que consiste na diferença entre desprezo e consideração pelas pessoas) não se sujeita a programas e critérios

⁹² NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.

⁹³ FORNASIER, Mateus de Oliveira. **Diálogo ultracíclico transordinal**: possível metodologia para a regulação do risco nanotecnológico para o ser humano e o meio ambiente (Tese de doutorado). São Leopoldo: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, 2013, p. 374.

⁹⁴ MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS – MAB. **Energia para quem e para quem**; Disponível em: <<http://www.mabnacional.org.br/content/energia-para-quem-para-quem>> Acesso em 28 maio 2018.

⁹⁵ LUHMANN, Niklas. **The code of the moral**. Nova York: Cardozo Law Review, v. 14, n. 3-4, p. 995-1009, jan. 1993.

generalizados. No cenário atual e policontextual, Teubner⁹⁶ analisa que a moral atua com o código binário de um determinado sistema a fim de garantir-lhe a autonomia, acusando quando constata a sabotagem de códigos e suas semelhantes corrupções sistêmicas.

CONCLUSÃO

O modelo de sociedade moderno observado pela teoria social de Luhmann apresenta como característica a dinâmica temporal, ou seja, concepções até então consideradas inabaladas e estáveis podem ser modificadas conforme a dinâmica social. O fato de a sociedade ser funcionalmente diferenciada permite que uma nova percepção social seja compreendida através da observação de segunda ordem – a realidade pode ser verificada a partir de vários pontos de vista diferentes. Nesse sentido, a Política, assim como o Direito, a Economia e a Ciência, devem ser repensados.

Muitas vezes o alegado desenvolvimento econômico proporcionado pelo estabelecimento de uma hidrelétrica em determinada região colide com o medo e a aflição das populações ribeirinhas, constituída principalmente por pequenos produtores rurais, pescadores e índios. Emergem com esta questão disputas entre expectativas de desenvolvimento e as inquietações com a eficiente preservação ambiental destas obras, diferenciando a oportunidade e possibilidade de desenvolvimento entre as suas indesejadas consequências.

As hidrelétricas, conforme comunicadas pela política, adquirem essencialidade para o desenvolvimento do setor elétrico, pois integram a infraestrutura e abastecem a demanda de energia elétrica, pelo que são bastante fomentadas pelo governo em prol, também, do alegado benefício econômico em comparação com outras fontes de energia capazes de gerar energia. O sistema econômico, por sua vez, estimula os empreendimentos porque isso significa uma oportunidade de gerar rendimentos monetários e uma ocasião capaz de render aos investidores, às construtoras e concessionárias muitos lucros financeiros, permitindo a eles ter o capital decorrente dessas transações.

Discutem-se os impactos causados pela construção de hidrelétricas, mas sabe-se que qualquer matriz energética produz impactos consideráveis do ponto de vista global e a longo prazo. O que ocorre é que

⁹⁶ TEUBNER, Gunther. **O Direito como Sistema Autopoietico**. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

se está diante de uma problemática que colide com os limites ecológicos de desenvolvimento, estimulando os debates acerca do que pode ser feito para minimizar os impactos sociais e ambientais dos grandes empreendimentos de geração de energia.

Nesse ponto, existe uma circularidade no assunto que concerne às hidrelétricas no seguinte aspecto: a energia elétrica é essencial ao desenvolvimento industrial e às necessidades básicas dos indivíduos, ou seja, é preciso ter energia; mas as hidrelétricas – matriz energética em destaque nesta pesquisa – produzem muitos impactos negativos sociais e ambientais.

Diante dessas diferentes concepções, os sistemas sociais autopoieticos podem observar as comunicações que cada subsistema é capaz de comunicar diante das questões que emergem deste fato, pelo que o sistema da Política traduz em informação aquilo que é referente às suas estruturas. Deve ser considerado o que cada subsistema pode comunicar – comunicações operacionalizadas no interior de cada sistema conforme lógicas diferenciadas. Assim como podem haver diversas possibilidades de desenvolvimento socioeconômico, as possibilidades de danos ao meio ambiente e às pessoas atingidas também são incontáveis. Razão pela qual cada sistema deve comunicar a informação mais adequada ao seu programa a fim de dar respostas relacionadas aos riscos e inseguranças desencadeados pelas usinas hidrelétricas.

REFERÊNCIAS

ALVES, Laura Araujo. **A valoração dos impactos ambientais associados à expansão da Matriz Elétrica Brasileira**: proposta de instrumentos econômicos para a promoção das fontes alternativas e limpas. Dissertação (Mestrado) - Programa de Pós-Graduação em Engenharia Elétrica – PPGEE. Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, 157 f., 2009.

BAUMAN, Zygmunt. **Capitalismo parasitário: e outros temas contemporâneos**. Tradução de Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Jorge Zagar Ed., 2010.

BERMANN, Célvio. **A crise ética e técnica do setor energético brasileiro**. Instituto Humanitas Unisinos. 2015. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/entrevistas/539420-a-crise-etica-e-tecnicado-setor-energetico-brasileiro-entrevista-especial-com-celio-bermann>> Acesso em: 28 maio 2018.

_____. **A energia hidrelétrica não é limpa, nem barata**. 2010. Disponível em: <<http://www.viomundo.com.br/entrevistas/bermann-a-energia-hidreletrica-nao-e-limpa-nembarata.html>> Acesso em: 28 maio 2018.

_____. **Energia no Brasil: Para quê? Para quem? Crise e alternativas para um país sustentável**. 2. ed. São Paulo: Livraria da Física - FASE, 2003.

_____. Impasses e controvérsias da hidreletricidade. **Estudos Avançados**, vol. 21, n. 59, 2007.

_____. O Setor Elétrico Brasileiro no século 21: Cenário atual e Desafios. In: MOREIRA, Paula Franco (Ed.). **O Setor Elétrico Brasileiro e a Sustentabilidade no Século 21: Oportunidade e Desafios**. Brasília: Rios Internacionais – Brasil. p. 17-22, 2012.

BORTOLETO, Eliane Mundim. **A implantação de grandes hidrelétricas: desenvolvimento, discurso e impactos**. Universidade Federal do Espírito Santo: Geografares, n. 2, p. 53-62, 2001.

BRACK, Paulo. **Hidrelétricas no RS: uma calamidade social**. Portal Energia & Meio Ambiente. 2010. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/portalenergiamais/enthidrrs>>. Acesso em: 28 maio 2018.

_____. **Rios como artérias de vida, mas sob o torniquete das hidrelétricas**. Portal ijuhy.com. 2014. Disponível em: <<http://www.ijui.com/artigos/60292-rios-como-artérias-de-vida-massob-o-torniquete-das-hidreletricas-por-paulo-brack.html>> Acesso em: 28 maio 2018.

_____; AYDOS, Beatriz Barros; REIS, Claudio R. Martins dos; BRACK, Ismael V.; PORCHER, Luis Carlos F.; COSTA, Marcelo Carvalho; GODOY, Marcelo; AUMOND, Marcio; BARRADAS, Paulo. **As hidrelétricas do Rio Uruguai e o confronto a legislação que protege a sociobiodiversidade brasileira**. São Lourenço, Minas Gerais: X Congresso de Ecologia do Brasil, 2011. Disponível em: <<http://www.sebecologia.org.br/xceb/palestrantes/79.pdf>> Acesso em: 28 maio 2018.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: Texto Constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais. Nº 1/92 a 42/2203 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94 - Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2004.

_____. Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012. **Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa;** altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112651.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

_____. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. **Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6938.htm>. Acesso em: 28 maio 2018.

CALDAS, Geraldo Pereira. **Concessões de serviços públicos de energia elétrica:** em face da Constituição Federal de 1988 e o interesse público. Curitiba: Juruá Editora, 2002.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos.** Tradução de Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Editora Cultrix, 2006.

CCEE - CÂMARA DE COMERCIALIZAÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. **Instituições.** Disponível em:

<http://www.ccee.org.br/portal/faces/pages_publico/ondeatuamos/com_quem_se_relaciona?_afzLoop=192927423378082#%40%3FafzLoop%3D192927423378082%26_adf.ctrl-state%3Dyri8fr8o7_198>. Acesso em 28 maio 2018.

CORRÊA, Maria Leticia. **Contribuição para uma história da regulamentação do setor de energia elétrica no Brasil:** o Código de Águas de 1934 e o Conselho Nacional de Águas e Energia Elétrica. Florianópolis: Política e Sociedade, n. 6, p. 255-291, abr. 2005.

FEARNSIDE, Philip; MILLIKAN, Brent. Hidrelétricas na Amazônia: Fonte de Energia Limpa. In: MOREIRA, Paula Franco (Ed.). **O Setor Elétrico e a Sustentabilidade no Século 21:** Oportunidades e Desafios. Brasília: Rios Internacionais, p. 49-56, 2012.

FORNASIER, Mateus de Oliveira. **Diálogo ultracíclico transordinal**: possível metodologia para a regulação do risco nanotecnológico para o ser humano e o meio ambiente (Tese de doutorado). São Leopoldo: Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos, 2013.

GOLDEMBERG, José; MOREIRA, José Roberto. Política energética no Brasil. **Revista de Estudos Avançados**, vol. 19, n. 55, p. 215-228. São Paulo, 2005.

GOMES, Antonio Claret S; ALBARCA, Carlos David; FARIA, Eliada S. T.; FERNANDES, Heloisa Helena. BNDES 50 Anos – **Histórias Setoriais**: O Setor Elétrico. 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/export/sites/default/bndes_pt/Galerias/Arquivos/conhecimento/livro_setorial/setorial14.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

GÜNTHER, Gotthard. **Life as Poly-Contextuality**. Vorkender, [S.l.], fev. 2004. Disponível em: <http://www.vordenker.de/ggphilosophy/gg_life_as_polycontextuality.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

LUHMANN, Niklas. **A realidade dos meios de comunicação**. Trad. Ciro Marcondes Filho. São Paulo: Paulus, 2005.

_____, Niklas. Globalization or world society: how to conceive of modern society? **International Review of Sociology**, [S.l.], v.7, n. 1, p. 67-69, mar./1997.

_____. **INTRODUÇÃO à Teoria dos Sistemas**. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 2. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2010.

_____. **Teoría política en el Estado de Bienestar**. Trad. Fernando Vallespín. Madri: Alianza Editorial, 1994.

_____. The code of the moral. **Cardozo Law Review**, v. 14, n. 3-4, p. 995-1009, jan. 1993.

MANKIW, N. Gregory. **INTRODUÇÃO à economia**. Tradução da 6ª edição norte-americana. Rio de Janeiro: Cengage Learning, 2014.

MINISTÉRIO DE MINAS E ENERGIA. **Plano Nacional de Energia 2030**. Brasília: MME: EPE, 2007. Disponível em: <http://www.epe.gov.br/PNE/20080512_3.pdf> Acesso em: 28 maio 2018.

_____. **Plano Decenal de Expansão de Energia 2024**. Brasília: MME/EPE, 2015. Disponível em: <<http://www.epe.gov.br/PDEE/PDE%202024.pdf>>. Acesso em: 28 maio 2018.

MOREIRA, Paula Franco. **O Setor Elétrico Brasileiro e a Sustentabilidade no Século 21: Oportunidades e Desafios**. Brasília: Rios Internacionais, 2012.

MOVIMENTO DOS ATINGIDOS POR BARRAGENS – MAB. **Energia para quem e para quem?** Disponível em: <<http://www.mabnacional.org.br/content/energia-para-qu-e-para-quem>> Acesso em: 28 maio 2018.

_____. **Não existem fontes renováveis de energia**. 2011. Disponível em: <<http://www.mabnacional.org.br/noticia/sev-nexistem-fontes-renovveis-energia>> Acesso em: 28 maio 2018.

MUELLER, Charles C. **Os economistas e as relações entre o sistema econômico e o meio ambiente**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2007.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.

PAIM, Elisângela Soldatelli; ORTIZ, Lúcia Schild (coords.) **Hidrelétricas na bacia do rio Uruguai: guia para ONGs e movimentos sociais**. Porto Alegre: Núcleo Amigos da Terra/Brasil, 2006.

RIBEIRO, Gustavo Lins. *Cuánto más grande mejor? Proyectos de gran escala: una forma de producción vinculada a la expansión de sistemas económicos*. **Desarrollo Económico**: [s.l.], vol. 27, n 105, p. 3-27, 1987.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia jurídica e democracia**. 2. ed. São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003.

ROQUETTI, Daniel Rondinelli. **Empreendimentos hidrelétricos e a complexidade de sistemas sociológicos locais: o caso da usina hidrelétrica de Barra Grande**. Dissertação (Mestrado) – Programa de Pós-Graduação em Ciências da Engenharia Ambiental e Área de Concentração em Ciências da Engenharia Ambiental. Escola de Engenharia de São Carlos da Universidade de São Paulo, 98 p., 2013.

SANTOS, Marco Aurélio dos. **Inventário de emissões de gases de efeito estufa derivadas de hidrelétricas**. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação de Engenharia da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, 148 p., 2000. Disponível em: <<http://www.ppe.ufrj.br/ppes/production/tesis/masantos.pdf>> Acesso em: 28 maio 2018.

SEVÁ, Oswaldo. **Estranhas catedrais: notas sobre o capital hidrelétrico, a natureza e a sociedade.** Campinas, SP: Universidade Estadual de Campinas – Ciência e Cultura, vol. 60, n. 03, 2008. Disponível em: <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?pid=S0009-67252008000300014&script=sci_arttext> Acesso em: 28 maio 2018.

_____. **Riscos de acidentes, de alterações hidrológicas e de sismos provocados ou induzidos por represas de hidrelétricas:** formulação teórica, compilação de casos no exterior e no Brasil, e um alerta sobre os projetos no rio Ribeira de Iguapé, PR-SP. 2011. Disponível em: <http://www.ifch.unicamp.br/profseva/CapSEVA_R_fotos_RiscosBarragens_jan2011.pdf>. Acesso em: 28 maio 2018.

SILVA, Bruno Gonçalves da. **Evolução do Setor Elétrico Brasileiro no contexto econômico nacional:** uma análise histórica e econométrica de longo prazo. Dissertação – Programa de Pós-Graduação em Energia – Universidade de São Paulo. 162f. São Paulo, 2011.

SILVA, Edmilson Ferreira da. **Principais condicionantes das alterações no modelo de comercialização de energia elétrica:** retrospectiva e análise crítica. Dissertação Mestrado – Escola Politécnica da Universidade de São Paulo. Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas. São Paulo: USP, 2008. 215 p.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Direito, energia e tecnologia:** a reconstrução da diferença entre energia e tecnologia na forma da comunicação jurídica. 2008. 354 f. Tese (Doutorado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, RS, 2008.

SINGER, Peter. **Ética Prática.** Tradução de Jefferson Luiz Camargo. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

SIRVINSKAS, Luís Paulo. **Manual de direito ambiental.** 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

TEUBNER, Gunther. Autoconstitucionalização de corporações transnacionais; Sobre a conexão entre os códigos de conduta corporativos (Corporate Codes of Conduct) privados e estatais. Tradução de Ivar Hartmann. Revisão de Germano Schwartz. In: SCHWARTZ, Germano (Org.). **Juridicização das esferas e fragmentação do direito na sociedade contemporânea.** Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

TEUBNER, Gunther. Autopoiesis and Steering: How Politics Profits from Normative Surplus os Capital. In: VELD, Roeland In't; SCHAAP, Linze; TERMEER, Catrien; VAN TWIST, Mark (eds.). **Autopoiesis and Configuration Theory: New Approaches to Societal Steering**. Kluwer, Boston, 1991.

_____. **O Direito como Sistema Autopoiético**. Tradução e Prefácio de José Engrácia Antunes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

_____. Regimes de produção idiossincráticos: sobre a co-evolução da economia e do Direito nas *varieties of capitalism*. Traduzido por Dorothee Susanne Rüdiger. In: TEUBNER, Gunther. **Direito, sistema e policontextualidade**. Piracicaba: Editora Unimep, 2005. p. 129- 152.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos Sistemas e o Direito Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2009.

WWF-BRASIL. **Além de grandes hidrelétricas: políticas para fontes renováveis de energia elétrica no Brasil. 2012**. Disponível em: <http://d3nehc6yl9qzo4.cloudfront.net/downloads/alem_de_grandes_hidreletricas_sumario_para_tomadores_de_decisao.pdf> Acesso em: 28 maio 2018.

ZHOURI, Andréa (org.). **As tensões do lugar: hidrelétricas, sujeitos e licenciamento ambiental**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2011.

CONFLITO ENTRE OS INTERESSES EMPRESARIAIS E COLETIVOS NA ERA DO INFORMACIONALISMO: O CASO DA APPLE E DO WHATSAPP

CONFLICT BETWEEN BUSINESS AND COLLECTIVE INTERESTS IN THE AGE OF INFORMATIONALISM: THE APPLE AND WHATSAPP CASE

Rafael José Nadim de Lazari *

Raphael Ribeiro **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A internet como agente alterador das regras de mercado: o valor da informação. 2 O caso Apple x FBI. 3 Panorama brasileiro: o caso Whatsapp. 4 Os dados pessoais para além da ótica individual. Conclusão. Referências.

RESUMO: A internet e as tecnologias telemáticas foram agentes alteradores do mercado, propondo uma nova economia mundial, baseada na informação. O novo espaço juntamente com a nova economia fomentaram empresas que detêm como seu único patrimônio a informação e a sua troca e veiculação. Dentro deste cenário, destacam-se os casos da Apple e o WhatsApp, que por sua postura protetiva com a informação de seus usuários, foram alvo de decisões judiciais que determinaram a abertura da comunicação de seus clientes para auxílio em investigações criminais. A postura adotada pelas empresas levou a medidas de desaceitação por parte de governos dos quais originaram as medidas. Neste cenário, discutiu-se o conflito entre fundamentos constitucionais, aplicando método de valoração para solução do conflito entre os mandamentos constitucionais para fim de resolução harmoniosa.

Palavras-chave: Privacidade. Segurança de dados. Apple. WhatsApp. Ponderação de princípios.

ABSTRACT: *The internet and telematics technologies have been market-altering agents, proposing a new economy model to the world, based on information. This new space allied with*

* Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/Portugal. Estágio Pós-Doutoral pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica, de São Paulo/SP. Mestre em Teoria do Estado pelo Centro Universitário “Eurípides Soares da Rocha”, de Marília/SP. Professor da Graduação, do Mestrado e do Doutorado em Direito da Universidade de Marília/SP - UNIMAR. Professor da Graduação em Direito da Rede Gonzaga de Ensino Superior - REGES, de Dracena/SP. Professor convidado de Pós-Graduação (LFG, EBRADI, Projuris Estudos Jurídicos, IED, dentre outros), da Escola Superior de Advocacia, e de Cursos preparatórios para concursos e Exame da Ordem dos Advogados do Brasil (LFG, Vipjus, IED, IOB Concursos, PCI Concursos, dentre outros). Professor dos Programas “Saber Direito” e “Academia”, na TV Justiça, em Brasília/DF. Membro da Comissão Estadual de Direito e Liberdade Religiosa da OAB/SP. Membro (representando a OAB/SP) do Fórum Inter-Religioso permanente para uma Cultura de Paz e Liberdade de Crença, vinculado à Secretaria de Justiça e da Defesa da Cidadania do Governo do Estado de São Paulo. Membro da UJUCASP - União dos Juristas Católicos de São Paulo.

** Advogado. Foi aluno especial do programa de mestrado em Direito Negocial pela Universidade Estadual de Londrina. Pós-graduando em Direito Penal e Processo Penal pelo Centro Universitário Toledo de Presidente Prudente.

Artigo recebido em 26/07/2018 e aceito em 31/07/2018.

Como citar: LAZARI, Rafael José Nadim de; RIBEIRO, Raphael. Conflito entre os interesses empresariais e coletivos na era do informacionalismo: o caso da Apple e do Whatsapp. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 35, p. 205 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

the new economy model fostered companies that have as their sole asset the information and their exchange and placement. Within this scenario, we highlight the cases of Apple and WhatsApp, who for their protective stance with the information of their users, were the subject of judicial decisions that determined the opening of the communication of their clients for assistance in criminal investigations. The stance adopted by the companies led to measures of de-acceptance by the governments from which the measures originated. In this scenario, we discussed the conflict between constitutional foundations, applying a method of valuation to solve the conflict between the constitutional commandments in order to achieve a harmonious resolution.

Keywords: *Privacy. Data security. Apple. WhatsApp. Principles valuation method.*

INTRODUÇÃO

O advento dos novos meios tecnológicos exige do direito uma dinamicidade que nossos esforços legislativos não conseguem atender, visto a lentidão da agenda legislativa brasileira na tramitação das leis. Com o retardo legislativo, o judiciário se vê desarmado frente aos novos problemas abarcados pelas recentes inovações tecnológicas.

O direito pós-positivista não tem sido eficiente na resolução dos conflitos sociais, o que nos leva a pensar em novas estratégias para consolidação do direito, e que muitas vezes, devido às lacunas legislativas, pedem a aplicação de normas gerais para preencher omissões da lei.

Frente a este cenário dinâmico de inovações, destacado pelo direito alimentado por fontes incompletas e incapazes de prever o cenário moderno, o presente estudo propõe-se a fazer uma análise do conflito entre direitos fundamentais, interesses de mercado e os interesses coletivos, propondo dar solução harmoniosa ao conflito de pressupostos jurídicos

1 A INTERNET COMO AGENTE ALTERADOR DAS REGRAS DE MERCADO: O VALOR DA INFORMAÇÃO

Desde tempos imemoriais, o ser humano sempre buscou extrapolar as barreiras continentais para consolidação dos negócios. O solo brasileiro, segundo a história conhecida, foi descoberto pelas expansões marítimas europeias, no interesse de se encontrar uma rota mais rápida para negociar com os países orientais, como a Índia. Da mesma maneira, caixeiros-viajantes e mascates extrapolavam limites territoriais em busca da efetivação dos negócios, vendendo a outras nações produtos advindos dos mais variados países, construindo a ideia de mercado global. A economia sempre moveu o mundo. Somos ávidos por riqueza, por prosperidade e nos globalizamos graças à nossa ânsia de auferir lucro.

A internet, não distante dos anseios comerciais, ainda que nascida por iniciativa militar, pronta a assegurar a eficiência comunicativa dos Estados Unidos frente à iminência de um ataque nuclear no período da guerra fria, teve seu desenvolvimento intensificado quando se enxergou na inovação o seu potencial econômico, que dentro das universidades norte-americanas, através de estudos e disseminação do conhecimento, deram o passo inicial para a implementação da ferramenta que seria conhecida como um dos principais avanços tecnológicos da humanidade (BENKLER, 1996, p. 28).

Assim, a tecnologia informática, aliada à sede do comércio e riqueza, inovou as questões econômicas, quebrando as barreiras comunicativas para negociar, comprar, vender e oferecer serviços, sem restrição de barreiras territoriais, globalizando as relações de consumo através da internet.

Tal ideia é consolidada nas palavras de Tarcisio Teixeira, que considera a internet como uma ferramenta de aproximação entre as pessoas físicas e jurídicas, disponibilizando ao fornecedor de produto ou serviço um instrumento para comercialização de suas “especiarias” (em alusão aos comércios pré-coloniais) a qualquer pessoa que deles precisem (TEIXEIRA, 2014, p. 189-190).

Os mercados locais, até então estabelecidos na produção industrial em massa e no conhecimento através de documentos escritos, alteraram-se em razão do advento tecnológico, e a obtenção de riqueza deixou de ser vinculada apenas ao comércio e à produção fabril, passando para uma cognição incorpórea de valores, não considerando apenas os produtos finais de processos industriais como únicos possuidores de valor econômico. O crescente uso da internet atribuiu valor à própria informação, em seu sentido lato, resultado de produções técnicas e intelectuais, conforme os interesses do mercado, quebrando velhos paradigmas.

Dentro desta nova dinâmica, aplicativos como o WhatsApp - vendido por 22 bilhões de dólares (aproximadamente 54 bilhões de reais), segundo informaram os tabloides brasileiros¹ -, são exemplos precisos

¹ O portal G1 informou o valor de US\$ 22 bilhões, transacionados no dia 06/10/2014, ocasião na qual o criador do aplicativo (Jam Koun) passou a compor o conselho do *Facebook*. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/preco-de-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-sobe-us-22-bilhoes.html>>. Acessado em: 22/05/2016. Já o *site* O Globo, informou a transação concluída em US\$ 21,8 bilhões de reais, após aprovação da União Europeia e órgãos reguladores dos Estados Unidos. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/facebook-oficializa-compra-do-whatsapp-por-us-218-bilhoes-14157940>>. Acessado em: 22/05/2016.

desta nova valoração dada à informação. O valor de venda do aplicativo, em uma análise inicial, impossibilitaria determinar sobre o que, patrimônio ou produto, seriam calculados tamanho valor, vez que o aplicativo é um “mensageiro”, uma plataforma de envio e recebimento de mensagens com o uso da internet, que cobra, anualmente, o módico valor de 1 dólar, aparentemente não possuindo outros meios pelos quais seria integralizado este exorbitante valor pelo qual foi vendido.

Além disso, o WhatsApp não veicula em sua plataforma qualquer tipo de propaganda, determinando que neste preço não estão envolvidos valores frutos de publicidade.

O aplicativo conta como seu principal “patrimônio” um número de usuários que se aproxima da casa de 1 bilhão², o que poderia explicar o enorme valor transacionado, porém esta ideia, a princípio, tratar-se-ia de mera suposição, se não fossem os outros elementos que serão apresentados adiante.

Empresas como o WhatsApp, como tantas outras que trabalham com inovações tecnológicas, necessitam de uma técnica mais apurada para se determinar quais seriam seus valores negociados no mercado. Ao determinarmos o preço de uma empresa desta espécie, é preciso se determinar o valuation, como é tratado nos textos de nicho. O cálculo do valuation sai da lógica do preço pautado no lucro que se obterá com a aquisição do aplicativo, justamente pelo fato de que WhatsApp, excluída a cobrança anual de US\$ 1, não gera outros lucros visíveis. Então, indaga-se, como se calcularia tamanho valor transacionado?

Valuation, ou valor, não se confunde com preço. Valor é o potencial econômico de uma empresa, que pode ser determinado em uma estimativa futura dos lucros, característica que se encontra presente no WhatsApp por este ter crescido três vezes mais do que a sua empresa adquirente, considerando os primeiros quatro anos de sua existência em relação ao mesmo período da compradora³, demonstrando que, apesar de o WhatsApp não exibir lucro, não revelar patrimônio, ainda assim possui um interesse do mercado, que se consubstancia no interesse de adesão

² Segundo informações prestadas pelo G1, Mark Zuckerberg, atual presidente do *WhatsApp*, afirmou que o aplicativo ruma para a casa de 1 bilhão de usuários. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/02/facebook-compra-o-aplicativo-whatsapp-por-us-16-bilhoes.html>>. Acessado em: 21/05/2016.

³ O artigo demonstra a lógica dos negócios contemporâneos, analisando de maneira pormenorizada a aquisição do *WhatsApp* pelo *Facebook* no ano de 2014. Título: O valor de uma empresa. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197558,61044-O+valor+de+uma+empresa>>. Acessado em: 11/06/2016.

dos seus consumidores ao seu serviço de mensageiro. Logo, o valor do WhatsApp está na quantidade de usuários (cerca de 1 bilhão), e que só tem aumentado ao longo dos anos, despertando o interesse do mercado e da empresa adquirente.

Além disso, agregado à função de mensageiro, o WhatsApp conta com os dados e informações que transitam na prestação de seus serviços, o que, se considerarmos seus Termos de Uso e Política de Privacidade, nos dão margem a colher cláusulas que permitem a utilização de informações não identificáveis do usuário para finalidades publicitárias, ainda que estas se apresentem de forma velada ou demasiadamente abrangentes em seus termos de prestação de serviços⁴, denotando que, além do valuation, a empresa trabalha com valores inerentes às informações que circulam em sua plataforma, ainda que não pratique tais termos.

Assim, podemos entender que a tecnologia informática não só encurtou distâncias e dinamizou os mercados, mas também definiu novos valores, não baseados somente no produto final das cadeias de produção fabril, reconhecendo o valor de empresas que só trabalhem com a informação como único elemento do seu processo produtivo.

Essa economia baseada em informação emergiu no quarto final do século 20, o que fez nascer um novo sistema econômico, estabelecendo o conhecimento da informação (knowledge-information) como novo valor de mercado. Manuel Castells afirma que a emersão deste novo paradigma tecnológico versando sobre as novas tecnologias tornou a informação o próprio produto do processo de produção (CASTELLS, 2010, p. 78).

O novo modelo econômico baseado em informação como produto do mercado é nomeado de informacionalismo, por conta da produtividade e competitividade das unidades e agentes nesta nova realidade econômica fundamentalmente dependerem de sua capacidade para gerar, processar e aplicar a informação captada (CASTELLS, 2010, p. 77), reforçando antigos jargões, notadamente “saber é poder”.

⁴ Conforme os Termos de Serviços disponíveis pelo site *WhatsApp*: “*We may share non-personally-identifiable information (such as anonymous User usage data, referring / exit pages and URLs, platform types, asset views, number of clicks, etc.) with interested third-parties to assist them in understanding the usage patterns for certain content, services, advertisements, promotions, and/or functionality on the WhatsApp Site*”. (Nós poderemos compartilhar suas informações não pessoais com terceiros para auxiliá-los a entender os padrões de uso para determinados conteúdos, serviços, anúncios, promoções e/ou funcionalidade no site do *WhatsApp* - em tradução livre). Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/legal/>>. Acessado em: 21/06/2016.

O conceito de informacionalismo tem a informação como a base material e tecnológica da atividade econômica e da organização social, fenômeno novo que não pode ser ignorado pelo direito.

Tal consolidação da informação como produto da cadeia de produção coloca as tecnologias telemáticas, conseqüentemente a internet, como meioriquíssimo tanto para o desenvolvimento econômico, como para o desenvolvimento cultural e intelectual de seus usuários, que hoje já possuem estas tecnologias como componentes inseparáveis de seus cotidianos.

Marcel Leonardi entende que a influência da internet na vida humana é irreversível e, como tal, deve ser adequada à carga de garantias que já foram conquistadas. A importância do direito à privacidade em ambiente digital evidencia a sensibilidade desta relação entre valores econômicos e direitos fundamentais, analisando que muito mais importante do que regular e desenvolver as novas tecnologias telemáticas, para que alcancem seus objetivos e mantenham sua utilidade, é o seu dever de proteção ao direito basilar da privacidade, além de resguardar outros direitos fundamentais de possíveis abusos (LEONARDI, 2012, p. 37-38).

Mais do que optar pela regulamentação propriamente dita, editando novas leis para fim de proteção dos valores apresentados, Yochai Benkler afirma que a resolução dos problemas gerados pelas novas tecnologias se resolve com a simples aplicação de princípios, e não através de regras específicas (BENKLER, 1996, p. 39).

Ante a especialidade das relações desenvolvidas na internet, o conflito com o direito à privacidade é particularmente preocupante, pela violação deste ser exponencialmente facilitada pelas mesmas características e peculiaridades que tornam a Rede tão atraente (LEONARDI, 2012, p. 42), e que nas palavras de Pierre Levy, se deve à dinamicidade, construção e alimentação por todos os agentes que a utilizam (LEVY, 1996, p. 128).

Pierre Levy destaca ainda a discussão sobre o caráter mercantil da internet, propondo que, como instrumento do desenvolvimento coletivo, a internet voltada ao comércio não possuiria motivos para o seu banimento (no seu sentido de proibição, considerando a possibilidade de abusos de direitos), mas sim que deveria continuar a existir preservando uma maneira original de constituir coletivos inteligentes, diferente daquela que o mercado capitalista induz (LEVY, 1996, p. 129).

Percebemos o uso deste desenvolvimento coletivo do meio telemático principalmente quando relacionamos os dados veiculados com os serviços oferecidos, na coleta e uso destes dados principalmente para

fins publicitários, porém desconsideramos outras possibilidades de seu uso, ainda que imperceptíveis aos usuários. Através das tecnologias telemáticas alimentadas por estes dados, é possível a implementação e melhoria dos próprios serviços oferecidos pela Rede, como bem destacam os termos de serviço do WhatsApp, ou seja, abre-se mão da privacidade em prol da melhoria dos produtos ofertados.

O mercantilismo na internet é superdesenvolvido e sua capacidade de uso da massividade de usuários é uma maneira de potencializar a apresentação de seus produtos e serviços, prática que por muitas vezes se sobrepõe a direitos basilares, viciando a ideia proposta por Pierre Levy e evidenciando um mercado em desequilíbrio.

2 O CASO *APPLE* X FBI

A divergência entre interesses empresariais e o direito à privacidade no armazenamento e uso dos dados pessoais se mostrou no final do ano de 2015, quando um atentado terrorista em San Bernadino, Califórnia, deixou quatorze mortos e vinte e dois feridos. No confronto com os policiais, dois dos três terroristas foram mortos⁵.

Pela suspeita de ataque terrorista, tentou-se recuperar os dados de um dos celulares ainda em funcionamento dos suspeitos, o celular de Syed Farook, sendo que os demais aparelhos foram destruídos pelos próprios atiradores antes de morrerem no confronto com os policiais.

Em atenção aos dados, acreditando que estes conteriam informações essenciais às investigações, o FBI requisitou ajuda para o acesso às informações do smartphones primeiro à Agência de Segurança Nacional dos Estados Unidos (National Security Agency), que declarou que não tinha conhecimento para desbloquear tais aparelhos (Iphones), somente de outros que seriam de uso mais comum dos criminosos⁶. Resultado disso, o órgão federal recorreu à própria Apple (produtora do Iphone) para desbloqueio do aparelho.

⁵ Cobertura nacional do incidente, feita pelo portal G1. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/incidente-com-disparos-na-california-deixa-varias-vitimas-dizem-bombeiros.html>>. Acessado em: 10/06/2016.

⁶ Em depoimento à imprensa, o Vice-Diretor da Agência Nacional de Segurança disse: “*If we don't have a bad guy who's using it, we don't do that*” (Se não temos um criminoso que está usando isto [*smartfone Iphone*], não fazemos isso - tradução livre), justificando o porquê da agência não ter condições de desbloquear tal tipo de aparelho. Disponível em: <<http://www.zdnet.com/article/nsa-comes-clean-on-why-it-couldnt-hack-san-bernardino-shooters-iphone/>>. Acessado em: 10/06/2016.

Os smartphones da marca Apple possuem um sistema de segurança que após seis tentativas de acesso por senha incorreta bloqueia permanentemente os dados do aparelho⁷. Assim, por não haver maneira de acessar tais dados, frente ao bloqueio de segurança, o FBI teve de pedir ajuda aos detentores da tecnologia do Iphone, a própria empresa produtora do aparelho, para seu desbloqueio e acesso aos dados, e esta se recusou a ajudar o órgão federal.

Diante a negativa, o FBI acionou a justiça norte-americana, ocasião em que a magistrada Sheri Pym deferiu o pedido do FBI, determinando que a Apple atendesse às solicitações, desbloqueando o Iphone de Syed Farook⁸.

A decisão se fundamentou no All Writs Act, permitindo que a justiça norte-americana emita todos os mandados necessários para auxiliarem as atividades do próprio Judiciário, desde que estejam em conformidade com os usos e princípios do Direito norte-americano⁹. O mandamento judicial determinou ainda que a Apple providenciasse um software, um programa, com um mecanismo de recuperação do aparelho, ou um Software Image File (SIF), que pudesse ser executado no celular do suspeito, possibilitando desbloqueá-lo¹⁰.

⁷ O site da Apple, em sua área de suporte ao usuário, traz o seguinte texto: “If you enter the wrong passcode in to an iOS device six times in a row, you’ll be locked out and a message will say that your device is disabled”. O site traz como solução para o telefone desabilitado apenas o *erase* do aparelho, que é a eliminação de todos os dados do sistema, voltando a sua estaca zero, como se acabasse de sair da fábrica, sem nenhum dado da pessoa que até então o possuía. Disponível em: <<https://support.apple.com/en-us/HT204306>>. Acessado em: 10/06/2016.

⁸ A determinação judicial exarada pela juíza norte-americana pode ser encontrada na íntegra no endereço eletrônico: <<https://assets.documentcloud.org/documents/2714005/SB-Shooter-Order-Compelling-Apple-Asst-iPhone.pdf>>. Acessado em: 28/09/2018.

⁹ —UNITED STATES OF AMERICA. 28 U.S. Code § 1651 - Writs: (a) The Supreme Court and all courts established by Act of Congress may issue all writs necessary or appropriate in aid of their respective jurisdictions and agreeable to the usages and principles of law. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1651>>. Acessado em: 16/07/2016.

¹⁰ Decisão que determinou que a Apple ajudasse o FBI a decifrar o celular de Syed Farook. Segue destaque da decisão: “This matter is before the Court pursuant to an application pursuant to the All Writs Act, 28 U.S.C. § 1651, by Assistant United States Attorneys Tracy Wilkinson and Allen Chiu, requesting an order directing Apple Inc. (‘Apple’) to assist law enforcement agents in enabling search of a digital device seized in the course of a previously issued search warrant in this matter. [...] providing the FBI with a signed Iphone Software file, recovery bundle, or other Software Image File (‘SIF’) that can be loaded onto the SUBJECT DEVICE”. Disponível em: <<https://assets.documentcloud.org/documents/2714001/SB-Shooter-Order-Compelling-Apple-Asst-iPhone.pdf>>. Acessado em: 16/07/2016.

No mais, a juíza norte-americana impôs à Apple prestar ajuda técnica razoável (reasonable technical assistance)¹¹ para recuperação dos dados, além da criação do referido software para acessar o smartfone.

Ainda que a decisão tenha determinado ajuda ao FBI, a Apple insistiu em não cooperar com as investigações policiais, alegando que as demandas do governo ameaçariam a segurança de seus clientes em uma escala sem precedentes, e que as implicações da decisão da magistrada teriam efeitos que iriam além do processo. A criação do software resultaria em uma espécie de chave mestra para desbloqueio de aparelhos da empresa. Na mesma manifestação feita pela Apple, negando cooperar com o FBI, Tim Cook, então CEO da empresa, qualificou a ordem como “extremamente onerosa”, criticando os riscos que um aplicativo como este traria aos seus consumidores e como uma decisão desse tipo prejudicaria a confiança creditada à empresa¹².

Em texto publicado no próprio site da Apple, Tim Cook se manifestou dizendo que as informações precisam ser protegidas de hackers e criminosos que desejam roubá-las para uso indevido sem o conhecimento da empresa, e que a Apple estaria comprometida na proteção dos dados de seus consumidores, alegando ainda que a única forma de uma proteção eficaz desses dados seria através da criptografia oferecida pela empresa¹³.

Declarou, ainda, que um software dessa espécie, se caísse em mãos erradas, seria capaz de desbloquear qualquer aparelho Iphone. Ou seja, o governo dos Estados Unidos estaria obrigando a Apple a hackear seus

¹¹ O julgado determinou que a *Apple* atendesse ao pedido do FBI, garantindo ajuda técnica razoável para desbloqueio do aparelho. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/storyline/san-bernardino-shooting/judge-forces-apple-help-unlock-san-bernardino-shooter-iphone-n519701>>. Acessado em: 10/06/2016.

¹² Em carta publicada e noticiada pela CNN, Tim Cook, presidente da *Apple* afirmou: “*The government is asking Apple to hack our own users and undermine decades of security advancements that protect our customers - including tens of millions of American citizens - from sophisticated hackers and cybercriminals*”. Os noticiários americanos dizem que a discussão se fundamenta no *Protection x Privacy* (Proteção x Privacidade). Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2016/02/16/us/san-bernardino-shooter-phone-apple>>. Acessado em: 16/07/2016.

¹³ A carta foi publicada no site da *Apple* em 16/02/2016, e pode ser acessada na íntegra em: <<http://www.apple.com/customer-letter/>>. O trecho a qual o texto faz referência é: “*The Need for Encryption [...] All that information needs to be protected from hackers and criminals who want to access it, steal it, and use it without our knowledge or permission. Customers expect Apple and other technology companies to do everything in our power to protect their personal information, and at Apple we are deeply committed to safeguarding their data. For many years, we have used encryption to protect our customers’ personal data because we believe it’s the only way to keep their information safe. We have even put that data out of our own reach, because we believe the contents of your iPhone are none of our business*”.

próprios clientes, colocando em risco décadas de avanços em segurança e vulnerabilizando 10 milhões de cidadãos americanos¹⁴.

As declarações da empresa mostraram uma posição aparentemente preocupada com os dados e integridade do consumidor, se posicionando contra uma decisão judicial interessada em resguardar a segurança destes mesmos 10 milhões de usuários, os mesmos que a Apple afirmou proteger, já que o perigo de terrorismo é iminente e concreto nos Estados Unidos. Pautou a defesa de seus usuários na possibilidade de tais dados caírem em mãos de criminosos, hackers, ou dando ao governo americano muito poder com o uso de um software desta espécie. Em miúdos, temos a empresa Apple valendo-se do direito basilar e constitucional da privacidade dos dados de seus usuários, afirmando que a segurança destes dados é importante política de suas atividades.

Analisando mercadologicamente, possível vislumbrar uma estratégia clara de fidelização dos seus consumidores, sob argumento de que sua postura de proteção defenderia o usuário da ação tanto de criminosos, quanto, até mesmo, do próprio Estado, através de seus mecanismos de segurança inquebráveis. No entanto, a mesma empresa que afirmou proteger seus usuários acaba por deixar estes mesmos usuários a mercê de outros crimes, que, possivelmente, caso fossem disponibilizadas as informações do celular de Syed Farook, possibilitariam melhores investigações de crimes que extrapolam a esfera da privacidade e atingem toda a coletividade, tamanha gravidade que possui o crime de terrorismo.

¹⁴ Trecho da declaração da Apple: “*The FBI may use different words to describe this tool, but make no mistake: Building a version of iOS that bypasses security in this way would undeniably create a backdoor. And while the government may argue that its use would be limited to this case, there is no way to guarantee such control. [...] The government is asking Apple to hack our own users and undermine decades of security advancements that protect our customers - including tens of millions of American citizens - from sophisticated hackers and cybercriminals. The same engineers who built strong encryption into the iPhone to protect our users would, ironically, be ordered to weaken those protections and make our users less safe*”. Disponível em: <<http://www.apple.com/customer-letter/>>. Acessado em: 16/07/2016.

A demanda judicial terminou com o FBI declarando que havia conseguido acessar o telefone através da ajuda de um terceiro que não a Apple¹⁵, dispensando o auxílio da empresa.

3 PANORAMA BRASILEIRO: O CASO *WHATSAPP*

A expansão internacional levou as empresas, necessariamente, a respeitarem o direito pátrio dos países em que pretendem atuar, e com isto surgiram inúmeras divergências entre os interesses econômicos e a soberania nacional.

Como já apresentado, o fenômeno das informações de milhares de usuários, utilizadas como moeda de mercado, chocou-se diretamente com interesses estatais de cunho criminal, como é o caso das informações contidas no celular de Syed Farook no ataque terrorista de San Bernadino, conteúdo de interesse investigativo e que se relaciona à segurança nacional dos Estados Unidos.

O fomento comercial e expansão das empresas e seus aplicativos levaram à utilização do WhatsApp em vários países, dentre eles o Brasil, que conta hoje com mais de 100 milhões de usuários utilizando o mensageiro. No Brasil, por três vezes tivemos um caso semelhante ao da Apple e a mesma postura foi adotada pelo WhatsApp, produto do Facebook, negando cumprimento às decisões do Judiciário.

No final do ano de 2015 o aplicativo WhatsApp teve seus serviços bloqueados judicialmente em todo o território nacional pela primeira vez, quando o juiz da 1ª Vara Criminal de São Bernardo do Campo, no Estado de São Paulo, determinou que o serviço ficasse inoperante por 48 horas, após a empresa não ter colaborado com investigações criminais que necessitaram que o serviço quebrasse o sigilo de suas mensagens. Na ocasião, o pedido foi de que a empresa abrisse o conteúdo das mensagens já trocadas entre os investigados para auxiliar na apuração de crime. O WhatsApp, no entanto, não atendeu ao mandamento judicial, argumentando que uma vez criptografadas era impossível sua decodificação.

¹⁵ Noticiado pelo portal ABC News. Disponível em: <<http://abcnews.go.com/Technology/justice-department-withdraws-request-apple-iphone-encryption-case/story?id=37986428>>. Acessado em: 16/07/2016.

Após a determinação de pagamento de multa, na forma da Lei nº 12.965/2014, não restou outra sanção que não a suspensão do serviço¹⁶. Na situação, o dono do serviço, Mark Zuckerberg, se pronunciou, objetivando a decisão como extremista¹⁷. Situação semelhante aconteceu em maio de 2016, quando a empresa, mais uma vez, após decisão do juiz de 1º grau da comarca de Lagarto, Estado do Sergipe, se negou a cooperar com a descryptografia de suas mensagens para elucidação de um caso de tráfico de drogas. No processo, todos os ditames contidos no Marco Civil da Internet foram cumpridos, chegando à medida extrema de prisão do Vice-Presidente do Facebook na América Latina por não ter atendido à ordem judicial, não restando outra opção em lei que não a suspensão dos serviços¹⁸.

Mais uma vez, em manifestação em sua página no Facebook, Mark Zuckerberg afirmou que “[...] é muita assustadora a ideia de que, em uma democracia, todos no Brasil tenham seu direito à liberdade de comunicação negado desta maneira”¹⁹.

Pela terceira vez, o WhatsApp foi bloqueado em 19 de julho de 2016, após decisão da 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias, Estado do Rio de Janeiro, porém o panorama do caso foi um pouco diferente, pois não houve nesta situação pedido de abertura dos dados e conversas uma vez já feitas, mas sim um pedido de interceptação das conversas dos indivíduos investigados criminalmente. A decisão requisitou ao WhatsApp que

¹⁶ A Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da *Internet*), prevê, entre suas sanções, a advertência, a multa, a suspensão do serviço, e até a proibição do exercício das atividades em solo brasileiro, para os provedores de conexão e aplicação que, na forma dos artigos 10, 11, 12, 13 e 15, não disponibilizarem os dados que deveriam ser armazenados por período estipulado em lei (6 meses para registros de aplicação - art. 15 - e 1 ano para registros de conexão - art. 13), após a desobediência de ordem judicial competente que determine a disponibilização de tais dados.

¹⁷ O CEO do *Facebook* e *WhatsApp* se pronunciou na página oficial do aplicativo, afirmando que “*Estou chocado que nossos esforços em proteger dados pessoais poderiam resultar na punição de todos os usuários brasileiros do WhatsApp pela decisão extrema de um único juiz. Esperamos que a justiça brasileira reverta rapidamente essa decisão. Se você é brasileiro, por favor faça sua voz ser ouvida e ajude seu governo a refletir a vontade do povo*”, conforme notícia do site Veja. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/mark-zuckerberg-critica-a-suspensao-do-whatsapp-no-brasil>>. Acessado em: 22/05/2016.

¹⁸ Noticiado pelo G1 da Globo.com. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2016/07/whatsapp-bloqueado-relembre-todos-os-casos-de-suspensao-do-app.html>>. Acessado em: 24/10/2018.

¹⁹ *the idea that everyone in Brazil can be denied the freedom to communicate the way they want is very scary in a democracy*”, conforme publicação datada de 03/05/2016 na página pessoal no *Facebook* do Presidente do *WhatsApp*, Mark Zuckerberg. Disponível em: <<https://www.facebook.com/zuck/posts/10102814103934951?pnref=story>>. Acessado em: 20/07/2016.

interceptasse as conversas antes de sofrerem a criptografia utilizada pelo serviço, e, como nos casos anteriores, a empresa requisitada não cumpriu o mandamento judicial.

Na decisão exarada pela juíza Daniela Barbosa Assumpção de Souza, que bloqueou os serviços do WhatsApp, a conduta da empresa foi adjetivada como carregada de desprezo pelas leis brasileiras, uma vez que a resposta aos atos oficiais sequer se deu em língua portuguesa, tendo o WhatsApp respondido às requisições através de e-mail redigido em inglês, e que estavam tratando do país como uma “republicueta”²⁰.

Destacou que a empresa, para atuar em solo pátrio, com filial devidamente estabelecida, se sujeitou às leis e à língua nacional, observando ainda que a mesma funciona de maneira plena, contando com um enorme número de usuários, sendo o país com segundo maior público do aplicativo, e, ainda, que tanto é eficientemente operante em solo nacional que seu aplicativo conta com corretor em língua portuguesa.

A juíza, por fim, salientou que a ordem não esbarra em argumentos como os anteriormente usados, que se pautavam na impossibilidade de descifragem das mensagens, vez que o respectivo mandamento judicial se consubstanciava em interceptação, uma intervenção antes da implicação de qualquer tecnologia de codificação da mensagem, e que a negativa de cumprimento da empresa sem implicações jurídicas relevantes acabaria por tornar tais empresas intocáveis, atuando sem qualquer respeito aos poderes da federação e à soberania nacional.

Destaca-se a argumentação utilizada na sentença:

Ora, se as decisões judiciais não podem efetivamente ser cumpridas e esta informação é sempre rechaçada por peritos da polícia federal e da polícia civil que afirmam ser possível o cumprimento, como foi possível ao Google do Brasil, em determinada ocasião, cumprir as decisões judiciais que até então alegava ser impossível, deveremos então concluir que o serviço não poderá mais ser prestado, sob pena de privilegiar inúmeros indivíduos que se utilizam impunemente do aplicativo Whatsapp para prática de crimes diversos, orquestrar execuções, tramar todos os tipos de ilícitos, sempre acobertados pelos responsáveis legais do aplicativo Whatsapp, que insistem em descumprir as decisões judiciais, tornando estas condutas impossíveis de serem alcançadas pela Justiça. [...] Como se conclui, não

²⁰ Sentença na íntegra disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160719-03.pdf>>. Acessado em: 30/09/2018.

pode um serviço de comunicação de tamanho alcance, ser oferecido a mais de 100 (cem) milhões de brasileiros sem, no entanto, se submeter às Leis do País, descumprindo decisões judiciais e obstruindo investigações criminais em diversas unidades da Federação. Qualquer empresa que se instale no País fornecendo determinado serviço, deverá estar apta a cumprir as decisões judiciais que, porventura, recaiam sobre esta, sob pena de cancelamento do próprio serviço, ainda mais, quando se trata de atividade que envolve lucros vultosos, não sendo crível que seus representantes não sejam capazes de se aparelhar para o devido cumprimento das decisões judiciais. [...] Neste sentido, a finalidade pública da persecução criminal sempre deverá prevalecer sobre o interesse privado da empresa em preservar a intimidade e privacidade de seus usuários, assim como também deverá prevalecer sobre os interesses desses últimos, sobretudo quando são investigados por praticarem crimes, uma vez que não há direito ou garantia constitucional em nosso ordenamento que se repute absoluta. [...] A falta ou a negativa de informação por parte da empresa, deixando de atender a uma determinação judicial, impede aos órgãos de persecução de apurarem os ilícitos e alcançarem os autores dos crimes praticados, constituindo-se a recusa no fornecimento dos dados mera estratégia da empresa a fim de procrastinar e até descumprir a ordem judicial, sob o pálio de impossibilidades técnicas. O prejuízo maior, assim, quando o *Facebook* do Brasil descumpra uma ordem judicial, é da sociedade, ante a impunidade gerada pela negativa em fornecer informações que serão fundamentais para a consecução das investigações e, posteriormente, para robustecer o processo criminal de provas que sejam úteis à formação da convicção das partes e do juiz²¹.

Os trechos em destaque merecem sobrelevação, pois expressam com verdade a ideia que se quer apresentar neste estudo. Destaca intenções meramente mercantis e descomprometidas com as leis brasileiras, escarnecendo o Estado brasileiro. Diminui a importância da perseguição e combate ao crime, deixando em segundo plano os interesses transindividuais e coletivos, sob o argumento mascarado de estarem protegendo estes mesmos interesses, através da proteção à privacidade do indivíduo.

Em uma análise comparativa, a postura adotada pelo WhatsApp é a mesma adotada pela Apple no ataque terrorista de San Bernadino. Ambas

²¹ Sentença na íntegra, disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160719-03.pdf>>. Acessado em: 30/09/2018.

se valerem da mesma base argumentativa, afirmando que a abertura dos dados prejudicaria a privacidade de seus usuários; no entanto, podemos estabelecer um claro liame entre a postura adotada e os interesses estritamente comerciais destas empresas em manterem seus usuários confiantes da prestação dos serviços, iludindo-os de que os dados e conversas veiculadas em seus produtos não podem ser acessados por ninguém.

Tal argumento evidencia interesses exclusivamente mercadológicos, já que a posse de informações sensíveis, como dados pessoais, mensagens íntimas, fotos e vídeos ganham credibilidade entre os usuários nas mãos da empresa que afirma tratar como máxima a privacidade destes dados; no entanto, no caso do WhatsApp, analisando as políticas operacionais deste mesmo serviço, encontramos cláusulas que preveem o uso de tais informações em compartilhamento com terceiros, ainda que tais cláusulas afirmem compartilhar apenas os dados inidentificáveis do usuário, evidenciando na verdade intenções que extrapolam qualquer postura protetivo de seu público.

Todas estas questões geram um conflito direto entre bases constitucionais, que na ótica brasileira seria o embate entre segurança pública e privacidade, em muito se assemelhando ao caso norte-americano. Isso nos leva à seguinte indagação: qual destes valores deve prevalecer nos casos apresentados, quando do impasse entre interesses coletivos e empresariais?

4 OS DADOS PESSOAIS PARA ALÉM DA ÓTICA INDIVIDUAL

A interceptação telefônica é situação restrita, mas comum, nas investigações criminais, e que deve ser realizado para melhor elucidação de crimes quando não houver outros meios capazes de produção da prova, autorizado mediante decisão judicial, e permitido por tempo limitado, na forma da lei.

Este instrumento processual utilizado para coleta de informações através da via telefônica nos mostra que o ordenamento pátrio já previa, desde antes do advento dos modernos meios de comunicação telemática, hipóteses em que o direito à privacidade poderia ser limitado em atenção aos interesses estatais e coletivos, como nos casos de investigação criminal, já que é de interesse de toda a sociedade a resolução de seus crimes. A mesma ideia foi transportada para os novos códigos e leis que versam sobre

comunicação, que nos leva a crer que, em situações excepcionais e que haja devida autorização, não há comunicação que não possa ser violada.

Considerando a modernidade e seus novos instrumentos, as comunicações em meio telemático (especificamente aquelas realizadas através da internet) e sua disponibilização para investigação criminal se embasam no art. 10, §1º, do Marco Civil da Internet complementadas pelo art. 4º, III, “d”, da Lei nº 13.709, de 2018. O artigo da lei do Marco Civil da Internet determina que servidores de conexão e aplicativos estarão obrigados a disponibilizarem os dados pessoais e conteúdo de comunicações privadas mediante ordem judicial²², enquanto o segundo dispositivo, recentemente publicado, aclarou obscuridades da lei anterior, estabelecendo diretrizes para consolidação da privacidade dos dados na internet e hipóteses em que estas diretrizes serão mitigadas frente aos interesses nacionais, como a perseguição de crimes. Os mandamentos legais, em todos os casos retromencionados, foram regularmente satisfeitos, conforme já vimos no tópico anterior através de todas as decisões prolatadas.

No entanto, mesmo com as disposições em lei, a empresa WhatsApp por todas as vezes se negou a fornecer o exigido na legislação e requisitado pelos tribunais, argumentando nos dois primeiros casos que não teria como fornecer o conteúdo de suas comunicações, já que uma vez criptografada, ninguém poderia ter acesso à conversa, nem mesmo ela própria, provedora do serviço.

Não obstante isso, e logo em seguida, o WhatsApp afirmou publicamente que enrijeceria sua tecnologia de segurança das mensagens trocadas, adotando um tipo de codificação chamado de Criptografia de Ponta-a-Ponta, que, segundo a própria empresa, se trataria de codificação da informação assim que saísse do aparelho emissor, e somente o aparelho receptor teria a chave válida para decodificação e leitura da informação²³, enrijecendo mais ainda o acesso aos dados trocados entre seus usuários.

A empresa iniciou a adoção da nova tecnologia de criptografia com a seguinte frase: o WhatsApp sempre priorizou a segurança máxima de seus dados e comunicações, exemplificando bem a valoração dada para

²² Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Art. 10, §1º: “O provedor responsável pela guarda somente será obrigado a disponibilizar os registros mencionados no caput, de forma autônoma ou associados a dados pessoais ou a outras informações que possam contribuir para a identificação do usuário ou do terminal, mediante ordem judicial, na forma do disposto na Seção IV deste Capítulo, respeitado o disposto no art. 7º”.

²³ O texto se refere à postagem de 05 de abril de 2016, publicada no blog do aplicativo *WhatsApp*. Disponível em: <<https://blog.whatsapp.com/10000618/Criptografia-de-Ponta-a-Ponta>>. Acessado em: 20/07/2016.

a informação e a credibilidade depositada pelos usuários, evidenciando também a relevância comercial dos dados e comunicações, ainda que a postura adotada estivesse em desconformidade com a lei.

Na terceira e última situação, a medida judicial consistiu numa espécie de interceptação, com a diferença de que seria aplicada às comunicações realizadas através da internet, interceptando as mensagens antes de sofrerem encriptação dos dados, ainda na fonte. O cumprimento da determinação vislumbrava-se possível, justo que a empresa não poderia alegar a mesma impossibilidade técnica que vinha justificando para o descumprimento das decisões, justamente por ser solicitada a coleta dos dados antes da incidência de qualquer codificação. Como visto, entretanto, a empresa também não cumpriu a ordem judicial nestes termos.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (LINDB) prevê que os negócios firmados em solo pátrio deverão ser regidos pela lei brasileira²⁴. Doutro modo, e ainda mais específico, o Marco Civil da Internet determina que, na coleta, armazenamento, guarda e tratamento dos registros em território nacional a lei brasileira deverá ser respeitada²⁵. A lei que versa sobre as hipóteses de armazenamento destes registros e comunicações é justamente o Marco Civil da Internet, e estabelece que os registros de aplicação deverão ser armazenados pelo prazo de seis meses²⁶ e disponibilizados caso requeridos por competente decisão judicial.

Assim, ao tratarmos de servidores de aplicação - e é cediço que, tanto o WhatsApp quanto o Facebook são provedores de aplicação na ótica da lei²⁷, como dispõe a LINDB e é regulamentado pelo Marco Civil da Internet e Lei nº 13.709/18 -, estes devem respeitar todo o ordenamento jurídico pátrio quando exercem atividades em solo brasileiro, pautando

²⁴ Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Art. 9º: “*Para qualificar e reger as obrigações, aplicar-se-á a lei do país em que se constituírem*”.

²⁵ Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Art. 11: “*Em qualquer operação de coleta, armazenamento, guarda e tratamento de registros, de dados pessoais ou de comunicações por provedores de conexão e de aplicações de internet em que pelo menos um desses atos ocorra em território nacional, deverão ser obrigatoriamente respeitados a legislação brasileira e os direitos à privacidade, à proteção dos dados pessoais e ao sigilo das comunicações privadas e dos registros*”.

²⁶ Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Art. 15. “*O provedor de aplicações de internet constituído na forma de pessoa jurídica e que exerça essa atividade de forma organizada, profissionalmente e com fins econômicos deverá manter os respectivos registros de acesso a aplicações de internet, sob sigilo, em ambiente controlado e de segurança, pelo prazo de 6 (seis) meses, nos termos do regulamento*”

²⁷ Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet). Art. 5º [...] “*VII - aplicações de internet: o conjunto de funcionalidades que podem ser acessadas por meio de um terminal conectado à internet*”.

suas atividades econômicas em consonância com a legislação, e cumprindo todas as determinações judiciais.

Desta maneira, não houve motivação idônea para descumprimento das ordens judiciais, e a indisponibilidade dos dados após a prolação de regular decisão judicial, negando a possibilidade de disponibilização dos dados, relegam a jurisdição brasileira aos interesses estritamente empresariais, e, conforme palavras do juízo carioca outrora mencionado, diminuem o Brasil ao status de “republicueta”. Conclui-se, portanto, que se a empresa afirma não ter condições de cumprir as regras brasileiras tampouco teria condições de atuar em solo nacional.

No entanto, a discussão não se limita somente ao aspecto da soberania nacional e aplicação das leis. Se passarmos a uma análise crítica, podemos considerar que o Marco Civil da Internet e as demais leis infraconstitucionais que versam sobre proteção de dados possuem contornos inconstitucionais quando valoramos com superioridade o direito à privacidade, alicerçada no superprincípio da dignidade da pessoa humana, de modo que, nesta ótica, poderíamos condicionar que a privacidade dos dados do indivíduo em detrimento da discricionariedade do Estado na obtenção destes dados, ainda que autorizados para investigação criminal, como nas hipóteses de interceptação, constituiria medida desproporcional e inconstitucional na sua obtenção através da quebra de sistemas sigilosos, como as comunicações telefônicas e correspondências. Vemos, entretanto, que este direito é mitigado quando conflitado com outros de igual relevância, como, por exemplo, o direito à segurança pública.

Esta mitigação é fruto de diálogo pautado na proporcionalidade, que deverá olhar para o conflito principiológico sob a luz de três outros subprincípios: adequação, necessidade e proporcionalidade em seu sentido estrito (ALEXY, 1993, p. 111/112). A este diálogo proposto por Robert Alexy, emerge um modelo de ponderação de princípios, sendo a racionalização das decisões jurídicas, prescrevendo que, quanto maior o grau da não satisfação pela aplicação de um princípio, maior deve ser a importância da satisfação promovida pelo outro.

A solução através da ponderação implica que não haverá princípios aniquilados, mas que um restará rendido frente ao outro, quando preenchidos os requisitos para o embate baseado na proporcionalidade.

Assim, não é sensato tratar a defesa da privacidade como um ideal intocável do Estado Democrático de Direito, somente por integrar o conjunto de princípios que formam uma ideia maior de dignidade da

pessoa humana. Além disso, a falta de um conceito uno de privacidade acaba por dificultar ainda mais a sua tutela, frente sua amplitude de concepções, o que torna mais complexo sopesar este direito basilar frente a outros igualmente fundamentais, como a segurança pública (já dito) e a eficiência das transações comerciais (LEONARDI, 2012, p. 47).

A privacidade é direito da personalidade, que é o primeiro bem da pessoa, assegurada constitucionalmente nas linhas iniciais da Carta Magna. Analisando de maneira ampla o princípio da dignidade da pessoa humana, todo homem tem sua personalidade e direito a ela, tendo como base o princípio irrogado, e por meio das normas do direito positivo a coletividade confere autorização para o homem defender sua personalidade, que se personifica nos direitos da personalidade, os quais abarcam instrumentos de salvaguarda do fundamento constitucional.

Neste entendimento, podemos citar Orlando Gomes, que define direitos de personalidade como “[...] direitos considerados essenciais à pessoa, que a doutrina moderna preconiza e disciplina, a fim de resguardar a sua dignidade” (GOMES, 1988, p. 85). Em palavras mais tradicionais, Pontes de Miranda trata do assunto como um direito inato, no sentido de que os direitos de personalidade nascem com a pessoa, constituindo no direito subjetivo de alguém exercer os poderes que orbitam no conceito de personalidade (PONTES DE MIRANDA, 2000, p. 216).

Assim, dar ampla abertura para o acesso e uso das informações dos usuários de aplicativos, seja por motivo de persecução penal ou com fundamento de cumprimento das decisões judiciais e efetivação do direito à segurança pública, é esbarrar em argumentos igualmente robustos, dentro dos quais haverá fundamentos rígidos e sustentáveis (como também há para a inacessibilidade dos dados frente ao direito da privacidade, sob a luz do princípio da dignidade da pessoa humana), conflito que deverá ser resolvido com o método de ponderação, proposto por Roberto Alexy.

Resta saber se não estariam sendo valorados de maneira errônea os fundamentos elencados, dando excessiva protetividade aos dados pessoais e à privacidade do indivíduo, mascarando os interesses econômicos das empresas estudadas, e deixando de prestigiar valores igualmente importantes e necessários à construção da ordem democrática, visto que não há princípios constitucionais absolutos.

Assim, deve-se se posicionar com cautela quando o questionamento está pautado no conflito das bases do nosso Estado Democrático de Direito, como os valores da privacidade, contida na premissa maior da dignidade da

pessoa humana, em contraposição à soberania do país, direito à segurança pública, e, até mesmo, o princípio da livre iniciativa das empresas no exercício regular de suas atividades, conforme mandamento constitucional do art. 170, paragrafo único.

CONCLUSÃO

O presente estudo entende que, tanto no caso Apple quanto no WhatsApp, não se tenha ferido qualquer liberdade de comunicação, nem se tenha ofendido valores democráticos. A captura e utilização dos dados sempre se fez presente nas práticas comerciais, para direcionamento publicitário e própria implementação da Rede. Tais práticas se valem dos dados para garantir uma experiência personalizada dos serviços disponíveis, dados estes que incluem as preferências, comportamentos, e até os cliques do usuário.

Assim, entende-se que, para a operacionalidade da rede e melhoria dos mecanismos comerciais e publicitários, a utilização dos dados nunca foi um tabu, percepção esta que muda completamente quando tais dados são requisitados legalmente para utilização na defesa de interesses coletivos.

Esta mesma captura de dados carrega respaldo da lei quando para sua utilização por órgãos estatais e fiscalizadores, em especial as investigações criminais. Assim, não são ilegais as requisições de abertura dos dados, tanto que o Marco Civil da Internet define claramente que estes dados deverão ser armazenados pelas empresas de comunicação como o WhatsApp, mantendo ainda inventário detalhado dos registros de conexão e acessos a aplicações. Além do mais, o WhatsApp, no mesmo período em que passou a ser alvo de decisões judiciais pela quebra das mensagens criptografadas, reforçou a segurança de seus serviços de mensagens, adotando a Criptografia Ponta-a-Ponta, tecnologia que até então era usada restritivamente.

Assim, nos casos aqui comentados, diante da prestação de um serviço de comunicação, o usuário do WhatsApp deve ser compreendido como consumidor, que deve ter suas informações protegidas e mantidas em ambiente sigiloso pelas empresas que detenham tais informações. Por outro lado, lidamos com um cenário em que práticas comerciais estão sendo sobrepostas a decisões do nosso Judiciário, o que nesta hipótese colocaria em xeque os valores democráticos de nosso país e a soberania do Estado.

Desta maneira, adotando o modelo ponderativo, coloca-se em conflito os interesses de 100 milhões de brasileiros, usuários do serviço WhatsApp, que desejam a segurança de seus dados na utilização dos serviços, sendo que do outro lado há a segurança pública de toda uma nação ante a ação de grupos criminosos, além do respeito e cumprimento das decisões judiciais (que uma vez prolatadas não podem ser ignoradas pelos interesses meramente comerciais das empresas de comunicação, sob argumento de preservar a confiabilidade de seus serviços em detrimento da perpetração de crimes e instabilidade da segurança nacional).

Por verdade, não haveria nenhum conflito aqui pendente se desde o início das operações da empresa em solo pátrio o Estado fizesse cumprir suas leis, que como todo o argumentado já existem e determinam de maneira clara as hipóteses em que o direito à privacidade - e, em consequência, princípio da livre iniciativa - será vencido frente aos interesses coletivos de segurança e soberania. Ante o conflito privacidade dos usuários versus segurança pública, manifestamos pendor pelo segundo vetor constitucional, portanto.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoría de los Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1993.

APPLE Inc. **Areá de suporte. If you forgot the passcode for your iPhone, iPad, or iPod touch, or your device is disabled**. Disponível em: <<https://support.apple.com/en-us/HT204306>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BENKLER, Yochai. **Rules of the road for the information superhighway: electronic communications and the law**. Saint Paul: West Publishing, 1996.

BLANKSTEIN, Andrew. **NBC News. Judge Forces Apple to Help Unlock San Bernardino Shooter iPhone**. Disponível em: <<http://www.nbcnews.com/storyline/san-bernardino-shooting/judge-forces-apple-help-unlock-san-bernardino-shooter-iphone-n519701>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 23 abr. 2014. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 ago. 2018. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Lei/L13709.htm>. Acesso em: 10 jun. 2016.

CASTELLS, Manuel. **The rise of the network society - Information age vol. 1**. 2. ed. Reino Unido: Blackwell, 2010.

COOK, Tim. **A Message to Our Customers**. Disponível em: <<http://www.apple.com/customer-letter/>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

DATE, Jack; LEVINE, Mike; NEWCOMB, Alyssa. ABC News. **Justice Department Withdraws Request in Apple iPhone Encryption Case After FBI Accesses San Bernardino Shooter's Phone**. Disponível em: <<http://abcnews.go.com/Technology/justice-department-withdraws-request-apple-iphone-encryption-case/story?id=37986428>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

GOMES, Orlando. **Direito Civil**. vol. 1. Saraiva: São Paulo, 1988.

O GLOBO. A redação. **Facebook oficializa compra do WhatsApp por US\$ 21,8 bilhões**. Disponível em: <<http://oglobo.globo.com/economia/facebook-oficializa-compra-do-whatsapp-por-us-218-bilhoes-14157940>>. Acesso em: 22 maio 2016.

G1. A redação. **Atiradores matam 14 pessoas em San Bernardino, na Califórnia**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/12/incidente-com-disparos-na-california-deixa-varias-vitimas-dizem-bombeiros.html>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

_____. **Facebook compra o aplicativo WhatsApp por US\$ 16 bilhões**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/tecnologia/noticia/2014/02/facebook-compra-o-aplicativo-whatsapp-por-us-16-bilhoes.html>>. Acesso em: 21 maio 2016.

_____. **Facebook finaliza aquisição do Whatsapp por US\$ 22 bilhões**. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2014/10/preco-de-compra-do-whatsapp-pelo-facebook-sobe-us-22-bilhoes.html>>. Acesso em: 22 maio 2016.

PEREZ, Evans; HUME, Tim. CNN. **Apple opposes judge's order to hack San Bernardino shooter's iPhone**. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2016/02/16/us/san-bernardino-shooter-phone-apple>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

JAN; BRIAN. Blog do oficial do Whatsapp. **Criptografia de Ponta-a-Ponta**. Disponível em: <<https://blog.whatsapp.com/10000618/Criptografia-de-Ponta-a-Ponta>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

LAZARI, Rafael de. **Manual de direito constitucional**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e privacidade na internet**. São Paulo: Saraiva, 2012.

LEVY, Pierre. **O que é virtual?** São Paulo: 34 Ltda., 1996.

LIMA, Leandro. **O valor de uma empresa**. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI197558,61044-O+valor+de+uma+empresa>>. Acesso em: 11 jun. 2016.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Tratado de Direito Privado, Tomo I**. 2. ed. Bookseller: Campinas, 2000.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO. 2ª Vara Criminal de Duque de Caxias-RJ. **Inquérito Policial nº 062-00164/2016**. Decisão exarada por Daniela Barbosa Assumpção de Souza, em 19 de julho de 2016. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/arquivos/2016/7/art20160719-03.pdf>>. Acesso em: 30 set. 2018.

TEIXEIRA, Tarcísio. **Curso de direito e processo eletrônico: doutrina, jurisprudência e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

UNITED STATES OF AMERICA. **Cornell Law School**. 28 U.S. Code § 1651 – Writs. Disponível em: <<https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1651>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

_____. Central District of California. **Nº ED 15-0451M**. Decisão exarada por Sheri Pym, em 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<https://assets.documentcloud.org/documents/2714001/SB-Shooter-Order-Compelling-Apple-Asst-iPhone.pdf>>. Acesso em: 16 jul. 2016.

VEJA. A Redação. **Mark Zuckerberg critica a suspensão do WhatsApp no Brasil.** Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/noticia/mundo/mark-zuckerberg-critica-a-suspensao-do-whatsapp-no-brasil>>. Acesso em: 22 maio 2016.

WHATSAPP. **Informação Legal do WhatsApp.** Disponível em: <<https://www.whatsapp.com/legal/>>. Acesso em: 21 jun. 2016.

WHITTAKER, Zack. ZD Net. **NSA finally admits why it couldn't hack San Bernardino shooter's iPhone.** Disponível em: <<http://www.zdnet.com/article/nsa-comes-clean-on-why-it-couldnt-hack-san-bernardino-shooters-iphone/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

ZUCKERBERG, Mark. **Publicação no perfil oficial do CEO do Facebook.** Disponível em: <<https://www.facebook.com/zuck/posts/10102814103934951?pnref=story>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

MIGRAÇÃO VENEZUELANA E PODER LOCAL EM RORAIMA

VENEZUELAN MIGRATION AND LOCAL POWER IN RORAIMA

Daniela Arguilar Camargo *

Ricardo Hermany **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A crise humanitária na Venezuela. 2 Os municípios fronteiriços brasileiros como refúgio para migrantes venezuelanos. 3 A subsidiariedade e a cooperação como ferramenta de auxílio para os municípios fronteiriços brasileiros. Conclusão. Referências.

RESUMO: O aprofundamento da crise venezuelana desencadeou uma onda migratória dos seus nacionais para Países vizinhos. O fluxo migratório e o aumento na demanda de pedidos de refúgio ocasionam uma sobrecarga nos serviços públicos de todas as áreas institucionais. Assim, o Princípio da Subsidiariedade merece destaque, pois se caracteriza em medidas de incentivo de cooperação entre os entes federativos. A estratégia metodológica dedutiva e bibliográfica inicia pela compreensão da crise humanitária, para posteriormente analisar o Brasil como local de refúgio e, após apontar a subsidiariedade e cooperação como estratégia para a recepção deste fluxo, sem prejuízo das demais políticas sociais existentes.

Palavras-chave: Migração. Princípio da Subsidiariedade. Venezuela.

ABSTRACT: *The deepening of the Venezuelan crisis has triggered a migratory wave of its nationals to neighboring countries. The flow of migrants and the increase in the demand for refugee requests lead to an overload in public services in all institutional areas. The Subsidiarity Principle therefore deserves to be highlighted, as it is characterized by measures to encourage cooperation between the federative bodies. The deductive and bibliographic methodological strategy starts with an understanding of the humanitarian crisis, and then analyzes Brazil as a place of refuge and, after pointing to subsidiarity and cooperation as a strategy for receiving this flow, without prejudice to other existing social policies.*

Key-Words: *Migration. Principle of Subsidiarity. Venezuela.*

* Mestre em Direitos Sociais e Políticas Públicas pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul; e Pós Graduada em Direito Tributário e em Planejamento Tributário pela Escola Superior da Magistratura Federal e Universidade do Norte do Paraná.

** Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos, com Doutorado sanduíche pela Universidade de Lisboa; Pós-Doutor na Universidade de Lisboa; Professor da graduação e do Programa Permanente do Programa de Pós-Graduação em Direito-Mestrado/Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC; Coordenador do grupo de estudos Gestão Local e Políticas Públicas – UNISC; Professor da graduação da FEMA, Santa Rosa; Advogado.

Artigo recebido em 08/08/2018 e aceito em 29/08/2018.

Como citar: CAMARGO, Daniela Arguilar; HERMANY, Ricardo. Migração venezuelana e poder local em Roraima. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 35, p. 229 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

INTRODUÇÃO

Desde o início da história da humanidade os sujeitos deslocam-se involuntariamente ou por vontade própria. A ascensão da mobilidade mundial tem se tornado um objeto de inquietação geopolítica, sociológica e jurídica para a maior parte dos Países. Esse fenômeno tende a aumentar ao passo que a própria humanidade cresce. A migração é pontuada por um episódio contemporâneo em larga escala de venezuelanos seguindo para o Brasil tendo em vista as violações a direitos humanos ocorridas em seu País de origem.

O tema migratório está presente na história brasileira tendo fatos marcantes em um território multiétnico. A hospitalidade e o respeito aos direitos humanos dos migrantes e refugiados estão distantes de deterem uma efetividade plena. Nesse sentido é importante refletir sobre o assunto, pois a crise que assola a Venezuela desencadeou uma onda migratória dos seus nacionais para os Países vizinhos e/ou próximos, o que se intensifica a cada dia levando os milhares de habitantes a buscarem refúgio.

De acordo com a Agência das Nações Unidas para Refugiados (CONARE) após os Estados Unidos, o Brasil é o segundo destino mais procurado pelos venezuelanos seguidos pela Argentina, Espanha, Uruguai e México. Eles solicitam refúgio - uma permissão para permanecer no Brasil nesta condição - significando que precisam deixar o País de origem por motivos de perseguição política ou por crise humanitária.

Devido a essa situação os municípios que recebem os migrantes e refugiados estão passando por uma crise muito peculiar, pois os abrigos disponibilizados estão absolutamente lotados e o número de moradores de rua aumenta consideravelmente. Deve-se destacar que os problemas internos independentes desta crise humanitária já estavam sendo responsáveis por diversos cortes em repasses financeiros para os municípios e estados.

Desse modo, o Princípio da Subsidiariedade merece destaque, pois é caracterizado na dimensão administrativa interna por meio de medidas de incentivo para a cooperação entre os diferentes entes da federação, em especial a União que detém a maior parcela de arrecadação. Assim, o presente estudo tem como finalidade apontar a importância do Princípio da Subsidiariedade e a cooperação como ferramentas de auxílio para os municípios fronteiriços que estão passando por esse momento crítico, visando à efetivação dos direitos sociais dos migrantes e refugiados venezuelanos sem prejuízo das garantias fundamentais

sociais aos brasileiros, cuja maioria ainda depende de programas sociais, o “Bolsa Família”.

Para realizar esse estudo utilizou-se o método de abordagem dedutivo, pois a conclusão da problemática já está, de certa forma, implícita no decorrer do texto; e o método de procedimento bibliográfico, com o uso de diversas obras para a compreensão do tema. A estrutura parte da compreensão da crise humanitária que caracteriza o fluxo migratório dos venezuelanos e, em um segundo momento o Brasil como local de refúgio, e em terceiro aponta-se a subsidiariedade e a cooperação entre os entes da federação brasileira como estratégia para a recepção deste fluxo sem prejuízo das demais políticas sociais existentes.

1 A CRISE HUMANITÁRIA VENEZUELANA

A Venezuela está passando por uma grave crise humanitária embrionária de instabilidades políticas, alto desemprego e inflação, corrupção, autoritarismo, recessão econômica e escassez de recursos básicos e violência, fatores que configuram o estopim fazendo com que parte dos seus nacionais se desloquem para além das fronteiras venezuelanas. O País está imerso em uma crise humanitária, econômica, política e social não sendo mais um território pacífico o qual obriga as pessoas a saírem em busca de melhores condições mínimas e básicas de sobrevivência (LANDER, 2014, p. 5).

Quanto a crise econômica essa já passava por desordem desde 2014, com o reflexo das quedas de preços nos barris de petróleo, sendo essa a principal exportação do País, onde se encontra uma das maiores reservas do mundo. A recessão econômica, ora calculada em 2015, permaneceu entre 6,7% e 10%, o déficit fiscal em aproximadamente 30%, a inflação ao final do ano de 159% e o aumento dos índices de escassez, queda de salários, falta de produtividade e perda de produtividade por trabalhador (PAEZ, 2015, p. 6).

Os índices elevados de inflação são conferidos pelo governo atual a uma guerra econômica entre o governo e a oposição que representa a maioria na Assembleia Nacional, juntamente com o grupo empresarial da Venezuela e os interesses financeiros internacionais. No início do ano de 2016 como resposta a isso o Presidente decreta Estado de Emergência econômica por um período de 60 dias – o qual já completou mais de um ano, pois já está em sua sexta prorrogação.

Em cada prorrogação a Assembleia Nacional manifestou a sua contrariedade recorrendo ao Tribunal Supremo de Justiça. Ao passo que a corte venezuelana declarou a constitucionalidade de cada uma das prorrogações. O conteúdo das decisões amplificava as faculdades do Executivo quanto as medidas de carácter econômico conferindo liberdade sobre bens e mercadorias de empresas privadas, com o intuito de garantir o abastecimento restringindo o sistema monetário e o acesso a moeda local e estrangeira (PAEZ, 2015, p. 6).

A oposição aponta que as medidas então liberadas pelo estado de exceção caracterizam em confisco - o que seria vedado pela Constituição Venezuelana. No final do ano de 2015 as eleições para o parlamento deram a maioria na Assembleia Nacional para a aliança opositora. A instabilidade econômica teve sua repercussão política e os embates entre a oposição e o governo estão ainda mais acirrados. Em meio as pressões, tanto de cunho econômico quanto político, uma grave crise de abastecimento de alimentos, insumos básicos e medicamentos se instaura no País.

Em janeiro de 2016 a Assembleia Nacional declarou crise humanitária de saúde com o intuito de promover meios e facilitar uma assistência internacional de medicamentos. Juntamente com isso buscou-se a publicação da informação epidemiológica convidando as autoridades da área para auxiliar com soluções para a crise. Além disso a Assembleia ainda instou o governo a reconhecer esse fato. Em maio restou aprovada a *Ley Especial para Atender la Crisis Humanitaria em salud*. Conforme o presidente a vigência de tal ordenamento convidaria para uma intervenção estrangeira, tendo em vista que implicava em aceitar a ajuda de outros Países para atender esse fato (VAZ, 2017, p. 9).

Isso também foi objeto de denúncias das Ong's como o Programa Venezoelano de Educación e Acción em Derechos Humanos e a Coalición de Organizaciones por el Derecho a la Salud y a la Vida. Segundo Vinogradoff (2016, p. 15) a escassez de medicamentos alcançou os níveis de guerra em 80%. Em abril de 2016 a chefia da Federação Médica Venezuelana estimou que mais de 94% dos medicamentos que deveriam existir não estavam disponíveis a população. Em julho o presidente da Federação Farmacêutica estimou que mais de 85% dos medicamentos estavam faltando nas farmácias privadas - o que contribuiu para o agravamento das complicações médicas.

Além disso há também a escassez de alimentos. Segundo o International Monetary Fund (2016) a inflação atingiu o nível de 480%

destruindo com o poder de compra dos nacionais afetando a sua capacidade própria de subsistência. O governo se utilizou da prática de regular preços em alimentos por meio do Decreto nº 40.340 de 23 de janeiro de 2014. Em fevereiro de 2016 a Assembleia firmou um acordo onde restou declarada a crise humanitária e a inexistência de segurança alimentar aos venezuelanos obrigando o governo a manifestar-se quanto ao plano de combate da referida crise (VAZ, 2017, p. 9); (AGÊNCIA EFE, 2016, p. 1).

Em abril de 2016 foi criada uma rede de comitês locais liderados por militares e demais apoiadores do governo, como principal medida em que se visou a garantia da distribuição de itens essenciais sujeitos a controle de preços, com o fim de combater os “saques” que estavam ocorrendo ou com a revenda de alimentos no mercado informal por um valor exorbitante (YASMÍN OJEDA, 2017, p. 2).

E em julho de 2016, visando aumentar a produção e fortalecer a indústria de alimentos, o Ministério do Trabalho adotou uma estratégia garantindo a segurança alimentar dos nacionais – a disponibilidade de alimentos a nível nacional e o acesso a estes pelo público consumidor. (YASMÍN OJEDA, 2017, p. 3).

Por conseguinte, mesmo antes da crise humanitária anteriormente retratada, a Venezuela alcança níveis de tensões políticas entre oposição e governo. E mesmo que seu início no ano de 2014, quando as manifestações populares entraram em cena e foram reprimidas, a polarização política chegou ao seu topo.

Em fevereiro de 2017 o percentual de pessoas que estão abaixo da linha da pobreza aumentou quase nove pontos de 2015 para 2016 atingindo em torno de 81,8% dos lares de acordo com a Encovi – Pesquisa sobre as Condições de Vida na Venezuela, feita por ONG’s em parceria com as universidades. No mesmo mês Maduro que governa o País de forma ditatorial, com o apoio das Forças Armadas, criou uma companhia de mineração, gás e petróleo - os militares se constituem capitães da indústria com participações financeiras na empresa de petróleo. Sendo este o preço que os militares têm para manter Nicolás Maduro no poder e o sistema chavista falido (VAZ, 2017,p. 11).

A situação se agravou a partir das eleições de 2015 com a crise do modelo petroleiro rentista de acordo com Lander (2014, p. 9). E embora tal fato tenha raízes econômicas apresenta momentos políticos com desgaste do modelo de Chávez. A Coalisão da Unidade Democrática opositora ao regime de Chávez ganha de 2/3 da maioria nas eleições parlamentares,

colocando fim aos 16 anos de controle do Partido Socialista. Com isso o regime chavista perdeu a maioria do parlamento e acabou gerando uma crise institucional que permanece até hoje (VAZ, 2017, p. 11).

A coalisão da Mesa da Unidade Democrática acusou o chavismo de praticar um golpe ao impedir que vinte e dois deputados tomassem posse. Sendo que essas disputas são levadas até hoje. Os dias seguintes foram de disputas judiciais as quais visavam a convocação de um referendo com o objetivo de cassar o mandato de Maduro. Em 2017 as disputas vão a um novo patamar, onde o legislativo é transferido pelo controle do Supremo Tribunal. E em maio Maduro anunciou que havia assinado um decreto para modificar a Constituição de 1999 – redefinindo os poderes do executivo e afastando o legislativo oposicionista (VAZ, 2017, p. 11).

Em julho as eleições para a Assembleia Constituinte são cogitadas mesmo com as críticas ao modelo e a forma como serão realizadas. E a situação econômica só piora. Com o decreto de janeiro de 2016 de emergência econômica, tal fato é atribuído à falta de ingresso no setor petrolífero. O decreto permite ainda liberar e licitar formas de controle dos gastos governamentais e aliado a isso a inflação só aumenta. Como consequência majorou-se ainda o preço da gasolina permitindo uma desvalorização cambial, visando a retomada das exportações e diminuição das importações.

Em janeiro de 2017 um novo estado de exceção e emergência na economia possibilitou o controle sobre o mercado e ingresso de investimentos estrangeiros. O ponto mais crítico é a questão social, pois se a econômica e a política são as principais causas da migração, é pelas consequências sociais que as pessoas estão deixando o País (VAZ, 2017, p. 11). A migração dos venezuelanos para outros Países é impressionante e ele não é mais aquele País que faz fronteira com o Brasil, Colômbia, Guiana e Mar do Caribe, ele também é Espanha, México e Estados Unidos, devido a onda migratória. A economia e a democracia estão à deriva em um País governado por um ditador e seu grupo juntamente com uma Assembleia a serviço de um grupo chavista que se vinculou ao poder.

Dito isso, a crise venezuelana está longe de ser superada e pela proximidade de ter uma fronteira de 2.200 quilômetros vem ocorrendo uma onda de migração maciça para o Brasil. Evidentemente que as distintas conjunturas poderão surgir com alguns elementos presentes como a ausência de diálogo político, problemas econômicos provocando consequências sociais, e ainda a insegurança alimentar e a alta migração.

Nesse sentido, o Mercosul poderia desempenhar um papel de estabilizador, onde a cláusula democrática obriga aos membros compromissos políticos. Contudo, a resposta do grupo com a suspensão venezuelana vem indicando para o isolamento (PAES, 2015, p. 12).

O aprofundamento desta crise, que se iniciou no ano de 2014, desencadeou uma onda migratória dos seus nacionais para os Países vizinhos e/ou próximos o que se intensifica a cada dia, levando os milhares de habitantes a buscarem refúgio. São vários os pedidos de refúgio recebidos pela Polícia Federal, sem contar aqueles que estão em situação ilegal no território brasileiro, especialmente nas cidades de Pacaraima, município fronteiriço, e Boa Vista, capital do referido estado, por questão de preferência para manter o contato com suas famílias e não se afastarem muito da fronteira.

A Prefeitura de Boa Vista estima que mais de quarenta mil já tenham entrado na cidade, o que representa 10% do número total de habitantes do referido município. Devido a essa situação os municípios que recebem os migrantes estão passando por uma crise muito peculiar, pois os abrigos disponibilizados estão absolutamente lotados e o número de moradores de rua está aumentando consideravelmente. Assim, observa-se no segundo capítulo a situação dos municípios brasileiros que estão recebendo os venezuelanos, sendo o Brasil o refúgio para os migrantes.

2 OS MUNICÍPIOS FRONTEIRIÇOS BRASILEIROS COMO REFÚGIO PARA OS MIGRANTES VENEZUELANOS

Inicialmente destaca-se a estrutura peculiar do município brasileiro que possui status de ente federativo com a capacidade de exercer direitos e possuir obrigações - tendo sua autonomia garantida pela Constituição Federal de 1988. Desse modo, com autonomia este passa a adquirir a tríplice capacidade de governo (por meio dos Prefeitos, Vice-prefeito e Vereadores), administração (de acordo com as competências e limites previstos constitucionalmente) e organização (mediante Lei Orgânica municipal), conforme Moraes (2004, p. 52).

Ao conceder a autonomia aos municípios é permitido ao governante a contratação de servidores públicos, terceiros e executar obras municipais menores, em que não venha a necessitar de outro membro superior. Ainda, com a edição de normas que visam regulamentar a vida dos cidadãos locais dentro dos limites da constituição, poderá conferir

uma qualidade de vida solicitada e esperada pela sociedade. A partir disso, conforme Canotilho (1999, p. 26) a forma de organização passa a ser o federalismo significativo freio diante abusos do poder central, onde este vem para ordenar a sociedade diante dos centros autônomos de poder, partindo-se de um amplo controle e participação da sociedade.

Sendo a autonomia também denominada por ser uma capacidade de gerir seus próprios recursos dentro de uma esfera maior, concebida como um poder de autogoverno, dentro da mesma esfera de competência, porém superior. Nessa perspectiva, podemos extrair o autogoverno e a competência para legislar assuntos de interesse local assegurados constitucionalmente e integrante da tríplice da autonomia, assim entende Pinto, Gonsalves e Neves (2003 p. 4) “Ao município foi atribuída a competência para legislar sobre assuntos de interesse local”, segue ainda aduzindo que tal atribuição veio para “suplementar a legislação federal e estadual no que couber a competência dita comum, exercida pelos diversos entes federativos”.

A autonomia municipal passa a apresentar-se nas normas de direito brasileiras abrangendo a tríplice (política, administrativa e financeira), eis que o município dotado de autonomia com a descentralização de políticas públicas, poderá colaborar na gestão das mesmas concedendo maior efetividade e concretizando mais direitos e objetivos de interesse local.

Destaca-se aqui apenas a autonomia financeira para demonstrar que os municípios brasileiros não possuem condições de arcar com todos os custos dos migrantes e refugiados visando uma plena efetivação de direitos sociais. A autonomia financeira está na direcionada a possibilidade de os governos locais instituírem e arrecadarem tributos próprios, procedendo a aplicação destes sem a interferência dos outros entes. Ferrari (1993, p. 66) traz a definição dessa autonomia como “a capacidade de ter receita para realizar a despesa necessária” – refere-se então aos serviços que atendem ao desenvolvimento municipal e de seus cidadãos. Por conseguinte, está expressa no artigo 30, III do ordenamento constitucional, “instituir e arrecadar os tributos de sua competência, bem como aplicar suas rendas, sem prejuízo da obrigatoriedade de prestar contas e publicar balancetes nos prazos fixados em lei” (BRASIL, 1988).

Em virtude da autonomia concedida fica assegurada sua própria administração no que refere aos assuntos de seu peculiar interesse com relação à tributação de sua competência e organização dos serviços públicos do local. Tal independência municipal fica atrelada ao poder do governo do Estado assegurado pela posição que estes entes ocupam no sistema

tributário e que também veem acompanhada com desequilíbrios verticais e horizontais quanto a repartição de receitas, dificultando a negociação de reformas que possam trazer um novo equilíbrio para a federação.

Com relação a sua competência, disposta no artigo 156 da Constituição Federal de 1988, aos municípios compete a instituição de impostos sobre a propriedade territorial e urbana (IPTU); imposto sobre as transmissões de bens inter vivos (ITBI), a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; assim como, o imposto sobre os serviços de qualquer natureza (ISS), que possui relação com os serviços tributáveis, definidos por lei complementar, (BRASIL, 1988).

Quanto aos tributos comuns - são as taxas e contribuições de melhoria, que os entes municipais podem instituir e cobrar da mesma forma que a União e estados. Assim, no sistema tributário brasileiro os três níveis de governo, União, estados e municípios recebem totalmente treze impostos, sendo que sete são de competência da União, três aos estados e três aos municípios. Já as contribuições sociais foram mantidas tendo modificação quanto a destinação de recursos arrecadados.

Desta forma, conforme o artigo 158 da Constituição federal pertencem aos municípios o produto do que foi arrecadado com o imposto da União sobre renda e proventos de qualquer natureza que incidem na fonte sobre os rendimentos pagos; que na qual o artigo 159 dispõe que a União entregará 22,5% ao Fundo de Participação Municipal (FPM).

Também 50% do produto que é arrecadado do imposto da união sobre a propriedade rural nos imóveis situados no município; 50% do produto da arrecadação do imposto do estado sobre a propriedade de veículo do seu território; 25% da arrecadação do imposto do estado sobre aquelas operações relativas a circulação de mercadorias e prestação de serviços de transporte entre municípios e estados. Ao final, os estados ainda entregarão aos seus municípios 25% dos recursos que receberem sobre o imposto sobre produtos industrializados, (BRASIL, 1988).

Contudo, mesmo com a arrecadação dos impostos e transferências intergovernamentais para municípios verifica-se que muitos destes ainda não conseguem cumprir com a concretização de direitos sociais por não possuírem recursos suficientes. Ou seja, o Estado brasileiro descentralizou o poder concedendo competência aos municípios em diversas áreas,

contudo não realizou um equilíbrio financeiro no território para que estes tenham recursos financeiros suficientes.

Dito isso, a situação piora quando os municípios fronteiriços com a Venezuela recebem os refugiados e migrantes e não possuem condições de proporcionar um melhor acolhimento. O agravamento da situação econômica e política da Venezuela vem provocando o aumento da migração de seus nacionais devido à escassez de alimentos e medicamentos que também vem associada ao autoritarismo e a ineficiência do regime de Hugo Chávez – agora sob comando de Nicolás Maduro – sendo esse o marco de saída da população local invertendo a ideia de um País que já foi considerado como destino para uma vida próspera.

A onda migratória tem modificado as cidades fronteiriças do Brasil – principalmente no Norte do País – em termos populacionais, com ênfase maior aquelas que possuem acesso terrestre, como é o caso de Pacaraima, a principal entrada dos migrantes e refugiados no Estado de Roraima. Conforme o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE a população estimada de Pacaraima no ano de 2017 era de 12.375, portanto uma cidade pequena sem infraestrutura para acomodar esse grande fluxo que tem recebido.

2.1 Tabela 1: Distribuição relativa dos imigrantes venezuelanos por sexo e escolaridade - Boa Vista, 2017.

Escolaridade	Total	Homens	Mulheres
Total	100,0	100,0	100,0
Analfabeto	0,9	0,5	1,7
Ensino fundamental incompleto	2,3	2,9	1,2
Ensino fundamental completo	4,8	5,9	2,9
Ensino médio incompleto	14,0	15,0	12,4
Ensino médio completo	30,5	30,9	29,9
Ensino superior incompleto	15,6	15,2	16,2
Ensino superior completo	28,4	26,7	31,1
Pós-graduado	3,5	2,9	4,6

Fonte: Cátedra Sérgio Vieira de Mello/UFRR, Pesquisa Perfil Sociodemográfico e Laboral da Migração Venezuelana no Brasil, 2017.

A maioria são do sexo masculino e jovens representando um desafio para o Brasil quanto à adequação da estrutura para acolher e oferecer um lugar digno para essas pessoas, de acordo com a ACNUR. Muitos não têm mais à vontade de retornar a Venezuela implicando em políticas públicas eficientes para a integração dos venezuelanos na

sociedade brasileira - sendo essa uma questão humanitária. A migração é majoritariamente jovem (72% do entre 20 e 39 anos) masculina e de solteiros, ou seja, a maior preocupação do Brasil é a criação de empregos e documentação para essas pessoas.

Ainda, conforme as informações da ACNUR – Agência da ONU para os Refugiados entre 2015 e 2016, os pedidos de refúgio no Estado de Roraima aumentaram em 7.000%. Conforme a mesma agência o Brasil é o segundo País dos cidadãos venezuelanos o primeiro é o Estados Unidos e o terceiro a Argentina. Fora da América tem-se ainda a Espanha como quarto lugar, conforme a CONARE - Agência das Nações Unidas para Refugiados. Até maio de 2017 o Comitê Nacional para Refugiados destacou que foram mais de sete mil pedidos de refúgio em Roraima, sendo que a maioria permanece nos municípios desse Estado especialmente em Pacaraima e Boa Vista – capital de Roraima. A Polícia Federal aponta que até o final do ano de 2017 30 mil venezuelanos solicitaram a regularização no território brasileiro – dentre eles 22 mil pediram refúgio e 8 mil a residência.

O fluxo migratório é considerável sendo o maior até hoje, mas a capacidade do Brasil de absorção dos migrantes é maior. Atualmente registra-se, de acordo com a ACNUR um baixo número de migrantes – comparado ao PIB, população total e extensão territorial – representando apenas 1% da população total, comparado aos Estados Unidos que é de 14% e Argentina 4%. O Brasil poderia receber mais a questão relevante é que Boa Vista e Pacaraima não tem a capacidade de receber todos, sendo necessário um estudo de interiorização visando absorver os migrantes e refugiados que chegam no Estado de Roraima, mas que desejam ir para outras regiões do Brasil.

A lei de Migração nº 13.445 de 2017 representa um avanço nesse sentido frente a garantia de Direitos Humanos, contudo ainda há muito trabalho para ser realizado no Brasil. De acordo com a ACNUR os refugiados e migrantes da Venezuela são formados por dois grupos, indígenas e não indígenas, e ambos têm em comum a fuga da miséria. O comportamento de cada grupo difere quando adentram no território brasileiro – os não indígenas procuram empregos e visam a regularização de sua situação para reconstruírem suas vidas. Já os indígenas partem em direção a doações, venda de artesanatos para retornar as suas comunidades, sendo que já muitos em situação ilegal comprometendo os seus direitos, inclusive quanto ao futuro das crianças que estão fora da escola.

Outro fato de atenção é na área da saúde, pois trata-se de um ponto frágil no Brasil que possui um sistema de saúde pública sobrecarregado, onde são necessárias estratégias para serem atendidas as pessoas necessitadas de cuidados. A ACNUR aponta que venezuelanos estão chegando com doenças sérias e que precisam de atendimento e entre as principais estão o câncer, HIV, AIDS, subnutrição e malária. O Brasil enquanto signatário dos tratados de Direitos Humanos tem um dever com relação aos migrantes e refugiados e obrigação humanitária com o povo vizinho que se encontra em vulnerabilidade e precisa de acolhimento e perspectivas para o futuro.

O fluxo migratório vem causando uma sobrecarga nos serviços públicos de todas as áreas institucionais principalmente na área da saúde. Os enfrentamentos causados por essa crise já estavam causando cortes financeiros em repasses da União para os demais entes. E como observado anteriormente os municípios brasileiros – em especial Pacaraima e Boa Vista – não possuem condições financeiras e estruturais de arcar com todos os migrantes e refugiados sem auxílio dos demais entes da federação.

Assim, aponta-se no próximo capítulo a importância do Princípio da Subsidiariedade e a cooperação como ferramentas de auxílio para os municípios fronteiriços que estão passando por esse momento crítico, visando à efetivação dos direitos sociais dos refugiados venezuelanos sem prejuízo das garantias fundamentais sociais aos brasileiros.

3 A SUBSIDIARIEDADE E A COOPERAÇÃO COMO FERRAMENTAS DE AUXÍLIO PARA OS MUNICÍPIOS FRONTEIRIÇOS BRASILEIROS

Diante do observado nos capítulos anteriores, os municípios que recebem os migrantes estão passando por uma crise muito peculiar, pois os abrigos disponibilizados estão absolutamente lotados e o número de moradores de rua está aumentando consideravelmente. O fluxo migratório inesperado de venezuelanos para o Brasil juntamente com o aumento na demanda de pedidos de refúgio representa uma sobrecarga nos serviços públicos de todas as áreas institucionais.

A importância da efetivação de direitos sociais no Brasil é um tema muito discutido e quando se observa o acesso a esses direitos por parte de migrantes e refugiados o assunto ressalta aos olhos, principalmente nos momentos atuais com o fluxo migratório venezuelano. Os migrantes e refugiados vem sendo vitimizados por diversos fatores e tal situação não

tem colaborado para o respeito à dignidade da pessoa. Os fluxos migratórios tendem a aumentar tendo em vista dos vários conflitos e desastres naturais, entre outros – obrigando as pessoas a deixarem seu País de origem.

Mesmo não sendo um dos principais destinos, o Brasil está com um aumento significativo de migrantes e refugiados segundo a ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados. Conforme o último relatório elaborado pela instituição, até o final de 2017 o Brasil reconheceu 10.145 refugiados de várias nacionalidades e apenas 5.134 continuam com o registro ativo (o status de ativo para inativo muda por diversas causas, como aquisição de nacionalidade brasileira, óbito, mudança de País, etc.).

Tabela 2: Cenário Brasil e Mundo

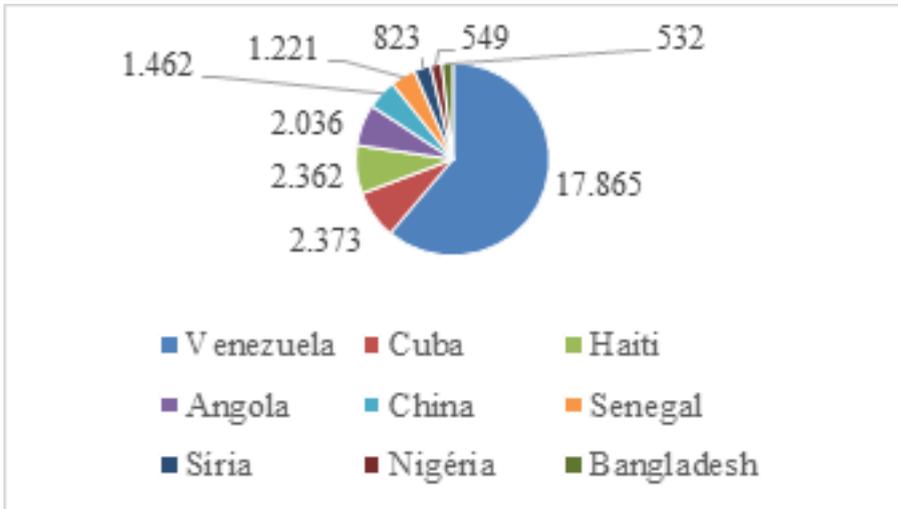
BRASIL (2017)	MUNDO (2016)
Acumulado de 10.145 refugiados reconhecidos	Acumulado de 22,5 milhões de refugiados reconhecidos
86.007 solicitações de reconhecimento em trâmite	2,8 milhões de solicitação de reconhecimento em trâmite
Nacionalidade com maior número de refugiados é a Síria (39%)	Nacionalidade com maior número de refugiados é a Síria (31%) .

Fonte: Acnur – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados.

O refúgio é concedido para os que deixam seus Países devido a perseguições por nacionalidade, religião, raça entre outros como a grave violação de direitos humanos. Aos migrantes que não obtiverem os requisitos do refúgio, o Brasil pode conceder a permanência por meio de casamento com cidadão brasileiro e em casos omissos que a legislação não prevê e que na prática se pautam por fatores de integração cultural no Brasil.

O processo de permanência costuma ser burocrático, o que ocasiona incertezas aos solicitantes em função de não conseguirem acompanhar os detalhes do processo. Os que vem buscam no Brasil acesso a serviços de saúde, educação, trabalho, moradia entre outros. Como podemos observar a tabela de condição de refugiado em 2017, a Venezuela encontra-se no topo, seguido por Cuba e Haiti.

3.1 Gráfico 1: Condição de refugiado em 2017.



Fonte: Acnur – Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados.

Em 06/09/2018 o Departamento de Polícia Federal divulgou números atualizados, onde 75.560 mil habitantes venezuelanos buscam solicitação de refúgio no Brasil, deste número 46,7 solicitaram refúgio e os demais pedido de residência. Informaram ainda que 154,9 utilizaram Pacaraima como porta de entrada entre 2017 e 2018. Desse total 79,4 já deixaram o território brasileiro por fronteiras e aeroportos. A Polícia Federal e a Casa Civil informaram que 54.560 retornaram por Pacaraima e 24.842 embarcaram em voos internacionais.

Quanto a situação da crise na Venezuela, esta vem contribuída por diversos fatores econômicos, políticos e sociais que desencadearam em alta inflação, escassez de alimentos e até falta dos mesmos, bem como de medicamentos entre outros. Além disso gerar mais de 28 mil mortes em 2016, ou seja 91,8 a cada 100 mil habitantes, de acordo com a Ong Observatório Venezuelano de Violência – multiplicando-se as violações a direitos humanos por execuções e invasões ilegais. A crise assola o País venezuelano de maneira tão severa que faz com que seus nacionais procurem outro lugar para viver, como o Brasil. As portas de entrada do migrantes e refugiados são as cidades de Pacaraima e Boa Vista ambas do estado de Roraima.

Deve-se destacar que os problemas internos independentes dessa crise humanitária já estavam sendo responsáveis por diversos cortes em repasses financeiros para os municípios e estados. Nesse sentido, o

Princípio da Subsidiariedade merece destaque, pois quando caracterizado na dimensão administrativa interna, traduz-se em medidas de incentivo para a cooperação entre os diferentes entes da federação - em especial a União que detém a maior parcela de arrecadação.

Antes de compreender o ideal do Princípio da Subsidiariedade e sua importância dentro da federação brasileira, principalmente frente a casos como o acima exposto, cumpre destacar a fundamentalidade da cooperação onde nem a união ou qualquer outro ente tem preferência ou atua isoladamente, em que todos devem exercer sua competência conjuntamente com os demais. Todos os entes colaboram para execução das tarefas determinadas. Não existe supremacia de nenhuma das esferas. A decisão é conjunta, mas a execução é separada (BERCOVICI, 2004, p. 42).

A Constituição Federal de 1988 dispõe em seu preâmbulo que o País é formado pela união indissolúvel dos estados, distrito federal e municípios, estruturando-se por meio da cooperação consoante aos artigos 1, 18, 23 e 60. Para dar conta da forma federativa ora adotada a norma institui a repartição de competências e atribuições entre os entes de maneira complexa, estabelecendo limites e reconhecendo autonomia, onde coexistem competências concorrentes e privativas de cada ente da federação.

A ideia de cooperação aparece na Constituição em vários pontos como no artigo 23. E como ela tinha a finalidade de delimitar mais precisamente as competências de cada ente acabando com a tendência centralizadora, o artigo estabelece 30 funções concorrentes entre os diferentes níveis de acordo com Krell (2008, p. 54). Assim como no artigo 30 possuímos a atribuição de vários serviços a serem prestados pelas prefeituras; esse fato não exclui a necessidade de uma distribuição racional dos encargos antes mencionados, pois uma parte das competências administrativas arroladas nos artigos são sobrepostas.

Por conseguinte, o autor entende ainda que o alto grau de heterogeneidade de distribuição de renda nas diversas regiões brasileiras impossibilita uma melhor distribuição de encargos entre os entes da federação, sendo que a atual situação com diversas “áreas caracterizadas pelo vazio ou superposição de responsabilidades, é o resultado de uma disputa por recursos e encargos que extrapola essa determinação mais geral” (KRELL, 2008, p. 56).

Tudo isso leva a uma interdependência dos entes que só podem vir a atuar cooperativamente na base de acordos de mútuo interesse. E como ensina o autor um dos problemas do federalismo no Brasil é a

identificação das competências comuns, que acabam causando impactos negativos em diversas áreas da gestão pública, prejudicando inclusive a reorganização tributária do País.

Os desafios para determos uma cooperação entre os entes diz respeito a concentração de competências por parte do governo central, observada a autonomia política e administrativa dos governos subnacionais e pelo conflito negativo de competências. Em primeiro essa concentração de poderes é um fato que agrava as desigualdades regionais, e em segundo o conflito de competências causa um jogo de competências entre os entes, a exemplo do artigo 23, e em consequência a isso os sujeitos interessados buscam respostas no poder Judiciário, para que esse intervenha de maneira a forçar que os entes cumpram com os direitos fundamentais.

Por seguinte, o Princípio da Subsidiariedade constitui a essencialidade sendo dependente da iniciativa da sociedade, delimitando e legitimando a atuação do poder central tornando a aplicação no ordenamento do Brasil de grande valia, pois fornece a direção para que sejam atingidos objetivos que são tratados no ordenamento pátrio, como a constituição de uma sociedade livre, solidária e justa, bem como a redução das desigualdades sociais e promoção do bem comum.

Esse princípio é conjugado por meio de medidas de incentivo para a cooperação entre os entes da federação, pois a descentralização poderia ser moldada nesse reforço de cooperação, que também tem previsão constitucional como os convênios de cooperação e os consórcios públicos. Frente a descentralização que é interligada com a subsidiariedade, esta possui aplicabilidade na federação brasileira, uma vez que se demonstra como um instrumento de ajuste para a especificidade dos interesses bem como das ações eficazes. (BARACHO, 1997, p. 20).

A subsidiariedade se torna aplicável quando a ordem e o poder têm limitações de maneira em que equilibrasse a liberdade e detém o poder intervencionista do estado, indevido em muitas áreas da sociedade possibilitando à União o controle, coordenação das atividades no pluralismo social. Importante destacar que o princípio não tem como finalidade a destruição das competências dos estados, mas sim uma ordenação responsável. (BARACHO, 1997, p. 22).

A função subsidiária diante de um princípio de competência em que transferida para as comunidades e aos estados é considerado como um princípio divisor de poder conferindo a cada local o necessário para a execução de seu papel. Gonçalves (2003, p. 36) elucida que este se

torna aplicável em regulamentações das relações de poder servindo como escalonador das atribuições para o entendimento dos interesses coletivos, obrigando este a redefinir os níveis de atuação social, estatal e individual diante da prossecução dos interesses individuais.

A subsidiariedade se expressa de maneira no que pode ser feito por uma sociedade não deve ser realizado por um ente maior, trazendo a ideia da supremacia da sociedade diante do Estado colocando o poder público frente ao poder de decidir, sendo evidente a adoção desse princípio no ordenamento do Brasil quando este se legitima por meio da descentralização política, repartição de competências e iniciativas privadas e comunitárias.

Também vem defender, dentro de estruturas federalistas, o escalonamento de forma vertical em que se permaneça o máximo possível as competências no nível menor. Onde os estados e União só deverão ceder determinadas competências que eles mesmos não são capazes de assumir. Na formação do princípio diante do municipalismo temos duas relações: uma diante da preferência da ação da comunidade em consonância ao município e a preferência do município frente às ações dos outros entes federativos. (BARACHO, 1997, p. 36).

A federação brasileira revela a autonomia dos municípios – financeira, administrativa e política – assim como a descentralização política, possuindo relação com a subsidiariedade entendida também como um critério delimitador de competências na federação ou de divisão das mesmas. Informa a interpretação destas nos governos locais nas funções de interesse local.

A Constituição de 1988 atribui aos municípios a competência para legislar em assuntos que sejam de interesse local, restando apenas à interpretação do que seria o interesse local. Ainda, ao ser aplicado o princípio o interesse local seria o que ensejaria atuações possíveis de serem feitas da melhor forma pelo governo local e não por outro ente federativo.

A ideia de que o município pode realizar suas tarefas e deve então o fazer, será considerado como o interesse local. Uma contrariedade que poderia ser apresentada diz respeito à questão de que nem todos os municípios tem a capacidade de fazer e então não haveria uma certa uniformidade, pois nesse caso uns municípios iriam fazer e aqueles que não fariam, os entes federativos superiores assumem.

Essa é a lógica do princípio contemplando a diversidade entre os municípios, pois diante da realidade municipal o ideal é a adequação das ações públicas diante dessa diversidade. Por conseguinte, observa-se

ainda que cabe aos municípios o desenvolvimento e ajuste das diretrizes e normas elaboradas pelos outros entes. As competências municipais possuem incidência em aspectos administrativos e financeiros com limites constitucionais, e isso enseja em uma dificultosa identificação da subsidiariedade, pois nesse nível é onde se concentram o maior número de decisões até que atinja a sua capacidade.

Ainda, verifica-se que o fato de os entes locais serem elevados a condição de entes da federação detendo autonomia política, administrativa e financeira, aumentam-se as suas responsabilidades perante a população principalmente na prestação de serviços públicos. Contudo a maior parte destes não possuem condições de gerar seus próprios recursos permanecendo dependentes das transferências constitucionais.

Dito isso, os municípios que estão recebendo o maior fluxo de venezuelanos não possuem condições de arcar com toda a infraestrutura e os custos gerados pela migração, e nessa situação o Princípio da Subsidiariedade demonstra sua importância – com a atuação efetiva da União, cooperando com os entes locais fronteiriços. Dos mais de 40 mil que estão nos dois principais municípios – Pacaraima e Boa Vista, 1,5 mil estão em abrigos e os demais acomodam-se em praças e a maioria ainda divide aluguéis com dezenas de pessoas.

O Estado de Roraima buscando uma solução para a situação propôs uma ação perante o Supremo Tribunal Federal para fechar a fronteira, o que foi negado pela Ministra Rosa Weber em agosto de 2018, com o fundamento de que a isso ofenderia a Constituição Federal e que fechar as fronteiras se equivaleria a hipótese de ‘fechar os olhos’ e ‘cruzar os braços’. Também restou suspenso pela Justiça Federal o decreto do Governo de Roraima que restringia o atendimento dos serviços públicos para os estrangeiros.

Esses atos são uma tentativa de buscar soluções rápidas e extremas para a atuação insuficiente do governo federal, e aqui está presente a importância do ideal subsidiário e cooperativo, pois ante a impossibilidade orçamentária e de infraestrutura dos municípios, o Estado e a União devem atuar, pois possuem a maior parcela da arrecadação financeira e também são corresponsáveis pelas políticas públicas ora aplicáveis para a situação.

Houve por parte do governo federal uma pequena atuação, com a criação de uma força tarefa com auxílio do Exército no controle de onze abrigos para os migrantes, contudo isso não resolve a questão. Somente com uma política séria federal de interiorização destes para outras cidades

brasileiras, o problema poderá ser minimizado tanto para os venezuelanos irãõ ter melhores oportunidades de emprego, como para os municĩpes que nãõ estãõ suportando a sobrecarga de serviçõs pùblicos.

A interiorizaçãõ ainda se mostra simbõlica ante ao nùmero de ingressos anteriormente apresentado, nesse sentido a Uniãõ deve realizar essa tarefa no mesmo ritmo da proporçãõ da entrada, com a distribuiçãõ voluntãria dos migrantes pelo Brasil. Estãõ ocorrendo diversos casos de furtos e roubos na regiãõ e isso estã causando revolta nos brasileiros - a exemplo no dia 18 de agosto de 2018 apõs supostos venezuelanos assaltarem e desferirem golpes em um comerciante, os cidadãõs formam as ruas expulsando os diversos migrantes que lã estavam. O problema ocorre na medida em que o ingresso nãõ guarda a proporçãõ relacionada com a vasãõ e a explosãõ demogrãfica dos migrantes – gerando um colapso nos serviçõs pùblicos, insegurança, misãria com inùmeros pedintes nas ruas – caos que vem a prejudicar os cidadãõs brasileiros e os venezuelanos. Novamente se verifica que a utilizaçãõ do ideal da subsidiariedade mostra a sua importãncia, onde a Uniãõ deve atuar forte no auxĩlio aos municĩpios, para que a situaçãõ seja minimizada.

Uma pesquisa realizada pela FGV DAPP no inĩcio de 2018 demonstra que começa a surgir nas cidades fronteiriças diversos conflitos relacionados com a disputa por emprego, vagas em hospitais e acesso à educaçãõ. Com relaçãõ à qualificaçãõ da mãõ de obra dos migrantes, a pesquisa aponta que 78% possuem nĩvel mĩdio completo e 32% tem ensino superior completo. Dito isso, é necessãria a vontade do migrante em interiorizar, pois muitos preferem ficar nessas cidades devido à proximidade com seu Paĩs de origem. Esse processo tem acontecido e vãrios jã foram encaminhados para outros estados, chegando lã eles ficam em abrigos, possuem acesso à serviçõs bãasicos e o governo federal criou uma carteira de identidade provisõria para que possam obter trabalho.

Roraima estã a flor da pele, a sobrecarga de serviçõs pùblicos, a violãncia e insegurança sãõ os principais relatos de brasileiros e venezuelanos que buscam por uma qualidade de vida melhor. O governo federal deve intervir tanto no sentido de apoio estrutural como, e principalmente, financeiro, pois detãem a maior parcela da arrecadaçãõ tributãria, e nesse viãs concretizando o Princĩpio da Subsidiariedade e cooperaçãõ, pois no caso em tela os municĩpios nãõ possuem condições de arcar sozinhos com essa situaçãõ.

Do exposto, sugere-se a cooperação entre os entes federados - baseada no Princípio da Subsidiariedade - juntamente com um maior envolvimento dos segmentos da sociedade civil, auxiliando os municípios fronteiriços – em especial Pacaraima e Boa Vista - na efetivação de ações diretamente voltadas para a proteção dos direitos sociais dos migrantes venezuelanos que se encontram no País e dos brasileiros em situação de vulnerabilidade.

CONCLUSÃO

O estudo teve como finalidade apontar a importância da Subsidiariedade e a cooperação como formas de auxílio para os municípios que estão recebendo os migrantes e refugiados venezuelanos e que passam por uma instabilidade financeira e estrutural - principalmente nas áreas da saúde e renda, sendo que a maioria dos que chegam ao território brasileiro buscam estabilidade e uma vida melhor - a efetivação dos direitos sociais dos refugiados venezuelanos sem prejuízo das garantias fundamentais sociais aos brasileiros.

Utilizando-se o método dedutivo e bibliográfico iniciou-se pela compreensão da situação da Venezuela que passa por uma grande crise humanitária, econômica, política e social, não podendo mais ser considerada como um território pacífico obrigando os seus nacionais a procurarem melhores condições básicas e mínimas para a sobrevivência. A população vive com índices elevados de desemprego, falta de alimentos, atendimento à saúde e medicamentos, sendo que esses fatores desencadearam em conflitos sociais e descontentamento da população, ocasionando também em manifestações sociais. O governo reprime esses protestos, anula os atos da Assembleia Nacional e transfere as prerrogativas do legislativo para o judiciário

Grande parte atravessa a fronteira com o Estado de Roraima – Brasil e devido a essa situação os municípios que recebem os migrantes e refugiados estão passando por uma crise muito peculiar. Então observou-se no segundo capítulo a situação dos municípios brasileiros que estão recebendo os venezuelanos - sendo o Brasil o refúgio para os migrantes. Ao passo que estes enquanto sujeitos de direitos tem a possibilidade de pleitear tanto o refúgio quanto a proteção complementar e tentar recuperar os danos que sofreram até então.

Conforme apontado mesmo tendo autonomia financeira muitos municípios não conseguem cumprir com a concretização de direitos sociais por não terem recursos suficientes. Ou seja, no Brasil os entes locais possuem competências em diversas áreas, contudo não há um equilíbrio financeiro no território para que estes tenham recursos suficientes. Os municípios brasileiros passam por uma situação financeira frágil e não tendo condições de arcar com toda a infraestrutura necessária para o recebimento dos refugiados e migrantes.

Cumprir destacar que o perfil migratório é de jovens em idade laborar e com graus elevados de desemprego e por esse motivo as principais políticas públicas devem ser em torno da capacitação e melhoria da oferta de empregos para os migrantes e refugiados, visando a sua sustentabilidade em prazo relativamente curto. O movimento migratório venezuelano para Roraima é recente e causado pela crise de seu País.

A maioria é composta por solicitantes de refúgio sendo que vários já possuem documento brasileiro. A via do refúgio é a alternativa para aqueles que desejam ingressar com o pedido temporário de residência. Grande parte não pretende retornar à Venezuela e aqueles que desejam condiciona o retorno a melhoria das condições econômicas, sinalizando que esses migrantes e refugiados permanecerão por um bom tempo no Brasil. O fluxo migratório é contínuo e de grande volume, contudo o processo como um todo se torna administrável quando a cooperação entre os entes com base na subsidiariedade bem como por meio da integração em Roraima – por políticas de interiorização com oferta de trabalho por aqueles que não encontraram espaço pelo mercado local, como exemplo.

Em terceiro demonstrou-se que a subsidiariedade e a cooperação entre os entes da federação brasileira são uma estratégia para melhor recepção desse fluxo migratório sem prejuízo das demais políticas sociais existentes. Onde deve haver uma mudança no relacionamento entre União, Estados e Municípios, pois essa situação tende a aumentar de acordo com a CONARE. Resta sugerida a cooperação baseada no Princípio da Subsidiariedade juntamente com maior envolvimento dos segmentos da sociedade civil, auxiliando os municípios fronteiriços – em especial Pacaraima e Boa Vista - na efetivação de ações diretamente voltadas para a proteção dos direitos sociais dos migrantes venezuelanos que se encontram no País e dos brasileiros em situação de vulnerabilidade.

REFERÊNCIAS

- ACNUR. **Declaração de São José Sobre Refugiados e Pessoas Deslocadas**. Disponível em: <<http://www.adus.org.br/declaracao-de-s-jose-sobre-refugiados-e-pessoas-deslocadas/>>. Acesso em: 10 jan. 2018.
- ASAMBLEA NACIONAL DE LA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA. **Acuerdo Mediante El Cual Se Declara Crisis Humanitaria e Inexistencia de Seguridad Alimentaria de La Población Venezolana**. Caracas, 11 fev. 2016. Disponível em: <http://www.asambleanacional.gob.ve/uploads/documentos/doc_99f43d6e09fd4068ed4f8e0f58ad3671ffa15a4e.pdf>. Acesso em: 12 jan. 2018.
- BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz; BACK, Alessandra. A Proteção Normativa dos Refugiados Políticos na América Latina e no Brasil. In: GEDIEL, José Antônio Peres; GODOY, Gabriel Gualano de. **Refúgio e Hospitalidade**. Curitiba: Kairós, 2016. p. 87-117.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. **O Princípio da Subsidiariedade: conceito e evolução**. Rio de Janeiro: Forense, 1997.
- BENHABIB, Seyla. **The Rights of Others: Aliens, Residents, and Citizens**. Nova York: Cambridge University Press, 2004.
- BERCOVICI, Gilberto. **Dilemas do Estado Federal Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- CAVALCANTI, Leonardo, OLIVEIRA, Tadeu, ARAÚJO, Dina. A inserção dos migrantes no mercado de trabalho brasileiro. **Relatório Anual 2016. Observatório das Migrações Internacionais**. Brasília, DF: Observatório das Migrações, 2016.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. **Elementos de direito municipal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- GONÇALVES, Vania Mara do Nascimento. **Estado, sociedade civil e Princípio da Subsidiariedade na era da globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- HUMAN RIGHTS WATCH. **Crisis humanitaria en Venezuela: La inadecuada y represiva respuesta del gobierno ante la grave escasez de medicinas, insumos y alime**. Nova York: Human Rights Watch, 2016. Disponível em: <https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/venezuela1016sp_web_3.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2018.

JÁCOME, Francine. **Venezuela frente al contexto andino y hemisférico ¿Cambios en la doctrina de seguridad? (1999-2005)**. Caracas: ILDIS, 2006.

KRELL, Andreas. **O município no Brasil e na Alemanha: direito e administração pública comparados**. São Paulo: Oficina Municipal, 2003.

_____. **Leis de normas gerais, regulamentação do Poder Executivo e cooperação intergovernamental em tempos de Reforma Federativa**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

LANDER, Edgardo. **Venezuela: Crisis terminal del modelo pretolero rentista?** Tiempo de Crisis: Caracas, 2014.

MORAES, Marcos Ribeiro de. **As relações intergovernamentais na República Federal da Alemanha**. São Paulo: Fundação Konrad Adenauer, 2001.

PAEZ, Tomas. **La Voz de la Diáspora Venezolana**. Madrid: Los Libros de Catarata, 2015.

YASMÍN OJEDA. Diario La Verdad. Gobierno estafa con los CLAP la producción nacional. **Diario La Verdad**. Maracaibo, 09 fev. 2017. Disponível em: <<http://www.laverdad.com/economia/114492-gobierno-estafa-con-los-clap-la-produccionnacional.html>>. Acesso em: 23 abr. 2017.

VAZ, Alcides. A crise venezuelana como fator de instabilidade regional: Perspectivas sobre seu transbordamento nos espaços fronteiriços. **Análise Estratégica**, Rio de Janeiro n.2 v. 3, 2017.

**LINHA III - TUTELA E EFETIVIDADE DOS DIREITOS DA
CIDADANIA**

DANO MORAL COLETIVO DECORRENTE DA PRÁTICA DE ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

COLLECTIVE MORAL DAMAGE RESULTING OF THE PRACTICE OF ADMINISTRATIVE IMPROBITY

José Antonio Remedio *

Gustavo Aurélio Martins **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Responsabilidade civil e dano moral coletivo. 2 Improbidade administrativa. 3 Admissibilidade do dano moral coletivo na improbidade administrativa. Conclusão. Referências.

RESUMO: A pesquisa tem por objeto analisar se é admissível a reparação do dano moral coletivo por ofensa a direitos ou interesses transindividuais, em razão da prática de ato de improbidade administrativa. O Estado brasileiro está envolto em diversas investigações de corrupção administrativa, que apontam para o desvio de valores públicos astronômicos, com a participação de toda sorte de pessoas, inclusive agentes políticos e pessoas jurídicas. A Constituição Federal de 1988 incluiu a moralidade administrativa como princípio do Estado Democrático de Direito, visando proteger a sociedade de condutas abusivas do agente público. A Lei 8.429/92 trata, entre outras questões, das cominações aplicáveis aos responsáveis por atos de improbidade administrativa. O dano moral está previsto nos incisos V e X do art. 5º da Constituição Federal. O ressarcimento ao erário é uma das cominações legais previstas no caso de prática de improbidade administrativa. Havendo lesão a direito, a reparação do dano deverá ser integral, incluindo tanto os danos materiais como os danos morais. O método utilizado na pesquisa é o dedutivo, com base na legislação, doutrina e jurisprudência. Conclui que é admissível a reparação judicial dos danos morais coletivos decorrentes de ofensa aos interesses ou direitos transindividuais, em especial em relação aos danos oriundos da prática de atos de improbidade administrativa.

Palavras-chave: Dano moral coletivo. Improbidade administrativa. Reparação do dano moral coletivo.

ABSTRACT: *The research aims to analyze if it is possible the reparation of collective moral damage by offense to rights or transindividual rights due to the practice of administrative improbity. The Brazilian state is involved in several investigations of administrative corruption, which point to the deviation of astronomical values, with the participation of all kind of people, including political agents and legal entities. The Federal Constitution of 1988 included administrative morality as a principle of the Democratic State of Law, in order to protect the society from abusive conducts by the public agent. Law 8.429/92 addresses, among other matters, the penalties for those responsible of administrative improbity. The moral damage is addressed in items V and X of article 5 of the Federal Constitution. The reimbursement to the treasury is one of the legal commissions provided for in the case of administrative improbity. If there is a damage to a right, the reparation of the damage must be complete, including the material and moral damage. The method used in the*

*Doutor em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP). Professor de Graduação e Pós-graduação (Mestrado) em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Professor de Graduação em Direito do Centro Universitário Adventista de São Paulo (UNASP). Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado de São Paulo Aposentado. Advogado.

**Mestrando em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba (UNIMEP). Advogado

Artigo recebido em 24/05/2017 e aceito em 17/06/2017.

Como citar: REMEDIO, José Antonio; MARTINS, Gustavo Aurélio. Dano moral coletivo decorrente da prática de ato de improbidade administrativa. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 255 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

research is the deductive, based on legislation, doctrine and jurisprudence. In conclusion it is possible the legal reparation of collective moral damage resulting from offense to interests or transindividual rights, especially regarding damage from the practice of administrative improbity.

Keywords: *Collective moral damage. Administrative improbity. Reparation of collective moral damage.*

INTRODUÇÃO

O Brasil está envolto na atualidade em diversas investigações de casos de corrupção administrativa, o que leva à necessidade de se encontrar medidas eficazes para coibir a prática de atos ímprobos e responsabilizar os respectivos infratores, objetivando garantir a aplicação dos princípios constitucionais que norteiam o ordenamento jurídico, preservando-se, assim, o indivíduo, a sociedade, a Administração Pública e o próprio Estado Democrático de Direito.

A título de exemplo, como divulgado por Débora Brito (2016) em balanço de dezembro de 2016, concernente à operação denominada Lava Jato, constatou-se que: foram iniciadas 17 investigações criminais e apresentadas 20 denúncias por crimes de corrupção ativa e passiva, lavagem de dinheiro e organização criminosa; aproximadamente R\$500 milhões foram devolvidos à Petrobrás desde o início da operação; o valor das propinas pagas ultrapassa R\$6,4 bilhões; o total dos prejuízos poderá ultrapassar a casa de R\$40 bilhões; houve 120 condenações criminais.

Os valores desviados por meio da improbidade ou corrupção administrativa solapam a credibilidade das instituições públicas e impedem o pleno exercício das funções administrativas, inclusive em relação “à prestação de serviços públicos, uma vez que os recursos existentes para tais fins, mesmo quando devidamente aplicados, são insuficientes para sua realização integral” (REMEDIÇÃO; REMEDIÇÃO, 2018, p. 104).

O Estado não busca apenas resguardar o patrimônio público no tocante aos agentes estatais que desrespeitam suas funções em benefício próprio ou alheio dissociado do interesse público, mas também não admite que sejam extirpados “direitos previstos constitucionalmente em prol dos administrados sem que sejam observadas todas as exigências preconizadas em lei para tanto”, sob pena de se ultrapassar a linha da ética e moral protegidas pela probidade administrativa e pela razoabilidade (VEDOVATO; LOPES, 2017, p. 289-290).

A Constituição Federal de 1988 exalta a dignidade da pessoa humana como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, e

prevê a integral reparação dos danos causados por terceiros, em regra por condutas ilícitas, e às vezes até mesmo por condutas lícitas, seja de que ordem forem, morais ou materiais.

Tais circunstâncias colocam em questão o seguinte problema: é admissível juridicamente a reparação dos danos morais coletivos em relação à ofensa aos interesses ou direitos transindividuais, em especial nos casos de prática de atos de improbidade administrativa?

A evolução do conceito de direitos coletivos *lato sensu* contribui para uma maior proteção do indivíduo e da sociedade. Cabe ao ordenamento jurídico contemplar disposições e instrumentos capazes de possibilitarem o ressarcimento integral dos danos suportados em relação aos interesses ou direitos transindividuais, inclusive os decorrentes de atos de improbidade administrativa.

Os incisos I e II do parágrafo único do art. 81 da Lei 8.078/1990 – CDC (BRASIL, 1990), estabelecem os conceitos de interesses ou direitos difusos e coletivos, espécies de direitos coletivos *lato sensu*, nos seguintes termos: interesses ou direitos difusos, assim entendidos “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (inciso I); interesses ou direitos coletivos, assim entendidos “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base” (inciso II).

O art. 37, § 4º, da Constituição Federal (BRASIL, 1988), dispõe que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

A Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) expõe os elementos da conduta caracterizadora do ato de improbidade administrativa, bem como trata dos procedimentos a serem adotados e das sanções ou cominações que podem ser utilizadas nos casos de condenação do responsável pela prática do ato.

Considerando-se que tanto a Constituição Federal como a Lei 8.429/1992 preveem a reparação integral do dano no caso de prática de improbidade administrativa, surge a possibilidade de se estudar a admissibilidade da reparação por dano moral coletivo na hipótese de prática de ato de improbidade administrativa, objeto esse específico do presente trabalho.

Tem-se, como hipótese, que é admissível a reparação judicial do dano moral ou extrapatrimonial coletivo por ofensa a direitos ou interesses transindividuais, em particular em relação à prática de atos de improbidade administrativa.

Estruturalmente, o trabalho está subdividido em três partes, ou seja, inicialmente trata da responsabilidade civil e do dano moral coletivo, em seguida aborda a improbidade administrativa e, por fim, analisa a admissibilidade do dano moral coletivo em relação à improbidade administrativa.

A pesquisa está baseada no método dedutivo, por meio da análise de bibliografia especializada, legislação e jurisprudência, sendo a abordagem descritiva.

1 RESPONSABILIDADE CIVIL E DANO MORAL COLETIVO

A sociedade humana, uma vez constituída, passa a ser organizada por meio de normas, haja vista que as condutas humanas, entre outros aspectos, acabam afetando os direitos de terceiros, gerando com isso abalo patrimonial e moral.

Entre os institutos desenvolvidos para melhor convivência em sociedade, destaca-se a responsabilidade da pessoa, nos casos em que venha a provocar danos a terceiros. Um dos procedimentos adotados para tanto é a reparação do dano pela via econômica, por meio da composição e da reversão do dano moral ou patrimonial em quantia pecuniária.

A teoria clássica da responsabilidade civil, originária do Direito Romano, denominada responsabilidade subjetiva, está alicerçada na culpa, entendendo-se que, se não existir culpa não haverá obrigação de reparar o dano. Também se exige, na teoria clássica, a existência de ação ou omissão do agente, dano ou prejuízo, e nexo causal entre a ação ou omissão e o dano.

Com o tempo houve o surgimento e o desenvolvimento da denominada responsabilidade civil objetiva, onde o dever de indenizar surge independentemente de culpa, ou seja, a obrigação de ressarcir verifica-se desde que comprovada a conduta, o dano sofrido e o nexo de causalidade entre a conduta e o dano.

Não se trata, em absoluto, da superação da responsabilidade subjetiva pela responsabilidade objetiva, inclusive porque, como se depreende do disposto no art. 186 do Código Civil, a responsabilidade subjetiva continua a ser a regra geral que informa a responsabilidade civil

no Brasil, embora em inúmeras passagens, normalmente com previsão legal expressa, o Código Civil contemple hipóteses de responsabilidade objetiva, o mesmo se verificando em diversos outros textos legais e na própria Constituição Federal (STOCO, 2013, p. 214).

O ressarcimento civil visa restabelecer o status anterior do objeto, patrimonial ou moral, tendo em vista que a pessoa ou a coletividade que sofreu o prejuízo não suporta, indevidamente, os danos da conduta lesiva provocada por terceiro.

Dessa forma, para que surja a obrigatoriedade de reparação por meio da responsabilidade civil, deverá existir um dano que seja indenizável, um bem jurídico tutelado pelo ordenamento jurídico, que seja passível de ressarcimento.

O dano, modernamente, “vem sendo entendido como uma diminuição ou subtração de um bem jurídico, incluindo não só o patrimônio como a honra, a saúde, a vida”. Por sua vez, bem jurídico “é tudo o que pode ser objeto de uma relação jurídica. A expressão refere-se a todos os valores que formam o constitutivo real do direito. Nesse sentido, os valores podem ser de ordem material ou moral” (REMÉDIO, SEIFARTH E LOZZANO JUNIOR, 2000, p. 17).

O ordenamento jurídico brasileiro contempla a reparação do dano de forma ampla, ou seja, tanto a reparação do dano material como do dano moral ou extrapatrimonial.

O dano moral ou extrapatrimonial, consoante Fausto Kozo Kosaka (2009, p. 77), “relaciona-se à lesão injusta a interesses imateriais, sem conteúdo econômico imediato, mas que são caros à pessoa (física ou jurídica) e ou à coletividade”.

De acordo com Xisto Tiago de Medeiros Neto (2012, p. 64):

o dano moral ou extrapatrimonial consiste na lesão injusta e relevante ocasionada a determinados interesses não materiais, sem equipolência econômica, porém concebidos pelo ordenamento como valores e bens jurídicos protegidos, integrantes do leque de projeção interna (como a intimidade, a liberdade, a privacidade, o bem-estar, o equilíbrio psíquico e a paz) ou externa (como o nome, a reputação e consideração social) inerente à personalidade do ser humano, abrangendo todas as áreas de extensão e tutela da sua dignidade, podendo também alcançar os valores e bens extrapatrimoniais reconhecidos à pessoa jurídica ou a uma coletividade de pessoas.

Com a Constituição Federal de 1988, o dano moral ganhou patamares constitucionais (BRASIL, 1988). Nos termos do inciso V do art. 5º da Lei Maior, “é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”. E, conforme inciso X do referido art. 5º, “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

A Constituição de 1988 inovou no ordenamento jurídico, não só em relação aos direitos para os indivíduos, mas também para a coletividade, que explicitamente passou a ser protegida por meio de instrumentos de tutela coletiva, entre os quais o mandado de segurança coletivo (art. 5º, LXX), a ação popular (art. 5º, LXXIII) e a ação civil pública (art. 129, III).

O art. 110 do Código de Defesa do Consumidor acrescentou o inciso IV ao art. 1º da Lei 7.347/1985, com a expressão “qualquer outro interesse difuso ou coletivo”. O art. 2º do Código Consumerista equipara a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis. E, o inciso VII do art. 6º da Lei 8.078/1990, estatui que são direitos básicos do consumidor “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos” (BRASIL, 1990).

Com a entrada em vigor da Lei Antitruste (Lei 8.884/1994), o art. 1º da Lei de Ação Civil Pública passou a prever, de forma literal, a possibilidade de indenização por dano moral coletivo.

Legalmente, portanto, é admissível o ressarcimento dos danos morais causados à coletividade, uma vez que a sociedade é detentora de direitos e deveres, podendo ser indenizada em casos que afrontem as normas jurídicas e ocasionem abalo moral a direito coletivo ou difuso.

O dano moral coletivo, segundo Xisto Tiago de Medeiros Neto (2012, p. 170):

corresponde à lesão injusta e intolerável a interesses ou direitos titularizados pela coletividade, considerada em seu todo ou em qualquer de suas expressões (grupos, classes ou categorias de pessoas), os quais se distinguem pela natureza extrapatrimonial e por refletir valores e bens fundamentais tutelados pelo sistema jurídico.

O conceito de dano moral coletivo é apresentado por Marcelo Freira Sampaio Costa (2009, p. 71):

como a violação da projeção coletiva da dignidade da pessoa humana, consubstanciada em interesses/direitos

extrapatrimoniais essencialmente coletivos (difusos e coletivos em sentido lato), sendo tal violação usualmente causadora de sentimentos coletivos de repulsa, indignação e desapareço pela ordem jurídica.

O Código de Defesa do Consumidor – Lei 8.078/1990 (BRASIL, 1990), ao tratar da defesa do consumidor em Juízo, estabelece nos incisos I e II do parágrafo único do art. 81, os conceitos dos interesses ou direitos difusos e coletivos, espécies de direitos coletivos lato sensu, nos seguintes termos: são entendidos como interesses ou direitos difusos, “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato” (inciso I); são entendidos como interesses ou direitos coletivos, “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base (inciso II).

Arespeito dos interesses coletivos, afirmam José Antonio Remédio, José Fernando Seifarth de Freitas e José Júlio Lozano Júnior (2000, p. 34):

Tais interesses podem ser coletivos, quando se referem a uma categoria determinada ou determinável de pessoas, e difusos, quando se referem a um grupo indeterminado de indivíduos, que não podem ser indicados, por serem dispersos no meio social. Tendo a doutrina delineado essa nova categoria de interesses, que não se enquadra na divisão tradicional de interesses públicos e privados, estando, porém, a exigir proteção eficaz, adquiriram certos entes a titularidade do direito de ação civil pública.

No âmbito normativo, a Lei 7.347/1985 disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, a qualquer outro interesse difuso ou coletivo, por infração da ordem econômica, à ordem urbanística, à honra e à dignidade de grupos raciais, étnicos ou religiosos, e ao patrimônio público e social (art. 1º).

2 IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A palavra improbidade é oriunda do latim *improbitas*, e significa “má qualidade, imoralidade, malícia”. Juridicamente, o termo está ligado ao sentido de “desonestidade, má fama, incorreção, má conduta, má índole, mau caráter” (SILVA, 2014, p. 722).

A contrario sensu, a probidade administrativa estaria ligada a uma ordem superior correta, à exigência de agir conforme a moralidade, de forma honesta, respeitando os interesses da coletividade, e sobretudo aos fundamentos constitucionais, alicerce para o desenvolvimento do Estado Democrático de Direito.

A improbidade é uma ação desonesta do agente público, trazendo vantagem ilegal, em certos casos enriquecimento ilícito, diminuição do patrimônio público. No entanto, os atos de improbidade não ofendem somente ao erário ou ao patrimônio do Estado, mas também a dignidade da pessoa humana e da coletividade, que possui plenos direitos da personalidade, passíveis de serem tutelados judicialmente.

De acordo com Marino Pazzaglini Filho (2015, p. 2), a improbidade administrativa “constitui violação ao princípio constitucional da probidade administrativa, isto é, ao dever do agente público agir sempre com probidade (honestidade, decência, honradez) na gestão dos negócios públicos”.

Apesar da Lei 8.429/92 não conceituar improbidade administrativa, o texto legal contempla em seus artigos 9º, 10, 10-A e 11 uma série de atos, em rol meramente exemplificativo, que a caracterizam.

O intuito dos princípios encartados no art. 37 da Constituição Federal, como os princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência, é vincular o administrador aos preceitos legais em sua atuação administrativa, uma vez que este não poderá atuar segundo a sua vontade, mas apenas em conformidade com a lei, visando alcançar a excelência da Administração para o bem da coletividade.

Para Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013, p. 434):

Sendo extremamente limitada a autonomia de sua vontade, sendo cogente a prévia existência de uma autorização legal para agir e havendo necessária e estrita vinculação a determinada finalidade de interesse público, toma-se evidente que o administrador não pode utilizar-se dos “poderes” que lhe são outorgados pela lei ao seu bel-prazer.

Assim, a vontade do administrador deve ser a que está expressa na legislação, não podendo o agente público, por sua exclusiva vontade, alterar os limites da lei, ou dissimular seus atos para que sejam aparentemente cumpridos os requisitos de legalidade e moralidade.

Nos casos de corrupção administrativa resta evidente o desvio da finalidade da atuação administrativa, que através de medidas ilegais, ilícitas ou imorais, atenta contra os princípios fundamentais encartados

na Lei Maior, obtendo como resultado negativo o empobrecimento da população, a diminuição da capacidade econômica do Estado, mas sobretudo a depauperação das instituições públicas democráticas, pois a população passa a não mais acreditar na Administração Pública.

Não se nega que algumas medidas têm sido adotadas no País objetivando o combate à improbidade ou corrupção administrativa. Assim ocorre, conforme referência de Rômulo Magalhães Fernandes e Anna Carolina de Oliveira Azevedo (2016, p. 244), com a criação do Conselho de Transparência Pública e Combate à Corrupção, tida como uma experiência de articulação entre o aparato institucional de controle e as organizações representativas da sociedade civil, “num contexto de assunção de compromissos internacionais pelo país em relação ao enfrentamento da corrupção e de incremento das formas de participação social no governo federal brasileiro”.

Entretanto, sem prejuízo de outras ações, a responsabilização do agente público ímprobo é medida que se faz necessária para o fortalecimento das instituições, uma vez que, caso não existissem sanções em relação à prática de ato de improbidade administrativa, a corrupção tornar-se-ia sistêmica, alcançando todas as esferas da Administração, enfraquecendo os princípios da Constituição e resultando no descrédito das instituições públicas perante o indivíduo e a sociedade.

A legislação, todavia, não restringe as sanções dos casos de improbidade somente aos agentes públicos, mas também a estende a terceiros, sendo necessário, para tanto, que estes participem ou estejam em contato com a coisa pública e com a atuação administrativa, nos termos do art. 3º da Lei 8.429/1992. Portanto, o rol das pessoas e entidades que podem ser investigados e responsabilizados pela prática de atos de improbidade administrativa é bastante expressivo.

Uma sociedade conivente com o abuso de poder, com a ineficiência do administrador, não está em compasso com a ordem constitucional, sendo que através da interpretação do artigo 1º e 3º da Constituição Federal resta evidente a necessidade da construção de uma coletividade livre, justa e solidária, o que não condiz com a incompetência e imoralidade da Administração Pública.

Como antes afirmado, exige-se do administrador, além da legalidade e da moralidade, também a obediência à eficiência, à impessoalidade e à publicidade de seus atos, tendo em vista que sua atuação deve seguir regras de conduta suficientes para, através da Administração Pública, respeitar-

se os princípios fundamentais necessários para a concretização do bem comum, finalidade essa ínsita ao Estado brasileiro.

A visão de que o patrimônio público deve ser utilizado para alcançar o bem da coletividade, garantir os direitos de uma sociedade mais justa e igualitária, não passou despercebida na França, que desde a publicação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789, afirmou a possibilidade de fiscalização da atuação pública pelo administrado, nos seguintes termos (DECLARAÇÃO, 1789):

Art. 14º Todos os cidadãos têm direito de verificar, por si ou pelos seus representantes, da necessidade da contribuição pública, de consenti-la livremente, de observar o seu emprego e de lhe fixar a repartição, a coleta, a cobrança e a duração.

Art. 15º A sociedade tem o direito de pedir contas a todo agente público pela sua administração.

A Administração Pública deverá respeitar os limites impostos pela legislação, e buscar efetivar a políticas públicas necessárias a desenvolver um país livre, justo e igualitário, sendo que os administradores, obrigatoriamente, estão vinculados à necessidade de governar para a sociedade, cuidando do patrimônio público de forma legal e moral.

Nos casos em que houver comprovação de mau uso da atuação administrativa ou do patrimônio público, de condutas imorais ou ilegais pelo agente público, verificar-se-á a denominada improbidade administrativa e, nessa hipótese, restará negativamente afetada toda a coletividade, haja vista que o prejuízo suportado pelo erário causa, direta ou indiretamente, efeitos graves na vida em sociedade, que perde na prestação dos serviços públicos básicos, como a segurança pública, a saúde e a educação.

A improbidade administrativa macula diretamente o Estado Democrático de Direito, pois sua prática, entre outros efeitos nefastos, dificulta ou inviabiliza a atuação administrativa, ocasionando, como visto, empobrecimento da sociedade, diminuição do produto interno bruto e danos ao desenvolvimento econômico e social.

O ordenamento jurídico brasileiro contempla diversas medidas para prevenir e coibir a prática de improbidade administrativa, entre as quais o integral ressarcimento ao erário pelo agente faltoso. No entanto, não basta a restituição material ao erário ou a perda da função pública pelo responsável pela prática de ato de improbidade administrativa, pois também é preciso restaurar a confiança da sociedade, que sofreu um abalo

moral advindo de um ato administrativo imoral ou ímprobo, por meio, também, da reparação do dano moral coletivo eventualmente verificado.

O § 4º do art. 37 da Constituição de 1988 prevê as seguintes medidas em relação ao agente que pratica ato de improbidade administrativa, na forma e gradação previstas em lei: suspensão dos direitos políticos; perda da função pública; indisponibilidade dos bens; e ressarcimento ao erário.

O art. 12 da Lei 8.429/1992, por sua vez, estatui as seguintes cominações ao responsável pelo ato de improbidade administrativa: ressarcimento integral do dano, se houver; perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer essa circunstância; ressarcimento integral do dano, quando houver; perda da função pública; suspensão dos direitos políticos por determinado prazo; pagamento de multa civil; e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.

Importante destacar que a sanção deverá ser proporcional ao ato ilegal e imoral praticado, mas nunca deverá deixar de existir, ainda que o ato de improbidade seja ínfimo, pois o caráter da reprimenda, entre outros aspectos, também objetiva trazer credibilidade à Administração Pública e segurança jurídica em relação à atuação administrativa.

Toda a coletividade usufrui da atuação administrativa, de forma que, diante da existência de prática de atos de corrupção, passa-se a não mais acreditar que o administrador está buscando o bem comum, mas tão somente almeja, através de seu cargo ou função, obter vantagem ilícita às custas do erário e do Estado.

Ora, nos casos de corrupção a sociedade não nutrirá um descrédito somente em relação ao agente público envolvido, mas também passa a não mais confiar nas instituições do Estado Democrático de Direito, o que implica, por conseguinte, na ausência de credibilidade aos preceitos fundamentais da Constituição, entre os quais a liberdade, a justiça, a igualdade e a segurança jurídica.

É evidente que em casos de corrupção administrativa existe ofensa à moralidade administrativa, sem prejuízo de também existir desrespeito ao princípio da legalidade, tendo em vista que os preceitos da finalidade do ato administrativo não foram atendidos, o que resulta em danos para a coletividade, danos estes que devem ser integralmente reparados.

A improbidade administrativa ataca as instituições do Estado Democrático de Direito e, desta forma, devem ser utilizadas medidas

eficazes para reestabelecer a ordem e a moralidade da Administração Pública, resgatando a confiança do indivíduo e da sociedade, inclusive com a condenação dos responsáveis à reparação dos danos morais coletivos suportados pela coletividade.

3 ADMISSIBILIDADE DO DANO MORAL COLETIVO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A conceituação dos direitos coletivos, anteriormente exposta, comprova a possibilidade da aplicação dos direitos da personalidade em relação à sociedade, passando o meio social a ser sujeito de direitos e deveres e, nos casos de improbidade administrativa, quem sofrerá os danos será toda a coletividade.

Uma vez configurada a conduta de improbidade, surge o direito da sociedade de ser reparada integralmente pelos danos sofridos, seja em relação ao ressarcimento material do erário quando houver prejuízo, seja no tocante à indenização por dano moral coletivo quando ocorrente.

A improbidade administrativa desperta na coletividade sentimentos de repulsa, indignação social, gera uma descrença na Administração Pública, uma desconfiança da forma de utilização do patrimônio público, ou seja, o abalo suportado pela sociedade é muito maior do que simplesmente o ato corrupto praticado, por implicar em descrédito das instituições públicas e do Estado Democrático de Direito.

Desta forma, na improbidade administrativa a reparação do dano moral coletivo deve levar em consideração, entre outros fatores, tanto a restauração da confiança na Administração Pública e no próprio Estado pelo administrado e pela coletividade, como os gravames suportados pelo indivíduo e pela sociedade em face do mau-funcionamento ou não-funcionamento do exercício da função estatal necessária para atender aos interesses sociais em sua integralidade, como os referentes às políticas públicas de saúde e educação.

No direito moderno a norma jurídica não é mais vista somente como regra de conduta, dispositivo que disciplina a sociedade, mas como ordenamento capaz de realizar a difusão da justiça social, pacificando os conflitos, do que decorre a capacidade da legislação amparar a tutela coletiva para reparação do dano patrimonial e do dano moral coletivo.

A Lei 8.429/1992 não visa apenas proteger o erário, mas sim todo o patrimônio público da sociedade, inclusive o patrimônio moral coletivo,

uma vez que os atos de improbidade causam comoção na coletividade, que vão além dos prejuízos financeiros ou da má prestação do serviço da Administração Pública, pois atacam de forma íntima a moralidade do meio social, o que fundamenta a necessidade da reparação.

No entanto, a condenação por dano moral coletivo em casos de improbidade enfrenta algumas dificuldades, como a falta expressa de previsão legal, tendo em vista que o artigo 1º da Lei 8.429/1992 somente elenca os danos ao patrimônio, não trazendo explicitamente a possibilidade de condenação por dano moral.

Outro obstáculo é a dificuldade de definir o montante da indenização, haja vista que o ressarcimento não será individualizado, mas sim coletivo, de forma que a reparação deverá levar em consideração todas as pessoas envolvidas, a comoção gerada, bem como a extensão e complexidade do ato de improbidade.

A respeito do dano moral coletivo, José dos Santos Carvalho Filho (2005, p. 14-15) assevera que:

[...] as dificuldades na configuração do dano moral quando há ofensa a interesses coletivos e difusos devem ser cada vez mais mitigadas, de forma a ser imposta a obrigação indenizatória como verdadeiro fator de exemplaridade e de respeito aos grupos sociais, sabido que a ofensa à dignidade destes tem talvez maior gravidade que as agressões individuais. Daí ser correta a afirmação de que “o dano moral coletivo é a injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos.

No que concerne às condenações por dano moral coletivo em casos de improbidade administrativa, a jurisprudência, em especial do Superior Tribunal de Justiça, não é pacífica a respeito.

Assim, ao julgar o Recurso Especial 821.891-RS (BRASIL, 2008), o STJ adotou o entendimento no sentido da impossibilidade de dano moral coletivo em ação civil pública de improbidade administrativa em que se discutia fraude em licitação realizada por municipalidade, nos termos da seguinte ementa:

(...)

2. Ad argumentandum tantum, ainda que ultrapassado o óbice erigido pelas Súmulas 282 e 356 do STF, melhor sorte não socorre ao recorrente, máxime porque a incompatibilidade entre o dano moral, qualificado pela

noção de dor e sofrimento psíquico, e a transindividualidade, evidenciada pela indeterminabilidade do sujeito passivo e indivisibilidade da ofensa objeto de reparação, conduz à não indenizabilidade do dano moral coletivo, salvo comprovação de efetivo prejuízo ou dano.

(...)

4. Nada obstante, e apenas obiter dictum, há de se considerar que, no caso concreto, o autor não demonstra de forma clara e irrefutável o efetivo dano moral sofrido pela categoria social titular do interesse coletivo ou difuso, consoante assentado pelo acórdão recorrido: “... Entretanto, como já dito, por não se tratar de situação típica da existência de dano moral puro, não há como simplesmente presumi-la. Seria necessária prova no sentido de que a Municipalidade, de alguma forma, tenha perdido a consideração e a respeitabilidade e que a sociedade uruguaiana efetivamente tenha se sentido lesada e abalada moralmente, em decorrência do ilícito praticado, razão pela qual vai indeferido o pedido de indenização por dano moral”.

5. Recurso especial não conhecido.

Este entendimento não parece ser o mais correto, uma vez que a indenização por dano moral não está somente atrelada à dor e ao sofrimento, mas também ao ataque à moral da Administração Pública, que resulta na falência das instituições do Estado, sendo que a sociedade, diante da improbidade administrativa, passa a não mais confiar na atuação do agente público e da Administração Pública.

Mais acertado é o posicionamento jurisprudencial adotado em outras áreas do direito, como em matéria ambiental, onde restou acolhido o entendimento de que o dano moral coletivo está ligado à personalidade da coletividade, sendo, portanto, consequência da conduta ilegal do agente causador do dano, independentemente da comprovação de dor ou sofrimento, como em casos isolados.

Nesse sentido, ao julgar o Recurso Especial n. 1.269.494-MG (BRASIL, 2013), em que se discutia questão relacionada ao Complexo Parque do Sabiá, o STJ admitiu o cabimento do dano moral coletivo em matéria ambiental, nos termos da seguinte ementa:

(...)

3. O dano ao meio ambiente, por ser bem público, gera repercussão geral, impondo conscientização coletiva à sua reparação, a fim de resguardar o direito das futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

4. O dano moral coletivo ambiental atinge direitos de personalidade do grupo massificado, sendo desnecessária a demonstração de que a coletividade sinta a dor, a repulsa, a indignação, tal qual fosse um indivíduo isolado.

5. Recurso especial provido, para reconhecer, em tese, a possibilidade de cumulação de indenização pecuniária com as obrigações de fazer, bem como a condenação em danos morais coletivos, com a devolução dos autos ao Tribunal de origem para que verifique se, no caso, há dano indenizável e fixação do eventual quantum debeatur.

Assim, é possível perceber que certos tipos de danos não ocasionam somente em lesões individuais, mas afetam toda a sociedade, sendo que a conduta danosa, explicitamente, afronta os direitos difusos e coletivos, o que permite a aplicação dos danos morais coletivos.

As decisões não poderiam ter conteúdos diferentes no tocante à admissibilidade do dano moral coletivo, tendo em vista que não podemos compreender os indivíduos como sujeitos de direitos e deveres, e não estender o mesmo entendimento à sociedade, que nada mais é do que a união de todos, passando a compreender que a coletividade é capaz de ser ofendida moralmente, a indenização por danos morais é medida necessária, não podendo existir condutas no ordenamento jurídico que não sejam passíveis de sanções.

Mais recentemente, porém, após o julgamento do Recurso Especial 821.891-RS em 2008, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar a possibilidade de condenação por dano moral coletivo no caso de prática de ato de improbidade administrativa.

Nesse sentido, em 2011, ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.003.126-PB (BRASIL, 2011), o STJ entendeu ser admissível o ajuizamento de ação civil pública objetivando indenização por danos morais coletivos em decorrência de fraudes em licitações, nos termos da seguinte ementa:

(...)

2. À luz dos artigos 127 e 129, III, da CF/88, o Ministério Público Federal tem legitimidade para o ajuizamento de ação civil pública objetivando indenização por danos morais coletivos em decorrência de emissões de declarações falsas de exclusividade de distribuição de medicamentos usadas para burlar procedimentos licitatórios de compra de medicamentos pelo Estado da Paraíba mediante a utilização de recursos federais.

(...)

6. Agravo regimental não provido.

Admitido o dano moral coletivo decorrente de improbidade administrativa, a dimensão da veiculação na mídia brasileira dos casos de improbidade, a extensão dos danos verificados e a comoção social oriunda da corrupção, são circunstâncias do ato ímprobo que devem ser observadas para a valoração da indenização.

A quantificação das indenizações por dano moral, de uma forma geral, deve levar em consideração a necessidade de reparar o ofendido, de punir o agente causador do dano para que ele não volte a praticar tal ato lesivo, e de demonstrar ao meio social que condutas semelhantes serão condenadas.

Nos casos de dano moral coletivo, o primeiro elemento, ressarcimento do ofendido, não estará presente, pois o ofendido não será uma pessoa individual, mas sim uma coletividade inteira, não sendo possível individualizar a vítima, o que não pode ser óbice para reconhecer o direito da sociedade de ser indenizada pela falta de moralidade do agente público.

A hipótese de indenização por dano moral coletivo não se trata de mero ressarcimento, como nos casos de condenação individual, mas configura uma reação necessária, resultante do ato de improbidade, para demonstrar que condutas semelhantes não serão toleradas, servindo os danos morais para reestabelecer a segurança jurídica da Administração Pública.

No que se refere à importância dos danos morais coletivos, afirma Xisto Tiago Medeiros Neto (2012, p. 169) que:

Nessas situações que envolvem interesses e direitos transindividuais, apenas exigir do ofensor o ajustamento da sua conduta aos ditames legais, algumas vezes seguido da simples indenização pelos danos materiais verificados, refletiria, no plano da responsabilização, uma resposta débil, sem nenhuma força sancionatória para o autor ou mesmo bastante para obstar novas violações, dada a desproporção entre a gravidade do ilícito, o proveito obtido com a sua prática e a reação insuficiente e frágil, até estimuladora, do sistema jurídico. Isto implicaria, pode-se mesmo dizer, o fenômeno do esvaziamento ético do sistema de responsabilidade civil, refletindo a perda do seu norte de justiça e dos seus objetivos de pacificação e equilíbrio social.

Não se pode confundir a aplicação da multa civil prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992 com a indenização por dano moral coletivo,

uma vez que a multa civil é facilmente quantificada e aplicada, haja vista que existe disposição legal expressa para tanto, diferentemente do dano moral coletivo, que depende da interpretação de diversas disposições normativas para sua aplicação.

O caráter da multa civil é basicamente punir o agente público, e existem limites para sua aplicação, de acordo com o artigo 12 da Lei 8.429/92. No caso de enriquecimento ilícito até três vezes do valor de acréscimo patrimonial, na hipótese de dano ao erário a multa será de até duas vezes o valor do dano, e no caso de violação dos princípios da administração a multa será de até cem vezes o valor da remuneração.

A multa civil, portanto, está diretamente relacionada às cominações aos atos de improbidade da Lei 8.429/1992, conforme dispõe o artigo 12, devendo obedecer aos padrões legais para sua aplicação, possuindo caráter totalmente diverso do dano moral coletivo.

Nesse sentido, na lição de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013, p. 672):

No mais, considerando a previsão autônoma de ressarcimento do dano, não há que se falar em caráter indenizatório da multa. Ela não se encontra alicerçada em uma relação de equilíbrio com o dano causado, que é valorado unicamente para fins de fixação do montante da multa, a qual sempre atingirá patamares superiores aos do dano.

A indenização por dano moral coletivo não possui limite para arbitramento, haja vista que além da finalidade de punir o agente público, visa restabelecer a moral da sociedade, almejando cumprir o princípio da reparação integral do dano.

Assim, existem diferenças entre os institutos da multa civil e do dano moral coletivo, de forma que os dois podem ser aplicados conjunta ou separadamente, dependendo do entendimento do magistrado e do caso concreto considerado.

Neste sentido, em casos de improbidade administrativa, não deve se buscar somente punir o agente público, bem como dissuadir outros indivíduos que queiram praticar os mesmos atos ilegais, mas também objetivar a indenização pelo dano material e moral sofrido pela sociedade.

A própria legislação prevê a necessidade da condenação pecuniária para reconstituir o bem lesado, e no que concerne à lesão moral da sociedade, sua reconstituição somente será alcançada com a correta aplicação dos recursos públicos, diminuição da desigualdade social, bem

como na construção de uma sociedade livre, justa e igualitária, devendo o valor da condenação ser aplicado com estes fins.

No tocante à destinação do valor concernente à reparação por dano moral coletivo, lecionam Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013, p. 623):

Por último, observa-se que a indenização do dano moral causado à coletividade não deve reverter à pessoa jurídica lesada, tal qual preceitua o art. 18 da Lei n. 8.429/1992 em relação aos danos causados aos sujeitos passivos dos atos de improbidade. Apesar da unidade do ato ilícito, os seus efeitos devem ser vistos de forma bipartida, vale dizer, aqueles causados ao sujeito passivo do ato de improbidade e aqueles causados à coletividade, aplicando-se, em relação aos últimos, o disposto no art. 13 da Lei n. 7.347/1985 (“Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo...”).

A Constituição Federal conferiu a todos o dever de fiscalização da coisa pública e da atuação administrativa, de forma que é possível exigir do administrador o cumprimento dos princípios basilares do Estado Democrático de Direito, uma vez que, no caso de uma boa administração pública, todo o coletivo usufrui da atuação e dos resultados e, na hipótese de prática de ato de improbidade administrativa, o abalo moral, a desconfiança, descrença e repulsa, são sentidas por toda a sociedade, o que resulta na necessidade de condenação do respectivo infrator por dano moral coletivo.

Ressalta-se o entendimento de Emerson Garcia e Rogério Pacheco Alves (2013, p. 621) em relação à necessidade do dano moral coletivo, nos seguintes termos:

O reconhecimento do dano moral enquanto dano in actio ipsa, o que dispensa a demonstração da efetiva dor e sofrimento, exigindo, apenas, a prova da conduta tida como ilícita, é um claro indicativo da possibilidade de sua defesa no plano transindividual, envolvendo o montante da indenização em benefício de toda a coletividade, que é vista em sua inteireza; não dissecada numa visão anatômica, pulverizada entre os indivíduos que a integram. Como se percebe, para que seja demonstrada a existência e a possibilidade de reparação do dano moral coletivo, sequer é preciso recorrer à figura dos danos punitivos (“punitive damages”).

A aplicação dos danos morais coletivos em casos de improbidade administrativa, conforme demonstrado, não dependerá de invenção

ou inovação normativa, haja vista que os dispositivos legais vigentes no ordenamento jurídico autorizam a aplicação deste tipo de sanção ao agente público ímprobo e também a terceiros, com o intuito de indenizar a sociedade pela má administração do patrimônio público através de atos administrativos com desvio de finalidade, falta de legalidade e principalmente inexistência de moralidade.

Existindo os elementos caracterizadores da improbidade administrativa na atuação agente público, a indenização por danos morais coletivos é medida necessária, tendo em vista que a moral da sociedade é sempre abalada com a conduta do administrador que assim age, pois seu comportamento acarreta inúmeros efeitos deletérios, entre os quais a impossibilidade de implementação das políticas públicas necessárias para atender aos anseios das pessoas e da coletividade, como as referentes à saúde, educação e moradia.

CONCLUSÃO

O Estado brasileiro está envolto em diversas investigações de improbidade ou corrupção administrativa, que apontam para o desvio de valores públicos astronômicos, com a participação de toda sorte de pessoas, inclusive agentes políticos e pessoas jurídicas.

A pesquisa tem como problema verificar se é admissível juridicamente a reparação dos danos morais coletivos em relação à ofensa aos interesses ou direitos transindividuais, em especial nos casos de prática de atos de improbidade administrativa.

A improbidade administrativa corresponde à ação desonesta, ilegal ou imoral do agente público em relação à atuação administrativa e à coisa pública, normalmente acompanhada de vantagem indevida ao infrator.

O país se debruça para prevenir e debelar a improbidade administrativa, uma vez que os efeitos deletérios por ela provocados são incomensuráveis, como a descrença nas instituições públicas, o empobrecimento do país e a má-prestação ou ausência de prestação dos serviços públicos necessários ao indivíduo e à coletividade.

A Administração Pública deve atuar de forma a consagrar, entre outros, os princípios da moralidade e legalidade, tendo como finalidade de sua atuação a realização do bem comum, o desenvolvimento da sociedade e a prestação de serviços públicos.

No entanto, a corrupção é conduta enraizada no meio da Administração Pública, sendo que muitos agentes públicos se utilizam de seus cargos para obterem vantagens para si ou para terceiros, deixando de obedecer aos preceitos constitucionais da legalidade e de empregar o patrimônio público em prol da coletividade.

As sanções por improbidade administrativa estão previstas no § 4º do art. 37 da Constituição Federal, dispositivo constitucional esse disciplinado pela Lei 8.429/1992, que definiu os contornos da corrupção administrativa e elencou um rol expressivo de cominações ao responsável pela prática de ato de improbidade administrativa.

O ato de improbidade administrativa ataca de forma direta e indireta os direitos da sociedade, tendo em vista que os recursos que deveriam ser destinados para o desenvolvimento do país passam a ser utilizados para enriquecimento dos agentes públicos e terceiros envolvidos com a Administração Pública.

Assim, a violação das garantias da coletividade é um ataque ao Estado Democrático de Direito, uma vez que os fundamentos da construção de um país mais justo, livre e igualitário, estão previstos na Constituição Federal de 1988.

A nova ordem constitucional está alicerçada na dignidade da pessoa humana, passando a entender que a coletividade é formada por pessoas que devem ser protegidas seja individualmente ou coletivamente, visão que autoriza o entendimento da sociedade como sujeito de direitos e deveres na ordem civil.

Por estas razões, a reparação do dano moral, mais utilizado na seara dos direitos individuais, no momento em que a coletividade ganha status de sujeito dotado de direitos, exerce importantíssimo papel na reparação dos danos decorrentes da prática de atos de improbidade administrativa.

O ordenamento jurídico contempla instrumentos para proteger o patrimônio público e o meio social, bem como para não permitir que os agentes públicos progridam em condutas corruptas.

O dano moral coletivo, atualmente objeto de reparação pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça nos casos de prática de atos de improbidade administrativa, não visa empobrecer o agente público, mas sim reaver a moralidade na Administração Pública, bem como mostrar à sociedade que existem medidas eficazes de combate à corrupção administrativa, não permitindo que haja descrença do indivíduo e da coletividade nos fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Através da análise da legislação, doutrina e jurisprudência vigentes, restou comprovado que houve expressiva evolução em relação à teoria da reparação dos danos morais coletivos no sistema jurídico nacional, com sua aplicação em diversas áreas do direito, como inicialmente ocorreu na área ambiental e, atualmente, verifica-se em matéria concernente à improbidade administrativa.

Tem-se, em conclusão, que restou comprovada a hipótese inicial, no sentido de que é admissível a reparação judicial dos danos morais coletivos decorrentes de ofensa aos interesses ou direitos transindividuais, em especial em relação aos danos oriundos da prática de atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 16 fev. 2017.

_____. **Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. **Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078compilado.htm>. Acesso em: 22 fev. 2017.

BRASIL. **Lei n. 8.429, de 2 de junho de 1992**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8429.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. **Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília: Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 20 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Agravo Regimental no Recurso Especial n. 1.003.126-PB**. Relator Ministro Benedito Gonçalves. Brasília: DJe, 1º mar. 2011. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1008257&num_registro=200702616723&data=20110510&formato=PDF>. Acesso em: 18 fev. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 821.891-RS**. Relator Ministro Luiz Fux. Brasília: DJe, 12 maio 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=726041&num_registro=200600380062&data=20080512&formato=PDF>. Acesso em: 25 fev. 2017.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial n. 1.269.494-MG**. Relatora Ministra Eliana Calmon. Brasília: DJe, 1º out. 2013. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1194493&num_registro=201101240119&data=20131001&formato=PDF>. Acesso em: 17 fev. 2017.

BRITO, Débora. **Lava Jato já gerou 120 condenações e mais de 1,2 mil anos de pena, diz balanço - 2016**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-12/procuradoria-do-parana-divulga-balanco-da-operacao-lava-jato-em-2016>>. Acesso em: 20 out. 2018.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Ação civil pública: comentários por artigos**. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

COSTA, Marcelo Freira Sampaio. **Dano moral (extrapatrimonial) coletivo: leitura constitucional, civil e trabalhista**. São Paulo: LTr, 2009.

DECLARAÇÃO de Direitos do Homem e do Cidadão - 1789. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Documentos-antiores-à-criação-da-Sociedade-das-Nações-até-1919/declaracao-de-direitos-do-homem-e-do-cidadao-1789.html>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

FERNANDES, Rômulo Magalhães; AZEVEDO, Anna Carolina de Oliveira. **Instituições participativas e políticas anticorrupção**. Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 20, n. 32, p. 233-247. jul./dez. 2016. Disponível em: <<http://seer.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp>>. Acesso em: 24 out. 2018.

GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

KOSAKA, Fausto Kozo. **Apontamentos sobre dano moral coletivo**. Cadernos de Direito, Piracicaba, v. 9, n. 16-17, p. 75-91, 2009.

MEDEIROS NETO, Xisto Tiago de. **Dano moral coletivo**: fundamentos, características, conceituação, forma e procedimento de reparação. 3. ed. São Paulo: Ltr, 2012.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de improbidade administrativa comentada**: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal: legislação e jurisprudência atualizadas. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

REMÉDIO, José Antonio; FREITAS, José Fernando Seifarth de; LOZANO JÚNIOR, José Júlio. **Dano moral**: doutrina, jurisprudência e legislação. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. REMEDIO, Davi Pereira. **Direito e desenvolvimento**: corrupção administrativa e ação civil por improbidade administrativa. Revista Direito Público - RDU, Porto Alegre, v. 14, n. 81, p. 102-122, maio/jun. 2018.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Atualizado por Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

STOCO, Rui. **Tratado de responsabilidade civil**: doutrina e jurisprudência. 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

VEDOVATO, Luís Renato; LOPES, Thiago Henrique Teles. **Uma visão crítica da posição do STJ sobre o periculum in mora presumido nas ações de improbidade para fins da decretação da indisponibilidade de bens**. Revista da AGU, Brasília-DF, v. 16, n. 4, p. 273-292, out./dez. 2017.

A ARGUMENTAÇÃO JUDICIAL PELO STF EM CASOS DE DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS EM LEIS TRABALHISTAS

JUDICIAL ARGUMENTATION BY THE STF IN CASES OF POSITIVE DISCRIMINATIONS IN LABOR LAWS

Vinícius Gabriel Silvério *

SUMÁRIO: Introdução; 1. A integridade na jurisdição sob exame constitucional segundo a proposta de Ronald Dworkin; 2. O comportamento do STF perante casos de discriminações positivas em razão do gênero; 3. A argumentação jurídica pela Corte constitucional brasileira no caso de discriminações positivas e a integridade de Dworkin; Conclusões; Referências.

RESUMO: Como fito principal do presente estudo pretende-se analisar as vertentes que sustentam a argumentação jurídica da Corte maior do Poder Judiciário brasileiro, evidenciando o conflito de princípios fundamentais em matéria trabalhista, especificamente no que diz respeito à criação de discriminações positivas em razão do gênero no ordenamento jurídico trabalhista, passando sobre suas adversidades e principais motivos para continuar vigorando ou não frente o seguimento da teoria de Ronald Dworkin. Para isso, este trabalho utilizada do método dedutivo e comparativo quanto a análise de um caso em concreto.

Palavras-chave: Discriminação positiva. Argumentação jurídica. Trabalho. Gênero. Proteção.

ABSTRACT: *The main purpose of this study is to analyze the aspects that underpin the legal argument of the Brazilian Judiciary's major court, highlighting the conflict of fundamental principles in labor matters, specifically regarding the creation of positive discrimination on the grounds of gender in Brazil. Labor law, passing on its adversities and main reasons to continue or not in the face of the following of the theory of Ronald Dworkin. For this, this work uses the deductive and comparative method for the analysis of a specific case.*

Keywords: *Positive discrimination. Legal argumentation. Labour. Gender. Protection*

INTRODUÇÃO

O presente estudo busca adentrar na discussão de uma possível aplicabilidade da teoria elaborada pelo filósofo do direito, Ronald Dworkin, que relaciona o direito como integridade, em questões consideradas como casos difíceis no ordenamento jurídico vigente no Brasil. (DWORKIN, 2007).

Assim, inicialmente a análise proposta, em síntese, é transcorrer os caminhos de Dworkin que o levaram a desenvolver em suas principais obras, o direito como integridade, aludindo suas principais conclusões

* Mestrando em Direitos Fundamentais e Democracia na linha de pesquisa “Constituição e condições materiais da democracia”, pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil – UNIBRASIL. Especialista em Processo e Direito do Trabalho pelo Centro Universitário Curitiba. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Autônomo do Brasil - UNIBRASIL. Advogado.

Artigo recebido em 15/10/2017 e aceito em 26/11/2017.

Como citar: SILVÉRIO, Vinícius Gabriel. A argumentação judicial pelo STF em casos de discriminações positivas em leis trabalhistas. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 279 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

sobre o tema. Desta forma, importe a distinção entre regras e princípios, a análise da figura do “Juiz Hércules” e a teoria dos erros, bem como a ideia de romance em cadeia aludida por este autor. (DWORKIN, 2002).

Em um segundo momento, se apresentará a problemática envolvendo um caso concreto de discriminação positiva de gênero no direito juslaboral brasileiro, pertinente ao choque de princípios constitucionais, como no caso da vedação de retrocesso social, igualdade, integridade, dignidade da pessoa humana, dentre outros, sendo utilizado um método dedutivo e comparativo.

Desse comparativo será possível extrair as principais teses argumentativas utilizadas pelos Ministros da Corte Constitucional componentes da decisão em comento, refletindo uma eventual redução do sistema jurídico pelo uso de um poder discricionário dos julgadores, ou a utilização de padrões determinados almejando o elo mais próximo do que se entenderia por uma justiça previsível.

1 A INTEGRIDADE NA JURISDIÇÃO SOB EXAME CONSTITUCIONAL SEGUNDO A PROPOSTA DE RONALD DWORKIN

Ronald Dworkin desenvolveu uma teoria jurídica completamente autônoma e capaz de fazer frente aos velhos padrões do positivismo, convencionalismo, jusnaturalismo e inclusive do pragmatismo, na busca de soluções para os chamados hard cases.

Em suas principais obras, como “Levando os direitos a sério” e “O império do direito”, que serão aqui analisadas conjuntamente, Dworkin descreve o que pretende com uma visão de conjunto ao ter o direito como integridade, rejeitando a discussão se os juízes descobrem ou inventam o direito, mas propondo o raciocínio de que eles fazem ambas as coisas e nenhuma delas. (DWORKIN, 2007).

Antes disso, traz uma série de críticas ao convencionalismo jurídico¹ (HART, 1994) e ao pragmatismo.² (POSNER, 2002). No caso do convencionalismo, Dworkin revela que em casos de soluções

¹ O convencionalismo pode ser fracionado ou visto em diversas formas, mas no campo jurídico, Dworkin o vê como um modelo teórico do direito onde sua força normativa estaria fundada na prática e no convívio social, estritamente ligado a decisões políticas passadas, estendendo este debate com o filósofo do direito H. L. A. Hart.

² Já o pragmatismo não está ligado aos pressupostos fundantes do direito e a sua moral, mas diretamente ao conteúdo prático e racional (razoabilidade) do que pode ser feito no futuro. Tal embate foi travado entre Dworkin e Richard A. Posner.

simples não há nenhum embaraço, pois tal teoria justifica uma coerção limitada e subordinada aos fatos previamente e universalmente conhecidos, demandando da autoridade ou do julgador aplicar a norma de forma individualizada a tal questão de fato, seja ela justa ou não. (DWORKIN, 2007).

Para Dworkin, o problema do convencionalismo surge quando os julgadores se deparam com os chamados casos difíceis, diante da ausência de normas aplicáveis aos casos concretos, ou pelo conflito de duas ou mais normas aplicáveis ao mesmo caso. É neste ponto que Hart tenta explicar seu complexo sistema que transcende a união de regras primárias, onde as regras secundárias intermetem critérios de validade às normas estabelecendo limites ao liame do direito. A chamada “zona de penumbra” é tida como um setor inatingível pelas regras de reconhecimento, ensejando assim, inevitavelmente um poder discricionário por parte do juiz. (HART, 1994, p. 158).

Assim, Dworkin afirma que o convencionalismo não é capaz de solucionar tal revés, acarretando pontos de contradição teórica sobre o que seria o direito e apontando que na discricionariedade judicial existem medidas baseadas em decisões pessoais do juiz. Este conceito já havia sido criado por Dworkin, ao explicar que essas regras secundárias de reconhecimento levariam a um genuíno teste de pedigree, onde tais regras, de forma impositiva, submeteriam outras regras a determinadas condições (formais) para validar o status de verdadeira regra jurídica ou não. (DWORKIN, 2002).

Com relação ao pragmatismo jurídico, que de certa forma rejeita as decisões políticas ultrapassadas, mas que por razões estratégicas adota disfarçadamente a decisão real, é uma teoria que segundo as críticas de Dworkin, trataria os juízes como “arquitetos de um futuro melhor, livres da exigência inibidora de que, em princípio, devem agir coerentemente uns com os outros” (DWORKIN, 2007, p. 489). Ou seja, o julgador aqui, teria autonomia para ignorar as coerências articuladas em decisões do passado (valores), em prol do melhor futuro para a comunidade. Para o autor, os pragmatistas não conseguem explicar com veemência como os juízes devem decidir o que seriam essas melhores consequências para o futuro.

Em resposta a tais teorias, Dworkin sugere que o direito seja interpretado como uma integridade de princípios que estão à disposição e são comuns a uma determinada comunidade, exigindo aos juízes que estes solucionem as demandas através dos argumentos jurídicos e

normativos mais coerentes, interpretando as práticas sociais juntamente com a moral, tornando assim, um ideal político. Aqui a ideia positivista de lacuna no direito é descartada e o direito passa a estabelecer uma relação mais próxima à moral.

Neste sentido, Dworkin não crê na criação de novos direitos quando solucionados casos difíceis, pois aos julgadores não cabem tal tarefa, mas acredita que as respostas podem ser obtidas sempre através da luz interpretativa dadas aos princípios, fundada em um direito preexistente, ao qual o juiz deve indicar. Para tanto, cria a metáfora do “Juiz Hércules” que é a figura de um julgador super humano que poderia responder qualquer questão para determinados casos jurídicos. (DWORKIN, 2002, p. 165).

O Juiz Hércules deve pautar-se em razões de equidade limitando a “força gravitacional das decisões anteriores à extensão dos argumentos de princípio necessários para justificar tais decisões.” (DWORKIN, 2002, p. 177). Assim, Hércules deve fundamentar suas decisões de forma equânime entre os princípios justificadores e as decisões já tomadas anteriormente pelo tribunal em casos semelhantes.³

Logicamente, seguindo essa explanação, Hércules então não estaria criando direitos e muito menos inserido na discricionariedade, mas utilizando de princípios e teses basilares já existentes no direito, para solucionar de forma mais adequada os casos difíceis que cheguem ao seu gabinete.

Contudo, ao se deparar com a ideia de que os juízes antecessores ao Juiz Hércules, possam ter sido descuidados ou desatentos, diferentemente de Hércules, Dworkin desenvolve a teoria dos erros institucionais, dividindo tal em duas partes principais.

A primeira parte menciona quais seriam as consequências de se considerar um fato como um erro institucional, subdividindo-se em duas suposições diferentes. A primeira subdivisão elenca a capacidade da autoridade de produzir um determinado evento e afetar a força gravitacional desse mesmo evento sem comprometer essa autoridade. A segunda subdivisão trata dos erros enraizados e erros passíveis, onde os primeiros dizem respeito àqueles erros que não perdem a autoridade específica mesmo que percam a força gravitacional; já os segundos seriam erros em que se perdendo a força gravitacional, se perde também a autoridade específica. (DWORKIN, 2002).

³ Ideia de “trama inconsútil”. (DWORKIN, 2002, p. 182).

A segunda parte da teoria dos erros institucionais envolve um esquema de princípios, onde o Juiz Hércules poderá utilizar de duas máximas, sendo que “a equidade vincula-se á história institucional não apenas enquanto história, mas como um programa político ao qual o governo se propõe a dar continuidade no futuro” (DWORKIN, 2002, p. 191) e que “o argumento da equidade que exige consistência não é o único argumento de equidade ao qual devem responder o governo em geral, e os juízes em particular.” (DWORKIN, 2002, p. 191).

Em outras palavras, caso Hércules entenda que a justificação dada a um princípio no passado não serve mais para novas decisões no presente, a equidade perde suas forças e se mostra inutilizada, bem como se tal justificação dessa base principiológica tiver se tornado injusta, a equidade agora se torna inválida.

Em busca do que seria considerada como a “resposta correta”, Dworkin propõe em outro texto, uma segunda metáfora, a do romance em cadeia, que diz respeito ao diálogo dos juízes com a história construtiva da decisão judicial. A noção de romance em cadeia sugere que vejamos os diversos juízes que atuam em um determinado caso (processo), como autores literários que devem dar continuidade à obra (romance), de onde o julgador (autor) anterior parou, incluindo aqui a sua autoria crítica própria, escrevendo assim, um novo capítulo.⁴

Mais tarde, em seu livro “Uma questão de princípio”, Dworkin complementa este ideário afirmando que:

Cada juiz, então, é como um romancista na corrente. Ele deve ler tudo o que outros juízes escreveram no passado, não apenas para descobrir o que disseram, ou seu estado de espírito quando o disseram, mas para chegar a uma opinião sobre o que esses juízes fizeram coletivamente, da maneira como cada um de nossos romancistas formou uma opinião sobre o romance escrito até então. [...]. Ao decidir o novo caso, cada juiz deve considerar-se como parceiro de um complexo empreendimento em cadeia, do qual essas inúmeras decisões, estruturadas, convenções e práticas são a história. (DWORKIN, 2001, p. 238).

Este aporte é relevante para o conceito de direito como integridade proposto por Dworkin, que segundo a leitura de José Emílio Ommati,

⁴ “Deve tentar criar o melhor romance possível como se fosse obra de um único autor, e não, como na verdade é o caso, como produto de muitas mãos diferentes.” (DWORKIN, 2007, p. 276).

podemos entender que o Juiz Hércules não necessita decidir todos os casos sozinho, ressaltando que o direito para ser enxergado como integridade requer “atenção à história e se essa história jurídica se produziu a partir de decisões passadas, decisões essas que foram produzidas em um processo, logicamente esse processo para ser válido utilizou-se dos argumentos das partes para a produção da decisão.” (OMMATI, 2004, p. 162).

Revela-se, assim, que é através do conceito de integridade que o julgador deve buscar sempre a melhor saída para o litígio, levando em consideração um panorama moral do ordenamento jurídico, que na sequência será analisado especificamente sob a perspectiva de julgamento da Corte Constitucional brasileira.

2 O COMPORTAMENTO DO STF PERANTE CASOS DE DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS EM RAZÃO DO GÊNERO

Partindo do pressuposto histórico de Aristóteles sobre a igualdade, Aldacy Rachid Coutinho descreve que “a noção de igualdade é concretizada inicialmente em uma concepção negativa, qual seja, não tratar de forma distinta os iguais”. (COUTINHO, 2000, p. 20).

O direito nasce em geral de forma a não trazer em seu bojo jurídico fatores diferenciadores, exceto que exista motivo para tanto. Apesar de a natureza humana ser única, os seres humanos não são todos iguais. Existem diferenciações de raças, gêneros, idades, posições, dentre outras, que de certa forma vinculam o direito a observá-las, onde “a afirmação da desigualdade é reconhecimento de um direito à diferença”. (COUTINHO, 2000, p. 21).

A combinação dos elementos formal e material do princípio da igualdade permite ao Estado promover ações positivas que forcem uma correção automática das desigualdades geradas na sociedade. Essas ações positivas com ímpeto positivo desigualitário, no âmbito de criação de leis, podem ser vistas como discriminações positivas.

Tais discriminações possuem fundamentos antropológicos e axiológicos, podendo ser identificados como:

- a) A compensação histórica de discriminações passadas;
- b) distintas oportunidades na concretude da vida real, por fatores econômicos, sociais ou culturais; situações essas que levam à necessidade da correção de distintas condições reais e fáticas, com a obrigação de diferenciação segundo

critérios de racionalidade e proporcionalidade para diferença material. (COUTINHO, 2000, p. 22).

Assim, diante da realidade fática da condição da mulher no mercado de trabalho, é possível identificar ambos os elementos presentes, vez que o precursor histórico (SCOTT, 2002, p. 26) está presente e a distinção de oportunidades no mercado de trabalho também, como comprovam as estatísticas mais modernas. (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2016).

Sem embargo, a combinação desses elementos é capaz de justificar a ação positiva do Estado em prol de um grupo segregado ou uma minoria desprivilegiada, com intuito de diminuição dos níveis de desigualdades e promover “uma maior representatividade em todas as ocupações e posições sociais de grupos minoritários, como negros, asiáticos, mulheres, deficientes físicos [...]” (COUTINHO, 2000, p. 24) dentre outros, sempre de forma temporária, até que a aparente desigualdade desapareça por completo da sociedade.

É neste arcabouço jurídico que as discriminações positivas refletem uma tentativa social de promoção de condições aparentes para os indivíduos em perfeita sintonia como o princípio da igualdade.

De modo exemplificativo, procurando adentrar a pesquisa empírica com uma análise concreta de um caso verídico, serve ao presente estudo o exemplo criado pelo art. 384 da CLT.

Mesmo perante o futuro desuso do atual artigo 384 da CLT, diante de sua revogação pela Lei n. 13.467/2017 que ficou conhecida como Reforma Trabalhista, não existe exemplo mais específico do que este, em matéria trabalhista e a respeito de diferenciação de gênero, para a compreensão do entendimento do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto. Assim, a partir desse momento, se procederá a sua análise in concreto com o fito ilustrativo.

A (in)constitucionalidade do artigo 384 da CLT⁵ foi muito debatida pela doutrina e jurisprudência após o advento da CF/88. Instaurado o conflito quando a Carta Magna firmou em seu art. 5º, caput e inciso I, o princípio da igualdade em sua roupagem formal. (BRASIL, 1943).

O artigo celetista em comento criado juntamente com a entrada em vigor da CLT em 1943, estipulava um intervalo intrajornada de quinze

⁵ Redação original do artigo 384 da CLT: “Em caso de prorrogação do horário normal, será obrigatório um descanso de 15 (quinze) minutos no mínimo, antes do início do período extraordinário do trabalho.” (BRASIL, 1943).

minutos de duração, toda vez que a empregada mulher for adentrar em serviço extraordinário.

De início, por conceder um intervalo especial somente às mulheres, excluindo a princípio os homens desta prerrogativa, restou subentendido que o referido artigo violava os preceitos insculpidos na Constituição de 1988, sendo assim, considerado inconstitucional e revogado tacitamente pela maioria expressiva da doutrina e jurisprudência pátria.

Por outro lado, surgia timidamente outro entendimento a respeito do assunto, que nos últimos anos veio ganhando força no Judiciário, visão esta que pregava a constitucionalidade do referido dispositivo, relatando não conflitar com o princípio da isonomia.

Assim, dois entendimentos foram firmados. A primeira corrente defendia a inconstitucionalidade do artigo 384, basicamente por não encontrar guarida constitucional, alegavam ainda que não havia nenhuma base científica que sustente a proteção especial de conceder um descanso específico somente as mulheres em detrimento aos homens. Além de tudo, se observava que a referida norma, na prática, era prejudicial às mulheres, pois se sustentava que os empregadores iriam preferir a contratação de empregados homens, já que estes não precisavam ter este intervalo concedido no caso de prestação de serviços em jornada extraordinária.

Por outro lado, a corrente que defendia a constitucionalidade do artigo 384 da CLT focava em bases argumentativas no sentido de que o referido dispositivo trata de uma norma de saúde, sendo questão de ordem pública e assim não podendo ser revogado. Qualquer revogação deste artigo seria uma afronta ao princípio do não retrocesso social e ao longo processo histórico de conquistas por parte das feministas. (ANAMATRA, 2008, P.32), ⁶

⁶ A questão em comento foi abordada na 1ª Jornada de Direito do Trabalho. A jornada foi realizada em novembro de 2007, sendo obra conjunta da Anamatra (Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho), do Tribunal Superior do Trabalho e da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Magistrados do Trabalho (Enamat), com apoio do Conselho Nacional das Escolas de Magistratura do Trabalho (Conematra). No meio de toda polêmica que o assunto gerava, foi aprovado naquela oportunidade, enunciado totalmente inovador: Enunciado 22. ART. 384 DA CLT. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. RECEPÇÃO PELA CF DE 1988. Constitui norma de ordem pública que prestigia a prevenção de acidentes de trabalho (CF, 7º, XXII) e foi recepcionada pela Constituição Federal, em interpretação conforme (artigo 5º, I, e 7º, XXX), para os trabalhadores de ambos os sexos. ANAMATRA. *1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2008. p. 32.

O Pleno do Tribunal Superior do Trabalho (TST) se pronunciou em novembro de 2008, no julgamento do incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista nº IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5⁷, decisão na qual a corte reconheceu pela primeira vez, por maioria dos votos, a constitucionalidade do intervalo de quinze minutos para uma trabalhadora que cumpria horas extras.

Vários argumentos foram utilizados pelos Ministros do TST para justificar a constitucionalidade do artigo 384 da CLT, embora o mais contundente seja ainda, o fato da diferenciação da compleição física entre homem e mulher, justificativa exemplificada nos acórdãos que seguiram para julgamento.

Não obstante, após a decisão final do TST, o processo pioneiro sobre o tema que chegou ao Supremo Tribunal Federal utilizando de supostas violações constitucionais dos artigos 5º, I e 7º, XXX da CF criou a repercussão geral nº 528 e conseqüentemente o Recurso Extraordinário nº 658.312/SC foi recebido pelo Plenário do Supremo, possuindo nítida matéria constitucional por afrontar o princípio da isonomia a fim de justificar o tratamento diferenciado entre trabalhadores homens e mulheres no cerne desta discriminação positiva. (BRASIL, 2015, p. 7).

⁷ “EMENTA: MULHER - INTERVALO DE 15 MINUTOS ANTES DE LABOR EM SOBREJORNADA - CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 384 DA CLT EM FACE DO ART. 5º, I, DA CF. 1. O art. 384 da CLT impõe intervalo de 15 minutos antes de se começar a prestação de horas extras pela trabalhadora mulher. Pretende-se sua não-recepção pela Constituição Federal, dada a plena igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres decantada pela Carta Política de 1988 (art. 5º, I), como conquista feminina no campo jurídico. (...) Nesse diapasão, levando-se em consideração a máxima albergada pelo princípio da isonomia, de tratar desigualmente os desiguais na medida das suas desigualdades, ao ônus da dupla missão, familiar e profissional, que desempenha a mulher trabalhadora corresponde o bônus da jubilação antecipada e da concessão de vantagens específicas, em função de suas circunstâncias próprias, como é o caso do intervalo de 15 minutos antes de iniciar uma jornada extraordinária, sendo de se rejeitar a pretensa inconstitucionalidade do art. 384 da CLT. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista Rejeitado.” BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Mulher - intervalo de 15 minutos antes de labor em sobrejornada - constitucionalidade do art. 384 da clt em face do art. 5º, i, da cf. Incidente de inconstitucionalidade em recurso de revista nº IIN-RR-1.540/2005-046-12-00.5. Recorrente: Simone de Fátima Vaz de Jesus Junkes. Recorrido: Comércio e Indústria Breithaupt S.A. Relator: Ives Gandra Martins Filho. Brasília, 13 de fevereiro de 2009. Disponível em: <<http://aplicacao4.tst.jus.br/consultaProcessual/consultaTst.do?conscsjt=&numeroTst=&numeroTst=1540&anoTst=2005&varaTst=046&trtTst=12&seqTst=00&consulta=Consultar>>, Acesso em: 15 ago. 2017.. .

Na ocasião, o relator dos autos foi o Ministro Dias Toffoli, que em seu voto expôs todo o caminho trilhado pelo processo, juntamente com o histórico da evolução legislativa alcançada pelas mulheres ao longo do tempo. Do seu voto, é importante destacar algumas premissas principais que ensejaram sua conclusão pela constitucionalidade do artigo 384 da CLT.

Em primeiro lugar, o Ministro relator entendeu que os argumentos que pesam pela constitucionalidade remetem a exclusão histórica da mulher ao mercado regular de trabalho, a diferenciação biológica existe entre homens e mulheres (menor resistência física destas), e ainda, o fator de discriminação social pelo acúmulo das atividades domésticas comumente destinadas as mulheres. (BRASIL, 2015, p. 7).

Por outro lado, os argumentos que imperavam pela inconstitucionalidade do referido dispositivo, diziam respeito basicamente que tal desigualdade não mais se justificaria em razão do avanço temporal da sociedade, sob a tese de que sua vigência poderia implicar uma dificuldade maior da mulher na obtenção de um emprego, pois em termos simples, o empregador, no momento de uma contratação, poderia dar mais preferência ao candidato homem que não necessita gozar deste intervalo especial, do que a candidata mulher que obrigatoriamente precisaria. Além, disso, tal intervalo por não ser computado no período da jornada de trabalho, evidenciaria um tempo maior de permanência da mulher no trabalho, pois nas ocasiões de prestação de serviço extraordinário precisaria elastecer em quinze minutos. (BRASIL, 2015, p. 10).

Em sentido conclusivo, o Ministro Relator, documentou que:

Por sua vez, diante desses argumentos jurídicos, não há espaço para uma interpretação que amplie, sob a tese genérica da isonomia, a concessão da mesma proteção ao trabalhador do sexo masculino, pois além de os declinados raciocínios lógico e jurídico impedirem que se aplique a norma ao trabalhador homem, sob o prisma teleológico da norma, não haveria sentido em se resguardar a discriminação positiva diante das condicionantes constitucionais mencionadas. Adotar a tese ampliativa acabaria por mitigar a conquista obtida pelas mulheres. (BRASIL, 2015, p. 11).

De forma antecipada, revelo que por maioria de votos, os Ministros do Supremo negaram provimento ao recurso extraordinário interposto pelo setor patronal e entenderam pela validade do artigo 384 da CLT, apenas em

prol das mulheres. Entretanto, as discussões que levaram a tal resultado devem ser analisadas especificamente.

3 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA PELA CORTE CONSTITUCIONAL BRASILEIRA NO CASO DE DISCRIMINAÇÕES POSITIVAS E A INTEGRIDADE DE DWORKIN

Deste caso em análise, nota-se que o STF não pôde se desvencilhar da carga valorativa dos princípios que são fundamentais na teoria de Dworkin. Desta forma, necessário investigar se a decisão que ensejou a constitucionalidade do artigo 384 da CLT obedeceu a critérios coerentes de maneira a atingir uma adequação do direito em sua aplicação na sociedade.

Retomando a verificação do caso concreto, em um cenário de adequação, é possível dizer que todas as posições, seja pela constitucionalidade ou não deste intervalo especial conferido às mulheres, não afrontaram a integridade apontada pela teoria dworkiana. Ou seja, a argumentação passaria no teste de pedigree.

Destarte, a decisão pairou em discussões sobre critério de justificação, que considera testes de conteúdo, cabendo a cada magistrado escolher as interpretações argumentativas que em seus conceitos caminham para a melhor solução do caso à luz do direito.

Interpretar o princípio da igualdade da forma mais coerente possível, sem que a decisão afete de modo ruim à sociedade como um todo, é o maior desafio do magistrado constitucional. O mesmo não pode se deixar levar por suspicácias exteriores e nem mesmo por uma contaminação da opinião pessoal.

Essa passagem é ainda mais importante no caso das magistradas, que como mulheres, não podem levar em consideração o simples fato de a norma estabelecer um direito específico a todas as mulheres trabalhadoras.

Neste caso, participaram da sessão a Ministra Rosa Weber e Ministra Cármen Lúcia, que na ocasião, presidiu o julgamento.

O voto da Ministra Rosa Weber merece destaque especial. Apesar de não ter sido a relatora do caso, a Ministra enfrentou o tema buscando a integridade, conciliando a sua decisão através da interpretação dada ao princípio da igualdade, de forma fundada em um direito preexistente.

De proêmio, a Ministra Rosa Weber levantou a seguinte questão sobre a argumentação de que a concessão do intervalo do artigo 384 da CLT iria prejudicar o ingresso da mulher ao mercado de trabalho no momento

da contratação, explanando que “parece-me que deixar de admitir uma mulher porque, em sendo mulher, terá quinze minutos de intervalo antes de começar a jornada de trabalho afrontará sim o direito fundamental. A não admissão irá afrontar.” (BRASIL, 2015, p. 31).

Feito isso, a Ministra pautou-se em razões de equidade quando observou a força gravitacional de decisões anteriores e similares da Corte. Citou como exemplo o julgamento da ADC 19 e da ADI 4424. (BRASIL, 2015, p. 44).

Inúmeros são os casos permissivos estejam eles previstos na Constituição, ou não, que se reconhece a possibilidade de distinções legislativas atinentes ao gênero. As discussões mais comuns são quanto à diferença de idade e tempo de contribuição para aposentadoria, o serviço militar obrigatório aos homens, maior tempo de licença maternidade, dentre outros.

Sem embargo, a tese que se seguiu e tomou conta do voto da Ministra Rosa Weber, reconhece as peculiaridades dos gêneros, enfrentando o princípio da igualdade em uma dimensão absoluta e sem precedentes.

Levando em consideração toda a carga histórica que envolveu a criação deste direito em questão, em sua esfera social, com a promoção do compêndio do que foi decidido pelo TST, em uma espécie de análise em cadeia, a Ministra Rosa Weber, que também teria participado da discussão na Corte trabalhista, respeitou o diálogo dos juízes com a história construtiva da decisão judicial.

E assim, dando continuidade ao “romance em cadeia” os Ministros que participaram da discussão, de um modo geral, escreveram de sua forma a continuação literária do que seria o processo.

Ao final, a intenção dos Ministros participantes, que votaram pela constitucionalidade do artigo 384 celetista, foi a de interpretar o princípio da igualdade de forma inversa, assim como havia sedimentado o TST, sendo que pelo próprio argumento da proibição do retrocesso social seriam os homens excluídos de um direito ao qual devem buscar equiparação e não simplesmente reduzir o que já foi conquistado ao longo do tempo pelas mulheres. (BRASIL, 2015).

Neste rumo, José Affonso Dallegrave Neto preceitua que:

Quando o constituinte assegurou em seu art. 5, I, que ‘homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição’, por óbvio que pretendeu conferir isonomia em todas as situações em que o tratamento desigual não se justifica. (DALLEGRAVE NETO, 2010, p. 293).

Em outra interpretação que foi realizada no julgamento do RE 658.312 sobre a intenção do constituinte de 1988, a Ministra Rosa Weber ressaltou que, originalmente, a ideia foi vedar desigualdades referentes à capacidade civil na qual a distinção de gênero sem justificativa seria proibida, pois à época, ainda em vigor o Código Civil de 1916, que era recheado de características patriarcais. (BRASIL, 2015).

Assim, ao final dos debates instaurados no plenário, por maioria de votos, os Ministros negaram provimento ao recurso extraordinário interposto pela empregadora, e entenderam pela recepção do artigo 384 da CLT à luz da Constituição Federal (CF), no sentido de que a criação de uma discriminação positiva em matéria trabalhista, desde que concentrada em argumentos plausíveis que justifiquem a diferenciação existente entre os gêneros, não afrontaria o princípio da igualdade insculpido no inciso I do artigo 5^a da CF. (BRASIL, 2015).

Logicamente essa discussão não se encerrou ali, pois novos atos processuais ainda teriam postergado seus efeitos, contudo, o que vale destacar deste caso paradigma é a sua importância para o direito laboral como um todo, dado que é um dos únicos que trouxe um debate tão rico em questões de diferenciação de gênero.

CONCLUSÕES

Pode-se extrair do presente estudo que a teoria da integridade ofertada por Dworkin confere ao julgador, em uma substancial alternativa às demais teorias, um caminho para a busca da melhor solução para o litígio.

Como dito alhures, não cabe ao magistrado esgotar todas as possibilidades do conhecimento, indo além de seus limites, até mesmo porque a figura do Juiz Hércules é apenas um ideal que serve de espelho aos magistrados do mundo mortal.

Revela-se, ainda, que é através do conceito de integridade que o julgador deve levar em consideração todo o panorama moral do ordenamento jurídico, tentando aplicar o direito livre de contaminações pessoais e de fatores políticos externos.

Provou-se, também, através de pesquisas modernas, que a realidade fática da condição da mulher no mercado de trabalho, ainda pressupõe uma grave distinção de oportunidades. As discriminações positivas mostraram-se, através do direito, como solução provisória, por parte do Estado, em prol de uma redução dos quadros de desigualdades.

Porém, os conflitos de interesses subjugarão a constitucionalidade e aplicabilidade desses direitos.

Apresentar e aplicar o direito da melhor maneira em uma sociedade plural e que apresenta várias formas de desigualdade continua sendo o maior desafio dos tribunais, como nos casos das decisões enfrentadas pelo TST e pelo STF.

Uma decisão colegiada que traga consequências jurídicas e práticas à sociedade, ainda mais quando diz respeito ao mercado de trabalho e suas diversas formas de inclusão e exclusão de grupos segregados, deve observar ainda mais os caminhos sugeridos por Dworkin para aplicação do direito como integridade, visto a sua relevância e preceito de afronta aos direitos e garantias fundamentais consolidados não somente na Constituição, mas também nas conquistas históricas e sociais de um povo.

REFERÊNCIAS

ANAMATRA. **1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 5.452 de 1º de maio de 1943**. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Brasília: Senado Federal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário**. Repercussão geral reconhecida. Direito do trabalho e constitucional. Recepção do art. 384 da consolidação das leis do trabalho pela Constituição Federal de 1988. Recurso Extraordinário n. 658.312. Recorrente: A. Angeloni e Cia Ltda. Recorrida: Rode Keila Tonete da Silva. Relator: Dias Toffoli. Brasília, 10 de fevereiro de 2015. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=1950017>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

COUTINHO, Aldacy Rachid. Relações de gênero no mercado de trabalho: Uma abordagem da discriminação positiva e inversa. **Revista da Faculdade de Direito UFPR**, Curitiba, v. 34, p. 13-34, dez. 2000.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. **Responsabilidade civil no direito do trabalho**. 4 ed. São Paulo: LTr, 2010.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

DWORKIN, Ronald. **O império do direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **Uma Questão de Princípio**. Trad. Luís Carlos Borges. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O conceito de direito**. 3. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1994.

OMMATI, José Emílio Medauar. A teoria jurídica de Ronald Dworkin: o direito como integridade. In: DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni. (Coord.). **Jurisdição e Hermenêutica Constitucional no Estado Democrático de Direito**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Las mujeres en el trabajo: Tendencias 2016**. Genebra, 2016. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_483214.pdf>. Acesso em: 08 ago. 2017.

POSNER, Richard A. **The problematic of moral and legal theory**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2002.

SCOTT, Joan Wallach. **A cidadã paradoxal: As feministas francesas e os direitos do homem**. Florianópolis: Mulheres, 2002.

O ESTADO BURGUEÊS COMO CONSTRUÇÃO ESTRUTURANTE DO ENCARCERAMENTO E GENOCÍDIO DO POVO PRETO NO BRASIL

THE BOURGEOIS STATE AS A FUNDAMENTAL CONSTRUCTION FOR THE MASS ENCARCERATION AND GENOCIDE OF BLACK PEOPLE IN BRAZIL

Caio Luís Prata *

Taylisi de Souza Corrêa Leite **

SUMÁRIO: Introdução; 1 A estrutura do direito e o surgimento do Estado; 2 A evolução dos mecanismos punitivos: A formação da dinâmica de estigmatização e a construção do cárcere contemporâneo; 3 Proletarização e desumanização do corpo preto; 4 Perseguição histórica do povo preto na legislação e na persecução penal; Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente trabalho busca realizar uma análise da evolução do poder punitivo estatal, considerando-o como meio disciplinante dos corpos marginalizados, criados por um sistema cuja essência manifesta-se na verificação de desigualdades sociais. Assim sendo, orienta-se a encontrar elementos suficientes para que o referido estudo seja feito com vistas à dinâmica racial brasileira. Tendo por referencial a criminologia crítica e o método científico do materialismo histórico-dialético, o trabalho vale-se de pesquisa histórico-documental para proporcionar uma leitura jurídico-sociológica das dinâmicas de poder, a fim de que se possa conceber como a estruturação dos preceitos fundantes da estrutura jurídica e, conseqüentemente, responsáveis por possibilitar a ereção do próprio ente estatal, servem, coadunados às ações omissivas e comissivas por parte do corpo social, à edificação da conjuntura que, atualmente, implanta-se no Brasil: a do encarceramento em massa e o genocídio do povo negro.

Palavras-chave: Direito Penal. Criminologia Crítica. Racismo Institucional.

ABSTRACT: *The dissertation analyses the evolution of the punitive power, considering it as a device to discipline the marginalized bodies, created by a system whose essence shows itself as the creation of concrete social differences. Therefore, have by it goals find elements to make possible build an analysis with a view to the brazilian's racial dynamics. Having by theoretical reference the critical criminology and the dialectical and historical materialism method, the dissertation, uses a historical and documental search to make a juridical and sociological reading of the power dynamics, in order to visualize how the construction of the most important concepts of the legal way to understand human relations, that are fundamental to the edification of the state itself, are, in line with the omissive or comissive actions of the brazilian State, able to explain the mass incarceration and the genocide of the black people.*

Keywords: *Criminal Law. Critical Criminology. Institutional Racism.*

* Bacharelado do 8º período de Direito pela Faculdade de Ensino São Luís de Jaboticabal, SP.

** Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie-SP, Mestre e Graduada em Direito pela Universidade Estadual Paulista, Unesp, Franca-SP, Especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito, Professora Substituta da Faculdade Nacional de Direito (FND) da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ).

Artigo recebido em 20/09/2017 e aceito em 17/10/2017.

Como citar: PRATA, Caio Luís; LEITE, Taylisi de Souza Corrêa. O Estado burgueês como construção estruturante do encarceramento e genocídio do povo preto no Brasil. *Revista de Estudos Jurídicos UNESP*, Franca, ano 22, n. 35, p. 295 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

INTRODUÇÃO

“Milianos, mau cheiro e desengano. Cada cassetete é um chicote para um tronco.” (CRIOLO, 2014).

Verifica-se, no Brasil, um fenômeno curioso que pode ser descrito como a junção de dois aspectos que se desenvolvem, concomitantemente, como faces da mesma moeda, quais sejam: um silencioso *apartheid*, que delega ao povo preto as imundas celas do sistema carcerário brasileiro, mas nega seu acesso aos espaços de poder (como as universidades); e um genocídio, que se avigora à medida que corpos pretos, retintos ou não, preenchem as frias mesas de ferro dos Institutos médicos legais do país.

Um simples vislumbre dos dados disponíveis torna inegável a atuação seletiva e racista dos órgãos de aplicação da lei penal, e, portanto, do próprio direito penal, tendo em vista que sua existência não se dá em abstração, mas sim, em concreto, pois suas premissas se revelam, justamente, em sua atuação fática. Faz-se referência, com esta assertiva, ao fato de o contingente aprisionado brasileiro ser composto, em 64% de sua totalidade, por pessoas negras (DEPEN, 2016, p. 32) ou, ainda, a que um jovem negro é morto a cada 23 minutos no país (BRASIL, 2016, p. 32). Revela-se, então, necessária uma investigação que busque compreender como se relaciona o surgimento do ramo jurídico que regula a aplicação do castigo e as excludentes dinâmicas raciais brasileiras.

Na construção do presente trabalho, lançando mão do materialismo histórico-dialético, busca-se compreender a relação entre a atividade penal, cuja dinâmica opressiva se informa pela raça, e as estruturas do Estado burguês, valendo-se do conceito “forma política”, de Alysso Leandro Mascaro (2016, p. 45). Mascaro permite visualizar que o Estado não é burguês, meramente, por ser a classe burguesa que o detém (enquanto aparato direcionador do poder), mas sim por se relacionar com o fenômeno da forma-mercadoria em níveis estruturais, possibilitando as condições da exploração no sentido que a conhecemos.

Compreender como se relaciona o surgimento do Estado contemporâneo, concebendo-o criticamente, com a opressão de raça, é essencial para se ter real dimensão acerca da forma como a última opera, estruturando-se pelas linhas da classe, e, até mesmo, de como as próprias classes se desenham no Brasil. Não há, nessa direção, meio de se visualizar satisfatoriamente os conceitos basilares do Estado, sem que se tenha como lente os estudos raciais:

[...] os conceitos de classe, Estado, imperialismo, ideologia e acumulação primitiva, superexploração, crise e tantos outros, ganham concretude histórica e inteligibilidade quando informados pelas determinações raciais. Nesse sentido, é importante dizer quão essencial o estudo das relações raciais é para a compreensão das especificidades de cada formação social capitalista, especialmente nos países da América, do Caribe, da África e da Ásia. [...] (ALMEIDA, 2016)

É evidente que a violência tem convivido cotidianamente com as pessoas da diáspora¹, desde que seus ancestrais foram raptados e trazidos ao Brasil. Prova de tanto é a diminuta expectativa de vida do grupo, quando comparado aos brancos, além do IDH que, quando medido com relação à população negra, apresenta demonstrativos bastante inferiores aos de seus pares brancos (PNUD, 2017, p. 14).

Conforme ensina o referendado professor Alysson L. Mascaro, em sua obra “Estado e forma política”, tais violências se constituem como narrativas políticas, distribuidoras e organizadoras do poder. Elas se consubstanciam em formas sociais específicas, que, em verdade, não meramente transpassam a forma política estatal, mas são, por elas, reconfiguradas. Ganham, assim, contornos muito próprios da atualidade, para que, então, encontrem seus reflexos no Estado (e consequentemente no dado jurídico):

A sorte das minorias, nas sociedades capitalistas, deve ser tida não apenas como replete, no mundo atual, das velhas operações de preconceito e identidade, mas como política estatal deliberada de instituição de relações estruturais e funcionais na dinâmica do capital. Por isso o capitalismo é machista, homofóbico, racista e discriminador dos deficientes e dos indesejáveis. O capital é historicamente concentrado nas mãos dos homens, cabendo à mulher o papel estrutural de guardadora do núcleo familiar responsável pelas mínimas condições de existência do trabalhador e de reprodução da

¹ O conceito de diáspora é utilizado, aqui, a fim de fazer referência aos descendentes da população negra africana, apartada violentamente de sua cultura matriz e precariamente inserida nos contextos econômico-políticos ocidentais, em razão do tráfico escravista. Faz-se, portanto, utilização do termo, a fim de designar o conjunto populacional que, sendo identificado, socialmente, enquanto descendente de negros africanos escravizados, é reinserido no contingente marginalizado, de modo a ensejar sua captura pelos aparelhos sociais conformadores da sociabilidade capitalista a fim perfazer a reconstrução de sua miséria, por meio da ressignificação da distorção social gerada pela violência primária perpetrada em face de seus ancestrais.

mão de obra. As relações de gênero são estruturadas pela dinâmica das classes e do capital. A homofobia é uma técnica de contenção, controle e direcionamento dos prazeres e de apoderamento relativo de grupos, alimentando ainda o patriarcado. A noção de raça superior está em conexão direta com a posse do capital ou com a depreciação do concorrente. A deficiência é considerada disfuncional e a feiura é indesejada no mercado que permeia os corpos. (MASCARO, 2016, p. 67)

As reflexões acerca dos limites da institucionalização das violências são, portanto, fundamentais para que se delineie uma compreensão do porquê aqueles que atuam em nome do Estado agem as corroborando e reproduzindo. Esta reflexão constrói-se, aqui, no sentido de que se possam criar estratégias de resistência, por meio da compreensão de um sistema que nos fagocita enquanto sujeitos. Para tanto, este trabalho começa pela explanação crítica acerca do surgimento do Estado e da estruturação do direito; passa pela evolução dos mecanismos punitivos, a formação da dinâmica de estigmatização e a construção do cárcere contemporâneo; para, então, discutir a proletarização e desumanização do corpo preto, e a perseguição histórica do povo preto na legislação e na persecução penal no Brasil. A adoção do materialismo histórico como método de análise das relações dialéticas que estruturam o Estado, o Direito e o racismo no Brasil é central no trato do presente objeto, bem como a compreensão da “forma política” e da “forma jurídica” enquanto espelhamentos da “forma mercadoria”, lastreando nossa abordagem nos escritos de Alysson Mascaro e Evguiéni Pachukanis.

1 A ESTRUTURAÇÃO DO DIREITO E O SURGIMENTO DO ESTADO

Para compreender as questões referentes à criminalização da negritude, em seus mais diversos aspectos, é necessário que, *a priori*, seja desnaturalizado o fenômeno jurídico, sendo compreendida a gênese do pensamento que o embasa, bem como sua real função. Desse modo, conforme recomenda Nilo Batista (2007, p. 17), evitar-se-á a formação do equivocado pensamento que destaca o processo pelo qual o Direito exsurge de seu contexto cultural, como se direito e economia fossem realidades divorciadas, ou, ainda, como se sua natureza fosse divina, de modo a traduzir um ideal de justiça.

Em vista disso, deve-se rememorar que o direito penal se caracteriza por ser funcional. Isto demarca que a existência de suas normas não se baseia na mera exaltação de paradigmas morais, e muito menos a fetichização de proposições metafísicas. Em verdade, existem para que sejam verificados efeitos reais nas relações cotidianas, o que o faz possuir um caráter eminentemente político.

Por conseguinte, compreender a sua estruturação torna possível entender as mudanças e efeitos que se pretendem provocar no corpo social, para que se possa indagar, então, o porquê de tais mudanças serem desejadas. Ensina Zaffaroni (2002, p. 386) (grifos nossos):

*[...] (a) cualquier concepto que se construya em función de objetivos político-criminales debe aspirar a que éstos se realicen em la realidad social. Representa una incoherencia metodológica pretender esa construcción negando datos de esa misma realidad. (b) La segunda contradicción es aun más básica, porque no hace a la aplicación del método sino al mismo de funcionalidade. **La funcionalidad política de los conceptos jurídico-penales no es um dato aleatório ni uma característica que se les proporciona a voluntad, pues los conceptos jurídicos siempre son funcionales, porque todos los cumplen um dato óntico de los conceptos jurídicos-penales. [...]***

Isto posto, autorizamo-nos a dizer que o direito penal apenas pode ser compreendido, em seu total desempenho, quando se realiza. Daí a importância de compreender as prisões. É através delas que nos é revelado, com maior evidência, o modo como a criminalização se vincula à estruturação do Estado burguês, em especial porque, embora sejam, em sua essência, uma velha instituição da humanidade, assumem diferentes nuances de acordo com as implementações das condições históricas de sociabilidade capitalista. A sociedade burguesa, na organização da vida em conjunto, delimita as funções do cárcere, assim como o faz com o próprio ente estatal, que só passa a existir com o advento do capitalismo (MASCARO, 2016, p. 14). Em razão de tanto, é preciso, antes de proceder a uma investigação crítica do Direito Penal, realizar uma análise das bases teóricas que legitimaram e fundamentaram a formação do Estado contemporâneo, em sua gênese, no período das revoluções burguesas, que inverteram a ordem social vigente à época.

A este respeito, observa-se, no período pós Idade Média, uma mudança pela qual o delinear da sustentação do Estado, embora não fosse mais

de fundo religioso, como nos séculos anteriores, permaneceu de igual inspiração metafísica, através do contratualismo. Já explorada por Hobbes, a proposta de enxergar a formação do ente soberano como consequência de um abstrato acordo coletivo era uma noção compromissada com a manutenção do absolutismo europeu. Dela, surgia a noção que apregoava a necessidade de um Estado forte, altamente controlador e que concentrava em si todos os poderes. Este verdadeiro Leviatã seria um mal necessário socialmente reconhecido, em algum momento, pelos cidadãos, para que fosse afastado o assim chamado “estado de natureza”, que poderia levar a sociedade a um estado de guerra de todos contra todos.

A classe burguesa, quando de sua tomada do poder, apesar de reagir violentamente aos desmandos reais, apropriou-se de tal teoria, promovendo uma espécie de releitura de seu conteúdo e moldando-a de forma a legitimar a instalação de suas bases econômicas, promovendo seu entalhe através do desenvolvimento da visão jurídica de mundo que, substituindo a antiga concepção divina, toma lugar como forma de explicar a realidade:

O dogma e o direito divino eram substituídos pelo direito humano, e a igreja pelo Estado. As relações econômicas e sociais, anteriormente representadas como criações do dogma e da Igreja, porque esta as sancionava, agora se representam fundadas no direito e criadas pelo Estado. Visto que o desenvolvimento pleno do intercâmbio de mercadorias em escala social – isto é, por meio da concessão e incentivos e créditos – engendra complicadas relações contratuais recíprocas e exige regras universalmente válidas, que só poderiam ser estabelecidas pela comunidade – normas jurídicas estabelecidas pelo Estado [...] (ENGELS, KAUTSKY, 2012, p. 19)

Tal processo serviu, gradativa e conseqüentemente, à generalização das concepções atomizadas de sujeito e para a solidificação do caráter impessoal do Estado, promovendo, assim, as relações mercantis, por meio das quais cada um se tornou “possuidor de mercadorias pela vontade do outro, e todos eles, pela vontade comum” (PACHUKANIS, 2017, p. 147).

Nesse ínterim, é necessário apontar que, quando da dinâmica acima narrada, as pessoas negras já passavam pela reificação que embasaria a sua exploração. A primeira embarcação com negros raptados chegou a Lagos, no sul de Portugal, ainda em agosto de 1444. É o que narra

Gomes Eanes Zurara (apud FERREIRA, 1993, p. 127), em “A crônica dos feitos da Guiné”:

[...] No outro dia, que eram VIII dias do mês de agosto, muito cedo pela manhã por razão da calma, começaram os mareantes de correger seus bateis e tirar aqueles cativos, para os levarem segundo lhes fora mandado; os quaes, postos juntamente naquele campo, era uma maravilhosa cousa de ver, que entre eles havia alguns de razoada brancura, fremosos e apostos; outros menos brancos, que queriam semelhar pardos; outros tão negros como etiopes, tão desafeiçoados assim nas caras como nos corpos, que quasi parecia, aos homens que os esguardavam, que viam as imagens do hemisfério mais baixo.[...]

Com isso, concebe-se que a característica mais básica e fundante da forma-política estatal contemporânea, a impessoalidade, necessária à reprodução da exploração capitalista, surge quando já havia grupos não dotados de humanidade aos olhos europeus (em maior ou menor nível de desumanização). Forma-se o Estado, desde logo, com base na exclusão de determinadas classes, consciências e vontades, estruturando-se já marcado pelo ferro em brasa do racismo.

Esta breve análise já é capaz de demonstrar que é rasa a leitura que propõe que a relação criada entre Estado e Capital é meramente imediata. Adequado é compreender o Estado como a mais densa forma política dos interesses de classe burgueses, resultante do conjunto de relações verificáveis na convivência dos indivíduos em determinado momento histórico. De fato, o que houve, no curso da história, não foi a ocupação de um espaço vazio e disforme pela classe ora dominante, mas, sim, a reestruturação de um dado social, em consonância com os movimentos políticos que edificavam a sociedade nascente àquela época. Mais uma vez, Mascaro (2016, p. 46) deixa claro que o fenômeno estatal possui profunda relação com as formas de exploração e acúmulo, cabendo demarcar, novamente, seu ensinamento:

[...] Capitalismo e Estado se relacionam no nível das formas e estruturas, não no nível da eventual contingência da captura do poder pela classe burguesa. O Estado é capitalista, não por causa das variadas classes que disputam ou possuem diretamente seu domínio. Também os Estados cujos governos são dominados por membros ou movimentos das classes trabalhadoras são necessariamente capitalistas. Havendo a necessidade de intermediar continuamente

a relação de exploração da força de trabalho, por modo assalariado, regulando-a, bem como aos processos contínuos de valorização do capital, o Estado mantém a dinâmica capitalista ainda quando seus dirigentes declaram oposição às classes burguesas. A forma estatal faz com que as ações políticas sejam necessariamente configuradas com base na forma da reprodução contínua do valor. [...]

Em tal seara, convém aprofundar, no limite do espaço disponível, a exposição da natureza burguesa do direito, à medida que este se encontra configurado como forma particular da sociabilidade capitalista, desenvolvendo-se a partir das relações de troca e exploração, e se realizando, em sua plenitude, apenas nesse tipo de sociedade (PACHUKANIS, 2017, p. 45).

Os conceitos mais básicos do Direito, tais quais o de sujeito de direito e de igualdade, mantém relação factual de derivação com a forma mercantil, à medida que dela nascem, existindo para que a esta possam garantir. Tais conceitos se impõem na concretude social para serem, só depois, absorvidos pelo poder do Estado, demonstrando um desenvolvimento complexo das formas-sociais típicas do capitalismo, que as une.

A ligação íntima entre a forma-jurídica e a forma-política estatal se dá não porque a primeira é determinada pela última (como propõem os positivistas), mas sim porque ambas derivam das mesmas relações mercantis. Dessa maneira, a forma-política estatal só pode se estabelecer plenamente quando se generalizam as condições de subjetividade jurídica de modo a, conseqüentemente, realizar-se uma junção técnica dos preceitos jurídicos ao aparato estatal. Tal movimento de conformação faz com que ambos os fenômenos (Estado e Direito) se moldem um ao outro, mas nunca avancem por sobre o núcleo que os constituiu, o que levaria à sua mútua destruição:

A imbricação recíproca entre forma política estatal e forma jurídica faz com que, no nível de sua operacionalização e de seu funcionamento, ambas sejam agrupadas. É a técnica jurídica que cimenta tal aproximação. No campo das técnicas – não das formas – o direito e o Estado estabelecem as maiores pontes entre si. A forma jurídica, que resulta estruturalmente de relação social específica da circulação mercantil, passa a ser talhada, nos seus contornos, mediante técnicas normativas estatais. Ao mesmo tempo, o Estado, sendo forma política apartada da miríade dos indivíduos em antagonismo social e tendo aí sua existência estrutural, se

reconhecerá, imediatamente, a partir do talhe das estipulações jurídicas. [...] (MASCARO, 2016, p. 48)

Surge, portanto, o Estado, como agora se verifica, comportando, em sua estrutura, o substrato necessário ao pleno desenvolvimento do capital e da burguesia. Neste contexto, poder-se-á contemplar o fenômeno jurídico como responsável por exercer o papel de ruptura com as formas antes vistas de vinculação entre os sujeitos (entre as quais figurava a força). Este as substitui pelo sujeito de direito, “livre” para dispor de sua força de trabalho. Ao envolver a relação de trabalho nesta legitimidade teórica, posicionando cada indivíduo como “igual”, por meio dos instrumentos contratuais, dos quais o Estado será garantidor, o direito assegura a exploração capitalista.

Assim, o direito exerce papel fundamental à criação de condições nas quais sejam verificadas as dinâmicas capitalistas geradoras de desigualdade. Isto não apenas na atuação legal direta, mas, também, em seus conceitos mais básicos e gerais. Sua incumbência é atuar como mecanismo garantidor e perpetuador do sistema opressivo, não se escusando o direito penal de tal premissa, mas tendo, inclusive, papel central para tanto.

2 A EVOLUÇÃO DOS MECANISMOS PUNITIVOS: A FORMAÇÃO DA DINÂMICA DE ESTIGMATIZAÇÃO E A CONSTRUÇÃO DO CÁRCERE CONTEMPORÂNEO.

O direito é, portanto, *lato sensu*, meio de intervenção do Estado na vida dos particulares (e, por isso, forma de sociabilidade do capital). De uma maneira ou de outra, operando-se por seus objetivos, além de modelar condutas, também pratica a manutenção do *status quo*. Em recorte mais específico, o direito penal representa a mais incisiva forma de atuação estatal na sociedade, sendo, inclusive, considerado subsidiário, por dever ter sua aplicação precedida pelos outros ramos jurídicos. Refletir sobre a constante interferência de tal ramo na vida dos marginalizados, em consonância ao conceito de forma política, ajuda a pensar a quais grupos de pessoas é direcionada a pena, a fim de modelar suas condutas, e o porquê.

A história das formas de punir está repleta de marcos que caracterizam determinados períodos sociais e explicitam os interesses materiais que, por sua vez, manifestar-se-ão como penas. Como bem expressa Pachukanis (2017, p. 172), todo sistema punitivo “traz impresso em si os interesses de classe daquela classe que o realizou”. Por isso, é

interessante um breve resgate histórico e crítico, que demonstre, em seu conteúdo, a evolução do sentido que anima a pena até os dias atuais, tratando, para orientar a análise, das prisões, cuja importância já foi mencionada.

No que diz respeito a estas, embora sejam verificadas novidades expressivas no modo como atuam na contemporaneidade, as prisões possuem uma existência que se alonga na história – verificando-se antes das leis penais e da sistemática que rege sua lógica aplicacional, submeteram-se a diversas mudanças de paradigma que, de acordo com as mudanças sociais, reestabeleceram as concepções de “castigo” e, até mesmo, de “prisão”, acrescentando nuances aos objetivos que esses mecanismos sempre pretenderam alcançar. O passado, ao ser estudado, revela-nos que a forma punitiva, como figura abstrata, é modulável em sua concretização, de acordo com os fins os quais a impulsionam. Pôde-se ligar à vingança privada, e, depois, transformou-se em meio de renda para o poder soberano. Incrementada, mais tarde, como forma de controle social, tendo sua atuação naturalizada por preceitos divinos, sob a influência clerical, assumiu a forma de abomináveis suplícios (PACHUKANIS, 2016, p. 170).

Neste último momento, a intensidade do sofrimento, tal qual a natureza da tortura, era estabelecida de acordo com a gravidade (reprovabilidade) do crime cometido. A eficácia da pena era determinada por sua intensidade visível, para que se encontrasse um castigo condizente ao delito, que tornasse sua prática não atrativa. Percebe-se que a pena privativa de liberdade não existia enquanto pena principal, mas sim como meio de custódia que visava, tanto a evitar que o acusado fugisse, quanto a facilitar a produção de provas (o que reforça a sua inaplicabilidade plena fora do sistema capitalista como em breve se verá).

É possível a atribuição da derrocada de tais métodos punitivos a dois fenômenos e, definitivamente mais a um que a outro: (a) em um plano superficial, a sociedade da época passou a enxergar com maus olhos as práticas grotescas dos suplícios, concebendo-os como bárbaros. Contudo, no ponto que realmente movimenta as estruturas da sanção, (b) os interesses de produção e manutenção de todo um aparato econômico determinaram a morte do espetáculo de violência, tardiamente, no século XIX. A partir daí, a punição passou a ter aspecto menos teatral e mais obducto na forma de gerir a retribuição ao ato delitivo.

A partir da ascensão da burguesia e da implementação de todas as suas condições de existência, espalha-se a conversão de todo o trabalho em trabalho abstrato (aquele que se mede pelo dispêndio de tempo). Para que

isto possa ocorrer, sendo trocadas as mercadorias originadas de trabalhos de naturezas distintas, amplifica-se a necessidade da equivalência. Trata-se de condição primária à realização da troca-mercantil. É a partir de então que se fixa, como pena, a privação de liberdade, qualificada enquanto meio de abstração do tempo (elemento essencial para a produção de valor na mercadoria). No capitalismo, a prisão é a mais adequada forma de se gerir a retribuição penal, uma vez que eleva a outro nível, simbólico, a relação de equivalência. Esta será a régua pela qual se medirá a sanção em dias, meses e anos. Nesse sentido, acentua o professor Márcio Bilharino Naves (2008, p. 60):

[...] a diferença entre o direito pré-burguês e o direito burguês reside em que só neste se consagra a ideia de que a pena possa estar relacionada com a privação de certa quantidade de tempo. Ora, só em uma sociedade na qual o trabalho humano medido pelo tempo é a forma social dominante, onde, portanto, domina o trabalho abstrato é que esta ideia pode triunfar.

Apresenta-se, portanto, a relação entre a violação do direito e pena, sob a forma de um contrato, que se realiza depois da prática arbitrária de algum ato por uma das partes e sem a qual perde seu sentido (PACHUKANIS, 2017, p. 167). Ademais, as ações, no rito processual, sendo abstraídas de sua significação cotidiana, apartam-se da realidade, sendo inseridas em uma forma alternativa da mesma, onde ninguém mais age como indivíduo, mas sujeito de direito. Compõem-se, assim, as partes, exigindo uma delas, de um lado, a aplicação de uma pena dura, enquanto a outra busca sua diminuição. Entre ambas, uma força terceira decide o que é “justo”.

Neste paralelo contratual, também são honrados os deveres de informação e clareza, dignos de todo instrumento. Em razão disso, motiva-se a elaboração do princípio da legalidade, que coroa a possibilidade de cominação de pena apenas aos fatos previstos em lei anterior à prática da conduta. Assim, é dada à “parte” a possibilidade de analisar e perceber quais serão as condições do “contrato” criminal, que incluem seu dispêndio na troca feita (prática delitiva - privação do tempo). Aqui se inserem os Códigos e a necessidade de sua existência.

Toda essa reestruturação penal faz com que se altere o meio pelo qual se controlam os corpos. A punição deixa de ser baseada na violência, passando a dirigir-se aos desdobramentos sociais do indivíduo. Desse

modo, não é mais composta pela dor física, mas sim por uma supressão do tempo, dos direitos e das prerrogativas constituintes da humanidade do sujeito, dentro do sistema burguês (tal qual a liberdade ou a propriedade). Há, por conseguinte, notada alteração no ânimo da sanção, que passa de mecanismo utilizado para institucionalizar um desejo latente de vingança (individual ou coletivo), a um meio de estigmatização que sutaliza as formas de sofrer, sem causar a morte do corpo físico, mas provocando uma espécie de “morte civil”, tão vil quanto a primeira, mas “civilizadamente” postulada como menos cruel (DAVIS, 2009, p. 44).

A partir daí, as instituições de aplicação da lei penal que surgiram se estruturaram no sentido de possibilitar que as premissas ditas fossem verificadas. Concomitantemente, ocorrerá a transformação do sistema produtivo, atrelado ao fortalecimento da indústria, fazendo com que os corpos se tornem altamente aproveitáveis, convertendo-os em meios de lucro e instrumentos de produção. No capitalismo, a pena de morte ou mutilação passa a ser indesejável, pois macula os corpos dos trabalhadores em sua capacidade performática e, conseqüentemente, lucrativa. As instituições carcerárias se estabelecem, por consequência, como mecanismos de docilização e disciplina dos corpos, assumindo a função de alinhamento comportamental da massa proletária, o que se torna ainda mais palpável com a inserção do trabalho e do controle do tempo nas rotinas dos apenados, fazendo com que as prisões assumam um modelo de fábrica (NAVES, 2008, p. 60). No Brasil, tal fenômeno pôde também ser verificado, conforme se lê, por intermédio de Jhonata Goullart Serafim e Jeferson Luiz de Azeredo, nas postulações de Alvarez, Salla e Souza (2009, v. 6), a respeito do primeiro Código Penal da República, de 1890:

As pesquisas que enfatizam o Código de 1890 enquanto instrumento de construção de uma ideologia burguesa do trabalho, detêm-se principalmente nos dispositivos situados no Livro III, acerca das contravenções penais, referentes aos mendigos, ébrios, vadios e capoeiras. Estes artigos mostram, sem dúvidas, a intenção da autoridade republicana de inibir a ociosidade e obrigar as classes populares ao trabalho.

Ora, sendo o Estado a forma política do capitalismo, é evidente que compreende, para sua materialização, uma série de instituições políticas outras (sejam governamentais, administrativas, ou compreendidas em sentido mais amplo) que se engendram e se espraíam para todo o corpo social, algumas delas neste se acoplando enquanto aparelhos (MASCARO,

2016, p. 38). O ente estatal aglutina, em seu entorno, instituições terceiras, a fim de realizar, por diversos âmbitos, a generalização da sociabilidade capitalista. Aí se encontram as instituições penitenciárias que, valendo-se de seu caráter repressivo, são utilizadas pela perspectiva organizacional e distributiva capitalista, realizando o papel repressor do direito penal na luta de classes (MASCARO, 2016, p. 65):

Os instrumentos típicos de repressão possibilitam ao Estado o controle do transbordo da lutados indivíduos, grupos e classes do plano da forma jurídica para a luta aberta de classes, evitando, por meio da violência, tal passagem. A dinâmica de classes perpassa estruturalmente a ação estatal, ainda que esta, formalmente, não a reconheça ou busque embaralhá-la nos entremeios do privilégio à ação individual.

Embora remanesça, no direito penal, um aspecto indubitavelmente ideológico, este não pode ser restringido ao seu aspecto abstrato, já que seus efeitos se verificam, materialmente, no cotidiano dos cidadãos como “arma imediata na luta de classes” (PACHUKANIS, 2017, p. 174). Integrando-se à superestrutura jurídica do capitalismo, ao acompanhar seu desenvolvimento, o advento do capitalismo financeiro, o incremento populacional, e o fortalecimento das práticas especulativas, as prisões assumem nuances do capital nas suas estruturas e nos seus objetivos fundantes, estabelecendo-se, finalmente, como *containers* dos indesejáveis pela sociedade de consumo.

Reforça-se, contudo, que as penas não abandonam sua essencial função, pois continuam a servir à desumanização e precarização dos corpos, integrando a dicotomia classista nos termos já apresentados. É promovida a estigmatização de pessoas já marginalizadas, constituindo outro tipo de mão-de-obra, que irá se submeter às mais vis condições de trabalho, maximizando a mais-valia. Trata-se de um grande ciclo, pelo qual se submetem determinados grupos à situação de vulnerabilidade, de modo a inseri-los na criminalidade para, depois, puni-los, e, através da pena, reinseri-los na dinâmica da exploração, sem nunca alterar a causa da existência dos crimes:

Na ausência de qualquer rede de proteção social, é certo que a juventude dos bairros populares esmagados pelo peso do desemprego e do subemprego crônicos continuará a buscar no ‘capitalismo de pilhagem’ da rua (como diria Max Weber) os meios de sobreviver e realizar os valores do código de honra masculino, já que não conseguem escapar da miséria

no cotidiano. O crescimento espetacular da repressão policial nesses últimos anos permaneceu sem efeito, pois a repressão não tem influência alguma sobre os motores dessa criminalidade que visa criar uma economia pela predação ali onde a economia oficial não existe ou não existe mais (WACQUANT, 2001, p. 05)

Angela Davis explica muito bem tal fato em sua obra “A democracia da abolição: para além do império, das prisões e da tortura”, dizendo:

[...] a prisão é vista como uma solução punitiva para uma gama completa de problemas sociais que não estão sendo tratados pelas instituições que deveriam ajudar as pessoas na conquista de vidas mais satisfatórias. [...] em vez de construírem moradias, jogam os sem-teto na cadeia. Em vez de desenvolverem o sistema educacional, jogam os analfabetos na cadeia. [...] Livre-se de todos eles. Remova essas populações dispensáveis da sociedade. Seguindo essa lógica, as prisões tornam-se uma maneira de dar sumiço nas pessoas com a falsa esperança de dar sumiço nos problemas sociais que elas representam. (DAVIS, 2009, p. 47-48).

À medida que avança o capital, engendrando suas contradições, as prisões também passam a ser legitimadas pelo discurso que lhes cede um status de mecanismo de transformação social. Isto acaba por semear, no inconsciente social, uma sede punitivista, que só reconhece como solução das mazelas sociais a aplicação da pena. Vil engano: a sanção, nos meandros da forma política, só serve a ensejar as mesmas mazelas que justificaram sua incidência. Conforme aponta Lóic Wacquant (2001, p. 04), fortalece-se a tendência do Estado neoliberal em fetichizar o Estado policial, aumentando seu poder, enquanto repudia e busca reprimir outras manifestações que se constituam como alternativas.

3 A PROLETARIZAÇÃO E DESUMANIZAÇÃO DO CORPO PRETO.

É evidente que pessoas negras passaram, no Brasil e no mundo, por um intenso processo de reificação. Neste, buscou-se estabelecer, por diversas frentes (científica, filosófica e, também, econômica), as razões de sua submissão. Para tanto, atribuíram à sua identidade as mais diversas e negativas características, em verdade, forjando-as em seu desfavor. Por uma perspectiva teórica e filosófica, a desumanização da pessoa negra pode ser vista a partir do processo de exaltação da racionalidade no

contexto europeu. Este, sendo iniciado com a reação ao teocentrismo que lhe precedera, deu cabo ao pensamento teocêntrico que, acompanhado do cientificismo, desembocou na valorização dos dotes racionais em geral.

Em sequência, o fortalecimento do positivismo, aliado ao “Humanismo” iluminista, levou à clara hierarquização dos saberes, com a supervalorização dos conhecimentos técnico-científicos. Tudo isso, aliado ao maniqueísmo típico da tradição ocidental, criou a noção de que o progresso é fato resultante dos saberes da ciência e dos conhecimentos do método. Como resultado, a racionalidade firma-se como expressão do mais refinado aspecto humano, capaz de lhe promover a emancipação.

Não por coincidência, fez-se atribuir tais características, positivas e valorizantes, à branquitude, que se fixou, desde então, como expressão da natureza humana e como encarnação da racionalidade. As características inversas a isso tudo foram delegadas ao povo preto. A emoção, a irracionalidade, a hipersexualidade e tantos outros atributos construirão a identidade preta, através de um discurso pseudocientífico cujo refinamento epistemológico nas bases racionais da contemporaneidade o torna ainda mais perverso. Assim demonstra Deivison M. Faustino, em sua tese de Doutorado “Por que Fanon, por que agora?": Frantz Fanon e os Fanonismos no Brasil” (2015, p. 68):

[...] o corpo, segundo consta na percepção ocidental, deve ser dominado pela razão. É a razão que expressa a humanidade e não o corpo, em seus instintos denunciadores de nossa dimensão natural/animal. Em uma perspectiva humanista, é a razão que permite expressar a liberdade e a autodeterminação humana na medida em que o Homem toma a natureza – incluindo o seu corpo - como objeto de sua realização. A Razão é própria do humano e a natureza, o meio pelo qual o sujeito se realiza. Porém, o sujeito universal é branco, e o negro, mero corpo animalizado, é apenas a condição de sua satisfação. Diante da situação colonial, o branco é apresentado como expressão universal do ser humano, e o negro, quando se lhes apresentam, é especificamente corpo: o branco é universal e o negro é específico; o branco é sujeito, o negro, objeto; o branco é razão, o negro, emoção; o branco é ciência, tecnologia, filosofia, o negro, simplesmente corpo.

Sobremodo, o que Frantz Fanon busca demonstrar é que a figura do negro, como a conhecemos, é fruto das relações de colonização, sendo forjada para legitimar sua subjugação. Para isto, foram-lhe atribuídos os dados que a cultura ocidental convencionou por não humanos.

Desta maneira, o negro é apartado do branco, sendo identificado com a bestialização, que se reforça nas relações cotidianas, nas quais o subconsciente social se desnuda, revelando seu real desenho:

O branco está convencido de que o negro é um animal; se não for o comprimento do pênis, é a potência sexual que o impressiona. Ele tem necessidade de se defender deste “diferente”, isto é, de caracterizar o Outro. O Outro será o suporte de suas preocupações e de seus desejos. (FANON, 2008, p. 147).

A partir de então, tais princípios serão “exportados” ao resto do Ocidente. Para tanto, as dinâmicas globais de exploração, contidas em práticas imperialistas, desempenharão papel essencial:

[...] O discurso nacionalista Inglês e Francês é um discurso universalista, ou seja: nosso modo de ser, nosso modo de vida, nossa organização, nossa cultura é uma cultura que tem caráter universal. Portanto, passo a medir o mundo com a régua do que eles chamam de universalismo. Nós temos, inclusive, que chegar em outros lugares do mundo para civilizá-los. [...] Essa ideia da difusão dos padrões nacionais são o começo de uma ideologia da branquitude, pela qual o ser branco, o ser homem, passa a ser um padrão universal. (ALMEIDA, 2016)

Contudo, como dito, além das implicações de caráter filosófico, devem ser memorados os esforços das ciências biológicas, que se dedicaram ativamente a comprovar a relação entre a população preta, a involução e a criminalidade. Para tanto, buscou promover o reconhecimento de fatores orgânicos como ensejadores da prática delitiva. Luciano Goés (2015) demonstra o processo pelo qual se dá a estigmatização científica do povo negro, avivando Cesare Lombroso como um dos expoentes na construção da imagem de criminoso nato, pela qual se associou, definitivamente, o crime aos traços biológicos do criminoso. Lombroso, partindo da proposta evolutiva de Darwin, relacionava a propensão à prática de delitos com o nível de evolução biológica do indivíduo. Neste diapasão, acabou por atribuir aos povos negros (e às populações tradicionais) a pecha de primitivos, assinalando-os como os mais inclinados à violência, à medida que os considerava como mais próximos, dentre todos os povos, dos ancestrais primitivos:

[...] quando se compara os maiores macacos e a raça humana melânica, a falta de capacidade craniana, na cor da

pele, na construção da laringe, rosto, pelve, órgãos genitais e membros, uns são verdadeiras ligações entre os brancos e os animais antropóides, e com poucos vestígios que restam do homem pré-histórico, podemos citar grande analogia humana com o hemisfério sul e com o negro, o que força a suspeita que o homem primitivo deva ser semelhante a este último. (LOMBROSO, 2012, p. 96, apud GOÉS, 2015)

No Brasil, Raimundo Nina Rodrigues, responsável pela publicação, em 1894, da obra “Raças Humanas e responsabilidade penal no Brasil”, pode ser indicado como um dos mais proeminentes colaboradores de tais proposições, que apontavam, indiscriminadamente, a pessoa negra como sendo portadora de uma essência selvagem que a levaria à prática criminosa. Todos os pontos narrados serviram, muito bem, à construção da imagem negativa da negritude, ensejando, inclusive, práticas eugenistas (GOÉS, 2015). Estas últimas se desenvolveram tanto por meio da busca do apagamento da cultura preta, criminalizando-a, quanto através do incentivo à vinda de imigrantes europeus ao território nacional.

O artigo segundo, do Decreto-lei n. 7.967 (BRASIL, 1945), indicava a imperativa necessidade de que fossem prezadas as características europeias da população, com o claro intuito de promover o embranquecimento do país. É como propôs Thomas E. Skidmore (apud GOÉS, 2015):

A miscigenação roubou o elemento negro de sua importância numérica, diluindo-o na população branca. [...] Como nos asseguram os etnógrafos, e como pode ser confirmado à primeira vista, a mistura de raças é facilitada pela prevalência do elemento superior. Por isso mesmo, mais cedo ou mais tarde, ela vai eliminar a raça negra daqui. É óbvio que isso já começa a ocorrer. Quando a imigração, que julgo ser a primeira necessidade do Brasil, aumentar, irá, pela inevitável mistura, acelerar o processo de seleção.

O que é interessante notar é que a inumanidade negra, legitimada filosófica e cientificamente, cria reflexos concretos, não se reservando a uma espécie de abstração sobre superioridade racial, sem pés na realidade. Em verdade, a concretude de suas proposições se dá, principalmente, no âmbito econômico, em especial na divisão social do trabalho, o que acarretará uma série de implicações. Nessa toada, cabe situar o objeto, tratando, brevemente, a forma pela qual o capitalismo e, consequentemente, o Estado capitalista e o direito, estruturaram-se no Brasil. Tal processo pode nos revelar a paulatina adequação das distorções

racistas, solidificadas pelo escravismo durante seus quase quatro séculos de vigência, ao novo modelo econômico.

Clóvis Moura (2014, p. 35) explica que o sistema escravista pode ser compreendido através de sua divisão em dois grandes períodos: o escravismo pleno e o escravismo tardio. O primeiro caracterizava-se pelo movimento crescente da produção econômica, através da constante reposição da mão-de-obra escrava, cujo tráfico não encontrava óbices legais ou institucionais, sendo amplamente incentivado pela metrópole.

Àquela época, o escravismo representava o único modo de produção adequado, concomitantemente, a satisfazer as necessidades de Portugal, que se dedicava à acumulação do capital, e, ainda assim, manter a coesão social interna. Rememora-se que o sistema em questão era profundamente dispendioso: a compra e manutenção dos negros escravizados exigia a aplicação de quase todo o lucro aqui escusado pelos senhores. Não bastando, ainda tinham que manter uma parcela improdutivo (no sentido econômico) de cativos, utilizados, até mesmo, para demonstração de seu prestígio:

O modo escravista de produção que se instalou no Brasil era uma unidade econômica que somente poderia sobreviver *com e para* o mercado mundial, mas, por outro lado, esse mercado somente poderia dinamizar seu papel de comprador e acumulador de capitais se aqui existisse, como condição indispensável, o modo de produção escravista. (MOURA, 2014, p. 66)

Em que pese ser neste período de bonança que se estabelecem os comportamentos fundamentais das classes senhorial e cativa, em torno das quais gira toda a sociedade da época, é no seu decréscimo que se encontram os elementos centrais a esta análise. Apenas em 1850, com a lei Eusébio de Queiroz, é marcado, definitivamente, o declínio do escravismo, com o estrangulamento da reposição do substrato principal de sua consecução: a mão-de-obra escrava. Contudo, a sua substituição pelo trabalho-livre já se impunha como inevitável desde muito antes, por uma série de fatores. É possível citar, como exemplos destes, a modernização cultural, social e tecnológica que se desenvolvia na sociedade brasileira, em contradição com sua infraestrutura econômica, ainda arcaica.

Isto servia à maximização das tensões no tecido político, já marcado por instabilidades, pois a abertura dos portos em 1808, com a consequente aplicação massiva de capital inglês nos campos de dinamização da economia nacional, fez com que se desenvolvessem inúmeras relações

típicas de uma sociedade capitalista, enquanto a base produtiva ainda era o escravismo. Deste quadro, surgem condições desagregadoras do conjunto político do sistema produtivo escravista, como o estabelecimento da Tarifa Alves Branco que, portando natureza alfandegária e protecionista,

Procurava resguardar aquelas forças internas que tinham necessidade da criação de um proletariado interno *livre*, o qual estava sendo composto basicamente pelo imigrante. O negro escravo via, assim, antecipadamente barradas as possibilidades de – ao sair das senzalas – encontrar espaço para a sua integração na nova ordem econômica cujas premissas estavam sendo dinamizadas. (MOURA, 2014, p. 104)

É, contudo, na “Lei da terra” (BRASIL, 1850), que encontramos o mais histórico exemplo de como a construção do capitalismo tupiniquim buscou, nos rasgos fundamentais do escravismo, o molde para o desenvolvimento de sua forma. Preocupada em promover uma transição à iminente implementação de trabalho livre sem rupturas violentas, com a garantia da manutenção de seus privilégios, a classe senhorial desenvolveu estratégias políticas que mantivessem, em suas mãos, o principal signo de seu poder: a propriedade fundiária. Através da lei n. 601 de 1850, conhecida por “Lei da terra”, o Estado ficou proibido de dispor de suas terras mediante doação. Deveria, a partir de então, oferecê-las no mercado, entregando-as a quem pudesse pagá-las. Não bastasse, a peça normativa apresentava, em seu artigo 18, o seguinte:

O Governo fica autorizado a mandar vir anualmente á custa do Thesouro certo numero de colonos livres para serem empregados, pelo tempo que for marcado, em estabelecimentos agricolas, ou nos trabalhos dirigidos pela Administração publica, ou na formação de colonias nos logares em que estas mais convierem; tomando antecipadamente as medidas necessarias para que taes colonos achem emprego logo que desembarcarem. (BRASIL, 1850). (sic).

Com isso, fulminava-se qualquer proposta abolicionista radicalmente democratizadora, uma vez se impedia que os cativos exigissem a doação de terras como indenização pelos serviços. Por outro lado, também, efetivava-se a posse da grande propriedade pela classe dominante, eliminando, por completo, a possibilidade de integração do negro no mercado, uma vez que a própria lei serviria à criação de um fundo de custeio da importação de europeus (MOURA, 2014, p. 111).

A formação de nosso capitalismo de dependência marca-se, assim, por um complexo projeto que buscava evitar a reformulação dos quadros sociais de poder. Com isso, perpetra-se a proletarização do negro que, embora não mais reduzido à condição de coisa, era excluído do mercado, através de um labor ideológico que o pintava como incapaz de ser trabalhador livre, desvalorizando-o diante do colono.

Durante todo este processo, vemos a atuação do direito penal, como bem expõe Winnie Bueno:

Os contornos históricos e sociológicos da construção da imagem do elemento suspeito a partir dos corpos negros são decisivos nas abordagens policiais, é a partir desse ideário que consubstancia um discurso ideológico que paira sobre a sociedade brasileira e que justifica as violências que são destinadas à negritude. A maneira com que o capitalismo se estabelece no Brasil também apresenta relação direta com a tendência criminalizadora dos corpos negros. A manutenção de um sistema de controle que possibilita a permanência de um eterno exército de reserva de mão de obra absolutamente barata e precarizada, que pode a qualquer momento ocupar postos de trabalho sob condições inócuas, ausente de qualquer direito.

Com isto, embora destinado, inicialmente, a conter as rebeliões negras que ocorriam no interior do sistema econômico predecessor, e ao controle direto da força produtiva negra, o direito penal passa a ser modulado pela nova realidade econômica. Por isso, passa pela gradativa adequação dos institutos do escravismo ao capitalismo nascente, de modo que o ramo jurídico sancionador se submete a mudanças em seu *modus operandi*, a fim de prover a manutenção da precarização da classe negra trabalhadora, à época, embrionária. Antes, as instituições atuavam por meio de racismo explícito na norma legal, mas depois, com a necessidade de estender a igualdade formal à população em sua totalidade, passaram a se valer do modo racional pelo qual se exerce o poder punitivo nas agências de criminalização secundária.

4 PERSEGUIÇÃO HISTÓRICA DO POVO PRETO NA LEGISLAÇÃO E NA PERSECUÇÃO PENAL

O processo de verificação da lei penal pode ser compreendido como abarcando duas distintas fases (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 43). A

fase de criminalização primária determina os bens mais relevantes e valora quais agressões serão tidas por mais graves, orientando o legislador por uma lente sócio-política, uma vez que o Estado se vale de tal criminalização (e de um juízo axiológico), pois está “[...] protegendo relações sociais (ou “interesses”, ou “estados sociais”, ou “valores”) escolhidos pela classe dominante, ainda que aparentem certa universalidade, e contribuindo para a reprodução dessas relações” (BATISTA, 2005, p.116). A fase da criminalização secundária, por seu turno, é consubstanciada na realização fática daquilo que está abstratamente previsto na lei penal. É quando o Estado, concretamente, faz com que incida sua força repressiva sobre algum grupo ou indivíduo.

Contudo, as instituições responsáveis pelo exercício desta repressão não se valem de aleatoriedade para decidir quem será, ou não, criminalizado. Em verdade, utilizam critérios de classe, e, concomitantemente, de raça, dada a função que exercem os aparatos repressores na forma política da sociedade do capital. Nas mãos do Estado burguês, que já nasce informado pelas dinâmicas que costuram todo o tecido político-social, a criminalização e a pena possuem papéis nitidamente estruturais, pois “A seleção criminalizante secundária, conforme ao estereótipo, condiciona todo o funcionamento das agências do sistema penal, de tal modo que o mesmo se torna inoperante para qualquer outra clientela [...]” (ZAFFARONI et. al., 2003, p. 46-47).

A criminalização da negritude está, portanto, atrelada à própria forma como se constrói e atua o direito penal. Isto porque este, à medida que não cumpre seu dever realizar a legalidade processual (ZAFFARONI, 1991, p.21), revela não ter condições de cumprir todas as hipóteses de incidência que determina para si, atuando em um ínfimo número de ocorrências, escolhidas de acordo com a função social que lhe é precípua. Formam-se, por entre seus pilares, bolhas de arbítrio, que lhe permitem exercer sua vocação de controle e vinculação da massa expropriada dos meios de produção.

Neste aspecto, faz-se necessária a disposição de uma leitura racial da composição da massa proletária, dada toda a relação íntima entre a negritude e a formação do contingente despossuído. Sendo o proletariado majoritariamente preto, devido às questões sócio-históricas que ganharam especificidade no capitalismo, há, por consequência, uma desigualdade social que lhes minimiza as condições de acesso ao básico da dignidade. Na

contramão, porém, são maximizadas as situações que lhe fazem confrontar as práticas criminosas.

Contudo, o reconhecimento disto não é, aqui, consignado para apregoar um paradigma etiológico-individual da criminalidade. Serve, sim, à determinação do processo de criminalização: como o aparato estatal está orientado para exercer a punição como forma de controle da pobreza, obviamente, o fato de a maioria dos pobres ser preta reflete-se na composição da população carcerária nacional, de maioria negra (DEPEN, 2014, p. 36).

Já na falsa libertação, com a abolição formal, o modo como atuava o direito penal guardava diferenças no tratamento entre negros e brancos. É o que se vê claramente no Código Criminal de 1830 (BRASIL, 1830). O diploma, promulgado após a Constituição Federal de 1824, estabelecia o açoite aos escravos, no seu artigo 60, opondo-se ao texto da Carta Maior (que proibia as punições degradantes). A partir de tal, apenas se evidencia o que aponta Davis (2009, p. 43) ao dizer que “[...] A instituição da escravidão serviu como um receptáculo para aquelas formas de punição consideradas demasiado não civilizadas para serem impostas ao cidadão branco dentro da sociedade democrática [...]”.

A extinção formal do sistema escravista veio sob a lei Imperial n.º 3.353 (BRASIL, 1888), embora, como já abordado, sua decomposição viesse sagrando desde bem antes. Ocorre que, na ocasião, além dos esforços nacionais para desvalorização do trabalhador negro, visando a um projeto de marginalização planejada, não houve políticas públicas que o buscassem inserir nas dinâmicas sociais. Assim, a este são reservadas as mais vis condições de subsistência. Gilcerlândia Pinheiro de Almeida Nunes (2008, p. 247/254) acertadamente expõe:

[...] estavam sozinhos “abandonados à própria sorte”. O Estado, por sua vez, não propôs nenhum plano de assistência que visasse à inclusão dos ex-cativos na nascente sociedade de classes. Eles precisavam competir com a quantidade de libertos existente, com o “inimigo” imigrante mais bem estruturado, contra o preconceito que decaía sobre seus ombros pela sua recente história de escravidão e, principalmente, pelo seu *habitus* (no sentido bourdieusiano), mediante a socialização, a que foram submetidos [...].

Mais tarde, mesmo com a implementação do “Estado Social”, o povo da diáspora seguiu sem o fornecimento das condições adequadas, por parte do Estado, para que se implementasse a tão aclamada democracia racial. Assim, o elemento negro passou a integrar o mercado nas

posições não ocupadas pelos brancos. Em certos casos, era impelido às práticas delitivas fortuitas, necessárias para salvaguardar sua existência. Reconfiguraram-se, portanto, as condições do sistema escravista, mas a degradação social do negro seguiu operante:

A divisão social do trabalho, consolidada pela primeira reestruturação produtiva, coloca negros e negras não só como operários oprimidos pelo sistema capitalista, mas, sobretudo, como deserdados da terra, à margem do processo produtivo, da participação política na esfera do Estado e da sociedade civil, encurralando-os numa vida que, em boa parte, manteve os valores desumanos do antigo regime de escravidão. (SANTOS, 2005, p. 40)

Porém, embora relacionemos, aqui, a pauperização do povo negro com seu incurso na prática de crimes, é preciso desconstruir a ideia de que o castigo é consequência direta da existência de prática delitiva. Isto porque a grande questão da seletividade penal se encontra no processo de criminalização, e não na prática do crime em si. Quase sempre, a captura do negro pelo sistema penal apresenta-se como fruto das premissas de atuação de seus órgãos, o que se relaciona ao próprio horizonte de construção da sociedade capitalista. De acordo com Angela Davis (2009, p. 47):

[...] o castigo pode ser consequência de outras forças, e não uma consequência inevitável da execução do crime. O que não significa dizer que os detentos não tenham cometido aquilo que chamamos de “crimes”; [...] a punição, em síntese pode ser vista mais como consequência da vigilância racial. As comunidades que são objeto de vigilância policial têm muito mais chances de fornecer indivíduos para a indústria da punição.

Quando se fala no processo de perseguição ao povo preto, há de se reconhecer seu caráter histórico dúplice, relacionado ao próprio caráter bidimensional de construção da criminalização. Compõe-se, por um aspecto, atrelado à produção legislativa, e outro, à atuação fática das agências penais. Em ordem de sequência histórica, o primeiro pode ser observado ao longo da edificação da nação. Por meio deste, o Estado busca perpetuar suas práticas de apagamento da cultura negra, associando-a ao atraso intelectual.

Visando a construção de uma sociedade moderna e aberta ao progresso (branca), nos termos da época, a elite e o poder político

defenderam e praticaram abertamente a eugenia racista no Brasil. Conforme postula Leticia Reis (1993, p. 221-235):

A preocupação central nesse momento histórico será quanto à própria viabilidade da nação. Procurava-se auferir os limites que a raça negra, em virtude de sua inferioridade biológica e conseqüente incapacidade de adaptação à civilização, impunha ao desenvolvimento do país. Tomando por base o que foi dito até agora, podemos dizer que, a construção de um Brasil “moderno” e “civilizado”, implicava, principalmente, a eliminação do “peso” secular da herança Africana.

Por este motivo, a capoeira e a religião, que são das mais proeminentes expressões culturais negras, foram criminalizadas logo no primeiro Código Penal da República, de 1890. Vide os artigos 402, 403 e 404 do Título XIII do referido diploma legal:

Art. 402. Fazer nas ruas e praças publicas exercicios de agilidade e destreza corporal conhecidos pela denominação capoeiragem; andar em correrias, com armas ou instrumentos capazes de produzir uma lesão corporal, provocando tumultos ou desordens, ameaçando pessoa certa ou incerta, ou incutindo temor de algum mal:

Pena – de prisão cellular por dous a seis mezes.

Paragrapho unico. E” considerado circunstancia agravante pertencer o capoeira a alguma banda ou malta. Aos chefes, ou cabeças, se imporá a pena em dobro.

Art. 403. No caso de reincidencia, será aplicada ao capoeira, no gráo maximo, a pena do art. 400.

Paragrapho unico. Si for estrangeiro, será deportado depois de cumprida a pena.

Art. 404. Si nesses exercicios de capoeiragem perpetrar homicidio, praticar alguma lesão corporal, ultrajar o pudor publico e particular, perturbar a ordem, a tranquilidade ou segurança publica, ou for encontrado com armas, incorrerá cumulativamente nas penas comminadas para taes crimes.

No tocante à prática religiosa, cabe afirmar que o Candomblé se constitui como expressão religiosa de matriz africana, fundada nos credos que se encontram vivos no continente-mãe. A adaptação de seus elementos litúrgicos e míticos à realidade brasileira, porém, transmuta-lo numa religião tipicamente nacional, já que rompe com a base ritualística desenvolvida até então, em sua matriz. Ainda assim, seu caráter negro é evidente, seja pela língua falada nas casas de santo (Bantu, dos povos de

Angola; Yorubá, dos povos da Nigéria Ocidental e fronteira sul de Benin; ou, ainda, Fon, do povo de Benin que veio a compor, no Brasil, a nação Jeje), seja pelas divindades (Nkisses, Orixás e Voduns) ou por tantos outros traços característicos. Justamente em razão disso, o mecanismo penal não poupou a incidência sobre sua prática, enquadrando-a nos tipos penais de número 157 ou 158 (BRASIL, 1890), que prescreviam:

Art. 157. Praticar o espiritismo, a magia e seus sortilégios, usar de talismans e cartomancias para despertar sentimentos de ódio ou amor, inculcar cura de molestias curáveis ou incuráveis, emfim, para fascinar e subjugar a credulidade pública:

Penas - de prisão celular por um a seis meses e multa de 100\$ a 500\$000.

Art. 158. Ministras, ou simplesmente prescrever, como meio curativo para uso interno ou externo, e sob qualquer forma preparada, substancia de qualquer dos reinos da natureza, fazendo, ou exercendo assim, o officio do denominado curandeiro:

Penas - de prisão celular por um a seis meses e multa de 100\$ a 500\$000.

Não são raros, até hoje, os episódios narrados por Olorixás², em que cerimônias são interrompidas e artefatos sagrados confiscados. A interferência da violência penal no cotidiano negro tornou-se tamanha que repercutiu, até mesmo, na estrutura hierárquica da religião, fazendo surgir o cargo de “Ogan”:

Como resultado direto da perseguição policial aos candomblés, se criou até uma nova categoria na hierarquia sacerdotal dos terreiros: o *ogan*. Os ogans funcionam como espécie de patronos honorários do candomblé, em geral pessoas com prestígio bastante para proteger o terreiro, seu corpo sacerdotal e seus frequentadores-crentes, da violência costumeira das autoridades públicas. (NASCIMENTO, 2016, p. 126)

Diante de tais agressões às quais o sagrado preto foi exposto, cumpre formular retrato fiel. Excelente papel presta, para tanto, a reprodução integral de relato midiático, veiculado pelo jornal Baiano “A Tarde”, em 1940, onde se vê como se davam tais episódios:

² Sacerdotes do Candomblé, subdividindo-se a classificação em Babalorixá (Sacerdote) e Iyalorixá (Sacerdotisa).

Quando soam os atabaques - A polícia e a reportagem num santuário africano - É preciso limpar a cidade destes antros - A história dos candomblés, triste reminiscência do africanismo, já tem sido feita entre nós: Tais ritos ainda são cultuados no nosso meio. O coronel Octavio Freitas, subdelegado do Rio Vermelho, teve denúncia de que, naquele arrabalde, havia diversas casas de candomblés e de feitiçaria, nas quais crianças e raparigas, em grande número, ficavam presas, despertando cuidados e inquietação de seus parentes e pessoas outras. Devidamente orientada, essa autoridade dirigiu-se ontem, pela manhã, a uma das citadas casas, a fim de verificar a procedência da queixa. E foi ao lugar denominado Muriçoca, na Mata Escura. Lá, de fato, deparou-se-lhe uma habitação de aspecto misterioso, apesar das bandeirolas de papel de seda que a enfeitavam. Acompanhava-o um nosso repórter, bem como um fotógrafo da A Tarde. Chegados todos àquela casa, o Sr. Octavio Freitas encontrou-a cheia de pessoas pouco asseadas, denotando vigília e cansaço, que se estendiam pelas camas infectas, em numero considerável. Aos cantos, viamse muitas crianças a dormirem e raparigas ainda jovens, algumas vistosas, muito maltraçadas, emporcaldadas, demonstrando terem perdido muitas noites. Olhares lassos, o corpo pegajoso. A autoridade dirigiu-se a um dos quartos. Quiseram vedar-lhe a entrada. Ali só podiam penetrar os associados ou os componentes da seita, após os salamaleques do estilo, rezas e quejandas esquisitices de feitiçaria... Os visitantes não se submeteram às exigências, e, embora olhados de soslaio, como intrusos, foram invadindo os aposentos dos deuses... Lá estava, repimpado, ridículo o santo Homolu, deus da bexiga, e outros respeitáveis, tais como São João, São Jorge etc. Oxalá também se encontrava naquele antro de perversão e ignomínia, em que se respirava uma atmosfera de nojo e asco, de repugnância e mal-estar. Cabaças, cuias, velas acesas, todos os apetrechos ignóbeis da seita bárbara enchiam o quarto e lhe emprestavam um aspecto infernal. Nas salas estendiam-se camas e cadeiras, esteiras, mesas com comidas etc. O pai do terreiro é o velho Samuel, de cerca de 60 anos de idade, a quem os presentes tratam com respeito verdadeiramente irritante. E tudo isso em plena capital às barbas da polícia! Quando o atabaque estronda, na cadência dos seus toques guerreiros, ora surdo, ora estridente, as cabeças viram... Um dos presentes, de repente, vai se sugestionando ao som dos clangores estranhos como vindo de além túmulo e começa a rodar, a rodopiar, aos solavancos, até que exausto cai, quase sem sentidos.

Conduzem-no, então, para uma das camas. De preferência o espírito se encosta a mulheres. E assim dias e noites, vai, sucessivamente, pervertendo velhos e moços, mulheres e crianças, cuja educação não lhe permite reagir à influência da seita pernicioso e proibida pela polícia de costumes. A diligência de ontem foi coroada de êxito, mas deve ser seguida de outras, nos demais distritos. (LÜHNING, 1996, p.220)

Todavia, a expansão internacional do capitalismo forçava, cada vez mais, a fixação de uma ampla igualdade formal, a fim de criar um mercado de consumo e de trabalho homogêneo. Dá-se, por consequência, o fortalecimento das noções liberais, tal qual a de liberdade individual. Esta, junto a todas as demais expressões da liberdade, tornavam-se profundamente necessárias à composição das relações de troca e acúmulo, assim como ao necessário exercício da propriedade.

Posto isto, a subjetividade jurídica precisou, ao menos formalmente, ser estendida a todas as pessoas. Ainda que abstratamente, isso inviabilizou que permanecessem em vigor as propostas acima delimitadas, uma vez que isto estabeleceria contradições insuperáveis no interior de um capitalismo ainda em construção, como era o nosso.

Com esta mudança final, ocorreu o que leciona Davis (2009, p. 47) quando diz que, com a abolição da escravidão, bem como com a derrocada dos meios explícitos de criminalização da negritude, a forma de castigo, claramente racializada, passou a se propor como descolada desse dado. Então, até hoje, por mais que a punição seja majoritariamente aplicada às pessoas negras, quando uma destas é condenada, apresenta-se à autoridade pública como um sujeito de direitos, abstrato, e não como membro de uma comunidade precarizada a ponto de torná-lo a vítima preferencial do sistema penal. Assim, a questão racial é escamoteada, enquanto o povo preto remanesce a clientela irremediável das instituições de repressão e controle.

CONCLUSÃO

O Estado contemporâneo não deve ser compreendido como se fosse um simples receptáculo, no qual se inserem os interesses da classe dominante. Sua compreensão mais acurada deve vislumbrar as complexas relações que se estabelecem em seu interior, para que, a partir destas, possamos analisar todo seu significado social. Apenas assim, será possível percebê-lo como instituição constituída, desde sua gênese, à

instrumentalização pelo capital. O Estado Burguês passa a ser visto, então, não como mero comitê de um grupo hegemônico, mas como construção muito mais intrincada, que é, ao mesmo tempo, reflexo dos pressupostos da forma-mercantil, mas, também, importantíssimo mecanismo de construção da malha ideológica necessária à constituição da forma valor.

Refletindo o entalhe teórico que o sustenta e anima, o ente estatal reproduz os vícios nele contidos. Deste modo, uma vez que o primeiro, no início de sua formulação, já encontrava um quadro econômico que o impelia ao não reconhecimento da subjetividade negra, este último, de maneira consequencial, absorve esta negação no aporte abstrato de sua atuação. Contudo, é evidente que o surgimento do Estado burguês, sob as bases de um sistema escravista decadente, será essencial à compreensão do porquê deste assumir papel central na reprodução das violências raciais.

Uma vez assentado sobre as dinâmicas de poder já estabelecidas entre os indivíduos, o Estado burguês delas se apropria, reconfigurando-as. Trata de convertê-las em substrato pelo qual desenhará a divisão social do trabalho. A partir daí é que constituirá a massa proletária, necessária à consecução do sistema que lhe é a causa de existência. Assim, embora dotado de caráter impessoal e geral, o Estado não se torna indiferente às relações sociais postas e, à medida que incentiva a atomização das relações, intermedeia a exploração do trabalhador e encontra, nas microdinâmicas sociais, importantes traços que serão, por ele, reforçados, com vistas à consecução do projeto econômico capitalista.

No caso do Brasil, em particular, observa-se que este processo de apropriação se deu de maneira bastante peculiar. Isto porque, neste caso, foram relacionados os esforços dispendidos pela classe senhorial escravista em evitar a ruptura com os quadros de poder, diante da iminente implementação do trabalho livre, com uma intensa campanha de desvalorização do trabalhador negro. Assim, à medida que se formava um capitalismo dependente no país, o negro era excluído das dinâmicas laborais e, também, da própria terra. Esta desvalorização, de cunho ideológico, segue a tendência mundial de, por diversas frentes sociais, firmar a inumanidade da população preta, constituindo a sua identidade, no imaginário social, de forma profundamente negativa.

Para entendermos como se relaciona a isto a violência específica promovida pelo direito penal, é preciso voltar o olhar para a relação entre a forma-jurídica e a forma-política. Neste giro, insta dizer que se pôde perceber, ao longo da elaboração deste trabalho, que estas duas formas

sociais atuam de maneira simbiótica, constituindo-se reciprocamente. Por meio dos institutos fundados pelo direito, o Estado atua como garante da troca generalizada de mercadorias, à medida que se realizam os pressupostos da subjetividade jurídica (em especial a liberdade e a igualdade). Já tais institutos, em seu turno, refletem as formas sociais que emergem destas mesmas relações de troca, que, numa sociedade capitalista, revelam-se indispensáveis.

No mais, além desta composição estrutural dos preceitos jurídicos e políticos, o Estado, como o conhecemos, atua de maneira ampliada, atraindo ao seu entorno uma série de instituições, que serão por ele conformadas, a fim de reproduzirem as lógicas operacionais do sistema que lhe origina. Dentre estas instituições estão aquelas pelas quais o direito encontra sua concretude, como os próprios tribunais. Trata-se de operação lógica perfeita: o capital se apropria do racismo, absorvendo-o em seu benefício. O Estado e o direito, conformados pelo capital, atuam reproduzindo-o, estruturalmente, uma vez que sua atuação se dá com vistas à consecução da sociabilidade capitalista. Inclusive, a expressão legal do racismo ao longo da história brasileira, acompanha, justamente, as diferentes fases da base econômica do país.

Se, de início, a explícita criminalização da negritude, através da tipificação de sua religião e manifestação artística, ainda no império, serviu à manutenção do escravismo, através do controle social dos negros, a necessidade da generalização da igualdade formal ao desenvolvimento da nova ordem econômica, política e social, serve ao novo modo de produção, alterando-se os paradigmas.

A partir daí, a violência racial é elevada a outro nível, passando a compor o *modus operandi* das agências criminalizadoras. Por conseguinte, a perseguição à negritude passa a se propor como inexistente, uma vez que todos são elevados à categoria universal de sujeitos de direito. Porém, as instituições de criminalização secundária não deixam de se orientar por um critério racial que vai fazer com que o povo preto siga sendo o principal alvo da violência institucionalizada do Estado, constituindo sua clientela preferencial.

Portanto, neste ponto, podemos chegar a uma dupla conclusão: o Estado é racista, numa primeira análise, porque se funda e tem sua base teórica num alicerce de constituição formal branca. Por outro lado, é racista porque corresponde à forma política do capitalismo, derivado da forma-mercadoria, da forma-valor e dos preceitos de acumulação do

capital, que excitam a opressão racial, utilizando-a na medida em que a reconfiguram, conformando-a em seus próprios quadrantes. Se o Estado decorre das formas sociais do capital e as mesmas se erigem por um viés racista, por óbvio que ele reproduzirá tais premissas, valendo-se, para isso, de suas instituições, onde se encaixam as prisões e demais órgãos do poder judiciário, responsáveis pela realização da persecução penal.

Assim, não é possível pensar na extinção da punibilidade seletiva orientada por premissas racistas sem ruptura com a forma valor, quanto menos é possível tratar este tema à base de reformas pontuais e gradativas. Estas, à medida que adstritas aos quadrantes impostos pelo horizonte jurídico burguês, equivaleriam a movimentar-se numa realidade virtual: embora a sensação seja de que se caminha, a posição real não se altera.

Não se pode falar em suprimir este traço do sistema de punição, por lhe ser essencial. Informando o Estado e o próprio direito, o racismo é fundamental ao modo de produção, e não pode se extinguir sem a derrocada deste. Nesse sentido, portanto, a luta negra intersecciona-se com a luta de classes. De outro lado, se for absorvida pelos termos do Estado e do direito, realizando-se por seus parâmetros, nada mais fará a não ser carregar, com novas balas, uma arma de fogo que aponta para si mesma.

Diante da centralidade do Estado contemporâneo na consecução do genocídio e encarceramento massivo da negritude (por sua utilidade à própria manutenção deste), a efetividade da luta de suas vítimas só poderá se dar com uma crítica e profunda compreensão da realidade. Esta, em seu turno, precisa alcançar a superação completa da forma-jurídica, que, estruturalmente, sustenta tal barbárie. Isto significa dizer, por fim, não apenas que o Estado é mecanismo essencial para a manutenção da violência racial, mas, também, que a luta negra deve almejar, em razão disso, tanto a superação da forma-política hodierna quanto do próprio capitalismo. A partir daí poderá promover uma nova forma de existência, afastada dos quadrantes postos pelo limitado horizonte burguês, e, conseqüentemente, do racismo.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. Conferência “**Estado, Direito e análise materialista do racismo**”. Santa Catarina: Instituto de Estudos Latino-Americanos, 30 de junho de 2016.

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **Marxismo e a questão racial; Blog da Boitempo**, São Paulo, 14 dez. 2016. Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2016/12/14/marxismo-e-a-questao-racial/>. Acesso em: 28 jun. 2017.

BATISTA, Nilo. **INTRODUÇÃO crítica ao direito penal brasileiro**. 11 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

BRASIL. Código Criminal. Lei Imperial, de 16 de dezembro de 1830. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM-16-12-1830.htm. Acesso em 20 abr. 2017

_____. Código Penal. Decreto nº 847, de 11 de outubro de 1890. Disponível em: <http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=66049>. Acesso em abr. 2017.

_____. Decreto-lei nº 7.967, de 18 de setembro de 1945. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del7967.htm. Acesso em 20 abr. 2017.

_____. Lei imperial nº 601, de 18 de setembro de 1850. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L0601-1850.htm. Acesso em 12 jul. 2018.

_____. Lei imperial nº 3.353 - de 13 de maio de 1888. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lim/LIM3353.htm. Acesso em 20 abr. 2017.

BUENO, Winnie. Quantos meninos negros precisam ser encarcerados para que combatamos a seletividade penal no Brasil?. **Justificando**, 10 mar. 2017. Disponível em: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/03/10/quantos-meninos-negros-precisam-ser-encarcerados-para-que-combatamos-seletividade-penal/>. Acesso em 12 abr. 2017.

DAVIS, Angela Y. **A democracia da abolição**: para além do império, das prisões e da tortura. Rio de Janeiro: DIFEL, 2009.

DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional. **INFOPEN**: Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (2016). Disponível em: http://www.justica.gov.br/news/ha-726-712-pessoas-presas-no-brasil/relatorio_2016_junho.pdf. Acesso em 22 mai. 2018.

ENGELS, Friedrich; KAUTSKY, Karl. **O socialismo jurídico**. São Paulo: Boitempo, 2012.

FANON, Frantz. **Pele negra, máscaras brancas**. Salvador: EDUFBA, 2008.

FAUSTINO, Deivison Mendes. “**Por que Fanon? Por que agora?**”: Frantz Fanon e os fanonismos no Brasil. 2015. 260 f. Tese (Doutorado em Sociologia) - Centro de educação e ciências humanas, Universidade do Estado de São Carlos. São Carlos, 2015.

FERREIRA, Maria. **Literatura dos descobrimentos e da expansão portuguesa**. Lisboa: Ulisseia, 1993.

FJP - FUNDAÇÃO JOÃO PINHEIRO; IPEA - INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA; PNUD - PROGRAMA DAS NAÇÕES UNIDAS PARA O DESENVOLVIMENTO. **Desenvolvimento Humano para além das médias: 2017**. Brasília: PNUD: IPEA: FJP, 2017. Disponível em <http://www.br.undp.org/content/dam/brazil/docs/IDH/desenvolvimento-alem-das-medias.pdf>. Acesso em: jul. 2018.

GOÉS, Luciano. Racismo, genocídio e cifra negra: Raízes de uma criminologia Antropofágica. **Empório do Direito**, 16 out. 2015. Disponível em <<http://emporiiododireito.com.br/racismo-genocidio-e-cifra-negra-raizes-de-uma-criminologia-antropofagica-por-luciano-goes/>>. Acesso em 15 jun. 2017.

GOMES, Kleber Cavalcante (CRIOLO). Convoque seu buda. In: GOMES, Kleber Cavalcante. **Convoque seu Buda**. São Paulo: Oloko Records, 2014. Faixa 1. CD.

GOULLART SERAFIM, Jhonata, AZEREDO, Jeferson Luiz de. A (des) criminalização da cultura negra nos Códigos de 1890 e 1940. **Amicus curiae**, Santa Catarina, v.6, n.6, 2009.

LÜHNING, Angela. “Acabe com este santo, que Pedrito vem aí...”: mito e realidade da perseguição policial ao candombe baiano entre 1920 e 1942. **Revista USP**, São Paulo, n. 28, p. 194/220, dez/fev. 1996.

MASCARO, Alysso Leandro. **Estado e forma política**; São Paulo: Boitempo, 2013.

MOURA, Clóvis. **Dialética radical do Brasil negro**. São Paulo: Fundação Maurício Grabois co-edição com Anita Garibaldi, 2014.

NASCIMENTO, Abdias do. **O genocídio do negro Brasileiro: processo de um racismo mascarado**. São Paulo: Perspectivas, 2016.

NAVES, Márcio Bilharinho. **Marxismo e direito**: um estudo sobre Pachukanis. São Paulo: Boitempo, 2008.

NUNES, Gilcerlândia Pinheiro de Almeida. “A Integração do Negro na Sociedade de Classes”: uma difícil via crucis ainda a caminho da redenção. **Cronos**, Natal-RN, v. 9, n. 1, p. 247-254, jan./jun. 2008.

PACHUKANIS, Evguiéni B. **Teoria geral do Direito e Marxismo**. São Paulo: Boitempo, 2017.

REIS, Letícia Vidor de Souza. A Capoeira: de “Doença moral” à “Gymnástica Nacional”. **Revista USP**, São Paulo, n. 129-131, p. 221-235, ago.-dez./93 a ago.-dez./94.

SANTOS, Luiz Alberto Silva. O negro e o Socialismo. In: MAUÉS, Flamarion (Cord.). **O negro e o Socialismo**. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2005. p. 39-44.

WACQUANT, Lóic. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2001.

ZAFFARONI, Eugénio Raul. **Em busca das penas perdidas**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. **Derecho penal: parte general**. 2 ed. Buenos Aires, Argentina: Sociedad anónima, 2002.

_____. _____; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro. **Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal**. Rio de Janeiro: Ed. Revan, 2003.

ANÁLISE JURISPRUDENCIAL DO CRIME DE REDUÇÃO AO TRABALHO ANÁLOGO AO DE ESCRAVO NO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

JURISPRUDENTIAL ANALYSIS OF THE CRIME OF REDUCTION TO WORK ANALOGUE TO SLAVE IN THE REGIONAL FEDERAL TRIBUNAL OF THE 3RD REGION

Fabrcio Gomes Mendes *

Valena Jacob Chaves Mesquita **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Análise dos recursos. 2 Tempo de julgamento. 3 Reflexões críticas. Conclusão. Referências.

RESUMO: O presente artigo tange à pesquisa jurisprudencial realizada na plataforma eletrônica do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cujo objetivo é verificar qual o entendimento desse Tribunal no diz respeito ao delito descrito no art. 149 do Código Penal Brasileiro, por meio de uma análise dos recursos interpostos no período compreendido entre janeiro de 2010 e dezembro de 2016, quais sejam, apelações criminais e recursos em sentido estrito. Nesse sentido, foram realizadas análises qualitativa e quantitativa dos recursos, no intuito de aferir como o crime de redução ao trabalho análogo ao de escravo está sendo interpretado e aplicado, assim como, quais são as principais teses utilizadas pelo TRF da 3ª Região. A presente pesquisa localizou 11 (onze) recursos, dentre eles 09 (nove) apelações criminais e 02 (recursos em sentido estrito). A partir da análise das teses verificadas nos acórdãos desses recursos, realizou-se uma análise do conceito contemporâneo de trabalho escravo e seus modos de execução, relacionando-os com o princípio da dignidade da pessoa humana. Os resultados demonstraram que o TRF da 3ª Região, de fato, tem interpretado o crime de trabalho análogo ao de escravo tendo como diretriz o referido princípio. Entretanto, realizam-se críticas ao citado Tribunal no que concerne ao tempo de julgamento e, principalmente, a relação da pena estipulada com a gravidade da conduta do crime.

Palavras-chave: Jurisprudência. Recursos. Teses. Trabalho análogo ao de escravo. Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

ABSTRACT: *This article deals with the jurisprudential research carried out on the electronic platform of the Federal Regional Court of the 3rd Region, whose purpose is to verify the understanding of this Court regarding the offense described in art. 149 of the Brazilian Penal Code, through an analysis of appeals filed in the period between January 2010 and December 2016, namely, criminal appeals and appeals in the strict sense. In this sense, qualitative and quantitative analyzes of the resources were carried out, in order to assess how the crime of reduction to work analogous to that of slave labor is being interpreted and applied, as well as what are the main theses used by the TRF of the 3rd Region. The present research located 11 (eleven) resources, among them 09 (nine) criminal appeals and 02 (resources in the strict sense). From the analysis of the theses verified in the judgments of these resources, an analysis was made of the contemporary concept of slave labor and its modes of execution, relating them to the principle of the dignity of the*

* Bacharelado em Direito e membro da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia da Universidade Federal do Pará.

** Doutora e Mestre em Direito pela UFPA. Professora da Graduação em Direito e do Programa de Pós Graduação em Direitos Humanos da UFPA; Diretora da Faculdade de Direito da UFPA e Pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia/UFPA.

Artigo recebido em 25/03/2018 e aceito em 04/04/2018.

Como citar: MENDES, Fabrcio Gomes; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. Análise jurisprudencial do crime de redução ao trabalho análogo ao de escravo no Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 329 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

human person. The results showed that the TRF of the 3rd Region, in fact, has interpreted the crime of work similar to that of slave, having as guideline the said principle. In the meantime, criticisms have been made to the aforementioned Court regarding the time of trial and, mainly, the relation of the stipulated sentence with the seriousness of the conduct of the crime.

Keywords: *Jurisprudence. Resources. Theses. Work analogous to slave labor. Regional Federal Court of the 3rd Region.*

INTRODUÇÃO

O presente artigo é produto de pesquisa científica oriunda do acordo de Cooperação Técnica, Científica e Acadêmica firmado entre o Ministério Público Federal do Pará e a Clínica de Direitos Humanos da Amazônia, cujo objetivo foi dar andamento à pesquisa jurisprudencial iniciada no âmbito do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, publicada na obra intitulada: “O trabalho análogo ao de Escravo: uma análise jurisprudencial do crime no TRF da 1ª Região”. Dessa forma, a pesquisa expandiu seu *locus* para analisar também as decisões judiciais proferidas em todos os Tribunais Regionais Federais do país.

No entanto, o presente artigo possui como objetivo apresentar a percepção das Turmas do Tribunal Regional Federal da 3ª Região no julgamento de recursos, o posicionamento do Ministério Público Federal, bem como identificar as teses produzidas nos acórdãos proferidos, tendo como referenciais teóricos as obras de Mesquita (2016) e de Brito Filho (2010).

O crime de redução à condição análoga à de escravo se faz presente em todo o território nacional, sendo que, conforme o estado da federação em que ele é praticado, visualiza-se características intrínsecas aos aspectos econômicos e sociais de cada região. Nesse sentido, no Tribunal Regional da 3ª Região é perceptível a incidência de tal crime nas atividades econômicas relacionadas à fabricação de roupas – chamada indústria têxtil, sendo utilizada, por sua vez, principalmente, a mão de obra imigrante.

Ademais, far-se-á um levantamento do lapso temporal entre a data de autuação e a data de julgamento dos recursos, com o intuito de averiguar se existe morosidade no julgamento dos mesmos pelas Turmas do TRF-3. Da mesma forma, se investigará se o referido Tribunal corrobora com a jurisprudência e doutrina majoritária, as quais não coadunam com o entendimento defasado de que para ocorrer o crime de redução à condição análoga à de escravo, necessariamente deverá haver a restrição da liberdade ambulatorial do trabalhador.

Outrossim, por meio da análise das teses proferidas nos acórdãos, algumas críticas e obstáculos encontrados na pesquisa serão pontuados, na tentativa de fazer com que haja uma facilitação nos estudos futuros e, no que tange às críticas às decisões, uma forma de esclarecer ainda mais o delito do art. 149 do Código Penal Brasileiro.

Nessa esteira, no presente artigo, utilizou-se do método indutivo, com o objetivo de verificar a quantidade de recursos distribuídos para o TRF-3 e, a partir de então, realizar uma análise qualitativa de cada recurso encontrado, ou seja, obter um resultado que advém das especificidades de cada recurso analisado e suas interações com o contexto em que o crime em questão se desenvolve. Para, então, realizar reflexões e discussões críticas sobre as teses utilizadas.

Nesse aspecto, em primeiro lugar, foi realizada uma busca de apelações criminais e recursos em sentido estrito ajuizados perante o Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no espaço temporal de janeiro de 2010 a dezembro de 2016 e que estavam na plataforma eletrônica, utilizando-se das palavras-chaves “escravo”, “trabalho escravo”, “condições degradantes” e “art. 149”.

Além disso, foram excluídos da pesquisa alguns recursos que versavam sobre a competência da Justiça Federal para julgar os casos relativos ao trabalho análogo ao de escravo, uma vez que já existe entendimento pacificado tanto pelo STF quanto pelo STJ de que a competência, de fato, é federal. Então, optou-se por serem enfatizadas as teses que tangem à condenação, à absolvição, à redução de pena, ao aumento de pena e às teses mistas - expressão utilizada para fazer referência às decisões com mais de um réu e que, por sua vez, condena um (uns) réu (s) e absolve outro (s).

Posteriormente, após a filtragem, analisou-se cada recurso de maneira individual, registrando-se as suas particularidades, dentre elas, as teses e o tempo de julgamento. Após essa análise, verificou-se que existiam acórdãos absolutórios, condenatórios, com aumento e com redução de pena, sendo o mais recorrente, neste Tribunal, o acórdão com aumento de pena.

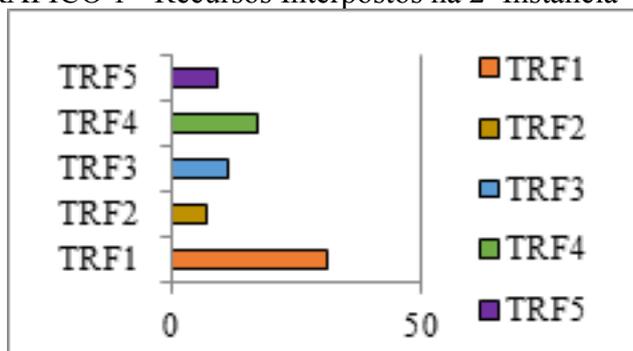
Desse modo, espera-se que as análises quantitativa e qualitativa dos recursos sirvam de parâmetros para um maior entendimento da comunidade acadêmica e da sociedade em relação ao trabalho escravo contemporâneo, bem como para a construção de conhecimento, de discussões e análises críticas da realidade verificada nos recursos analisados e que tal resultado sirva, de fato, como fonte para outros estudos.

1 ANÁLISE DOS RECURSOS

Os recursos interpostos relativos ao crime de redução à condição análoga à de escravo encontrados nos sítios dos Tribunais Regionais Federais Brasileiros foram sistematizados e organizados em um banco de dados, contendo as principais informações dos processos, decisões e sentenças proferidas, no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2016, contabilizando 87 (oitenta e sete) processos penais, distribuídos nos Tribunais Regionais Federais das 5 (cinco) regiões (CLÍNICA DE DIREITOS HUMANOS DA AMAZÔNIA, 2017).

No que diz respeito à pesquisa realizada na plataforma eletrônica do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, o qual abarca o estado de São Paulo e Mato Grosso do Sul, foram interpostos 11 (onze) recursos, sendo 9 (nove) apelações criminais e 2 (dois) recursos em sentido estrito, o que traz à baila a informação de que tal tribunal é o terceiro em quantidade de recursos interpostos relativos ao crime de redução ao trabalho análogo ao de escravo, estando atrás apenas do TRF-1 que possui 32 (trinta e dois) recursos interpostos e do TRF-4 que possui 17 (dezessete), conforme gráfico abaixo:

GRÁFICO 1 - Recursos Interpostos na 2ª Instância



Fonte: Clínica de Direitos Humanos da Amazônia - UFPA.

De mais a mais, partindo-se de uma análise específica do teor das decisões do TRF-3, foi constatado que das 09 (nove) apelações criminais encontradas, 02 (duas) foram absolutórias, 03 (três) mantiveram a condenação fixada em 1ª instância e ainda aumentaram as penas dos réus, 02 (duas) apenas mantiveram a condenação de 1ª instância, 01 (uma) contendo decisão “mista” – condenando um réu e absolvendo outro e 01 (uma) mantendo a condenação, mas reduzindo a pena fixada pelo juízo *a quo*; ademais, os 02 (dois) recursos em sentido estrito foram acolhidos pela

referida *ad quem* determinando ao juízo *a quo* o recebimento da denúncia criminal e processamento do feito.

Nessa senda, a seguir serão explanadas as teses utilizadas pelo TRF-3 nos acórdãos, tendo como escopo averiguar a compatibilidade das decisões com o entendimento contemporâneo do delito de redução à condição análoga à de escravo, sob o fundamento do princípio da dignidade da pessoa humana.

Antes de passarmos para a análise das teses produzidas pelo TRF-3, convém conceituarmos o crime sob estudo, nos termos do disposto no art. 149 do CPB.

O tipo penal em questão prevê 4 (quatro) figuras típicas de execução, previstas no caput do artigo 149 do CPB, a saber: trabalho forçado, jornada exaustiva, condições degradantes e restrição de locomoção por dívida contraída.

O trabalho forçado possui conceito expresso na Convenção nº 29 da OIT, consistindo na obrigatoriedade da prestação de trabalho dentro de uma relação laboral entre o autor e vítima (BRITO FILHO, 2013, p. 49-50). O mesmo pode se dar por coação moral “psicológica” ou física.

A jornada exaustiva é aquela que leva ao exaurimento das forças do trabalhador, visualizada tanto na jornada imposta que ultrapassa os limites legais; quanto naquela cuja intensidade confere prejuízos à saúde física e/ou mental da vítima.

No que concerne às condições degradantes de trabalho, Brito Filho (2013, p. 50-52) indica três características para identificá-la: relação de trabalho; negação das condições mínimas de trabalho, tornando o trabalhador uma coisa ou um bem; imposição dessas condições ao trabalhador. O trabalho degradante pode ser visto como a antítese do trabalho decente, sendo que o trabalho escravo é sempre degradante, mas nem todo trabalho degradante é escravo (CAVALCANTI, 2016, p. 38-67).

A restrição de locomoção por dívida contraída, consiste na ideia de impedir a rescisão do contrato de trabalho pelo empregado, em razão de “suposta” dívida contraída com o tomador de serviços, sendo este débito quase sempre impossível de ser pago.

Diante do exposto, passando para a análise das decisões produzidas pelo Tribunal em questão, constata-se que a maioria das decisões foram condenatórias, sendo que desse universo, duas modificaram a sentença *a quo* para aumentar as penas dos réus, trazendo à tona uma discussão

acerca de como o crime de redução ao trabalho análogo ao de escravo é caracterizado neste Tribunal.

Nesse contexto, no que tange às decisões referentes ao aumento de pena, foram utilizados pelo Ministério Público Federal os argumentos da culpabilidade do agente, da gravidade do crime, da quantidade de vítimas e das circunstâncias do delito, tais como o fato de muitas vítimas serem estrangeiras e das condições de trabalho serem degradantes.

Acontece que, nos recursos sob análise, os crimes, de fato, tiveram uma gravidade expressiva, vez que envolvia condições insalubres de trabalho com mais de três vítimas, verificando tais condições conforme o trecho abaixo da Apelação Criminal nº 0006807-68.2014.4.03.6000:

[...] Foi identificado que os trabalhadores eram alojados em acampamentos construídos com lonas plásticas e sobre “terra batida”; que dormiam sobre “tarimbas” (estruturas improvisadas feitas com galhos de árvores e troncos de madeira); a inexistência de banheiro, nem local adequado às refeições e à manutenção dos alimentos; que a água utilizada para consumo, higiene e para lavar roupas e louças era a mesma, proveniente de uma represa de águas pluviais; e, que alguns dos trabalhadores aplicavam herbicida para o controle de pragas vestidos com suas roupas e calçados pessoais, sem os equipamentos de proteção necessários, tampouco treinamento específico.

Indubitavelmente, tal cenário infringe o básico para que se tenha um trabalho digno, pois os trabalhadores não tinham água potável para beber, tampouco um lugar adequado para dormir e para fazer necessidades fisiológicas. Desse modo, de fato, houve demonstrada afronta aos direitos humanos e aos direitos fundamentais básicos dos trabalhadores, dentre eles, o direito a uma vida digna, razão pela qual Brito Filho (2010, p. 66) defende que o objetivo principal do tipo penal do artigo 149 é salvaguardar a dignidade da pessoa humana:

[...] o crime em comento é uma violação direta ao principal atributo do ser humano, que é sua dignidade, pois qualquer das condutas descritas no artigo 149 é a negação desse atributo, reduzindo a pessoa à condição de coisa. Isso vai acontecer tanto quando ao ser humano é imposto o trabalho forçado ou uma jornada exaustiva de trabalho, como quando lhe são reservadas condições degradantes de trabalho, ou ainda nas demais hipóteses catalogadas no artigo, como no caso da restrição à locomoção por dívida contraída.

Insta ressaltar que a dignidade da pessoa humana, na análise desse crime, deve ser entendida conforme o pensamento kantiano, explanado por Michael Sandel (2011, p. 140-141), cuja ideia é a de que os seres racionais são merecedores de dignidade e de respeito, os quais para poderem agir de forma livre devem agir com autonomia, isto é, agir segundo as leis impostas a si mesmo e não por imposições externas. Dessa maneira, agir livremente é agir com autonomia. Para Brito Filho (2014, p. 599), nos casos que envolvam escravidão contemporânea, a liberdade deve ser entendida em um aspecto amplo tendo como a perspectiva do domínio extremado e não tão somente a restrição da liberdade de locomoção.

O autor menciona, ainda, que a liberdade está fortemente relacionada ao conceito de trabalho forçado, haja vista que para que o trabalho seja caracterizado como forçado, faz-se necessária a existência de dois requisitos, quais sejam, a existência de relação de trabalho entre sujeito ativo e passivo e o fato de o trabalho exercido pelo obreiro ser realizado em virtude de uma completa anulação de sua vontade pessoal, ou seja, realizado de forma compulsória. (BRITO FILHO, 2010, p. 40-50).

É nesse aspecto que a Convenção nº 29 da Organização Internacional do Trabalho, em seu art. 2, item I, define a modalidade executiva típica de trabalho forçado, como sendo “todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade” (OIT, Convenção n. 29. Ratificada pelo Brasil através do Decreto n. 41.721, de 25 de junho de 1957).

Depreende-se, então, que o trabalho forçado está diretamente relacionado com a ideia de domínio extremado apresentada por Brito Filho (2014, p. 599), uma vez que há o cerceamento da liberdade de locomoção do trabalhador em virtude de trabalho forçado ou de jornadas exaustivas que lhes foram impostas.

De mais a mais, é importante salientar que, além das condições degradantes de trabalho, da jornada exaustiva e do trabalho forçado, o juízo *ad quem* também trouxe à tona, no acórdão referente à Apelação Criminal nº 0006807-68.2014.4.03.6000, o fato da ocorrência de concurso de crimes, visto que, na maioria dos casos, vários trabalhadores foram reduzidos a condições análogas à de escravo, o que, sem dúvida, ocasiona um aumento na gravidade da conduta.

No entanto, na Apelação Criminal nº 0006807-68.2014.4.03.6000 do Mato Grosso do Sul, não veio expresso na sentença, tampouco no recurso da acusação, questão referente ao concurso de crimes, o que impossibilitou

o aumento da pena-base pelo Tribunal pela ausência do pedido, uma vez que é proibida a *Reformatio in Pejus* no ordenamento jurídico brasileiro, eis que vige a máxima do *tantum devolutum quantum appellatum*, que, em outras palavras, significa que tanto se devolve quanto se apela, devendo o tribunal estar atrelado tão somente à matéria discutida nos recursos. Nesse sentido, consoante Aury Lopes Junior (2016, p. 519):

No processo penal, está sempre permitida a reforma da decisão para melhorar a situação jurídica do réu, inclusive com o reconhecimento de ofício e a qualquer momento, de nulidades processuais que beneficiem o réu. Mas não pode o tribunal reconhecer nulidade contra o réu que não tenha sido arguida no recurso da acusação (Súmula n. 160 do STF). Assim, diante de um recurso do Ministério Público (sem recurso da defesa), o tribunal pode acolher o pedido do MP, manter a decisão e denegar o pedido, ou ainda, de ofício, negar provimento ao pedido do MP e melhorar a situação jurídica do réu, ainda que ele não tenha recorrido. Por outro lado, está vedada a reforma para pior, ou seja, diante de um recurso da defesa, não pode o tribunal piorar a situação jurídica do imputado. Portanto, diante de um exclusivo recurso da defesa, o tribunal pode dar provimento no todo ou em parte, ou manter intacta a decisão de primeiro grau. Em nenhuma hipótese pode piorar a situação do réu (exceto, é óbvio, se também houver recurso do acusador).

No mais, nos recursos que pleiteavam a exasperação da pena, o juízo *ad quem* deu provimento às três apelações da acusação, umas de maneira parcial (Apelação Criminal nº 0008440-61.2011.4.03.6181) e outras de maneira total (Apelação Criminal nº 0006807-68.2014.4.03.6000/Ms e Apelação Criminal nº 0000354-38.2010.4.03.6181/Sp), o que traz à baila uma visão mais contemporânea do crime de redução à condição análoga à de escravo, bem como mais condizente com o princípio da dignidade da pessoa humana, haja vista que a exasperação das penas se respaldou em argumentos compatíveis com o conceito contemporâneo de redução à condição análoga à de escravo.

Nessa esteira, o delito de redução à condição análoga à de escravo está previsto no art. 149 do Código Penal Brasileiro, sendo essa previsão normativa utilizada como parâmetro conceitual na identificação do trabalho análogo ao de escravo no Brasil. Conforme tal dispositivo, configura-se situação análoga à de escravo a submissão de trabalhador a trabalhos forçados, às jornadas exaustivas, a condições degradantes,

assim como o cerceamento da liberdade de locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (FREITAS, 2018, p. 20), além das hipóteses previstas no §1º do referido artigo que dispõe das figuras equiparadas do crime.

Impende salientar, também, que as modalidades do delito de redução à condição análoga à de escravo, nesses recursos, estavam alicerçadas por um vasto arcabouço probatório, motivo esse que fortalecia ainda mais a exasperação da pena, conforme trecho do acórdão abaixo transcrito:

[...] Pela estrutura do imóvel, fica claro que não se tratava de simples estabelecimento comercial ou empresa comum, uma vez que se destinava à própria moradia dos trabalhadores, os quais eram submetidos à severa fiscalização disciplinar e a condições de absoluta insalubridade.

As fotografias e as descrições dos peritos são importantes instrumentos de prova da imputação criminal feita na denúncia. Portas de ferro, grades, traves elétricas, além de diversas câmeras conectadas a uma central de monitoramento caracterizam bem o rígido controle a que estavam sujeitos os bolivianos. Até o controle do horário de refeição dos funcionários ficou comprovado por cartaz colocado na parede (folha 167).

Pelo depoimento das vítimas ficou demonstrado que os bolivianos eram submetidos à carga horária extremamente exaustiva de trabalho (mais de quatorze horas por dia), fiscalizados pelas câmeras sob muita pressão do acusado, que reprimia pausas na execução das atividades, além de efetuar descontos sobre o pífio “salário” que recebiam (de R\$ 300,00 a R\$ 450,00) a título de indenização relacionada à quebra do maquinário ou de materiais desaparecidos (fls. 09/14) (BRASIL. TRF 3, Apelação Criminal nº 0000354-38.2010.4.03.6181).

Esse cenário laboral degradante também é notório nas apelações criminais com acórdãos condenatórios, vez que na apelação nº 0013529-60.2014.4.03.6181/SP, 11 (onze) pessoas de nacionalidade boliviana foram vítimas do crime do art. 149 do CPB, as quais trabalhavam em oficina de costura com péssimas condições de trabalho, recebiam uma baixa remuneração, tinham a liberdade ambulatorial cerceada e documentos apreendidos pelos empregadores.

O fato de reduzir um trabalhador a condições degradantes é uma modalidade típica do trabalho escravo contemporâneo, que é verificada sempre “quando o empregador não respeitar a condição de pessoa

humana do empregado, tratando-o como um mero objeto desprovido de dignidade” (FREITAS, 2018, p. 26). Nesse mesmo sentido, preleciona Brito Filho (2010, p. 72):

Assim, se o trabalhador presta serviços exposto à falta de segurança e com riscos à sua saúde, temos o trabalho em condições degradantes. Se as condições de trabalho mais básicas são negadas ao trabalhador, como o direito de trabalhar em jornada razoável e que proteja a sua saúde, garanta-lhe descanso e permita o convívio social, há trabalho em condições degradantes. Se, para prestar o trabalho, o trabalhador tem limitações na sua alimentação, na sua higiene e na sua moradia, caracteriza-se o trabalho em condições degradantes. Se o trabalhador não recebe o devido respeito que merece como ser humano, sendo, por exemplo, assediado moral ou sexualmente, existe trabalho em condições degradantes.

Depreende-se então, que as condições degradantes de trabalho são fortes violações à dignidade da pessoa humana e, aliada à existência de tais condições, verifica-se que, no caso em testilha, foi utilizada mão de obra estrangeira, razão pela qual se observa mais um fator importante à prática do delito, qual seja, a situação de vulnerabilidade do imigrante na esfera social brasileira, “em razão da sua condição irregular no país, bem como em razão de, em certos casos, os exploradores serem co-patriotas das vítimas” (FREITAS, 2018, p. 75).

Nesse contexto, em virtude da comprovação dessas condutas, os réus foram condenados à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão e 12 (doze) dias-multa, da qual ainda apelaram. Acontece que, o juízo *ad quem*, levando em consideração a gravidade da conduta, o número de vítimas e a vulnerabilidade das mesmas pelo fato de serem estrangeiras, negou tal apelação, com fulcro nas jurisprudências do STF (Inq. 3412, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, j. 29/03/2012, Acórdão Eletrônico DJe-222, Divulg. 09/11/2012, public. 12/11/2012) e do STJ (STJ. 3ª Seção. CC 127.937-GO, Rel. Min. Nefi Cordeiro, julgado em 28/5/2014 - Info 543) e no artigo XXIII da Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Com efeito, essa decisão, de fato, foi bem coerente com o conceito do crime de redução a condição análoga à de escravo e compatível com o princípio da dignidade da pessoa humana, eis que trouxe à baila uma

distinção entre o conceito atual e o conceito clássico de escravidão, bem como discorreu acerca da necessidade de que apenas a prática de uma modalidade já configura o crime em questão:

Importa consignar, desde já, que as condutas descritas na norma incriminadora não dependem da configuração da situação de escravo nos moldes historicamente concebidos (modelo escravagista clássico-romano ou oitocentista, por exemplo), mas das formas contemporâneas de escravidão, quiçá menos ostensivas, mas com consequências igualmente danosas. Assim é que, hodiernamente, a condição análoga à de escravo é caracterizada pela coação, moral, psicológica ou física exercida para impedir ou de sobremaneira dificultar o desligamento do trabalhador de seu serviço (BRASIL. TRF 3, Apelação Criminal nº 0013529-60.2014.4.03.6181/SP).

Vale ressaltar que, consoante Freitas (2018, p. 57), com a própria leitura do caput do art. 149 do CPB, verifica-se que se trata de um crime alternativo, haja vista que haverá o trabalho análogo ao de escravo quando o autor incorrer em uma das modalidades previstas em tal dispositivo, o qual será caracterizado independentemente do cerceamento de liberdade ambulatorial. Mesquita (2016, p. 40) segue nessa mesma linha de pensamento, entendendo que é prescindível a restrição à liberdade de locomoção para a configuração do delito de redução ao trabalho análogo ao de escravo, bastando, por sua vez, a ocorrência de uma das modalidades para que o crime seja praticado.

Entretanto, o Ministério Público Federal, em relação a essa apelação criminal, apenas apresentou contrarrazões no sentido de que o pedido fosse negado, não pugnando pelo aumento da pena, aumento esse que seria adequado, uma vez que 11 (onze) pessoas foram feitas de vítimas, assim como houve a ocorrência de várias modalidades previstas no artigo 149 do Código Penal Brasileiro, dentre elas, condições degradantes de trabalho, retenção de documentos, jornadas exaustivas e restrição de liberdade em razão de dívida. Nesse sentido, percebe-se que a pena ao norte referida foi branda em relação às condutas dos réus, pois se aproximou mais do mínimo legal previsto.

Por sua vez, no que concerne a segunda apelação criminal com acórdão condenatória de nº 0000235-15.2013.4.03.6006, constatou-se a existência de um concurso de crimes. Além da redução ao trabalho análogo ao de escravo, discutiu-se, ainda, acerca de condutas como as compatíveis com os crimes de Rufianismo, Tráfico Internacional de pessoas para fim

de exploração sexual e Casa de Prostituição. Nesse aspecto, é importante ressaltar que, nesse caso, foi reconhecida, tanto pelo juízo *a quo* quanto pelo juízo *ad quem*, a prática do crime previsto no art. 149 do Código Penal Brasileiro, haja vista que as vítimas foram subjugadas, manipuladas e dominadas pelos réus, assim como realizavam trabalhos forçados em condições degradantes e sequer recebiam remuneração. De mais a mais, o tribunal trouxe à tona, na decisão, a questão referente ao crime continuado do art. 71 do Código Penal Brasileiro, um grande avanço na interpretação do crime em epígrafe:

No caso, verifico que o crime de redução à condição análoga à de escravo praticado pelo réu envolveu três vítimas distintas, mas em um contexto que permite a aplicação da ficção jurídica prevista no artigo 71 do Código Penal. Afinal, o agente praticou os crimes da mesma espécie, utilizando-se das mesmas condições de tempo, lugar e maneira de execução, razão pela qual tenho que os crimes subsequentes podem ser havidos como continuação do primeiro, aplicando-lhe a pena de um só crime, acrescida de 1/5 (um quinto), considerando o total de ofendidas (BRASIL. TRF 3, Apelação Criminal nº 0000235-15.2013.4.03.6006).

Em virtude disso, critica-se a quantidade de pena cominada aos réus, uma vez que a mesma se aproxima do mínimo legal e, como se pode perceber, nessa apelação criminal, várias pessoas foram reduzidas ao trabalho escravo contemporâneo, assim como várias modalidades, previstas no art. 149 do Código Penal Brasileiro, foram praticadas, razão pela qual ocorreu um agravamento na conduta, merecendo, por conseguinte, uma reprimenda legal mais veemente. Nesse mesmo sentido, aduz Freitas (2018, p. 77):

[...] apesar de reconhecer a alternatividade do tipo penal descrito no art. 149, CPB, não tem considerado a cumulação das modalidades executivas como critério ensejador de maior reprovabilidade da conduta do réu, sendo irrelevante se o trabalho é reduzido à condição análoga à de escravo por meio de uma ou mais condutas descritas no âmbito do art. 149, CPB.

Outrossim, quanto ao único acordão com decisão condenatória mista, é importante ressaltar que, na Apelação Criminal nº 0003252-06.2011.4.03.6111, o Ministério Público Federal apelou criminalmente pleiteando a condenação dos demais réus verificados na denúncia, bem

como a condenação do réu - que já fora condenado na 1ª instância - agora pelos crimes previstos no §1º do artigo 149, e artigos 197 e 203, c/c 71, todos do Código Penal.

Ocorre que, o juízo *ad quem* negou a apelação do Ministério Público Federal, uma vez que considerou que apenas o réu – que já fora condenado pela 1ª instância - deveria ser condenado, visto que era o responsável pela administração das propriedades e pela contratação e dispensa dos funcionários, entendendo, por sua vez, que a matriarca e os irmãos não sabiam das condições laborais degradantes, tendo como respaldo os depoimentos dos trabalhadores.

Nesse contexto, o réu condenado na 1ª instância, teve sua pena reduzida pelo tribunal, em virtude do afastamento da continuidade delitiva, porém fora reconhecida a incidência do concurso formal e da causa de aumento do inciso I do §2º do art. 149 do Código Penal Brasileiro, pelo fato de envolver criança ou adolescente. Apesar de a pena ter sido reduzida, a mesma se afastou um pouco do mínimo legal, haja vista que o réu fora condenado à pena definitiva de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e no pagamento de 22 (vinte e dois) dias-multa.

Por sua vez, em relação às apelações criminais com decisões que reduzem a pena fixada na 1ª instância, apenas fora encontrada a apelação criminal de nº 0007306-96.2011.4.03.6181, na qual a defesa dos réus apelou criminalmente contra decisão da 1ª instância que os condenou pela prática do crime de condição análoga à de escravo, requerendo a absolvição, alegando a insuficiência de provas e, subsidiariamente, pugnando pela fixação da pena no mínimo legal, bem como pela exoneração do pagamento de multa e da indenização fixadas.

Na decisão, o juízo da 2ª instância salienta para o fato de que as condutas descritas na norma incriminadora não estão atreladas à configuração da situação de escravo nos moldes historicamente estabelecidos (modelo escravagista clássico-romano), porém afirma que estão atreladas a formas contemporâneas de escravidão. Nessa perspectiva, contemporaneamente, a condição análoga à de escravo é caracterizada pela coação – moral, psicológica ou física – com o íterim de dificultar a saída do trabalhador de seu emprego.

De mais a mais, o tribunal afirmou que a materialidade e a autoria do crime do art. 149 do CPB estavam devidamente comprovadas, tanto pelos depoimentos das vítimas e das testemunhas quanto pelo laudo que

comprovou as condições degradantes do local de trabalho. Dessa feita, destaca-se o seguinte trecho do Boletim de Ocorrência:

[...] no interior do imóvel foi constatado que diversas pessoas trabalhavam em máquinas de costura, residindo no mesmo imóvel, em condições sub-humanas. Ainda, o local foi vistoriado com o apoio da representante do sindicato das costureiras de SP e Osasco, sra. Maria Susicleia Assis. A residência consiste em um imóvel assobradado, estando com todas as janelas e portas trancadas, sendo que em seu interior, na sala, haviam [sic] várias máquinas de costura onde trabalhavam as vítimas acima qualificadas, verificou-se ainda que as acomodações destinadas aos trabalhadores eram exíguas, trancadas e sem ventilação, sendo verificada falta de higiene. Outrossim, foi verificado que os trabalhadores eram alimentados com “ração”. Foi solicitada perícia local (msg 148/09), sendo contatado também o Ministério do Trabalho, objetivando a fiscalização do local. Aos indiciados, foi dada voz de prisão em flagrante, sendo ambos conduzidos a esta Delegacia, bem como os trabalhadores que se encontravam no local. (BRASIL. TRF-3, Apelação Criminal nº 0007306-96.2011.4.03.6181/SP).

Com efeito, em virtude do arcabouço probatório existente de que, de fato, ocorrera a submissão dos trabalhadores à condição análoga à de escravo, o juízo da segunda instância negou a apelação da defesa que pugnava pela absolvição.

No caso em questão, os acusados foram denunciados pela prática do art. 149 c.c. o art. 70, ambos do Código Penal Brasileiro, uma vez que 9 (nove) vítimas foram submetidas a condições degradantes. Entretanto, o juízo da 1ª instância, na sentença, reconheceu que os crimes descritos na denúncia foram praticados em continuidade delitiva e não em concurso formal. Nesse aspecto, o tribunal decidiu que a sentença deveria ser revista, uma vez que o crime previsto no art. 149 exige que o fato perdure pelo tempo e se trata, portanto, de infração de natureza permanente, não comportando as disposições do art. 71 do Código Penal Brasileiro que diz respeito à continuidade delitiva.

Sucedese que o juízo *ad quem* concordou com a denúncia do Ministério Público Federal quanto à existência do concurso formal, haja vista que, por meio de uma única conduta, 09 (nove) vítimas foram submetidas à condição análoga à de escravo, ou seja, 09 (nove) bens jurídicos distintos foram atingidos.

Nesse aspecto, é importante ressaltar a seguinte jurisprudência:

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. COMPETÊNCIA FEDERAL. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ATENTADO CONTRA A LIBERDADE DE TRABALHO. FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO POR LEI TRABALHISTA. INOCORRÊNCIA. PENA-BASE: REDUZIDA. CONCURSO FORMAL DE CRIMES: MULTIPLICIDADE DE TRABALHADORES. 1. Apelação da Acusação e Defesa contra a sentença que condenou o réu Ronaldo Perão como incurso no artigo 149, §2º, inciso I, c/c artigo 71, ambos do Código Penal e absolveu os demais da imputada prática do crime do artigo 149, caput, §§ 1º e 2º, e artigos 197 e 203, todos do Código Penal.

[...]

14. Com uma só ação foram cometidos crimes, do ponto de vista imediato, contra 21 trabalhadores, de modo que restou caracterizada a ocorrência de concurso formal de crimes, e não de continuidade delitiva. Precedente. Inteligência do artigo 70 do CP. 15. Apelo da acusação improvido. Apelo da defesa parcialmente provido. De ofício reconhecido concurso formal (Tribunal Regional Federal da 3ª Região, 1ª Turma, ACR 00032520620114036111, Rel. Des. Fed. HÉLIO NOGUEIRA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/05/2015).

No que tange à dosimetria da pena, o Tribunal, porém, acolheu de maneira parcial a apelação da defesa, alegando que a exasperação da pena deveria ser em menor grau, uma vez que os motivos do crime não extrapolaram o comum nesse tipo de crime, fixando a pena-base em 03 (três) anos e 06(seis) meses de reclusão, na primeira fase.

No mais, em virtude do concurso formal homogêneo, o TRF-3 aumentou pela metade a pena-base, condenando os réus a 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão e 25 (vinte e cinco) dias-multa, em regime semiaberto, bem como diminuiu o valor unitário do dia-multa para metade de um salário mínimo e extirpou a indenização de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) para cada trabalhador estabelecida pelo juízo singular e, por fim, não substituiu a pena privativa de liberdade por outras penas, uma vez que os requisitos legais foram descumpridos.

Afora isso, é importante salientar que na pesquisa jurisprudencial na plataforma eletrônica do Tribunal Regional Federal da 3ª Região foram encontrados 02 (dois) acórdãos com decisões absolutórias, tendo os dois

utilizado a mesma tese de insuficiência de provas para a configuração do crime de redução ao trabalho análogo ao de escravo. Desse modo, essas decisões são suscetíveis a críticas, em especial, em relação à comprovação do cerceamento da liberdade ambulatorial e das condições degradantes.

Na Apelação Criminal nº 0007095-60.2011.4.03.6181, a acusação requereu o reconhecimento do concurso formal em relação à prática do crime do art. 149 do CPB pelo fato de várias pessoas terem sido vítimas do suposto crime.

Advém que, na decisão da 2ª instância, houve o entendimento de que o recurso não deveria ser provido, uma vez que não havia prova suficiente nos autos para constatar, de fato, a prática do crime de redução à condição análoga à de escravo. O tribunal em questão argumentou que como provas apenas existiam os depoimentos dos três trabalhadores, sendo que um deles estava bem contraditório. Ademais segundo o tribunal, as condições degradantes de trabalho não foram comprovadas em laudo pericial, bem como não fora comprovado o dolo da ré em se apoderar dos documentos pessoais de um dos trabalhadores.

Nessa esteira, o juízo *ad quem* entendeu por perceptíveis apenas violações aos direitos trabalhistas das vítimas, afastando a jornada de trabalho desses trabalhadores - que trabalhavam durante dias úteis das 07h às 19h e, aos sábados, das 07h às 12h, recebendo R\$ 500,00 (quinhentos reais) por mês - do conceito de “jornada exaustiva” disposto no art. 149 do CPB.

No entanto, discordando do entendimento do referido tribunal, conforme preleciona Brito Filho (2010, p. 06), a jornada exaustiva é uma imposição de uma pessoa para outrem em uma relação de trabalho, que ultrapassa os limites legais estabelecidos, até mesmo os extraordinários, razão pela qual podem surgir problemas à saúde física e mental dos trabalhadores, advindos de uma sujeição forçada ou por qualquer circunstância que anule a sua capacidade de escolha.

Nos casos que envolvem o tipo penal do artigo 149 do CPB, na esfera social brasileira, verifica-se que a jornada exaustiva abarca tanto o fator duração quanto o fator intensidade, principalmente pela existência de uma proporção entre a produção e a remuneração. Nessa toada, a jornada exaustiva é caracterizada, principalmente pela imposição de um sistema de um esforço físico ao trabalhador pelo empregador, não havendo, assim, um tempo adequado ao descanso e recuperação do obreiro, o que traz à baila riscos à saúde e à vida (MESQUITA, p. 57, 2016).

Em igual linha de pensamento, Luiza Freitas (2018, p. 24) alude:

A jornada exaustiva é caracterizada por ser aquela que, ao final da sua realização, exaure por completo as forças físicas e/ou mentais do trabalhador, de modo que o empregado é completamente consumido pela atividade laborativa realizada, sendo considerada como uma forma de redução do trabalhador à condição análoga à de escravo.

Diante do exposto, nota-se que a jornada exaustiva é muito prejudicial à saúde física e psicológica dos trabalhadores, já que essa carga horária excessiva, por vezes, dificulta um descanso apropriado aos indivíduos, os quais mais exercem atividades laborativas do que descansam. Sendo assim, o desgaste físico e mental é uma das principais consequências da imposição de jornadas exaustivas.

Ademais, o TRF da 3ª Região também utilizou como excludente de ilicitude do crime, o fato de um dos trabalhadores, após a revogação da prisão preventiva da ré, voltar a trabalhar no local, deduzindo-se que o mesmo não era submetido a condições degradantes de trabalho e a jornadas exaustivas, pelo fato do mesmo ter voltado a prestar serviços a mesma empregadora.

Dessa forma, além de negar o recurso ministerial, o tribunal resolveu absolver a ré pela imputação do crime do art. 149, caput e § 1º, II, do CPB, visto que a decisão estava respaldada em um parco acervo probatório, não demonstrando, por sua vez, de fato, a materialidade delitiva ou alguma evidência de dolo específico da ré em se apoderar dos documentos pessoais de um dos seus empregados no íterim de retê-lo no local de trabalho.

O segundo acórdão absolutório (0002245-97.2012.4.03.6125) refere-se à apelação criminal interposta pelo Ministério Público Federal, o qual pugnou pela condenação do réu, visto que o mesmo fora absolvido pelo juízo *a quo* pelo crime de redução ao trabalho análogo ao de escravo. Calha que, mais uma vez, o tribunal não deu provimento à apelação, entendendo pela não comprovação da justa causa em virtude do parco arcabouço probatório.

Apesar de não existirem provas suficientes, conforme entendimento do tribunal, é importante fazer uma crítica a essa decisão, uma vez que ela discorre bastante acerca da modalidade do cerceamento da liberdade ambulatorial do trabalhador, alegando, no caso em testilha, que o trabalhador poderia sair a qualquer momento do local onde ele trabalhava, dando a entender que tal restrição de liberdade seria essencial à prática do delito. Entretanto, o cerceamento da liberdade de locomoção

é apenas uma das formas que caracterizam o delito do art. 149 do Código Penal Brasileiro, entendimento esse pacificado pela jurisprudência pátria.

Quanto aos Recursos em Sentido Estrito, os dois que foram encontrados na pesquisa jurisprudencial foram acolhidos pelo juízo *ad quem*. Nesse aspecto, o recurso de nº 0001705-07.2014.4.03.6181 foi interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão da 1ª instância que rejeitou a denúncia oferecida pela prática do crime do artigo 149 do CPB. O *Parquet* argumentou que existia justa causa para que a denúncia fosse recebida, tendo como prova da materialidade do crime o relatório de fiscalização e indícios de autoria contra os administradores das empresas de costura. Recorrendo, assim, com os seguintes argumentos:

- a) há prova de materialidade da conduta de submissão a jornadas exaustivas, contida no relatório de fiscalização para erradicação do trabalho escravo e nas declarações dos trabalhadores, os quais permitem concluir que as jornadas prolongadas eram cumpridas de maneira relativamente voluntária, haja vista que a «remuneração por tempo de trabalho era tão baixa que os trabalhadores naturalizaram a necessidade de produzir até o limite de suas capacidades para conseguir remunerações na linha do salário mínimo» (cfr. fl. 587);
- b) o relatório de fiscalização comprova as condições degradantes do meio ambiente de trabalho, consistentes em risco grave e iminente de incêndio decorrente das precárias instalações elétricas, risco de amputação e escaldamento pela falta de proteção do maquinário interno, botijões de gás instalados irregularmente em áreas confinadas, mínimo espaço de convivência dos trabalhadores com suas famílias, com divisão de quartos por meio de compensados de madeira, sem privacidade;
- c) há indícios de autoria para acusar os denunciados Oscar e Ana Rita, ambos administradores de empresas que possuíam vínculos com as oficinas investigadas, e ambos conhecedores do modo de produção das peças de vestuário, “sendo responsáveis pela fiscalização da atividade empresarial e, nesta qualidade, sabiam das condições em que o trabalho era exercido e tinham o dever de proporcionar aos trabalhadores condições favoráveis para o desempenho de suas funções” (cfr. fl. 589).

Com isso, por meio do Relatório de Fiscalização, fora constatado que, de fato, os trabalhadores encontrados estavam em condições análogas

à de escravo, uma vez que foram flagradas irregularidades elétricas, péssimas condições de alojamento, ausência de extintores de incêndio, ausência de refeitório, ventilação e iluminação insuficientes, enfim, além disso o relatório concluiu pela ocorrência de tráfico de pessoas para fins de exploração de trabalho em condição análoga à de escravo.

O relatório, além de ter constatado muitas irregularidades, tem-se os depoimentos e entrevistas dos trabalhadores resgatados, os quais relataram as suas rotinas, as condições nas quais trabalhavam e quanto recebiam por cada peça produzida. Por meio de tais depoimentos, foram verificadas jornadas exaustivas de trabalho, as quais chegavam a 14 horas diárias.

Diante disso, no que tange à decisão da 2ª instância, o juízo *ad quem* levou bastante em consideração o relatório de fiscalização, o qual entendeu que haveria sim justa causa para ser efetuada a denúncia, alegando, por sua vez, que o delito do art. 149 do Código Penal Brasileiro tem uma abrangência maior do que a liberdade de ir e vir, utilizando a seguinte jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

EMENTA PENAL. REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA A DE ESCRAVO. ESCRAVIDÃO MODERNA. DESNECESSIDADE DE COAÇÃO DIRETA CONTRA A LIBERDADE DE IR E VIR. DENÚNCIA RECEBIDA.

Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal.

A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo”. Não é qualquer violação dos direitos trabalhistas que configura trabalho escravo. Se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes

e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de trabalho, é possível, em tese, o enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal, pois os trabalhadores estão recebendo o tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade. Denúncia recebida pela presença dos requisitos legais (STF, Inq 3.412/AL, Rel. Min. Marco Aurélio, j. 29.03.12).

O outro Recurso em Sentido Estrito (nº 0000311-11.2015.4.03.6122/SP) pesquisado, também fora interposto pelo Ministério Público Federal contra a decisão do juízo da 1ª instância que concedeu liberdade provisória ao réu, o qual foi preso em flagrante pela prática do crime do art. 149 do CPB. Nesse sentido, inconformado, o *Parquet* interpôs tal recurso requerendo a reforma da decisão recorrida, acrescentando, por sua vez, uma fiança, a proibição de o réu se aproximar das vítimas a menos de 500 metros enquanto durasse a investigação criminal e a suspensão do exercício da atividade econômica da propriedade rural.

Entretanto, o juízo de 2ª instância deu parcial provimento ao recurso, negando o pedido de suspensão do exercício da atividade econômica da propriedade rural, em que pese ter sido sustentado no início do voto, a argumentação acerca do quão grave é o crime de trabalho análogo ao de escravo para o Estado Democrático de Direito, visto que são feridos valores fundamentais, tais como a liberdade e a proteção ao trabalho.

2 TEMPO DE JULGAMENTO

No intuito de verificar o tempo de julgamento de cada recurso no TRF-3, após as análises quantitativa e qualitativa dos recursos em apreço, foi feito um levantamento na plataforma eletrônica do referido Tribunal, especificamente na parte de acompanhamento processual, de quantos dias em média o juízo *a quo* demorou para julgar as apelações criminais e os recursos em sentido estrito relativos ao crime em estudo, dados revelados na tabela abaixo:

TABELA 1 - MÉDIA GERAL DE TEMPO DE JULGAMENTO DOS RECURSOS

Nº DO PROCESSO	DATA DE AUTUAÇÃO	DATA DE JULGAMENTO	TEMPO
2014.61.81.001705-2	29/12/2015	27/06/2016	182 DIAS
2015.61.22.000311-0	01/09/2015	18/01/2016	140 DIAS
2012.61.25.002245-2	08/05/2015	09/05/2016	367 DIAS
2011.61.11.003252-3	06/01/2014	05/05/2015	485 DIAS
2011.61.81.008440-4	19/07/2013	16/02/2016	942 DIAS
2010.61.81.000354-0	21/10/2010	14/02/2012	482 DIAS
2014.61.81.013529-2	10/09/2015	26/01/2016	139 DIAS
2011.61.81.007306-6	03/06/2015	22/09/2015	112 DIAS
2013.60.06.000235-3	04/11/2016	13/03/2017	103 DIAS
2014.60.00.006807-8	25/05/2016	07/11/2016	167 DIAS
2011.61.81.007095-8	12/12/2014	24/04/2017	858 DIAS
		MÉDIA DE DIAS	361,5 DIAS

Fonte: Tribunal Regional Federal da 3ª Região

Nesse aspecto, verificou-se que a média geral de julgamento do Tribunal Regional Federal da 3ª Região é aproximadamente de 1 (um) ano, visto que existem recursos que demoraram quase três anos para serem julgados, ou seja, isso evidencia que o referido Tribunal, de fato, é moroso em suas decisões no que concerne aos recursos relativos ao crime de redução a condição análoga à de escravo.

3 REFLEXÕES CRÍTICAS

No que diz respeito à plataforma eletrônica, constatou-se dificuldades em relação ao sítio do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, visto que, por vezes, ele ficava indisponível e possuía muita lentidão no decorrer da realização da pesquisa jurisprudencial.

Ademais, devem ser realizadas críticas a alguns argumentos utilizados pelo Tribunal em questão, dentre as quais, os relativos à insuficiência de provas, aos resqúícios da tese de que para haver a

configuração do crime, necessariamente deveria ocorrer o cerceamento da liberdade ambulatorial da vítima, bem como à dedução de não ocorrência do delito baseado no fato da vítima ter voltado a trabalhar para a ré, após a revogação da prisão preventiva da mesma, sem levar em consideração a situação de vulnerabilidade que os trabalhadores que são vítimas desse ilícito se encontram, fazendo com que eles novamente retornem ao ciclo da escravidão por falta de opção de labor.

Em relação ao argumento de que é necessário haver o cerceamento da liberdade ambulatorial da vítima para a configuração do crime de trabalho escravo contemporâneo, preleciona Cazetta (2007, p. 118-119), *in verbis*:

De fato, apenas uma interpretação que tenha nos olhos a trava oitocentista há de ter em relevo apenas (e tão somente) a liberdade individual do trabalhador, retirando-o do específico contexto em que se dá a sua relação com o empregador ou com o intermediário que o arregimenta para o exercício do trabalho em condições desumanas. Não se está, por certo, diante de uma situação ideal de “contrato”, em que iguais se acertam e concertam valores, condições e preços ou, menos ainda, em modelos em que essas contratações se deem de maneira individualizada.

Nesse aspecto, evidencia-se a filiação ao pensamento tradicional e obsoleto de relacionar apenas o bem jurídico liberdade individual do trabalhador como o único a ser protegido pelo Estado neste ilícito, mesmo após a alteração legislativa do artigo 149 do CPB pela Lei n. 10.803/2003 (MESQUITA, 2016, p. 189), que, por sua vez, ao mencionar de forma expressa os modos de execuções que configurariam o tipo penal, passou a ter como principal bem jurídico tutelado pelo tipo a dignidade da pessoa humana, visto que todas as modalidades executivas visam garantir a dignidade da vítima trabalhador, conforme assevera Brito Filho (2010, p. 66).

De acordo com Cavalcanti (2016, p. 53), existe um desacordo interpretativo que advém da questão de ainda associar o delito de redução ao trabalho análogo ao de escravo com a escravidão evidenciada em obras literárias e artísticas, motivo pelo qual, por vezes, o estereótipo histórico se sobrepõe ao conceito legal do crime. Nesse viés, por meio de tais obras, enraíza-se na sociedade brasileira um cenário de restrição à liberdade de locomoção como um fator principal para a configuração da escravidão e, tal ideia, reverbera no judiciário brasileiro.

Além disso, apesar de existirem diversas decisões coerentes e que, de fato, punem da forma adequada tal crime tendo como base a dignidade da

pessoa humana, existem partes de algumas decisões que não acompanham o entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritário atualmente. Nessa senda, de acordo com Freitas (2018, p. 21), muito embora exista uma discordância doutrinária e jurisprudencial no que pertine à associação do trabalho análogo ao de escravo com a escravidão clássica, é necessário adotar a conceituação prevista no art. 149 do CPB, no qual está constatada a alternatividade do tipo penal e não a exigência de que deva ocorrer a restrição da liberdade ambulatorial para que seja caracterizado o delito em exame. A autora ainda ressalta a importância do caráter alternativo do tipo penal, uma vez que é caracterizado pelo fato de serem previstas várias modalidades executivas, porém, para que haja a sua consumação, apenas há a necessidade da realização de uma delas pelo agente.

Nesse sentido, trazemos à baila o acórdão da apelação criminal nº 0007306-96.2011.4.03.6181, no qual o Tribunal entendeu que a pena foi exasperada de maneira equivocada – reduzindo- a de 8 para 5 anos, além de diminuir a quantidade e o valor dos dias-multa e extirpar a indenização de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais) a cada um dos nove trabalhadores, haja vista que os motivos do crime não ultrapassaram o comum. Entretanto, neste caso, os trabalhadores eram alimentados com “ração”, ficavam em locais sem ventilação, sem nenhuma condição de higiene e com portas e janelas fechadas, restando claro uma afronta explícita à dignidade da pessoa humana. Assim, o argumento de que os motivos do crime não ultrapassaram o comum não se faz convincente, visto que as condições dos 9 (nove) trabalhadores eram totalmente indignas para um ser humano. Nessa perspectiva, cabe mencionar o pensamento de Miraglia (2008, p. 137) a esse respeito:

[...] pode-se inferir que o trabalho escravo contemporâneo é aquele que se realiza mediante a redução do trabalhador a simples objeto de lucro do empregador. O obreiro é subjugado, humilhado e submetido a condições degradantes de trabalho e, em regra, embora não seja elemento essencial do tipo, sem o direito de rescindir o contrato ou de deixar o local de labor a qualquer tempo.

Depreende-se, assim, que o trabalhador é tido como um objeto de lucro do empregador, motivo pelo qual se verifica a coisificação do ser humano, uma vez que, por meio de submissões a condições degradantes, a jornadas exaustivas e a qualquer modalidade prevista no art. 149 do CPB, o obreiro tem a sua dignidade fortemente violada.

Cabe salientar, ainda, o pensamento kantiano de que os seres racionais são submetidos a um imperativo categórico, o qual postula que eles jamais devem tratar uns aos outros como meios, mas sempre como fins em si, razão pela qual serão caracterizadas a autonomia e a dignidade da pessoa humana (MIRAGLIA, 2008, p. 63).

Outra questão evidenciada na pesquisa jurisprudencial foi a quantidade de imigrantes que foram submetidos a condições análogas a de escravo, em especial, nas atividades comerciais relativas à costura. Notou-se que existe sim uma certa vulnerabilidade desses trabalhadores, pois eles se encontram, por vezes, de maneira clandestina no país e, dessa forma, não possuem escolhas e oportunidades, acabando por serem submetidos a tais condições de trabalho. Nesse aspecto, em algumas decisões, no tocante à dosimetria da pena, essa questão dos estrangeiros foi considerada acertadamente como condição desfavorável aos réus, coadunando com a doutrina pátria majoritária (Brito Filho, 2014, p. 48):

Na verdade, o que deve ser observado é o grau de domínio que exerce o tomador dos serviços em relação ao trabalhador; a sujeição que o primeiro impõe ao segundo. Nos casos em que habitualmente se denuncia a prática do trabalho escravo, no Brasil, isso fica claro. São trabalhadores migrantes, como nas plantações de cana-de-açúcar e nas fazendas de gado, e às vezes imigrantes, como é o caso dos bolivianos que trabalham na indústria de confecção; arregimentados em local distante de onde vai haver a prestação de serviços; sem perspectiva de realizar outra atividade que garanta sua sobrevivência; sem o grau de conhecimento mínimo que lhes permita questionar, ainda que intimamente, as péssimas condições de trabalho que lhes são oferecidas. Mais. Por conta de todas essas condições, são altamente influenciáveis e, no mais das vezes, levados a crer que o que lhes é exigido é permitido por lei. Tudo isso leva a estado em que sua vontade é anulada, “criando” situação de sujeição tal que não se pode, sob qualquer pretexto, falar em outra condição que não a de clara violação à sua liberdade.

Em relação a isso, percebe-se que, o fato das vítimas imigrantes não conseguirem provar o seu depoimento, por vezes, faz com que os recursos ministeriais sejam desprovidos ou até mesmo que o réu seja absolvido, em virtude da ausência de provas concretas de autoria do delito, o que dificulta bastante a repressão desse crime.

Nota-se, por sua vez, que os trabalhadores estrangeiros possuem diversas vulnerabilidades. Em primeiro lugar, destaca-se a vulnerabilidade social e econômica, motivo pelo qual eles saíram de seus países de origem em busca de melhores condições de vida e, ao chegarem no Brasil, encontram dificuldades no que tange ao idioma e ao isolamento social que são submetidos pelos empregadores e, por fim, são vulneráveis no que concerne ao conhecimento da legislação brasileira, desconhecem seus direitos e, ressalta-se um fato importante, muitos estão em situação irregular no país e temem ser deportados. (SILVA, CHAVES, 2017, p. 88).

Nesse contexto, verifica-se que a condição de vulnerabilidade dos estrangeiros é um forte fator que influencia a ocorrência do delito de redução ao trabalho análogo ao de escravo e que é, por vezes, ponderado nas decisões do TRF-3, visto que muitas das vítimas são de outras nacionalidades.

Dessa maneira, outra crítica importante a ser tecida está relacionada à falta de arcabouço probatório, a qual é o maior argumento utilizado pelo Tribunal nos acórdãos absolutórios, haja vista que são os depoimentos das vítimas contra os depoimentos dos réus e, nesses casos, pela falta da comprovação da justa causa, absolve-se o réu ou, em caso de dúvidas, aplica-se o *indubio pro reo*. De mais a mais, faz-se mister salientar o pensamento de Freitas (2018, p. 27):

[...] as condições degradantes não decorrem de uma mera irregularidade trabalhista, ou do desatendimento de algumas normas de medicina e segurança do trabalho, mas sim são formadas a partir de um conjunto de situações violadoras da dignidade do trabalhador, que infringem os direitos trabalhistas mínimos, evidenciando que, nestes casos, o empregado é considerado pelo empregador como mero objeto substituível e sem valor, e, portanto, não é visto como um fim em si mesmo.

Acerca do exposto, a autora conclui que, nos casos que envolvam o delito de trabalho análogo ao de escravo, faz-se importante afastar a ideia de mera irregularidade trabalhista no que tange às condições degradantes, dando oportunidade mais ampla do tipo penal, que tem como cerne a proteção da dignidade da pessoa humana.

É de extrema importância discorrer sobre o conceito contemporâneo do delito de redução ao trabalho análogo ao de escravo nos termos do art. 149 do CPB, cujo objetivo é tutelar a dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, observou-se por meio da pesquisa de campo na plataforma eletrônica do TRF da 3ª Região que tal tribunal vem aplicando o conceito

contemporâneo de trabalho escravo, não se restringindo apenas à ocorrência da modalidade de restrição de liberdade para a caracterização do delito.

As críticas feitas não são relacionadas diretamente com a interpretação e com a aplicação do conceito, mas sim a alguns argumentos presentes nos acórdãos absolutórios e nos de redução de pena, uma vez que, a nosso ver, o tribunal deveria dar mais ênfase nas elementares e nas circunstâncias do referido delito, quais sejam:

Especificamente em relação à sujeição do trabalhador à condição análoga à de escravo, constituem elementares do crime: trabalho forçado, condições degradantes, jornada exaustiva, restrição da liberdade em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, retenção de documentos pessoais, cerceamento do uso de qualquer meio de transporte e manutenção de vigilância ostensiva no local de trabalho com o objetivo de manter o empregado no emprego (FREITAS, 2018, p. 72).

Critica-se, também, como é levada em consideração a análise da culpabilidade dos agentes para fins de redução ou de aumento de pena nos acórdãos em comento, haja vista que, em sua dissertação de mestrado, FREITAS (2018, p. 77) verificou que, no Tribunal Regional Federal da 3ª Região, muito embora seja reconhecida a alternatividade do delito do art. 149 do CPB, a cumulação das modalidades não é considerada como critério responsável pela caracterização de maior reprovabilidade da conduta dos agentes, ou seja, é irrelevante se o trabalhador foi submetido a uma ou mais modalidades previstas do diploma penal brasileiro, razão pela qual não existe fixação de penas tão altas referente a esse delito no âmbito do TRF da 3ª Região.

CONCLUSÃO

O presente artigo constatou que o cenário das decisões do TRF-3 chega a ser considerado inexpressivo, conforme dados acima demonstrados, no lapso temporal de janeiro de 2010 a dezembro de 2016, apenas 11 (onze) recursos foram encontrados na plataforma eletrônica, chamando a atenção para o fato de que, no que tange às apelações criminais, destacam-se os acórdãos que ou mantiveram as condenações fixadas pelos juízes de 1ª instância ou modificaram as decisões absolutórias para condenar os réus pelo crime previsto no art. 149 do CPB.

Verifica-se, no entanto, ainda resquícios do entendimento de que para que ocorra o delito do art. 149 do CPB deve haver a restrição à liberdade de locomoção da vítima, sendo esta a tese firmada nas apelações absolutórias.

Ademais, evidenciou-se uma certa resistência do Tribunal no tocante à exasperação da pena, sob o fundamento de que para que isso ocorra faz-se necessário comprovar alguma atitude fora do comum, relacionada com um grau de culpabilidade alto, o que ocasiona, por vezes, a diminuição da pena na 2ª instância.

Além disso, verificou-se também que no que tange ao tempo de julgamento desses recursos, a média de aproximadamente um ano demonstra uma morosidade no julgamento dos mesmos.

No entanto, comparando com os demais Tribunais Federais do país, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região de forma majoritária explana um entendimento mais atual e contemporâneo acerca do crime de redução à condição análoga ao de escravo, com base na doutrina majoritária existente no país.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de Dezembro de 1940. Código Penal Brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm> . Acesso em: 13 set. 2017.

_____. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de Outubro de 1941. Código de Processo Penal Brasileiro. **Diário Oficial da República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 3 de outubro de 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689Compilado.htm> . Acesso em: 18 set. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que deu provimento ao recurso em sentido estrito para receber a denúncia conta os recorridos**. Recurso em sentido estrito nº 0001705-07.2014.4.03.6181/SP. Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow. 27 de junho de 2016. Ministério Público Federal e Armin Mamani Paco, Zacarias Garica Chipari e Hernan Valdez Martinez. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5206217>>. Acesso em: 8 ago. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que deu provimento parcial ao recurso ministerial.** Recurso em sentido estrito nº 0000311-11.2015.4.03.6122/sp. Ministério Público Federal e Aparecido Piva. Relator: Desembargador Paulo Fontes. 18 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4809801>>. Acesso em: 25 set. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento pedido aos recursos da acusação e da defesa, mantendo integralmente a sentença do primeiro grau.** Apelação Criminal nº 0002245-97.2012.4.03.6125/SP. Ministério Público Federal e Marcos Antônio Medina Garcia. Relator: Desembargador Paulo Fontes. 09 de maio de 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5107922>>. Acesso em: 01 ago. 2017

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que deu provimento à apelação da acusação.** Apelação Criminal nº **0000354-38.2010.4.03.6181/SP.** Ministério Público Federal e Sang Hern Lee. Relator: Desembargador Federal Vesna Kolmar. 14 de fevereiro de 2012. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/1733363>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento à apelação do Ministério Público e deu parcial provimento à apelação de um dos apelantes.** Apelação Criminal nº 0003252-06.2011.4.03.6111/SP. Ministério Público Federal e Ronaldo Perao e outros. Relator: Desembargador Hélio Nogueira. 05 maio de 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4246853>>. Acesso em: 18 set. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que deu parcial provimento à apelação para reconhecer a ocorrência do concurso formal.** Apelação Criminal nº 0008440-61.2011.4.03.6181/SP. Ministério Público Federal e Rosa Casia. Relator: Desembargador Federal Hélio Nogueira. 16 de fevereiro de 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4962194>>. Acesso em: 01 set. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento ao apelo defensivo.** Apelação Criminal nº 0013529-60.2014.4.03.6181/SP. Ministério Público Federal e Andres Muni Kuno. Relator: Desembargador José Lunardelli. 26 de janeiro de 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4874235>>. Acesso em: 28 set. 2017.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento à apelação da defesa**. Apelação Criminal nº 0007306-96.2011.4.03.6181/SP. Ministério Público Federal e Hilda Mollo Laura e Freddy Angel Condori Ticona. Relator: Desembargador Federal José Lunardelli. 22 de setembro de 2015. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/4642524>>. Acesso em: 30 set. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento à apelação da defesa**. Apelação Criminal nº 0000235-15.2013.4.03.6006/MS. Ministério Público Federal e Bernardo Gregorio Cardozo Gaona e Cintia Maciel Correa. Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow. 13 de março de 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5803206>>. Acesso em: 16 set. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento ao recurso da defesa e deu parcial provimento à apelação ministerial**. Apelação Criminal nº 0006807-68.2014.4.03.6000/MS. Ministério Público Federal e Duarte de Castro Cunha Neto. Relator: Desembargador Federal André Nekatschalow. 07 de novembro de 2016. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5454454>>. Acesso em: 15 set. 2017.

_____. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. **Acórdão de decisão que negou provimento à apelação ministerial**. Apelação Criminal nº 0007095-60.2011.4.03.6181/SP. Ministério Público Federal e Clorinda Ayte Cascamayta. Relator: Desembargador Federal Mauricio Kato. 24 de abril de 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/acordaos/Acordao/BuscarDocumentoGedpro/5973296>>. Acesso em: 29 ago. 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho escravo: caracterização jurídica**. São Paulo: LTr, 2014.

_____. Trabalho escravo: caracterização jurídica dos modos típicos de execução. **Hendu – Revista Latino-Americana de Direitos Humanos**, v. 4, n. 1, p. 41-56, jun. 2014. Disponível em: <<https://periodicos.ufpa.br/index.php/hendu/article/view/1714/2135>>. Acesso em: 28 fev. 2018.

_____. Trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 2. ed. São Paulo: LTr, 2010.

CAVALCANTI, Tiago Muniz. **Trabalho escravo na moda: os grilhões ocultos da elite brasileira**. Texto divulgado pela ONG Repórter Brasil. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2013/11/os-grilhoes-ocultos-da-elite-brasileira/>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

CAZETTA, Ubiratan. **A escravidão ainda resiste**. In: Possibilidades Jurídicas de Combate à escravidão contemporânea. Brasília: Organização Internacional do Trabalho, 2007.

CIDHA, Clínica de Direitos Humanos da Amazônia. **Banco de dados de Processos na 2ª Instância nos Tribunais Regionais Federais brasileiros**. Disponível em: <<http://www.cidh.ufpa.br/2017/Prof.%20Valena/BANCO%20DE%20DADOS%202017%20OFICIAL-%20%20INSTANCIA.pdf>>. Acesso em: 10 fev. 2018.

FREITAS, Luiza Cristina de Albuquerque. **Trabalho em condições análogas ao de escravo: uma análise a partir da jurisprudência do TRF 3ª Região**. Dissertação de mestrado do Programa de Pós-graduação em direito da Universidade Federal do Pará, 2018. Disponível em: <http://www.repositorio.ufpa.br/jspui/bitstream/2011/10150/1/Dissertacao_TrabalhoCondicoesAnalogas.pdf>. Acesso em: 15 set. 2018.

LOPES JÚNIOR, Aury. **Direito Processual Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves; FREITAS, Luiza Cristina de Albuquerque. **Trabalho em condições análogas ao de escravo: o reconhecimento jurisprudencial do conceito fundamentado na tutela da dignidade**. Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho II [Recurso Eletrônico on-line] organização CONPEI/UnB/UCB?IDP/UDF. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/od9961w9/8kzDrXdzPUfWnJG2.pdf>>. Acesso em: 05 mar. 2018.

_____. **A sujeição do trabalhador a condição análoga à de escravo no Pará: uma análise jurisprudencial do crime no Tribunal Regional Federal da 1ª Região** (Doutorado) – Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belém, 2014.

_____. **O trabalho análogo ao de escravo: uma análise jurisprudencial do crime no TRF 1ª Região**. Belo Horizonte: RTM, 2016.

MIRAGLIA, Livia Mendes Moreira. **Trabalho escravo contemporâneo: conceituação à luz do princípio da dignidade da pessoa humana**. Belo Horizonte, 2008. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MiragliaLM_1.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2018.

SANDEL, Michael. **Justiça – o que é fazer a coisa certa**. 4. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SILVA, Robson Heleno da; CHAVES, Valena Jacob. Migração e escravidão no Brasil: uma análise acerca da Lei nº 13.445/2017. **Rev. de Direito do Trabalho e Meio Ambiente do Trabalho**, Maranhão, v. 3, n. 2, p. 83 – 103, jul./dez. 2017. Disponível em: <<http://www.indexlaw.org/index.php/revistadtmat/article/view/2485>>. Acesso em: 15 mar. 2018.

A VIABILIDADE DA CONDENAÇÃO DE OFÍCIO NOS PROCESSOS TRABALHISTAS ENVOLVENDO DUMPING SOCIAL GERADO PELA EXPLORAÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

THE FEASIBILITY OF CONDEMNATION EX OFFICIO IN LABOR PROCESSES INVOLVING SOCIAL DUMPING GENERATED BY EXPLORATION OF CONTEMPORARY SLAVE LABOR

Rogério Santa Brigida da Costa Ramos *

Valena Jacob Chaves Mesquita **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Dumping social. 2 Trabalho escravo como causa de dumping social. 3 Objeções à condenação de ofício. 4 Permissões e ensejo para condenar de ofício por dumping social decorrente de exploração de trabalho escravo. 4.1 Normas e outros argumentos favoráveis à proatividade judicial trabalhista. 4.2 Inocuidade ao contraditório e à ampla defesa. 4.3 Legitimidade ativa de indivíduos e entidades. 4.4 Razões para a Justiça do Trabalho condenar de ofício. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este trabalho objetiva analisar a viabilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, da condenação de ofício, pelo Poder Judiciário Trabalhista, nos casos de dumping social decorrente de trabalho em condições análogas às de escravo. O dumping social é um conceito utilizado no direito do trabalho para identificar o dano social provocado por casos de reiterados e dolosos descumprimentos de normas trabalhistas por um mesmo empregador, com o intuito de reduzir custos de produção para gradativa eliminação da concorrência e exacerbado aumento dos lucros. Por também se tratar de desrespeito a normas trabalhistas, o que diminui custos de produção e aumenta ilicitamente os lucros, verifica-se que a exploração de mão de obra escrava contemporânea, mesmo sem reincidências, resulta em dumping social. Sendo tais práticas reprovadas juridicamente no Brasil, propõe-se, como opção de enfrentamento pelo Estado e, mais especificamente, pelo Poder Judiciário Trabalhista, a condenação de ofício dos empregadores ao pagamento de indenização pelo dumping social causado pela exploração de trabalho escravo contemporâneo. A fim de promover a reflexão a respeito da temática e demonstrar a viabilidade jurídica da proposta, são apresentados fundamentos legais, doutrinários e jurisprudenciais contra e a favor daquela. O presente trabalho conduz ao entendimento de que a iniciativa judicial debatida é viável, cabendo sempre a apreciação de

* Graduação em Licenciatura Plena em Biologia em 2003 pela Universidade Federal do Pará. Especialização em Toxicologia em 2006 pela Universidade Federal do Pará. Graduação em Bacharelado em Direito em 2018 pela Universidade Federal do Pará.

** Diretora da Faculdade de Direito da UFPA. Doutora e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Professora da Graduação e do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFPA. Diretora da Associação Brasileira de Advogados Trabalhistas - ABRAT e Diretora da Associação Luso Brasileira de Juristas Trabalhistas - JUTRA. É pesquisadora da Clínica de Direitos Humanos da Amazônia do PPGD/UFPA e dos seguintes Grupos de Pesquisas do CNPQ: Ordenamento Territorial e Governança da Terra na Amazônia (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/0011130831259684); Biodiversidade, Sociedade e Território na Amazônia - BEST Amazônia (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/1337512272041455) e Grupo de Pesquisa Trabalho Escravo Contemporâneo (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/8608839500285752).

Artigo recebido em 19/04/2018 e aceito em 22/05/2018.

Como citar: RAMOS, Rogério Santa Brigida da Costa; MESQUITA, Valena Jacob Chaves. A viabilidade da condenação de ofício nos processos trabalhistas envolvendo dumping social gerado pela exploração de trabalho escravo contemporâneo. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 361 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

cada caso. Os argumentos utilizados, todavia, podem e devem ser revistos pelos interessados em contribuir com o assunto.

Palavras-chave: Condenação de ofício. Dumping social. Trabalho escravo.

ABSTRACT: *This paper aims to analyze the viability, by the Brazilian legal system, of ex officio condemnation by the Labor Judiciary in cases of social dumping resulting from work in conditions analogous to slave labor. Social dumping is a concept used in labor law to identify the social damage caused by cases of repeated and intentional noncompliance with labor standards by the same employer in order to reduce production costs to gradually eliminate competition and exacerbate increased profits. Considering it is also a question of disregarding labor standards that reduces production costs and illicitly increases profits, it is found that the exploitation of contemporary slave labor, even without recidivism, results in social dumping. As both practices are legally disapproved in Brazil, it is proposed, as an option of confrontation by the State and, more specifically, by the Labor Judiciary, the conviction of employers to pay compensation for social dumping caused by the exploitation of contemporary slave labor. In order to promote reflection on the subject and to demonstrate the legal feasibility of the proposal, legal, doctrinal and jurisprudential grounds are presented against and in favor of it. The present work leads to the understanding that the judicial initiative discussed is viable, always being necessary the assessment of each case. The arguments used, however, can and should be reviewed by those interested in contributing to the subject.*

Keywords: *Condemnation ex officio. Social dumping. Slave labor.*

INTRODUÇÃO

As empresas, por todo o mundo, são fundadas com as mais diversas finalidades específicas imagináveis. Entretanto, apesar dessa diversidade, é possível afirmar seguramente que o objetivo central de qualquer empresa privada é o lucro. Para alcance deste objetivo, várias são as estratégias que podem ser usadas pelos empresários. Porém, qualquer método adotado encontra limites nos conjuntos de valores e normas que balizam as condutas em cada sociedade humana e que se traduzem na moral, na ética e no direito.

O direito é, sem dúvida, o conjunto de valores e normas que possui maior poder coercitivo sobre as empresas, já que necessariamente intrínseco àquelas desde a fundação. Por esse motivo e partindo da lógica de perseguição do lucro, as empresas, especialmente as multi ou transnacionais, estão sempre em busca dos ambientes mais propícios para seus negócios, o que implica a preferência por produzir em e/ou vender em localidades com ordenamentos jurídicos mais permissivos, ou seja, menos resistentes aos métodos de atuação que possam conduzir à mais rápida e maior lucratividade.

A despeito de eventualmente esbarrar em valores éticos e morais e induzir Estados a flexibilizar sua legislação, a preferência empresarial por espaços mais propícios para investimentos não se reveste, a priori,

de ilicitude alguma. Todavia, muitas dessas empresas, não satisfeitas com as vantagens legalmente obtidas, exercem suas atividades com práticas juridicamente irregulares e, por vezes, abomináveis.

Quando uma empresa se beneficia de condutas ilícitas em seus negócios, visando obter discrepantes vantagens contra seus concorrentes no mercado e, com isso, aumentar seus lucros, está a praticar o que no âmbito do comércio internacional é chamado de “dumping”.

Originalmente do direito empresarial, o dumping é caracterizado pela venda de produtos em determinado mercado a preço muito inferior ao praticado pela concorrência local, fazendo com que ocorra a eliminação progressiva daquela (PINTO, 2011) e, conseqüentemente, a monopolização do setor. Contudo, grande parte dos operadores do direito do trabalho também adota referido termo para identificar os casos de reiterados e dolosos descumprimentos de normas trabalhistas por um mesmo empregador, constituindo o que profissionais do ramo denominam “dumping social”.

Odumping social é comumente atrelado à repetição de determinadas práticas lesivas a direitos laborais por um empregador com o fito imediato de diminuir os custos da produção. Porém, a depender do direito lesado por tal conduta, o critério de repetitividade pode vir a ser dispensado para a caracterização do dano (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 25). É o que ocorre, por exemplo, mas não somente, nos casos em que são constatadas condições de trabalho semelhantes às de escravidão.

O trabalho em condição análoga à de escravo agride tantos e tão importantes direitos humanos, sociais e trabalhistas a um só tempo que, independentemente do número de empregados ou de vezes em que determinado empregador foi flagrado cometendo tal ilicitude, a simples constatação dessa forma de exploração de mão de obra já pode ser considerada como instrumento de dumping social – como será mais bem explicado adiante, outros fatores também caracterizam esse dano.

O Ministério Público do Trabalho (MPT) e o Ministério do Trabalho (MTE) são os principais agentes estatais brasileiros legitimados a combater diretamente o dumping social e o trabalho escravo contemporâneo, mas não os únicos. O Poder Judiciário, mormente a Justiça do Trabalho, por meio de suas decisões, também tem enfrentado mencionados problemas sempre que provocado a tal fim, especialmente em ações civis públicas. No entanto, esse enfrentamento dependente de provocação específica tem se mostrado pouco eficaz, o que se depreende pela continuidade dessas

inaceitáveis práticas pelos mesmos ou por outros empregadores ao longo dos anos, em diversos setores da economia e diferentes regiões do país.

À luz do que dispõem a Constituição Federal de 1988 (CF/88), a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e outros diplomas normativos aplicáveis ao processo trabalhista, vislumbra-se a hipótese de a Justiça do Trabalho condenar, de ofício, empregadores ao pagamento de indenização em razão do dumping social praticado pela utilização de mão de obra escrava contemporânea. Destarte, o objetivo deste artigo é analisar a viabilidade, pelo ordenamento jurídico brasileiro, de referida proposição.

O texto consiste em um levantamento bibliográfico, normativo e jurisprudencial no qual, inicialmente, expõem-se particularidades relativas ao dumping social na esfera trabalhista brasileira, enfatizando-se o que isso traz de maléfico aos trabalhadores, ao Estado, ao restante da sociedade e ao próprio Poder Judiciário Trabalhista. Posteriormente, são destacados alguns termos necessários à compreensão do que é o trabalho em condições análogas à de escravo, correlacionando este ao dumping social. Por fim, propõe-se a o enfrentamento de ofício pela Justiça do Trabalho e apresentam-se argumentos contrários e favoráveis à hipótese, discutindo-se e evidenciando-se, não obstante as discordâncias, que, no Brasil, é juridicamente viável a aplicação da proposta em estudo pelo Poder Judiciário Laboral.

1 DUMPING SOCIAL

O desrespeito esporádico a direitos trabalhistas é uma realidade consideravelmente comum entre aqueles que empregam no mercado brasileiro. Isso se deve em parte à considerável complexidade e variedade de normas que incidem sobre as mais diversas áreas de atividade empresarial, que pode confundir e induzir a erro ou a inobservância involuntária especialmente os empregadores de médio e pequeno porte, vez que estes nem sempre dispõem de qualificação ou assistência jurídica adequada para conduzir seus negócios.

Entretanto, em não raras ocasiões, a desobediência às regras laborais se dá de maneira proposital, dolosa, o que se evidencia pela repetitividade das infrações pelo mesmo empregador e, conseqüentemente, pelas numerosas reclamações perante a Justiça do Trabalho.

Apesar de, por vezes, já terem várias condenações em ações com objetos muito semelhantes ao longo de anos, muitos empregadores persistem

com as mesmas condutas irregulares em suas relações empregatícias, o que permite inferir que essas posturas, não obstante as aparentes derrotas perante a Justiça, trazem resultados financeiramente positivos aos supostos derrotados nas lides.

É possível depreender também que a intenção dos empregadores, nesses casos, é a de redução dos custos de produção, que se traduz em vantagem sobre os concorrentes e num consequente aumento dos lucros, constituindo o que parte dos doutrinadores do direito trabalhista chama de “dumping social” (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 20-22, *passim*).

“Dumping social” é uma expressão derivada do termo “dumping”, o qual, por seu turno, “foi primeiro utilizado no Direito Comercial, para definir o ato de vender grande quantidade de produtos a um preço muito abaixo do praticado pelo mercado” (BRASIL, 2017r).

Ressalta-se que, embora haja dissenso doutrinário sobre a aplicação do termo “dumping” no âmbito laboral (PINTO, 2011) e a expressão “dano social” seja o gênero e não a espécie do dano (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 60), não é objetivo deste trabalho discutir os pormenores dessa terminologia, adotando-se, para as argumentações que seguirão, indistintamente, as expressões “dumping social” e “dano social”.

O dumping social resta configurado quando um empregador, consciente e reiteradamente, viola direitos de seus empregados com o intuito de obter vantagens comerciais e financeiras, incrementando a competitividade desleal no mercado, pela irregular diminuição dos gastos com mão de obra em suas atividades (BRASIL, 2017r). Em outras palavras:

[...]“dumping social” é o rebaixamento do nível e da qualidade de vida dos trabalhadores, advindo da prática de conduta socialmente reprovável do empregador, caracterizada pelo desrespeito reiterado e inescusável dos direitos trabalhistas, gerando ao empregador o efeito potencial, atingido, ou não, da obtenção de uma vantagem econômica sobre outros empregadores que cumprem, regularmente, as obrigações jurídicas trabalhistas, incentivando, reflexamente, a concorrência desleal. (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 25).

As práticas que podem caracterizar o dumping social são as mais diversas possíveis, podendo envolver excessos na jornada de trabalho,

terceirização ilícita, desrespeito a normas de segurança e de medicina do trabalho, entre outras (BRASIL, 2017r).

Quando um empregador deixa, por exemplo, de investir em equipamentos ou estruturas que diminuam a insalubridade e/ou a periculosidade no ambiente de trabalho de seus funcionários, está economizando com os gastos de aquisição desses materiais, mas, por outro lado, também está aumentando os riscos, a depender do caso, de seus empregados serem acometidos por doenças ocupacionais ou de sofrerem acidentes de trabalho que podem culminar com a morte dos obreiros. Esses riscos, todavia, são menosprezados em função do lucro obtido com a redução dos custos na produção.

Souto Maior, Moreira e Severo, ilustrando o tema, enumeram uma considerável quantidade de condutas que são identificadas perante a Justiça do Trabalho como praticadas rotineiramente pelos mesmos empregadores:

Existem, ainda, outros exemplos, cotidianos na realidade das Varas trabalhistas: sistemático atraso no pagamento de salários; sistemática despedida sob alegação de justa causa sem o pagamento sequer das verbas incontroversas; pagamento de salários “por fora”; trabalho em horas extras de forma habitual, sem anotação de cartão de ponto de forma fidedigna e sem o pagamento do adicional correspondente; não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas resilitórias; prática de repasse sistemático de mão de obra mediante terceirizações ilícitas; não concessão de férias; não concessão de intervalo para refeição e descanso; trabalho em condições insalubres ou perigosas, sem eliminação concreta dos riscos à saúde; prática de assédio moral coletivo no ambiente de trabalho. (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 75).

Apesar de em situações como as acima descritas quase sempre haver condenação judicial determinando o pagamento de indenização, as reiterações dessas condutas pelos mesmos empregadores têm demonstrado que se trata de um passivo suportável e mais economicamente vantajoso que o cumprimento da norma de segurança ou de saúde no trabalho.

Os direitos trabalhistas violados nesses casos abrangem recolhimentos à Previdência Social e ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), além de influenciar no Imposto de Renda, ou seja, recolhimentos de grande importância para o Estado que podem ser usados para diversos projetos de interesse da sociedade.

Além das ocasionais faltas integrais de recolhimentos aos cofres públicos, o próprio pagamento incompleto das verbas remuneratórias devidas aos empregados faz com que os valores dos recolhimentos diminuam, já que estes, em regra, são calculados percentualmente sobre as parcelas salariais.

Logo, é fácil perceber a quem essa sonegação prejudica: ao empregado, que tem recolhimentos menores ou ausentes que influenciam nos benefícios concedidos por ocasião de afastamentos, desemprego ou aposentadoria; ao Estado, que passa a ter menos recursos para cumprir seus projetos, deveres e obrigações; e ao restante da sociedade, a qual não usufruirá de serviços que o poder público poderia fornecer com a receita oriunda de alguns daqueles recolhimentos. Nesse sentido, Souto Maior, Moreira e Severo afirmam que:

[...] é a partir do custo social do FGTS que várias iniciativas de políticas públicas são adotadas, incluindo a própria concessão do benefício do seguro-desemprego.

Além disso, os recolhimentos previdenciários servem igualmente ao custeio da Seguridade Social, que inclui a prestação de serviços de saúde pública. Ora, se vários empregadores, por estratégias fraudulentas, deixam de cumprir com as obrigações trabalhistas das quais esses custos decorrem, é mais que evidente que vai faltar dinheiro para a realização desses projetos do Estado social e todos, não apenas os trabalhadores diretamente atingidos, serão prejudicados. (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 71).

Outro efeito associável ao dumping social é a minimização do desenvolvimento econômico que os postos de emprego poderiam imprimir à comunidade local e/ou regional se não houvesse tanta usurpação salarial. O dinheiro que deveria ser percebido diretamente pelos obreiros, se houvesse o correto pagamento de suas verbas salariais, muito provavelmente seria gasto, ao menos a maior parte, na localidade em que trabalham e/ou vivem, proporcionando incremento na economia do município e da região, o que menos comumente é feito por aqueles que se apropriam de referidos valores, principalmente quando o empregador é uma empresa ou grupo empresarial com atuação também em outros locais no Brasil e/ou no exterior.

O próprio Poder Judiciário acaba por sofrer com esses reiterados desrespeitos à legislação, posto que, consoante já dito, eles se convertem em reclamações trabalhistas repetitivas que abarrotam as pautas de audiências e as secretarias das varas, prejudicando, com isso, o bom e célere processamento

não só daquelas, mas também das demais causas que ali tramitam, o que vai de encontro ao que se deveria esperar da prestação jurisdicional.

A superlotação processual nos foros demanda ainda mais verbas destinadas à manutenção da Justiça, tanto com estrutura quanto com pessoal, o que, assim como os recolhimentos sonegados pelos empregadores, é um prejuízo aos cofres públicos e aos contribuintes, já que, de outra forma, poder-se-ia ter esses gastos com melhorias e expansão do atendimento pelo Poder Judiciário e não meramente a manutenção de um quadro pouco satisfatório para o jurisdicionado.

Cumprir lembrar que o excesso de trabalho nas varas trabalhistas de todo o país, além de comprometer a qualidade da prestação jurisdicional, tem, ao longo dos anos, levado muitos magistrados e servidores a afastamentos por motivo de saúde física e/ou psicológica, o que contribui ainda mais com o aumento de despesas da Justiça e com a lentificação do andamento processual.

Tornar lenta a tramitação dos processos é, por outro lado, bastante interessante aos que praticam o dumping social, posto que, com uma Justiça obstruída, as reclamações contra suas empresas demoram ainda mais para ser julgadas, compelindo grande parte dos reclamantes a aceitar propostas de acordos que, mesmo que venham a ser completamente cumpridos, raramente quitam plenamente o passivo verdadeiramente devido fazendo com que, também por isso, o desrespeito às normas trabalhistas seja financeiramente vantajoso.

O quadro de dano social revela-se ainda mais preocupante quando o descumprimento simultâneo de diversas normas trabalhistas, pelo mesmo empregador, ocorre em função de outra prática nociva, expressamente vedada pelo ordenamento jurídico brasileiro e diretamente combatida pelo Estado: o trabalho escravo contemporâneo.

2 TRABALHO ESCRAVO COMO FORMA DE DUMPING SOCIAL

Apesar de ser tipicamente associada ao dumping social, a reiteração proposital das condutas delituosas nem sempre é essencial à caracterização daquele. Quando os direitos violados dizem respeito à segurança ou à saúde no trabalho e/ou afrontam princípios constitucionais como os da função social do trabalho e da dignidade da pessoa humana, o critério da repetitividade tem sua relevância diminuída.

[...] a utilização de institutos jurídicos com vistas a precarizar as condições de trabalho, fraudando a aplicação de preceitos de ordem pública, especialmente no que tange à segurança e à saúde no trabalho, gera o dano social mesmo sem o requisito da reincidência, dada sua gravidade, por ferir preceitos do Estado Democrático de Direito Social, notadamente a função social da propriedade, a função social do contrato, a dignidade humana e o valor social do trabalho. (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 25).

A precarização das condições laborais é o que ocorre nas situações definidas como “trabalho em condições análogas à de escravo” que, entre outras denominações, mas considerando-se com o mesmo sentido, também é chamado de “trabalho escravo contemporâneo”, “trabalho escravo moderno” ou simplesmente “trabalho escravo” (BRITO FILHO, 2017, p. 40).

Tal como em relação aos termos usados para expressar o dumping social, este texto também não pretende abordar os dissensos doutrinários sobre a terminologia relativa a trabalho escravo, debruçando-se sobre a discussão de qual seria o termo mais correto ou adequado para identificar a situação em análise. Serão, portanto, utilizados ao longo de todo este trabalho, indistintamente, as expressões já apresentadas no parágrafo anterior, além de outras similares ali não mencionadas, mas facilmente identificáveis como tendo o mesmo sentido.

Por outro lado, para melhor compreensão de como esse tipo de exploração de mão de obra configura o dumping social, necessário se faz conhecer algumas definições e particularidades do chamado trabalho escravo contemporâneo, as quais se verificam influenciadas por ideias contidas em diferentes diplomas normativos.

O Decreto-lei nº 2.848 de 1940, o Código Penal brasileiro, em seu artigo 149, enumera as formas de redução de um obreiro a condições tidas como análogas às de escravidão, tipificando-as criminalmente:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência. (BRASIL, 2017c).

Pela atual redação do dispositivo acima reproduzido, é possível vislumbrar que a condição análoga à de escravo configura-se pelo

desrespeito a alguns direitos que são básicos e, justamente por isso, caros não só a trabalhadores como a qualquer ser humano.

Dada a grande importância dos direitos tutelados pelo artigo 149 do Código Penal, o legislador brasileiro optou por uma redação que deixasse claro que a tipificação desse crime não dependeria da combinação das condutas ali descritas. A esse respeito, Mesquita enfatiza que,

[...] para a configuração do tipo penal em questão, basta a constatação, no caso concreto, de apenas uma das condutas típicas ou equiparadas, apesar de que, na maioria das vezes, quase todas as condutas são percebidas pela fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego de forma conjunta, refletindo a lógica da superexploração do trabalhador no cenário laboral brasileiro. (MESQUITA, 2016, p. 48).

Trabalhos forçados ou realizados mediante jornada exaustiva, condições degradantes e violações à liberdade (de locomoção ou de autodeterminação) são condutas que, além de mesmo separadamente tipificarem o trabalho escravo segundo o Código Penal, ferem, cada uma delas, a dignidade da pessoa humana, princípio fundamental expressamente previsto no artigo 1º da CF/88.

Dissertando sobre o trabalho em condição análoga à de escravo em face do princípio da dignidade da pessoa humana, Silva (2010, p. 77) assevera que o trabalho forçado, ao retirar a autodeterminação do indivíduo, e o trabalho degradante, ao submeter alguém a “condições subumanas de trabalho e de vida”, fazem, cada um, com que o trabalhador seja tratado como um bem pertencente ao tomador dos serviços, ou seja, apenas um instrumento de produção. O autor define essa redução dos trabalhadores à condição de propriedades como quantificação e “coisificação” do ser humano, afirmando ser a dignidade da pessoa humana o princípio que se contrapõe diretamente a tal prática (SILVA, 2010, p. 77).

Corroborando com essa proposição, Brito Filho define o trabalho escravo como a antítese do que chama de trabalho decente, o qual, conforme referido autor, “é aquele em que são respeitados os direitos mínimos do trabalhador, necessários à preservação de sua dignidade”. Uma vez que esses direitos mínimos constituem também direitos humanos do trabalhador, o trabalho em condições análogas à de escravo implica uma conduta oposta ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (BRITO FILHO, 2017, p. 23-44, *passim*).

Estudo realizado por Mesquita (2016, p. 88-92, *passim*) indica que o STF, nos últimos anos, tem solidificado seu entendimento no sentido de reconhecer, assim como a maior parte dos doutrinadores e unanimemente o Superior Tribunal de Justiça (STJ), a liberdade e a dignidade da pessoa humana entre os bens juridicamente tutelados pelo artigo 149 do Código Penal.

O Tribunal Regional do Trabalho (TRT) da 8ª Região, por sua vez, em maio de 2016, por meio da Resolução nº 30/2016, editou a Súmula nº 36, a qual, além de ratificar algumas definições sobre trabalho escravo contemporâneo contidas em outras normas, expressa o entendimento daquela corte de que referida prática atenta contra a dignidade da pessoa humana, consoante excerto a seguir:

TRABALHO FORÇADO, DEGRADANTE OU EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL IN RE IPSA. II – Em ficando demonstrada a ocorrência de qualquer das três hipóteses, considera-se caracterizada a violação ao princípio da dignidade humana e a ofensa aos direitos mínimos dos trabalhadores, cabendo a responsabilização do empregador por danos morais, independentemente de outras provas, porque ocorrem *in re ipsa*. (BRASIL, 2017p).

Apesar de não ser um posicionamento unânime na jurisprudência ou na doutrina brasileira, o presente trabalho afilia-se à defesa de que a norma penal em comento tutela os direitos e princípios da liberdade e da dignidade humana. Semelhante é a percepção de Silva (2010, p. 77), para quem o trabalho degradante afronta a dignidade da pessoa humana e o trabalho forçado viola a liberdade e a dignidade, não requerendo, para caracterização de nenhuma dessas condutas, a eliminação da liberdade de locomoção.

Há que se reconhecer, portanto, que na definição atual de trabalho análogo ao de escravo o principal bem jurídico lesado não é a liberdade, mas sim a dignidade da pessoa humana, bem maior e que repugna as duas espécies de trabalho com redução do homem a condição análoga à de escravo, a saber, o trabalho forçado e o degradante. (SILVA, 2010, p. 77).

A violação, pela exploração do trabalho em condições análogas à de escravo, de direitos/princípios constitucionais que possuem tão notória importância, por si só, configura o dano social, ainda que sem reincidência em razão de referida conduta ferir, conforme visto no início deste tópico, “preceitos

do Estado Democrático de Direito Social, notadamente a função social da propriedade, a função social do contrato, a dignidade humana e o valor social do trabalho” (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 25).

Mesmo que o grau de importância dos direitos/princípios constitucionais violados não fosse suficiente para caracterizar o dumping social em decorrência de eventual ausência de repetitividade da conduta, existe outro fator que define, ainda mais precisamente, referido dano: o lucro ilícito.

O dumping social tem por objetivo principal o aumento exacerbado dos lucros. Destarte, a exploração de trabalho escravo configura o dumping social porque sua prática reduz drasticamente os custos de produção para o empregador pelo não pagamento de parcelas salariais, sonegação de recolhimentos fiscais e tributários e inobservância de normas de saúde e segurança no trabalho (o que significa ausência de gastos com esses cuidados), provocando dano social aos trabalhadores e à sociedade local/regional e extraordinária vantagem econômica ao infrator.

Essa lucratividade inerente ao trabalho escravo já fora constatada pelo Ministério Público do Trabalho em suas atividades e consta de sua “Cartilha do Trabalho Escravo”, na qual aquele órgão assinala que o empregador “muitas vezes buscando maior lucratividade, economiza justamente na mão-de-obra, findando por olvidar a condição de ser humano dos obreiros envolvidos no seu negócio” (BRASIL, 2017l, p. 11). Pelo mesmo documento, o MPT compara características da antiga forma de escravidão às da contemporânea, auxiliando na percepção de como a “nova escravidão” gera exacerbado lucro aos empregadores. Entre os pontos confrontados, contribuem particularmente para essa percepção os seguintes:

CUSTO DE COMPRA – ANTIGA ESCRAVIDÃO: Alto. Para comprar escravos uma pessoa tinha que ter bastante riqueza. Acredita-se que em 1850 um escravo podia custar o mesmo que R\$ 120 mil hoje. NOVA ESCRAVIDÃO: Muito baixo. Os escravos não são comprados, mas aliciados e, muitas vezes, o patrão gasta apenas com o transporte do trabalhador até a propriedade.

LUCROS – ANTIGA ESCRAVIDÃO: Baixos. Os proprietários lucravam pouco, pois tinham gastos com a manutenção do trabalhador. NOVA ESCRAVIDÃO: Altos. Se alguém fica doente, é simplesmente mandado embora, sem nenhum direito.

MÃO-DE-OBRA – ANTIGA ESCRAVIDÃO: Escassa. Era difícil conseguir escravos. Os proprietários dependiam do tráfico negro, da prisão de índios ou de que seus escravos tivessem filhos que também seriam escravizados. NOVA ESCRAVIDÃO: Descartável. Há muitos trabalhadores desempregados em busca de algum serviço e qualquer adiantamento em dinheiro é bem-vindo. Na Amazônia, por exemplo, um “gato” pode aliciar um trabalhador por R\$100. RELACIONAMENTO COM O PROPRIETÁRIO – ANTIGA ESCRAVIDÃO: Longo período. Um escravo podia passar a vida inteira trabalhando numa mesma propriedade. NOVA ESCRAVIDÃO: Curto período. Depois que o serviço acaba, o escravo é mandado embora sem receber nada, tem que procurar outro trabalho e pode até virar escravo novamente. (BRASIL, 2017I, p. 15).

Pelo exposto, verifica-se que a exploração de trabalho em condições análogas à de escravo caracteriza manifestamente o dumping social e, logo, demanda enfrentamento estatal também por esta perspectiva. Todavia, a prática tem demonstrado que a atuação apenas de órgãos fiscalizadores, entre os quais o MPT é o principal agente, não tem sido suficiente para evitar a persistência dessas condutas delituosas no Brasil.

Assumindo-se, então, como necessária a efetiva repressão de práticas execráveis como o dumping social decorrente da exploração de trabalho escravo contemporâneo, é possível admitir também uma atuação do Poder Judiciário que seja mais voltada aos fundamentos e objetivos constitucionalmente estabelecidos para o Brasil que à manutenção de uma conjuntura econômica, política e jurídica que, em grande parte, favorece desigualdades. Verifica-se, portanto, espaço para o chamado “ativismo judicial” que, de acordo com PINA (2017), “trata-se de uma postura não ortodoxa de aplicação do direito positivo, com base principalmente na força normativa dos princípios constitucionais”.

Destarte, propõe-se como forma de enfrentamento proativo da questão pela Justiça Trabalhista a condenação de ofício de empregadores praticantes de dumping social por trabalho escravo ao pagamento de indenização, ou seja, sustenta-se haver viabilidade jurídica para o magistrado incluir na condenação, mesmo sem esse pedido da parte autora, uma indenização pela prática de dumping social quando for provada a exploração de trabalho em condições análogas à de escravo.

Entretanto, é sabido que qualquer medida judicial tomada sem específica provocação pelas partes suscita debates a respeito da legitimidade

do Poder Judiciário para fazê-lo. O ativismo judicial não é visto com plena aprovação pela comunidade jurídica, seja por avançar em espaço normalmente reservado aos outros poderes do Estado, seja por fragilizar a imagem da imparcialidade que deve transparecer nos atos da Justiça.

A condenação de ofício de um litigante ao cumprimento de obrigação não requerida diretamente por parte alguma no processo normalmente causa estranheza numa análise preliminar. As próximas páginas contêm alguns dos argumentos mais recorrentes nas discussões jurídicas quando o assunto é a condenação de ofício por dumping social, acrescentando-se, porém, onde couber, o trabalho escravo contemporâneo como fator que exige ainda mais atenção no momento de julgar.

3 OBJEÇÕES À CONDENAÇÃO DE OFÍCIO

As principais alegações dos que rejeitam a imposição de ofício de pagamento de indenização por dumping social são as de que tal prática judicial viola os princípios da inércia da jurisdição, do contraditório, da ampla defesa e, no caso de reclamações individuais, o caráter individual da demanda (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 118).

A inércia da jurisdição verifica-se marcadamente assinalada no artigo 2º do Código de Processo Civil de 2015 (CPC/2015), segundo o qual “o processo começa por iniciativa da parte e se desenvolve por impulso oficial, salvo as exceções previstas em lei”, mas encontra reforço em outras partes do mesmo texto legal, como no artigo 141, onde está previsto que “o juiz decidirá o mérito nos limites propostos pelas partes, sendo-lhe vedado conhecer de questões não suscitadas a cujo respeito a lei exige iniciativa da parte”, e no artigo 492 do mesmo código, que, semelhantemente, proíbe o magistrado de “proferir decisão de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado” (BRASIL, 2017k).

Relativamente aos princípios do contraditório e da ampla defesa, os artigos 9º e 10, também do CPC/2015, vedam a chamada “decisão surpresa” ao determinarem, respectivamente, que “não se proferirá decisão contra uma das partes sem que ela seja previamente ouvida” e que “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício” (BRASIL, 2017k). O processo do trabalho, por sua vez, recepcionou esses dispositivos

pela Instrução Normativa nº 39/2016, editada em março de 2016 pela Resolução nº 203, do Tribunal Superior do Trabalho (TST), cujo artigo 4º dispõe serem aplicáveis “ao Processo do Trabalho as normas do CPC que regulam o princípio do contraditório, em especial os artigos 9º e 10, no que vedam a decisão surpresa” (BRASIL, 2017s).

A partir da redação desses artigos, tem-se que o CPC/2015, de diferentes maneiras, proíbe ao magistrado acrescentar à condenação parcela que não tenha sido expressamente pedida no processo e que não tenha sido submetida ao contraditório e à ampla defesa. Logo, ainda que a parcela em questão seja uma indenização de caráter punitivo e pedagógico/preventivo contra práticas nefastas como o trabalho escravo e o dumping social, aquela só poderia ser cominada se tivesse sido especificamente pleiteada e, principalmente, se tivesse sido concedida ao demandado oportunidade para manifestação a seu respeito.

Sob essa ótica, a condenação por dumping social sem pedido expresso configura julgamento extra petita, vedado pelo ordenamento jurídico e repellido pela jurisprudência nacional. Segundo o posicionamento adotado pela maioria dos tribunais trabalhistas, a decisão extra petita quebra a inércia da jurisdição e viola o contraditório e a ampla defesa. Este é o entendimento que vem sendo firmado, inclusive, na principal corte trabalhista, o TST, consoante se observa pelos acórdãos cujas respectivas ementas seguem abaixo.

TST. 4ª Turma. RR-0131000-63.2009.5.04.0005.
JULGAMENTO “EXTRA PETITA”. “DUMPING”
SOCIAL. CONDENAÇÃO DE OFÍCIO. [...] Nesse contexto,
entendo que o decidido, a partir de pedido formulado
pelo Autor e de cunho estritamente pessoal, restringiu a
possibilidade de defesa da parte demandada quanto aos
demais aspectos relativos à caracterização do “dumping”,
uma vez que não suscitada referida questão desde a inicial.
Constata-se, portanto, que a condenação de ofício violou os
princípios do devido processo legal, do contraditório e da
ampla defesa (art. 5.º, LIV e LV, da CF/88), bem como os
arts. 128 e 460 do CPC. Recurso de Revista parcialmente
conhecido e provido.

Data do julgamento: 27/02/2013. (LEXML, 2017).

TST. 5ª Turma. RR-0003894-13.2010.5.15.0156.
PRELIMINAR. NULIDADE. JULGAMENTO EXTRA
PETITA. O cerne da controvérsia está em saber se poderia
o egrégio Tribunal Regional no âmbito de Reclamação

Trabalhista individual, mesmo que ausente pedido específico, condenar ex officio a reclamada no pagamento de indenização suplementar por dano social causado a título de dumping social. Há de se reconhecer o julgamento extra petita pelo egrégio Tribunal Regional quando condena a reclamada ao pagamento de indenização que não foi requerido na petição inicial. A Jurisprudência das 1ª, 2ª, 3ª, 6ª e 7ª Turmas desta Corte têm adotado o entendimento de que a ausência do pedido de condenação da empresa em indenização em razão de - Dumping Social - consiste em julgamento extra petita: RR-1032-98.2012.5.15.0156, Rel. Min.: Aloysio Corrêa da Veiga, 6ª Turma; RR-49300-51.2009.5.15.0137, 3ª Turma, Rel. Min. Alexandre de Souza Agra Belmonte; R-131000-63.2009.5.04.0005, 4ª Turma, Rel. Min. Maria de Assis Calsing; RR-79-37.2011.5.09.0965, 2ª Turma, Rel. Min. José Roberto Freire Pimenta; RR-78200-58.2009.5.04.0005, Rel. Min.: Ives Gandra Martins Filho, 7ª Turma; RR-11900-32.2009.5.04.0291, 1ª Turma, Rel. Min. Walmir Oliveira. Recurso de revista de que se conhece e a que se dá provimento. Data do julgamento: 09/11/2015. (LEXML, 2017).

TST. 6ª Turma. RR-0020249-60.2014.5.04.0772.

JULGAMENTO EXTRA PETITA. DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO POR DANO SOCIAL. DEFERIMENTO DE OFÍCIO. 1 - Recurso de revista sob a vigência da Lei nº 13.015/2014. 2- No recurso de revista, foram atendidos os requisitos do art. 896, § 1.º-A, da CLT. 3 – O entendimento desta Corte Superior é de que caracteriza julgamento extra petita a condenação ex officio por dumping social, uma vez que não há pedidos nesse sentido na exordial. Ademais, é patente a violação aos princípios constitucionais do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal. Há julgados. 4 – Recurso de revista a que se dá provimento.

Data do julgamento: 05/04/2017. (BRASIL, 2018d).

Outro ponto frequentemente utilizado para oposição às condenações por dumping social relaciona-se às ações individuais, nas quais normalmente ocorrem as cominações de ofício.

O dumping social, como já exposto, produz lesões a considerável parte da sociedade e ao Estado e não apenas ao indivíduo diretamente explorado pelo empregador. É um dano de dimensões coletivas e, portanto, seriam partes legitimadas a pleiteá-lo apenas os entes elencadas no artigo 5º da Lei nº 7.347/1985, lei que disciplina a Ação Civil Pública. Assim

comumente tem se posicionado os TRTs e o TST, como demonstram os trechos de ementas a seguir:

TST. 1ª Turma. RR-0000061-03.2013.5.03.0063.
[...]. II - RECURSO DE REVISTA. 1) ILEGITIMIDADE ATIVA AD CAUSAM QUANTO AO PEDIDO DE INDENIZAÇÃO POR DUMPING SOCIAL. JULGAMENTO EXTRA PETITA. [...] 1.2. Os elementos aptos, todavia, à caracterização do dano moral coletivo, in casu, por dumping social, são a existência de conduta antijurídica intolerável diante da realidade apreendida, sua repercussão social, o nexo causal entre a conduta e a violação do interesse coletivo, bem como a ofensa a interesses jurídicos fundamentais, de natureza extrapatrimonial, titularizados por uma determinada coletividade. Nesse contexto, a demandante não possui legitimidade ativa ad causam para requerer indenização por dumping social, uma vez que é direcionada à tutela de interesses difusos e coletivos, ultrapassando a esfera pessoal do trabalhador.
Data do julgamento: 17/02/2016. (LEXML, 2017).

TRT8. 4ª Turma. RO-0001392-49.2015.5.08.0115.
I – ILEGITIMIDADE PASSIVA DO RECLAMANTE. DUMPING SOCIAL. O entendimento hodierno da doutrina pátria, em se tratando de dumping social, é de que os legitimados para propor a reparação de dano coletivo são os insertos na Lei nº 7.347/85, art. 1º, caput, c/c art. 5º, I, II, III, IV, V, órgãos legitimados para pleitear a indenização. Dessarte, não tem o reclamante legitimidade para pleitear direito alheio em nome próprio, ainda que entenda que a comunidade local faça jus, ou seja, por se tratar de terceiros, ex vi do art. 18 do CPC vigente. [...].
Data do julgamento: 22/11/2016. (LEXML, 2017).

TRT3. 4ª Turma. RO-0010333-03.2016.5.03.0176
DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. [...] 3. Contudo, a rigor, caso seria de ilegitimidade da autora para pleitear o pagamento da indenização por dumping social, vez que, tratando-se de dano à coletividade, são legitimados os entes da ação coletiva, revelando-se, portanto, como um obstáculo ao deferimento da pretensão.
Data do julgamento: 12/07/2017. (LEXML, 2017).

Ainda no que concerne às reclamações individuais, existe o argumento de que ao condenar um empregador por um dano coletivo

em uma ação de autoria individual o juiz estaria coletivizando o direito tutelado, ou seja, dando à sua decisão um alcance típico de direito coletivo do trabalho, o que romperia a dicotomia entre demanda individual e coletiva (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 130). Tal é o entendimento que pode ser depreendido do excerto de ementa abaixo:

TRT8. 2ª Turma. RO-0000055-37.2015.5.08.0014.

[...] Assim, considerando que a justiça social não está relacionada ao Direito Individual do Trabalho, somente por meio de ação coletiva pode ser postulado o dumping social.

Data do julgamento: 14/09/2016. (LEXML, 2017).

Além disso, mesmo havendo pedido formulado na ação e eventual condenação por dumping social pelo juízo de origem, nem sempre os tribunais confirmam o reconhecimento da ocorrência de mencionada prática danosa, conforme se verifica nos seguintes acórdãos regionais:

TRT8. 1ª Turma. RO-0001835-42.2015.5.08.0101.

[...] DUMPING SOCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO.

A prática se caracteriza por um conjunto de fatores que, juntos, levam à concorrência desleal e causam dano a toda sociedade, o que, na hipótese, não ficou comprovado. Recurso não provido.

Data do julgamento: 20/09/2016. (LEXML, 2017).

TRT3. 2ª Turma. RO-0010345-65.2016.5.03.0063.

DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO. HIPÓTESE EM QUE SE MOSTRA INDEVIDA. [...] Malgrado o novo conceito reflita o louvável zelo pela preservação da dignidade da pessoa humana e da valorização do trabalho, fundamentos da nossa República, certo é que não se pode condenar a empregadora pela prática de dumping social quando os autos demonstram a observância das normas coletivamente negociadas, não se mostrando suficientes para a caracterização desse ato ilícito, o descumprimento das obrigações trabalhistas constatadas nestes autos, porquanto inexistem indícios de que a empresa estivesse obtendo indevida vantagem no mercado internacional à custa da degradação social (sem falar da concorrência desleal). Reparação indevida.

Data do julgamento: 05/09/2017. (LEXML, 2017).

Pelos julgados exemplificativamente transcritos, é possível afirmar que para haver condenação por dumping social não basta haver pedido, legitimidade de parte, submissão ao contraditório, à ampla defesa

e ao entendimento favorável do juízo, mas se faz necessário também, como a qualquer outro pleito, que referido dano reste comprovado nos autos. Contudo, por se tratar de lesão social, essa comprovação conta com grande dificuldade para ser concretizada, mormente quando o reclamante é um vulnerável e hipossuficiente trabalhador submetido a condições análogas à de escravo.

4 PERMISSÕES E ENSEJO PARA CONDENAR DE OFÍCIO POR DUMPING SOCIAL DECORRENTE DE EXPLORAÇÃO DE TRABALHO ESCRAVO

Se por um lado há razoáveis fundamentos para negar a viabilidade jurídica da condenação de ofício, por outro, há também dispositivos legais que expressamente autorizam medidas judiciais dessa natureza, a exemplo dos que se encontram na CLT e nos códigos civil e processual civil (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 136-139, *passim*), além de posicionamentos favoráveis da doutrina e da jurisprudência. O mesmo ordenamento jurídico que assinala o princípio dispositivo ou da inércia da jurisdição em algumas hipóteses faculta ou até instiga a proatividade do juízo, o que dá ensejo ao ativismo judicial.

4.1 Normas e outros argumentos favoráveis à proatividade judicial trabalhista

Por força do princípio dispositivo ou da inércia da jurisdição, o processo do trabalho somente tem início, em regra, a partir da provocação de uma das partes. Essa necessária inércia está positivada através do artigo 2º do CPC/2015. Entretanto, Souto Maior, Moreira e Severo (2014, p. 120) entendem ser uma perspectiva tradicionalista do princípio dispositivo “a noção de que o processo é algo colocado à disposição das partes, pelo Estado, a quem, entretanto, é vedada a instauração de procedimento, de ofício”. Semelhantemente, Cairo Júnior (2016, p. 68-69) leciona que “o processo tradicional é, eminentemente, dispositivo, mas com certa carga de inquisitividade”, ressaltando, em seguida, que “o grau do caráter inquisitivo do processo do trabalho é bem mais elevado do que aquele presente no processo civil”.

Verifica-se, portanto, que o princípio da inércia da jurisdição refere-se essencialmente à constituição do processo e não ao seu desenvolvimento, fase em que ocorre o impulso oficial ou, em outras palavras, a aplicação do

princípio inquisitivo. Essa atuação judicial de ofício está expressamente prevista, entre outros dispositivos, no artigo 4º da Lei nº 5.584 de 1970 (normas de Direito Processual do Trabalho e outras providências), que assinala que “nos dissídios de alçada exclusiva das Juntas e naqueles em que os empregados ou empregadores reclamarem pessoalmente, o processo poderá ser impulsionado de ofício pelo Juiz” (BRASIL, 2017g).

Não obstante as alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017 (“reforma trabalhista”), o princípio inquisitivo ainda se verifica mais marcantemente no processo trabalhista durante a fase de execução, mas na fase de conhecimento também são observadas várias situações em que a atuação do magistrado ocorre sem necessidade de provocação por qualquer das partes. São casos como: a concessão de justiça gratuita, a correção de erros materiais, a intimação de testemunha que não comparecer voluntariamente à audiência, a inquirição das partes, a produção de provas necessárias ao julgamento da lide, a execução das contribuições sociais entre outros (CAIRO JÚNIOR, 2016, p. 69).

Além disso, a CLT, principal diploma normativo, junto com a CF/88, para o Direito do Trabalho, contém dois dispositivos de grande relevância para a condenação de ofício: a alínea “d” do artigo 652 e o § 1º do artigo 832. O primeiro estabelece ser da competência dos juízos das varas trabalhistas “impor multas e demais penalidades relativas aos atos de sua competência” (BRASIL, 2017e), não havendo para tanto exigência alguma de provocação. O § 1º do artigo 832, por seu turno, atribui ao julgador o poder-dever de determinar prazo e condições para cumprimento de suas decisões (BRASIL, 2017e). Embora se refira especificamente a pedido julgado procedente, mencionado parágrafo serve de apoio ao artigo 652, “d”, não para fundamentar a cominação, mas para o detalhamento da forma como deverá ser cumprida a obrigação imposta de ofício.

A atuação de ofício é autorizada ou determinada pela CLT em outras ocasiões processuais, como se verifica na fase executória que, mesmo com a nova redação dada pela Lei 13.467/2017 ao artigo 878, ainda pode ser promovida de ofício pelo juízo quando as partes não tiverem advogados que as representem nos autos (BRASIL, 2017e).

Embora se destinem a situações diferentes da condenação por dumping social, a fim de reforçar a permissividade legal para atuações judiciais espontâneas, vale lembrar algumas passagens no CPC/2015 que também autorizam essa proatividade, como é o caso dos artigos 536 e 537 do CPC/2015, que tratam do cumprimento de sentença que reconheça

a exigibilidade de obrigação de fazer ou de não fazer, aplicáveis ao processo do trabalho com fulcro no artigo 3º, XII, da Instrução Normativa nº 39/2016 do TST (BRASIL, 2017s). Pela redação do 536, ao juízo é permitido determinar, de ofício ou a requerimento, as medidas necessárias à satisfação do exequente pela obtenção da tutela específica ou de tutela com resultado prático equivalente, podendo, inclusive, impor multa, de acordo com o parágrafo primeiro do mesmo artigo (BRASIL, 2017k). Por seu turno, o 537 acrescenta disposições sobre referida multa:

Art. 537. A multa independe de requerimento da parte e poderá ser aplicada na fase de conhecimento, em tutela provisória ou na sentença, ou na fase de execução, desde que seja suficiente e compatível com a obrigação e que se determine prazo razoável para cumprimento do preceito.

§ 1º O juiz poderá, de ofício ou a requerimento, modificar o valor ou a periodicidade da multa vincenda ou excluí-la, [...]. (BRASIL, 2017l).

A iniciativa judicial está também expressamente prevista no artigo 142 daquele mesmo código, segundo o qual o juiz, uma vez convencido de que as partes utilizaram o processo para simular ato ou conseguir fim vedado pela lei, deve proferir decisão que impeça o alcance dos “objetivos das partes, aplicando, de ofício, as penalidades da litigância de má-fé” (BRASIL, 2017k).

Importa neste ponto ressaltar que as normas processuais cíveis são aqui invocadas para demonstrar a previsão da condenação de ofício por aquela legislação. Porém, é possível encontrar a mesma permissividade no direito laboral, o que se evidencia pela inserção na CLT, pela reforma trabalhista de 2017, de dispositivos respeitantes à responsabilidade por dano processual com praticamente as mesmas redações contidas no CPC/2015. Tratam-se dos artigos 793-B e 793-C da CLT, cujos excertos abaixo reproduzidos correlacionam-se aos artigos 80 e 81 do CPC/2015. Neles observam-se ocasiões em que é expressamente permitida a condenação de ofício:

Art. 793-B. Considera-se litigante de má-fé aquele que:
[...]

III - usar do processo para conseguir objetivo ilegal;
[...]

Art. 793-C. De ofício ou a requerimento, o juízo condenará o litigante de má-fé a pagar multa, que deverá ser superior a 1% (um por cento) e inferior a 10% (dez por cento) do valor

corrigido da causa, a indenizar a parte contrária pelos prejuízos que esta sofreu e a arcar com os honorários advocatícios e com todas as despesas que efetuou. (BRASIL, 2017e).

Como se vê, existem normas processuais cíveis e trabalhistas que autorizam, em determinadas ocasiões, a inclusão, na sentença condenatória, de parcelas não previamente requeridas. Essas normas autorizam a atuação judicial de ofício para penalizar e coibir abusos processuais ou materiais, para compensar adequadamente lesões a direitos ou para dar efetividade a suas decisões. Logo, a suscitada afronta ao princípio dispositivo ou da inércia da jurisdição deve ser hodiernamente analisada em face do notório dever de agir preventivamente que permeia a atividade jurisdicional.

Principalmente quando se discute sobre a violação de direitos fundamentais constitucionalmente assegurados, como no caso do dumping social e do trabalho escravo, o ativismo judicial demonstra-se de considerável importância (e até mesmo necessário) para a manutenção da ordem jurídica e social que incumbe ao Estado. Nessas circunstâncias, deixa o juízo sua posição originariamente inerte para assumir uma postura proativa visando coibir, punitiva e/ou preventivamente, o desrespeito às normas legais e constitucionais. Semelhante é o pensamento de Martins:

Sobretudo no Brasil, fala-se hoje em um ativismo judicial, a partir da escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição, expandindo seu sentido e alcance. Isto é, abandona-se a ideia de que o Judiciário é um poder de mera solução de conflito, para, dentro desse prognóstico de solução, atribuir-lhe também a prerrogativa de concretizar os dizeres normativos da Constituição, quando eventual inércia questionada surja inserida de ofensa aos direitos fundamentais. (MARTINS, 2017).

Souto Maior, Moreira e Severo são ainda mais incisivos, afirmando ser um dever incontornável também dos juízes atuar preventivamente contra práticas lesivas aos direitos humanos fundamentais trabalhistas, devendo o magistrado promover, mesmo que isso não tenha sido requerido, as medidas de combate ao ilícito, de forma ressarcitória (punitiva) e dissuasória (preventiva). Citados autores enfatizam que o papel dissuasório das decisões judiciais tem relevância ainda maior em razão da prevenção de danos ser um dever estatal, especialmente quando os danos atingem não apenas o sujeito diretamente envolvido, mas toda uma comunidade (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 61).

Essa tendência à proatividade pode ser verificada, inclusive, pela interpretação do Enunciado nº 4, da I Jornada de Direito Material e Processual do Trabalho, promovida pelo TST em 23/11/2007, cuja redação trata especificamente do enfrentamento ao dumping social:

4. “DUMPING SOCIAL”. DANO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR. As agressões reincidentes e inescusáveis aos direitos trabalhistas geram um dano à sociedade, pois com tal prática desconsidera-se, propositalmente, a estrutura do Estado social e do próprio modelo capitalista com a obtenção de vantagem indevida perante a concorrência. A prática, portanto, reflete o conhecido “dumping social”, motivando a necessária reação do Judiciário trabalhista para corrigi-la. O dano à sociedade configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. Encontra-se no art. 404, parágrafo único do Código Civil, o fundamento de ordem positiva para impingir ao agressor contumaz uma indenização suplementar, como, aliás, já previam os artigos 652, d, e 832, § 1º, da CLT. (JUSBRASIL, 2017).

Observa-se que referido enunciado fundamenta a punibilidade do dumping social na CLT e no Código Civil, o que reforça a ideia da necessidade de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro na atuação judicial, ainda mais quando o caso a ser julgado envolver trabalho escravo contemporâneo.

4.2 Inocuidade ao contraditório e à ampla defesa

Sobre a alegação de quebra do contraditório e da ampla defesa, cumpre observar que os fatos e fundamentos pelos quais o empregador é condenado de ofício nos casos de dumping social decorrente de trabalho escravo contemporâneo são de prévio conhecimento do infrator. Se o inciso LV do artigo 5º da CF/88 assegura aos litigantes e acusados “o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (BRASIL, 2017a), o artigo 3º do Decreto-lei nº 4.657 de 1942, a Lei de Introdução às Normas de Direito Brasileiro (LINDB), estabelece que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (BRASIL, 2017d).

Óbvio que uma prescrição legal não se sobrepõe a um direito constitucional, porém, assumindo-se o ordenamento jurídico pátrio como uno, é sempre salutar interpretar e aplicar harmonicamente as normas.

Além disso, por uma análise holística, verifica-se que, no cotejo em estudo, sem dúvida, o mais importante é a defesa dos direitos sociais, pois é primordialmente para a sociedade como um todo, e não para os processos, que a Constituição Federal existe.

Por existirem dispositivos legais que proíbem o trabalho em condições análogas às de escravidão e outros que permitem condenações de ofício, não é aceitável de alguém que consciente e arditosamente explora trabalhadores com o fito de maximizar seus lucros a alegação de que não sabe que sua conduta configura infração penal, comercial, cível, trabalhista e constitucional e que, conseqüentemente, pode ser punida de ofício em ação judicial. Como advertido por Souto Maior, Moreira e Severo,

Não é verdadeira a afirmação de que a condenação por “dumping social” constitui “surpresa” para a parte, quebrando a noção de contraditório. Note-se: o fato pelo qual a empresa é condenada, de ofício, é aquele amplamente discutido nos autos e, no mais das vezes, em inúmeras outras demandas em que insistentemente vem sendo trazido ao conhecimento do poder judiciário. (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 129).

Mencionados doutrinadores repelem também a argumentação de que a condenação de ofício resultaria em julgamento extra petita por não ter sido a indenização por dumping social requerida pelo reclamante, vez que:

[...] a ausência de pedido revela-se mesmo como da natureza dessa espécie de condenação. O “dumping social” implica lesão à sociedade, não apenas ao autor da demanda individual. A indenização aí deferida sequer reverterá em seu favor. Trata-se de uma consequência do caráter pedagógico que deve assumir a decisão judicial. Sequer é razoável, em tal contexto, exigir que haja pedido da parte. (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 129).

A indenização estipulada em casos de dumping social, como qualquer obrigação, tem credor/destinatário. Contudo, nessas ações judiciais o dano identificado pelo juízo não se restringe à parte autora e, portanto, não deve ser pensado em função dela. A reparação, excepcionalmente, não tem de ser necessariamente requerida por quem ajuíza a causa, mesmo que seja entidade legitimada propondo uma ação coletiva, posto que o destinatário da compensação não é, diretamente, a parte autora. O resultado da medida judicial imposta, cujo valor é arbitrado pelo juízo considerando vários fatores, forçosamente é destinado a um fundo de natureza trabalhista e/

ou social (geralmente o Fundo de Amparo ao Trabalhador – FAT) ou à sociedade atingida pelas práticas nocivas daqueles empregadores, como, por exemplo, com a aquisição de ambulâncias para hospitais públicos da região onde ocorreu a prática delituosa (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 133).

Importa frisar que, a despeito de não beneficiar especificamente ao autor da ação, a condenação ao pagamento de parcela não requerida também não traz prejuízos àquele, pois, inexistindo recurso contra o restante dos pedidos deferidos, não há óbice ao imediato pagamento ou à execução do que for incontroverso, conforme preceitua o artigo 523, caput e § 3º, do CPC/2015 (BRASIL, 2017k).

4.3 Legitimidade ativa de indivíduos e entidades

Para os opositores às condenações por dumping social, não cabe a uma pessoa física, individualmente, requerer indenização a esse título por se tratar de dano e reparação de alcance coletivo, sendo legalmente aptas para tanto apenas as entidades relacionadas no art. 5º da Lei 7.347/85, entre as quais se destaca no âmbito trabalhista o MPT. No entanto, a jurisprudência nacional tem pontualmente manifestado apoio às iniciativas individuais dos reclamantes que pleiteiam a reparação do dano social, seja para a sociedade, seja para si mesmos, como demonstram as seguintes passagens de julgados:

TRT3. 1ª Turma. RO-0011402-17.2014.5.03.0087.

DUMPING SÓCIO-TRABALHISTA. CONCEITO E APLICAÇÃO NO DIREITO DO TRABALHO. INDENIZAÇÃO PELO DANO SOCIAL DE NATUREZA SUPLEMENTAR EM PROL DO FAT.

Em síntese, ocorre a precarização das relações sociais, na forma do “dumping” social, prática danosa a toda a sociedade, que justifica a aplicação de pena pedagógica à empregadora. Frise-se que, como parte da coletividade apenada com o procedimento em questão, tem o Reclamante legitimidade para postular a presente indenização, ainda que em favor do FAT.

Assim, dou provimento ao recurso, para acrescer à condenação indenização, no importe de R\$50.000,00 (cinquenta mil reais), em parcela única, com espeque nos arts. 186, 187, parágrafo único, 404, 927 e 1553, todos do Código Civil; arts. 8º, caput, 652, ‘d’, 769 e 832, §1º, todos da CLT, em prol do FAT (Fundo de Amparo ao Trabalhador).

Data do julgamento: 23/08/2016. (LEXML, 2017).

TRT8. 4ª Turma. RO-0000280-14.2016.5.08.0017.

IV - ILEGITIMIDADE ATIVA. DUMPING SOCIAL. DIREITO DIFUSO. Embora o social mencionado dumping possa, em tese, ser fruto de uma ação coletiva em defesa dos direitos da categoria, pode também ser objeto de uma indenização individual de reparação, como é o caso.

[...]

A prática do dumping social atinge uma coletividade de trabalhadores, com o empregador beneficiando-se de vantagem econômica causando a precarização das relações sociais em detrimento dos direitos dos trabalhadores que têm aviltados seus ganhos.

Como bem disse o Juízo de Origem, “Em nenhum momento o reclamante pretendeu, como substituto processual, substituir a sua categoria, seus colegas de trabalho ou uma coletividade. O fato pode até ser coletivo, mas o dano almejado foi individual.

Assim, embora o dumping social mencionado possa, em tese, ser fruto de uma ação coletiva em defesa dos direitos da categoria, é certo também que pode ser objeto de uma indenização individual de reparação (como no caso ocorreu) ou de até uma ação plúrima” id a564566).

Destarte, como parte da coletividade apenada, o reclamante possui legitimidade para postular indenização por dano moral. Rejeito.

Data do julgamento: 06/09/2016. (LEXML, 2017).

Embora o inciso X do artigo 139 do CPC/2015 determine que quando o juízo se deparar com diversas demandas individuais repetitivas (como tipicamente ocorre nos casos de dumping social) deverá oficiar ao Ministério Público e a outros legitimados à propositura de ações coletivas, para que, sendo o caso, ajuízem a respectiva ação (BRASIL, 2017k), não há nada que expressamente impeça uma condenação de ofício com o simultâneo envio de comunicações aos entes que a lei determinar, pois uma medida não exclui a outra. Esse entendimento pode ser verificado na sentença de conhecimento do processo 0030400-53.2009.5.18.0002, onde houve condenação de ofício por dumping social e determinação de ofícios ao MTE e ao MPT, consoante excerto abaixo transcrito:

2ª VT de Goiânia/GO. RT-0030400-53.2009.5.18.0002.

Essa prática tem sido considerada como dumping social, o que não poderá ser cancelado pelo Poder Judiciário. Verificada

tal prática, é necessário sua inibição, o que ora se faz com aplicação de penalidade à reclamada, por dano social, a ser revertida ao FAT – Fundo de Amparo ao Trabalhador, em valor arbitrado de R\$ 50.000,00.

Os fatos há de ser noticiados, de imediato, ao Ministério do Trabalho e ao Ministério Público do Trabalho, através de ofícios com cópias desta sentença, acompanhado da relação de ações ajuizadas em face da reclamada a partir de janeiro de 2007, para que adotem as medidas cabíveis e que visem impedir que tal prática seja continuada ou reiterada, comunicando ao Juízo, em 60 (sessenta) dias quais foram as medidas adotadas.

Data do julgamento: 16/07/2009. (BRASIL, 2017q).

A condenação de ofício foi revertida junto à 3ª Turma do TRT da 18ª Região, mas apenas por entenderem os desembargadores ser inaplicável ao caso específico e não sob o fundamento de impossibilidade jurídica. Pelo contrário, expressaram aqueles magistrados que a iniciativa judicial é cabível contra o dumping social.

TRT18. RO-0030400-53.2009.5.18.0002.

DUMPING SOCIAL. Na Justiça do Trabalho é cabível a imposição de indenização dele decorrente, inclusive de ofício, não porém neste caso concreto em que a conduta patronal não chega a tanto.

Data do julgamento: 24/11/2009. (BRASIL, 2017q).

Souto Maior, Moreira e Severo (2014, p. 63) reconhecem a legitimidade de reclamantes (individuais) e do MPT para o pleito de indenização por dumping social, mas afirmam que as soluções decorrentes exclusivamente de tais iniciativas são insuficientes. Para referidos autores, devido às limitações estruturais, o MPT tende a não buscar essa forma de condenação (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 64). Quanto aos reclamantes, atribuir a estes trabalhadores, ainda mais quando vulneráveis e hipossuficientes explorados em condições análogas à de escravo, a prerrogativa de requerer individualmente indenizações por dumping social é quase como deixá-los à própria sorte para este fim, pois nem mesmo se assistidos por advogados existe a garantia de que ao menos um deles entenda ser cabível ou mesmo importante esse tipo de reparação. A esse respeito, destacam também os mesmos magistrados:

Muitas vezes as lesões não têm uma repercussão econômica muito grande para cada trabalhador lesado, e estes,

individualmente, não se sentem estimulados a ingressar com ações em juízo e nem mesmo os entes coletivos dão a tais lesões a devida importância. (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 132).

O MPT busca erradicar esse tipo de exploração laboral por diferentes meios, entre os quais, os Termos de Ajuste de Conduta e as Ações Cíveis Públicas que, “impõem sanções severas para inibir a repetição da conduta, com cobrança de indenizações pelos danos morais coletivos e individuais” (BRASIL, 2017l, p. 11). Entretanto, o mesmo órgão busca, pela Ação Cível Pública nº 0000450-57.2017.5.23.0041, ajuizada em julho de 2017 perante a VT de Colíder/MT (TRT23), indenização por danos morais coletivos por verificar a continuidade da exploração de trabalho escravo pelos mesmos empregadores durante anos (BRASIL, 2017m). Semelhante situação verifica-se nos autos da Ação Cível Pública nº 0001779.55.2014.5.02.0054, a qual foi julgada em novembro de 2017 pela 4ª Turma do TRT2 (BRASIL, 2017n). A ré já havia sido condenada em primeira instância ao pagamento de indenizações por danos morais coletivos e por dumping social, além de outras medidas, tudo requerido na inicial pelo MPT, e a 4ª Turma manteve as cominações, consoante notícia a seguir reproduzida. A simultaneidade dessas indenizações é possível em razão do dano moral coletivo ser outra espécie de dano social (gênero), tendo natureza extrapatrimonial, enquanto o dumping social é dano também coletivo, mas de natureza material, “sendo, pois perfeitamente cumuláveis, ainda que derivados do mesmo ato” (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 60).

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região condenou, em segundo grau, a empresa M5 Indústria e Comércio, proprietária da marca M. Officer, pelo pagamento no valor total de R\$ 6 milhões por manter trabalhadores em condições análogas à de escravidão. A ação cível pública foi proposta em 2014 pelo Ministério Público do Trabalho de São Paulo (MPT-SP).

Em sessão de julgamento de recurso ordinário no último dia 7, a 4ª Turma do Tribunal, por meio de acórdão de relatoria do desembargador Ricardo Artur Costa e Trigueiros, rejeitou os argumentos interpostos pela recorrente (a empresa) e manteve, por unanimidade, a decisão do juízo de 1º grau. A ação tramita na 54ª Vara do Trabalho de São Paulo e ainda pode haver pedido de recurso à instância superior.

Na sentença, proferida em setembro de 2015 pela juíza titular da vara na época, Adriana Prado Lima, ficou definido que a M. Officer deverá pagar R\$ 4 milhões pelos danos morais coletivos e R\$ 2 milhões pela prática de dumping social (quando uma empresa se beneficia dos custos baixos resultantes da precarização do trabalho praticando concorrência desleal). As duas indenizações serão destinadas ao Fundo de Amparo ao Trabalhador.

[...]

A denúncia do MPT contra a M. Officer ocorreu após diversas diligências realizadas em 2013 pelo órgão em oficinas de costura clandestinas, quando foi constatado que as condições de meio ambiente de trabalho, saúde e segurança eram precárias. Também foram realizadas fiscalizações pelo próprio TRT-2 nos anos seguintes, quando foram colhidas provas do caso. (BRASIL, 2017n).

Pelos relatos do próprio MPT nos casos acima trazidos, é possível depreender que as tradicionais medidas jurídicas anteriormente tomadas contra os réus não desestimularam a persistência das infrações. Mesmo com o MPT eventualmente formulando os pedidos cabíveis, mostra-se pouco razoável que o Poder Judiciário Trabalhista permaneça inerte diante de práticas altamente reprováveis que já se encontram sob seu conhecimento e responsabilidade por meio uma ação trabalhista.

Atuar efetivamente contra deliberadas violações à Constituição e a direitos sociais é “também, e especialmente, de lícito exercício do papel do juiz em um Estado Democrático de Direito” (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 115).

4.4 Razões para a Justiça do Trabalho condenar de ofício

Devido às várias ocasiões em que o juiz do trabalho pode ou até mesmo deve agir por iniciativa própria é que parte dos estudiosos e aplicadores do direito laboral entende ser possível haver condenações que incluam, entre as obrigações, o pagamento de verbas não requeridas pelo autor. É o que ocorre em sentenças que preveem o pagamento de multas e de outras medidas em caso de não pagamento espontâneo da condenação em prazo definido pelo juízo na mesma decisão.

Exemplo dessa prática verifica-se pelos excertos abaixo reproduzidos do dispositivo da sentença prolatada pela 12ª Vara do Trabalho (VT) de Belém/PA no processo 0001574-19.2016.5.08.0012,

os quais também se encontram, com adaptações, em diversas outras sentenças de conhecimento daquele juízo, como nos processos nº 0000138-25.2016.5.08.0012, 0001735-29.2016.5.08.0012 e 0000335-43.2017.5.08.0012 (BRASIL, 2017o):

12ª VT de Belém/PA. RT-0001574-19.2016.5.08.0012.

TRATANDO-SE DE DECISÃO LÍQUIDA, DEVERÁ O RECLAMADO, CASO NÃO DESEJE RECORRER, AINDA NO PRAZO RECURSAL, DEPOSITAR O VALOR A QUE FOI CONDENADO SOB PENA DE PAGAMENTO DE MULTA NO VALOR DE 10% SOBRE O MONTANTE DA CONDENAÇÃO, A REVERTER EM FAVOR DO EXEQUENTE.

[...]

DEVERÁ SER DILIGENCIADO JUNTO AOS CARTÓRIOS DE REGISTRO DE IMÓVEIS, PARA, NOS TERMOS DO ARTIGO 466 DO CPC, SER AVERBADA, NO RESPECTIVO REGISTRO DO BEM ENCONTRADO, A EXISTÊNCIA DE HIPOTECA JUDICIÁRIA PARA GARANTIA DO DÉBITO DECORRENTE DA PRESENTE AÇÃO.

APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO, SEM QUE OCORRA O PAGAMENTO DO VALOR DEVIDO, VISANDO DAR MAIOR EFETIVIDADE AO CUMPRIMENTO DA OBRIGAÇÃO TRABALHISTA, DEVERÁ SER REMETIDA CERTIDÃO, IDENTIFICANDO OS DEVEDORES E O VALOR DA DÍVIDA AO TABELIONATO DE PROTESTOS, PARA AS PROVIDÊNCIAS DA LEI Nº 9.492/97.

Data do julgamento: 17/02/2017. (BRASIL, 2017o).

Nem a multa, nem as providências acima transcritas foram requeridas pela parte autora ou mesmo tiveram a possibilidade de sua aplicação discutida durante a instrução processual, porém, a prática forense conduziu o juízo ao convencimento de que tais medidas otimizam a eficácia de suas decisões, compelindo o devedor a pagar os créditos previstos na condenação sem necessidade de início dos atos executórios.

Condutas reprováveis do ponto de vista jurídico requerem respostas efetivas por parte do Estado, tanto pelos órgãos fiscalizadores, quanto pelo Poder Judiciário, mormente quando se tratam de afrontas simultâneas a diferentes esferas do Direito, como ocorre nos casos de dumping social decorrente de exploração de trabalho escravo contemporâneo. Conforme

já descrito, em tais práticas ocorre a desobediência não apenas a leis trabalhistas, mas também a normas constitucionais de ordem laboral, social e econômica. A dignidade da pessoa humana e a liberdade em sentido amplo são os mais notórios princípios constitucionais violados por essa prática exploratória, mas não os únicos.

Ao resultar em dumping social, o trabalho escravo contemporâneo agride também a própria ordem econômica, visto que a Lei Maior, em seu artigo 170, estatui que “a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] IV - livre concorrência” (BRASIL, 2017a). Constata-se essa agressão quando se entende que, com a negativa de pagamento a um trabalhador contratado ou com a submissão deste a condições inadequadas de higiene e segurança, como tipicamente ocorre no trabalho escravo contemporâneo, um empregador abertamente está menosprezando e, portanto, desvalorizando o trabalho humano e, a um só tempo, atentando contra a existência digna daquele que lhe presta o serviço. Ademais, a considerável e ilícita redução de gastos decorrente dessa prática, por seu turno, afronta o princípio da livre concorrência, pois proporciona ao infrator redução de custos na produção, o que lhe permite reduzir o custo de venda de seus produtos, configurando, como consequência, larga vantagem sobre seus concorrentes que observam as normas sociais e comerciais.

O entendimento de que o aumento ilícito de lucros e o desrespeito à livre concorrência são infrações diretas contra a ordem econômica está expressamente assinalado na Lei nº 12.529/2011, a qual estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica e dá outras providências:

Art. 36. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I – limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa; [...]

III – aumentar arbitrariamente os lucros; [...]. (BRASIL, 2017j).

Verifica-se, ainda, que a exploração de trabalho escravo contemporâneo, em face das disposições contidas no Código Civil de 2002, é um ato ilícito que exige reparação também perante a esfera cível, já que,

de acordo com os artigos 186 e 187 daquele diploma legal, comete ato ilícito quem “por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral”, assim como quem, ao exercer um direito, manifestamente exceder “os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes” (BRASIL, 2017i). É inegável que o uso do trabalho em condições análogas às de escravidão viola direitos, causa danos e excede os limites dos fins econômicos, sociais e dos bons costumes, configurando, repita-se, o dumping social. Logo, por se tratar de ato ilícito que causa dano a outrem e em face do que consta do artigo 927 do Código Civil, essa prática exploratória obriga o empregador infrator à reparação (BRASIL, 2017i).

Ante a variedade de normas agredidas pelo dumping social com trabalho escravo, revela-se imprescindível a atuação estatal no enfrentamento de tal prática lesiva à sociedade e às instituições públicas. Todavia, embora haja órgãos originariamente incumbidos de fiscalizar e coibir esses episódios, a realidade de persistência das condutas pelos infratores tem revelado que tais órgãos não têm sido suficientemente eficazes para a prevenção contra o surgimento de novos casos. Essa ineficácia tem propiciado posturas cada vez mais proativas por parte de um Poder da União que outrora se limitava a responder apenas quando expressamente provocado: o Poder Judiciário.

O papel do Poder Judiciário pode ser definido, simplificada e genericamente, como “garantir os direitos individuais, coletivos e sociais e resolver conflitos entre cidadãos, entidades e Estado” (BRASIL, 2017f). A perspectiva tradicionalista, ligada a um modelo estatal liberal, sugere uma necessária neutralidade do Poder Judiciário, limitando-se a tarefa do juiz a conhecer e descrever, sem decidir ou criar. Entretanto, o modelo social de Estado acrescenta às funções judiciárias “a de fiscalizar o respeito aos direitos sociais e impelir o Estado a uma atividade compensatória e distributiva, de modo a contribuir para a atuação das escolhas públicas” (MARTINS, 2017).

Assim, mostra-se razoável pensar que, nos dias atuais, o Poder Judiciário não deva se limitar a decidir estritamente sobre pedidos feitos pelas partes de um processo, mas que, indo além, decida em prol da construção de uma sociedade livre, justa e solidária com observância dos direitos e princípios àquela inerentes.

Alinhados a esse entendimento, juízes do trabalho como Souto Maior, Moreira e Severo (2014, p. 68) sugerem “a aplicação de indenização

punitiva e dissuasória, consistente na condenação a pagamento de soma em dinheiro” nos casos de dumping social, ressaltando que tal indenização pode ser concedida pelo juízo mesmo sem ter sido pleiteada por qualquer das partes na lide.

Defender a inércia da jurisdição perante atos que afetam trabalhadores, Estado e outra considerável parte da sociedade é colocar as normas processuais acima das materiais, o meio acima do fim, o que implica equívoco sob o prisma de uma interpretação sistemática do ordenamento jurídico, pois, como já é cediço entre os operadores do direito, o processo não é e nem deve ser um fim em si mesmo. Essa máxima é ainda mais importante para o direito trabalhista, que é direito social insculpido na Lei Maior brasileira e, como tal, não pode ser suplantado pelo direito processual.

Souto Maior, Moreira e Severo (2014, p. 144) assinalam que “o processo serve à realização do direito material do trabalho, é dele instrumento. O Juiz do Trabalho, por sua vez, tem a responsabilidade de fazer com que o direito material do trabalho se torne realidade”. Em outra passagem de sua obra, mencionados doutrinadores explicitam ainda mais esse entendimento:

As discussões acerca da legitimidade e dos limites da ação ao pedido formulado pelas partes constituem tentativa de sobrepor forma a conteúdo, fazendo prevalecer a visão positivista e descomprometida do processo. O que se exige do juiz é que, diante do fato demonstrado, que afeta o interesse social, penalize/discipline o agressor para desestimulá-lo na repetição da prática e para compensar o benefício econômico já obtido. (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 132).

Deve-se rememorar que a condenação de ofício que se discute neste trabalho é para punir e prevenir o dumping social e o trabalho escravo contemporâneo, práticas que quase invariavelmente originam numerosos e complexos processos perante a Justiça do Trabalho. A ausência de enfrentamento proativo pelo próprio Poder Judiciário fatalmente resulta em negócio vantajoso para os empregadores infratores, como já explicado ao longo deste texto e semelhantemente descrito por Souto Maior, Moreira e Severo.

É óbvio que o aparto judiciário não será nunca suficiente para dar vazão às inúmeras demandas em que se busca, meramente, a recomposição da ordem jurídica na perspectiva individual, o que representa um desestímulo para o acesso à justiça e um incentivo ao descumprimento da ordem jurídica.

Em outras palavras, será um bom negócio não observar direitos trabalhistas, se não houver uma coerção efetiva por parte do Estado. (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 74).

O dumping social é efeito de procedimentos ilícitos por parte do empregador, já reconhecido como existente no âmbito trabalhista pela maior parte da jurisprudência brasileira, inclusive pelo TST. Esse entendimento tem sido, inclusive, ratificado por decisões recentes daquela corte superior, como a contida no acórdão prolatado pela Subseção I Especializada em Dissídios Individuais (SDI-1) nos autos dos Embargos em Recurso de Revista nº 0125985-97.2009.5.12.0003, do qual alguns excertos de interesse são a seguir trasladados:

TST. SDI-1. E-RR-0125985-97.2009.5.12.0003.
RECURSO DE EMBARGOS EM RECURSO DE
REVISTA REGIDO PELA LEI Nº 13.015/2014. AÇÃO
CIVIL PÚBLICA. DECISÃO EMBARGADA QUE
RECONHECE A TERCEIRIZAÇÃO ILÍCITA NA ÁREA
FINALÍSTICA DA EMPRESA TOMADORA DOS
SERVIÇOS. RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS
MORAIS COLETIVOS. CARACTERIZAÇÃO.

[...]

O Parquet requer a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais coletivos decorrentes de terceirização ilícita, no importe de R\$1.130.274,40, valor que corresponde a 10% do gasto com contratos de fornecimento de mão de obra. Sustenta que a terceirização ilícita promovida em larga escala pela ré, com a finalidade de barateamento do custo da mão de obra, em verdadeiro dumping social, implica ofensa aos princípios da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, insertos no artigo 1º da Constituição Federal. Transcreve arestos para o confronto de teses.

[...]

Portanto, diante da necessária avaliação dos critérios de proporcionalidade e de razoabilidade, e, considerando a prática reiterada da empresa ré em terceirizar serviços vinculados à sua atividade finalística, mesmo após o primeiro auto de infração emitido pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, o caráter pedagógico da medida, a ofensa ao direito da coletividade de obter o reconhecimento de vínculo de emprego com a real empregadora, demonstrada também em razão do fato de que 32 empregados ajuizaram

ação trabalhista em virtude de lesão coletiva decorrente de terceirização ilícita, com alegação de falta de pagamento da totalidade dos créditos trabalhistas, além do fato de que, no caso, não foi comprovada a presença de efetivo dano psíquico dos empregados, em razão da conduta ilícita da empresa, fixo o valor da indenização por danos morais em R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Data do julgamento: 30/11/2017. (BRASIL, 2018d).

Apesar do TST não admitir a condenação de ofício nos casos de dumping social, alguns Tribunais Regionais já demonstraram apoio a essa prática judicial ao ratificarem sentenças de conhecimento contendo essa postura ativista. Além do exemplo já trazido pelos excertos da sentença e do acórdão do processo 0030400-53.2009.5.18.0002, seguem abaixo trechos de outros acórdãos que demonstram o entendimento daqueles tribunais favorável à condenação de ofício por dumping social:

TRT16. Tribunal Pleno. RO-0018000-27.2006.5.16.0015. DUMPING SOCIAL. INDENIZAÇÃO. O constante descumprimento da ordem jurídica trabalhista acaba atingindo uma grande quantidade de pessoas, disso se valendo o empregador para obter vantagem na concorrência econômica com outros empregadores, o que implica dano àqueles que cumprem a legislação. Essa prática traduz-se em dumping social, pois prejudica toda a sociedade e configura ato ilícito, por exercício abusivo do direito, já que extrapola os limites econômicos e sociais, nos exatos termos dos arts. 186, 187 e 927 do Código Civil. O art. 404, parágrafo único, do Código Civil, dá guarida ao fundamento de punir o agressor contumaz com uma indenização suplementar, revertendo-se esta indenização a um fundo público.

[...]

As reclamações trabalhistas em face de uma mesma empresa que apresenta agressões reincidentes, tais como: negativa de vínculo pela terceirização ilegal; salários em atraso; pagamento de salários “por fora”; trabalho em horas extras de forma habitual, não recolhimento de FGTS; não pagamento das verbas rescisórias; ausência de anotação da CTPS etc., ou seja, ofensas aos direitos fundamentais e direitos socialmente protegidos, atingindo o fundamento basilar da nossa Carta Magna, qual seja, o princípio da dignidade da pessoa humana, devem culminar em condenação de uma indenização por dano social, arbitrada “ex officio” pelo juiz.

[...]

As práticas ilícitas desse montante, que tenham importante repercussão social, não devem ser mais toleradas, sendo necessária a reparação do dano proveniente por meio de uma indenização, cujo fim é desestimular a continuação da prática do ato ilícito, pois, sob o ponto de vista social, o que importa não é apenas reparar o dano individualmente sofrido, mas impedir que outras pessoas venham a ser vítimas em potencial do agente autor da conduta lesiva ou de outrem que queira se beneficiar de tal prática.

Data do julgamento: 04/03/2009. (BRASIL, 2018c).

TRT18. 3ª Turma. RO-0001646-67.2010.5.18.0002.

DUMPING SOCIAL. PRÁTICAS LESIVAS AOS VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E AOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E DA BUSCA DO PLENO EMPREGO. DANO DE NATUREZA COLETIVA CAUSADO À SOCIEDADE. INDENIZAÇÃO SUPLEMENTAR DEVIDA. A figura do dumping social caracteriza-se pela prática da concorrência desleal, podendo causar prejuízos de ordem patrimonial ou imaterial à coletividade como um todo. [...] Essa conduta, além de sujeitar o empregador à condenação de natureza individual decorrente de reclamação, por meio da qual o trabalhador lesado pleiteia o pagamento de todos os direitos trabalhistas desrespeitados, inclusive a correta anotação do contrato de emprego na CTPS e indenizações previdenciárias e, eventualmente, reparações por danos morais de caráter compensatório e pedagógico, pode acarretar, também, uma sanção de natureza coletiva pelo dano causado à sociedade, com o objetivo de coibir a continuidade ou a reincidência de tal prática lesiva a todos os trabalhadores indistintamente considerados, pois é certo que tal lesão é de natureza difusa.

[...] diante da demonstração inequívoca da prática do dumping social, o julgador pode, de ofício, impor ao agressor uma reparação suplementar em decorrência do dano social perpetrado. Data do julgamento: 01/07/2011. (BRASIL, 2017q).

TRT15. 6ª Turma. RO-0001807-80.2010.5.15.0028.

Por todos esses fundamentos, diante do dano social gerado pela prática adotada pela reclamada, condeno-a ao pagamento de uma indenização de R\$100.000,00 (cem mil reais), a ser corrigida na proporção dos créditos trabalhistas, a partir da data de publicação da presente decisão, restando a advertência de majoração do valor no caso de manutenção da fraude detectada.

Data do julgamento: 07/08/2012. (BRASIL, 2018b).

O trabalho escravo, por seu turno, tem massiva reprovação no meio jurídico nacional e internacional.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 1948, define em seu artigo 4º que “ninguém será mantido em escravidão ou servidão. A escravidão e o tráfico de escravos serão proibidos em todas as suas formas” (ONU, 2017). Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 678 de 1992, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969 (Pacto de São José da Costa Rica) estabelece no artigo 6º a “proibição da escravidão e da servidão”, dispondo que “ninguém pode ser submetido a escravidão ou a servidão, e tanto estas, como o tráfico de escravos, como o tráfico de mulheres são proibidos em todas as formas” (BRASIL, 2017b).

O Governo Federal brasileiro reconheceu oficialmente a existência de escravidão em seu território em 1995 e apenas a partir de então foram iniciadas medidas de combate direto pelo Estado contra essa prática, o que tem sido efetuado principalmente pelo MPT (BRASIL, 2017l, p. 11).

Ressalvados casos pontuais, o ordenamento jurídico brasileiro tem evoluído no sentido de propiciar o combate ao trabalho escravo contemporâneo, a exemplo do que ocorreu com a redação do artigo 149 do Código Penal, alterada pela Lei nº 10.803, de 11 de dezembro de 2003, que estabeleceu penas àquele crime e indicou as hipóteses de configuração da condição análoga à de escravo.

Por seu turno, o Poder Judiciário, especialmente o trabalhista, tem se empenhado na repressão a essa prática criminosa por meio de suas decisões que, por vezes, são condensadas pelos tribunais em enunciados ou publicações similares, como a Súmula nº 36 do TRT8, cuja redação, entre outras disposições, assinala:

TRABALHO FORÇADO, DEGRADANTE OU EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS À DE ESCRAVO. RESPONSABILIDADE CIVIL. DANO MORAL IN RE IPSA. III – Para fixação do valor da indenização devem ser levados em conta, dentre outros, os seguintes fatores: gravidade e extensão do dano, condição financeira do ofensor e do ofendido, e finalidade pedagógica da punição para evitar a reincidência da prática delituosa. (BRASIL, 2017p).

Referida Súmula exterioriza o entendimento do TRT8 de que, estando provada no processo a ocorrência de quaisquer das condições análogas à de escravo, estará configurada a violação à dignidade humana, havendo, consequentemente, a responsabilização do empregador por danos morais.

Dispõe ainda referida súmula que o valor da indenização a ser fixado deve levar em consideração, além de outros fatores, a finalidade pedagógica da punição, a qual tem o intuito de evitar a reincidência da prática delituosa. Essa parte final do texto expressa uma intenção de enfrentamento rigoroso contra a exploração de trabalho escravo contemporâneo, pois determina a observância pelo julgador do caráter dissuasório que deve ter a respectiva indenização.

O posicionamento sumulado pelo TRT8 vai ao encontro da ideia da condenação de ofício que é proposta neste estudo, vez que ambas as medidas exigem do juízo proatividade perante situações de trabalho em condições análogas à de escravo. Ademais, assim como a responsabilização por danos morais defendida pelo TRT8, a estipulação de indenização, de ofício, pelo dumping social oriundo dessa forma de exploração tem relevante papel pedagógico, o que, nesses casos, é até mais importante para a sociedade que a função punitiva da medida judicial.

Portanto, além dos fundamentos legais e dos precedentes jurisprudenciais permitirem a atuação judicial de ofício em casos específicos, a natureza dos direitos violados pela exploração de trabalho escravo, o conseqüente malefício que essa atividade ilícita proporciona ao Estado e à sociedade, caracterizando o dumping social, e o elevado grau de reprovabilidade jurídica da conduta, inclusive em âmbito internacional, exigem do Poder Judiciário respostas punitiva e pedagogicamente efetivas.

Importa, ainda, lembrar o que os legisladores federais do Brasil, legítimos representantes da vontade da sociedade e do Estado, expressamente consignaram no artigo 8º do CPC/2015:

Art. 8º Ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana e observando a proporcionalidade, a razoabilidade, a legalidade, a publicidade e a eficiência. (BRASIL, 2017k).

Consoante resta demonstrado neste estudo, ao condenar de ofício os empregadores que submetem seus trabalhadores a condições análogas à de escravo ao pagamento de indenização pelo dumping social decorrente, o julgador trabalhista estará, simultaneamente, a aplicar o ordenamento jurídico, a atender aos fins sociais e às exigências do bem comum, a resguardar e a promover a dignidade da pessoa humana, sem deixar, com isso, de observar a proporcionalidade, a razoabilidade, a

legalidade, a publicidade e, principalmente, a eficiência da atividade jurisdicional que desempenha.

CONCLUSÃO

Apesar de existirem fundamentos positivados que permitam a condenação de ofício na seara laboral, para que aquela seja fixada sobre firme substrato jurídico, além de se tratar de hipótese que demande atuação proativa do Poder Judiciário, necessário se faz que haja uma interpretação atual e holística das normas, princípios e institutos de direito vigentes. Isso, entretanto, vai de encontro às visões tradicionalistas, literais e restritivas, pretensamente em favor da segurança jurídica, que ainda predominam na Justiça do Trabalho.

Não bastassem os entendimentos contrários às iniciativas judiciais, nos últimos anos tem pesado contra esse tipo de prática o cenário político nacional que abertamente tem atacado a Justiça do Trabalho sob os mais variados argumentos, entre os quais se destaca o da responsabilidade pelo enfraquecimento do setor empresarial brasileiro e por desestimular investimentos principalmente por empreendedores estrangeiros. As argumentações negativas foram e ainda são frequentemente repetidas pelos mais diversos meios de comunicação com o intuito de fortalecer o apoio à reforma trabalhista de 2017, a qual nitidamente buscou impor limites mais rígidos à atuação da Justiça do Trabalho, dificultando em alguns casos, iniciativas como a defendida neste estudo.

Ocorre que, mesmo com as mudanças trazidas pelo CPC de 2015 e pela reforma trabalhista de 2017, o processo continua sendo apenas um meio para concretização dos direitos materiais, devendo ser visto e utilizado como “instrumento de transformação do mundo dos fatos” (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 147) e não como um jogo cujas regras devem se sobrepor a todo e qualquer outro direito.

Os direitos materiais a serem protegidos na condenação de ofício por dumping social gerado pelo trabalho escravo contemporâneo são nada menos que direitos sociais trabalhistas, alguns dos quais constitucionais, que têm repercussões coletivas e cujo desrespeito atenta contra fundamentos (dignidade da pessoa humana e valores sociais do trabalho e da livre iniciativa) e objetivos (construção de uma sociedade livre, justa e solidária) da República Federativa do Brasil, conforme estabelecido, respectivamente, nos artigos 1º, III e IV, e 3º, I, da CF/88 (BRASIL, 2017a).

Eximir-se o julgador do poder-dever de agir proativamente contra tão graves afrontas ao Estado e à sociedade contraria diversos princípios da Administração Pública como os da legalidade, da supremacia do interesse público, da razoabilidade e, sobretudo, da eficiência, vez que não estará imprimindo o máximo de alcance tutelar possível a uma sentença e, conseqüentemente, haverá necessidade de outros atos e da atuação de outros órgãos públicos, como o MPT, para obtenção de resultado similar ao que aquela decisão já deveria ter produzido.

Atuando somente de modo tradicionalista, sob a justificativa de respeito às normas processuais, preterindo as materiais, o juiz corre o risco de limitar-se “a reparar direitos já violados, contribuindo pouco ou nada para a construção de uma sociedade que busca o bem de todos, como preconiza o texto constitucional de 1988” (SOUTO MAIOR; MOREIRA; SEVERO, 2014, p. 144).

Proatividade, iniciativa e até mesmo ativismo judicial, em ocasiões específicas, já são posturas hodiernamente, por vezes, apoiadas por alguns tribunais, inclusive pelo STF. A Presidente daquela corte, Ministra Cármen Lúcia, em dezembro de 2017, na abertura do seminário “Independência e Ativismo Judicial: Desafios Atuais”, que ocorreu no STJ, assim posicionou-se a respeito do tema:

Ativismo judicial é um tema atualíssimo, porque o constitucionalismo mudou, o Direito mudou e o cidadão mudou para ser o protagonista da sua história. A atividade do Poder Judiciário não é passiva. Essa é a grande mudança. Atua o Poder Judiciário e ativa-se o Poder Judiciário para que a injustiça não prevaleça. Não queremos um Judiciário que vá além dos seus limites, o que seria uma exorbitância, nem a menos do que a Constituição e a lei exigem para que ela seja viva e não seja apenas uma folha de papel. (BRASIL, 2018a).

Por todo o exposto, é possível afirmar que a iniciativa judicial discutida neste trabalho é viável, seja do ponto de vista legal, doutrinário, jurisprudencial ou institucional, cabendo, como sempre, a apreciação detida de cada caso a ser julgado. Entretanto, as articulações argumentativas trazidas neste estudo podem e precisam ser repensadas e aprimoradas pelos operadores do direito trabalhista brasileiro, especialmente por aqueles que entendem, como aqui proposto, ser juridicamente possível e necessário o combate direto e de ofício pela Justiça do Trabalho a essa

conduta indiscutivelmente inaceitável que é a geração de dumping social pela exploração de mão de obra em condições análogas à de escravo.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. **Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992:** Promulga a convenção americana sobre direitos humanos (pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm>. Acesso em: 25 out. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940:** Código penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 12 ago. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942:** Lei de Introdução às normas do direito brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657compilado.htm>. Acesso em: 03 dez. 2017.

_____. **Decreto-lei nº 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/Del5452compilado.htm>. Acesso em: 19 nov. 2017.

_____. Governo do Brasil. **Conheça os órgãos que formam o poder judiciário.** In: Portal Brasil, 01 mar. 2016. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/governo/2009/11/conheca-os-orgaos-que-formam-o-poder-judiciario>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei nº 5.584, de 26 de junho de 1970:** Dispõe sobre normas de direito processual do trabalho, altera dispositivos da consolidação das leis do trabalho, disciplina a concessão e prestação de assistência judiciária na justiça do trabalho, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5584.htm>. Acesso em: 02 nov. 2017.

BRASIL. **Lei no 7.347, de 24 de julho de 1985.** Disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (vetado) e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347Compilada.htm>. Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002:** Institui o código civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406compilada.htm>. Acesso em: 01 nov. 2017.

_____. **Lei nº 12.529, de 30 de novembro de 2011:** Estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o decreto-lei no 3.689, de 3 de outubro de 1941 - código de processo penal, e a lei no 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da lei no 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei no 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/Lei/L12529.htm>. Acesso em: 04 nov. 2017.

_____. **Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015:** Código de processo civil. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: 20 out. 2017.

_____. Ministério Público do Trabalho. **Cartilha do trabalho escravo.** In: Áreas de atuação, Trabalho escravo, Publicações. Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/11344af7-b9d7-4fcc-8ebe-8e56b5905129/Cartilha%2BAlterada_3-1.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=11344af7-b9d7-4fcc-8ebe-8e56b5905129>. Acesso em 30 jun. 2017.

_____. Ministério Público do Trabalho em Campinas. **Trabalho escravo:** MPT pede indenização de R\$ 100 milhões e expropriação de fazenda onde 23 trabalhadores foram resgatados. In: Informe-se, Campanhas, 2017. Disponível em: <<http://prt15.mpt.gov.br/informe-se/campanhas/2-uncategorised/677-trabalho-escravo-mpt-pede-indenizacao-de-r-100-milhoes-e-expropriacao-de-fazenda-onde-23-trabalhadores-foram-resgatados>>. Acesso em 14 ago. 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Presidente do STF diz que juiz deve ser a manifestação do direito ao falar.** In: Notícias STF, Imprensa, 04 dez. 2017. Disponível em: <<http://m.stf.jus.br/portal/noticia/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=363695>>. Acesso em: 05 jan. 2018.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região. **TRT-2 condena M. Officer em R\$ 6 milhões por trabalho análogo ao escravo**. In: Índice de Notícias, 09 nov. 2017. Disponível em: <<http://www.trtsp.jus.br/indice-de-noticias-noticias-juridicas/21358-trt-2-condena-m-officer-em-r-6-milhoes-por-trabalho-analogo-ao-escravo>>. Acesso em: 17 dez. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. **Consulta processual**. In: Processo Judicial Eletrônico 1º Grau. Disponível em: <<https://pje.trt8.jus.br/consultaprocessual/pages/consultas/ConsultaProcessual.seam>>. Acesso em: 02 nov. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região. **Resolução nº 030/2016**: Aprova a edição da súmula nº 36 da jurisprudência predominante deste regional. In: Resoluções, Bases Jurídicas. Disponível em: <http://www.trt8.jus.br/index.php?option=com_wrapper&view=wrapper&Itemid=336>. Acesso em: 29 jun. 2017.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região. **Consulta rápida por numeração única**. In: Consulta Processual, Numeração Única. Disponível em: <<http://portal.trt15.jus.br/numeracao-unica>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. **Processo 0018000-27.2006.5.16.0015**. In: Consulta processual, Pesquisa por processo, Processo de 2ª Instância. Disponível em: <<https://www.trt16.jus.br/site/index.php?acao=conteudo/processo/processo2.php&h=0BF41016C78E44F6#>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 18ª Região. **Consultas**. Disponível em: <<http://www.trt18.jus.br/portal/consultas/>>. Acesso em: 05 dez. 2017.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Consulta unificada**. In: Jurisprudência. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/web/guest/consulta-unificada>>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Dumping social**: indenização deve ser requerida pelo ofendido. In: Notícias do TST, 25 jan. 2013. Disponível em: <http://www.tst.jus.br/noticias/-/asset_publisher/89Dk/content/dumping-social-indenizacao-deve-ser-requerida-pelo-ofendido>. Acesso em: 10 mai. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Instrução normativa nº 39/2016**: Versão atualizada. In: JusLaboris, Atos normativos e administrativos, Atos TST/CGJT/CSJT/Enamat. 24 abr. 2017. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/>>. Acesso em: 01 nov. 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. **Trabalho escravo**: caracterização jurídica. 2. ed. São Paulo: LTr, 2017.

CAIRO JÚNIOR, José. **Curso de direito processual do trabalho**. 10. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

JUSBRASIL. **Enunciados aprovados na 1ª jornada de direito material e processual na justiça do trabalho**. In: Jusbrasil, Notícias. Disponível em: <<https://angelotto.jusbrasil.com.br/noticias/147964524/enunciados-aprovados-na-1-jornada-de-direito-material-e-processual-na-justica-do-trabalho>>. Acesso em: 08 dez. 2017.

LEXML. Rede de Informação Legislativa e Jurídica. [**Consultas jurisprudenciais por palavras**]. Disponível em: <www.lexml.gov.br>. Acesso em: 07 dez. 2017.

MARTINS, Aline Pecorelli da Cunha. **O papel do poder judiciário no controle das políticas públicas ambientais e sua contribuição no desenvolvimento sustentável**. In: Conteúdo Jurídico, Brasília/DF, 06 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.conteudojuridico.com.br/?artigos&ver=2.55574&seo=1>>. Acesso em: 04 nov. 2017.

MESQUITA, Valena Jacob Chaves. **O trabalho análogo ao de escravo**: uma análise jurisprudencial do crime no TRF da 1ª Região. Belo Horizonte: RTM, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração universal dos direitos humanos**. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 25 out. 2017.

PINA, Thais Nascimento de. Ativismo judicial. *Âmbito Jurídico*, Rio Grande/RS, XIX, n. 145, fev 2016. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=16849&revista_caderno=9>. Acesso em: 09 nov. 2017.

PINTO, José Augusto Rodrigues. **Dumping social ou delinquência patronal na relação de emprego?** In: *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília/DF, v. 77, n. 3, p. 136-153, jul./set. 2011. Disponível em: <<https://juslaboris.tst.jus.br/handle/1939/26999>>. Acesso em: 06 ago. 2017.

SILVA, Marcello Ribeiro. **Trabalho análogo ao de escravo rural no Brasil do século XXI**: novos contornos de um antigo problema. Dissertação de Mestrado em Direito Agrário da Universidade Federal de Goiás, Goiânia, 2010.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz; MOREIRA, Ranúlio Mendes; SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

AS RESOLUÇÕES N. 1805/2006 E 1995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

THE FEDERAL MEDICINE BOARD'S RESOLUTION N. 1805/2006 E 1995/2012 AND THE BRAZILIAN LEGAL SYSTEM

Helena de Azeredo Orselli *
Matheus Freiberguer Rosa **

SUMÁRIO: Introdução. 1 A Resolução 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina como orientação para a prática da ortotanásia. 2 A Resolução 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e o respeito à autonomia. 3 Irradiação das resoluções que fundamentam direito à liberdade de escolha do paciente bem como suas diretivas antecipadas de vontade no ordenamento jurídico vigente. 4 A eficácia das referidas resoluções à luz do ordenamento jurídico. Conclusão. Referências.

RESUMO: Este artigo trata da possibilidade de o paciente terminal escolher não se submeter a tratamentos médicos. A ortotanásia é meio pela qual o indivíduo com uma doença terminal aceita a morte e aguarda com que ela chegue em momento adequado. Esta prática utiliza métodos paliativos para que o paciente terminal tenha sua dor e sofrimento amenizados, e sua qualidade de vida aumentada. A Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina permite ao médico limitar ou suspender o tratamento que prolonga a vida do paciente terminal, respeitando a vontade da pessoa ou seu representante legal, entretanto, segundo essa mesma Resolução, o paciente terminal terá de receber todos os cuidados necessários para aliviar o sofrimento e a dor advindos da doença. A Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina define as diretivas antecipadas de vontade como instrumento pelo qual a pessoa capaz manifesta seus desejos sobre os cuidados e tratamentos que deseja ou não receber quando estiver incapacitado para se expressar livre e autonomamente. Essas Resoluções não são normais jurídicas, mas podem servir de amparo ético para as decisões tomadas acerca do caso concreto.

Palavras-chave: Autonomia. Diretiva Antecipada de Vontade. Ordenamento Jurídico. Paciente terminal. Resolução do Conselho Federal de Medicina. Suspensão do Tratamento.

ABSTRACT: *This paper deals with the possibility of terminal patient choosing not to be taken to a therapy. Orthothanasia is a mean in which the person with terminal disease accepts death and waits until it happens in an adequate way. This practice uses paliatives methods so that the terminal patient has his pain and suffer decreased and an increased quality of life. The Federal Medicine*

* Doutora em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí e em Direito Público pela Università degli studi di Perugia e mestre em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí, professora de Direito Civil, Bioética e Biodireito nos cursos de graduação e pós-graduação em Direito da Universidade Regional de Blumenau - FURB, Blumenau-Santa Catarina. Membro do Grupo de Pesquisa Direitos Fundamentais, Cidadania & Justiça, certificado junto ao CNPq pela FURB. E-mail: helena@furb.br.

** Pós-graduado em Direito do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Bacharel em Direito pela Universidade Regional de Blumenau. Ex-bolsista em iniciação científica da SED/FUMDES/Art. 171- pesquisa, – FURB/FUMDES. Departamento de Direito da Universidade Regional de Blumenau – FURB. Advogado na Nemetz e Kuhnen Advocacia. E-mail: matheus_r93@hotmail.com.

Artigo recebido em 02/05/2018 e aceito em 05/07/2018..

Como citar: ORSELLI, Helena de Azeredo; ROSA, Matheus Freiberguer. As resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina e o ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 407 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

Board's Resolution 1805/2006 allows medicine's professionals to limit and suspend the treatment extending terminal patient's life, respecting his or his guardian will. However, as the resolution sets out, the terminal patient needs to receive all the cares to slow down his pain and suffer. The Federal Medicine Board's Resolution 1995/2012 sets that the advance directives are the instrument in which the competent person manifests his desires about healthcare and treatment that are and are not going to be used when he is incapable of expressing himself freely. These resolutions are not legal rules, but may serve as ethical support on decisions about the case.

Keywords: *Autonomy. Advance Directives. Legal rule. Terminal Patient. Federal Medicine Board's Resolution. Suspension of Treatment.*

INTRODUÇÃO

Com o avanço das tecnologias empregadas nos cuidados destinados a uma vida saudável, a preocupação com a longevidade e a qualidade de vida dos indivíduos têm aumentado. A vida, por muitos, é considerada sagrada, e, por isso, algumas pessoas acreditam que ela deva durar o máximo possível. Em decorrência disto, o prolongamento mecanizado da vida humana é considerado por essas pessoas como obrigatório e necessário para a permanência do homem na Terra. Contudo, a vida, por mais sagrada que seja, não pode tornar a existência de um indivíduo um martírio.

Apesar dos avanços tecnológicos, que objetivam melhorar a vida dos seres humanos, questiona-se a ânsia pelo prolongamento da vida do ser humano a qualquer custo, independentemente da utilidade ou do benefício do procedimento ou do sofrimento que o acompanha. Por outro lado, há o pensamento de que nenhum ser humano é imortal e que as pessoas devem aceitar o final da vida, deixando que a morte chegue no tempo adequado, sem necessidade de prolongar artificial e inutilmente essa vida.

Questiona-se se a pessoa, que não quer viver a qualquer custo, mas deseja apenas viver enquanto considerar sua vida digna, pode manifestar consciente e autonomamente sua vontade de não ser submetido a tratamento inútil, que lhe prolongue a vida biológica, sem lhe trazer qualquer benefício e que lhe cause apenas sofrimento.

O Conselho Federal de Medicina, com o intuito de auxiliar a conduta de profissionais médicos e de pacientes terminais nos limites finais da vida, expediu as Resoluções n. 1805/2006 e n. 1995/2012 que versam, respectivamente, sobre a possibilidade de limitação do tratamento e sobre a confecção das diretivas antecipada de vontade.

Com amparo na Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, há a possibilidade de o profissional médico de limitar

o tratamento dado ao paciente terminal, respeitando sempre, é claro, a autonomia do enfermo terminal. De acordo com a Resolução n. 1995/2012, também do Conselho Federal de Medicina, o paciente pode fazer por escrito suas escolhas sobre como ser tratado em caso de uma incapacidade mental futura.

O presente artigo científico tem como objetivo principal analisar as Resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, bem como estudar a eficácia dessas Resoluções em face do Ordenamento Jurídico brasileiro, com base nos métodos indutivo e analítico e utilizando-se as técnicas de fichamento e de revisão bibliográfica e de legislação.

1 A RESOLUÇÃO 1805/2006 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA COMO ORIENTAÇÃO PARA A PRÁTICA DA ORTOTANÁSIA

Deve-se ter em mente que, na origem da medicina, era considerado um dever moral dos profissionais médicos vencer a morte iminente. No próprio juramento de Hipócrates, há menção do quão importante é para o médico fazer com que o enfermo terminal tenha a vida prolongada. O juramento traz a seguinte disposição: “Aplicarei os regimes para o bem do doente segundo o meu poder e entendimento, nunca para causar dano ou mal a alguém. A ninguém darei por prazer, nem remédio mortal nem um conselho que induza a perda.” (VASCONCELOS; IMAMURA; VILLAR, 2011, p. 502)

Com o avanço das tecnologias e tratamentos médicos, o prolongamento da vida por muito tempo tornou-se algo quase obrigatório, o médico buscava a qualquer custo derrotar a morte, quer dizer, retardando sua chegada definitiva. Por causa dessa tradição mantida através dos tempos, alguns médicos consideram a morte como uma grande adversária, que deve ser combatida, o que ocorre, por muitas vezes, sem analisar o sofrimento causado para o enfermo terminal. Une-se a essa tradição o avanço da tecnologia, que pode prolongar a vida de maneira artificial, fazendo com que a autonomia do paciente seja posta de lado, uma vez que a medicina não admite a perda de uma vida para a morte. (VASCONCELOS; IMAMURA; VILLAR, 2011, p. 503)

Segundo Pohier (1999, p. 33), a maneira como o médico vê a doença e a morte influencia a forma como o paciente se relacionará com essas. Para os casos em que médicos e paciente concordam em não prolongar inutilmente a vida desse último, o Conselho Federal de Medicina,

no ano de 2006, publicou a Resolução n. 1805, que trata da possibilidade de o médico suspender ou limitar o tratamento que não melhora a condição do paciente terminal. Para tanto estabelece em seu artigo 1º: “é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006)

Segundo Barroso e Martel (2012, p. 29), esta Resolução busca “contornar as deficiências e insuficiências de um Código Penal cuja parte especial é da década de 1940 do século passado. Nesta linha, invocando sua função disciplinadora da classe médica, bem como o art. 5º, III, da Constituição, pretendeu dar suporte jurídico à ortotanásia.”

A Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina define, em sua ementa, que:

Na fase terminal de enfermidades graves e incuráveis é permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente, garantindo-lhe os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, na perspectiva de uma assistência integral, respeitada a vontade do paciente ou de seu representante legal. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006)

Essa Resolução não trata da possibilidade de eutanásia, nem de suicídio assistido, que continuam não sendo aceitos como uma prática ética pelo Conselho Federal de Medicina, e também continuam sendo considerados crimes, como apontam Barroso e Martel (2012, p. 29-30).

A Resolução n. 1805/2006 prevê a possibilidade da limitação do tratamento que unicamente prolonga artificialmente a vida do paciente terminal, quando esse ou seu representante legal consentir.

Trata-se da possibilidade de ortotanásia, que é a maneira pela qual o indivíduo com uma doença terminal aceita a morte e aguarda com que ela chegue em momento adequado. Não se prolonga o processo de morrer, como na distanásia, nem se antecipa a chegada da morte, como ocorre na eutanásia. A ortotanásia deve ser sempre acompanhada de cuidados paliativos, para o alívio da dor e do sofrimento do paciente terminal, em atenção a sua qualidade de vida. (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 25)

Segundo Couceiro Vidal (2002), a análise da situação do paciente e da evolução da doença são imprescindíveis para se determinar se a limitação do esforço terapêutico deve ser iniciada. A limitação do esforço

terapêutico pode ocorrer quando há um mau prognóstico de sobrevivência e uma má qualidade de vida. Pode ser definida como não iniciar ou retirar um tratamento já iniciado, deixando morrer o paciente, tendo em vista que sua situação é terminal, e a manutenção do tratamento não lhe traz benefícios, apenas sofrimento e dor. (COUCEIRO VIDAL, 2002)

Ao presente trabalho, interessa a definição do que seja um tratamento fútil, um dos conceitos utilizados para caracterizar os procedimentos médicos que não devem ser aplicados em condições de terminalidade de vida. Pode-se dizer que é fútil uma intervenção que não ajuda a reestabelecer as condições do paciente, pode prolongar sua agonia durante o processo de morrer. (PESSINI, 2007, p. 178) Um ato classifica-se como fútil quando não atinge seus objetivos.

Gherardi (1998) e Pessini (2007, p. 148-149) apontam que, após o progresso tanto em relação aos diagnósticos quanto a tratamentos na área médica a partir do final do século XX, desenvolve-se a discussão acerca da necessidade de definir futilidade em medicina, posto que nem sempre seria adequado utilizar todos os recursos tecnológicos disponíveis, devendo o médico se abster de utilizar medidas que não alteram a condição do paciente. Vários trabalhos acadêmicos tentaram estabelecer uma definição precisa de futilidade em medicina, indagando-se quando seria moralmente adequado aplicar determinados tratamentos, entretanto não se consegue chegar a uma definição única. (FREIRE, 2015, p. 99-100; GHERARDI, 1998; PESSINI, 2007, p. 159-160)

A questão da futilidade do tratamento médico pode aparecer não somente nas situações terminais da vida, mas também em intervenções inúteis em que a vida não está em risco. (PESSINI, 2007, p. 158)

A futilidade de determinado procedimento médico deve ser analisada, tendo-se em vista não apenas o resultado que se pretende com aquele tratamento, mas também as mudanças que ocasiona na condição do paciente, conjugando-os com os objetivos, os interesses e o desejo do paciente, sendo imprescindível que o paciente participe do processo de decisão do que seja um procedimento fútil, durante o tratamento de sua saúde. (PESSINI, 2007, p. 160) Quando não for possível sua participação no processo de decisão, deve-se buscar qual teria sido sua escolha se ele pudesse fazê-la, se ele deixou declaração antecipada de vontade ou conversando com seus familiares.

Para Gherardi (1998), considerar uma prática como fútil envolve considerá-la não apenas em relação ao seu objetivo direto, mas em relação ao objetivo final do tratamento, e explica:

No existe una medida instrumental de la calidad de vida por que esta evaluación sólo puede efectuarse desde la enfermedad en “el aquí y ahora”, dimensionando no solamente los aspectos físicos, que son los que podrían ser medidos, sino los emocionales y sociales que están involucrados. La futilidad aparece así como un producto de la decisión individual, absolutamente único y singular; particular para cada uno, ligado al objetivo de vida y de naturaleza esencialmente cualitativa.

A avaliação da futilidade ou não de um procedimento médico depende da análise de três fatores: a eficácia do tratamento, o benefício ao paciente e a não onerosidade. A eficácia do tratamento diz respeito ao objetivo a ser alcançado com sua utilização, ou seja, se, de alguma forma, melhora a condição de saúde do paciente. O benefício não pode ser confundido com eficácia, essa visa à mudança na saúde do paciente, ao passo que o benefício envolve também os valores pessoais e os interesses desse. O benefício pode ser ver o casamento da neta, por exemplo. A onerosidade não se relaciona com aspectos financeiros, mas sim os ônus físicos, psicológicos, emocionais e sociais que o procedimento acarreta ao paciente. (PESSINI, 2007, p. 164)

Como se percebe, a análise da futilidade do procedimento médico depende da avaliação da situação específica em que se encontra o paciente, variando de paciente para paciente, dependendo de suas condições. Pode-se mencionar como exemplos de tratamentos fúteis: a manutenção de suporte vital em estado vegetativo permanente (PESSINI, 2007, p. 157-158); a ressuscitação cardiorrespiratória, quando o paciente está morrendo de alguma doença fatal ou quando seu coração está irreversivelmente danificado, não sendo esse procedimento recomendado em todas as paradas cardiorrespiratórias. (PESSINI, 2007, p. 172)

A Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina foi elaborada, considerando vários fatores existentes na relação médico-paciente e nos dispositivos presentes na Constituição Federal de 1988, especialmente o artigo 1º, III, em que se encontra o princípio da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

Esse princípio vem passando por diversas transformações ao longo da história. Cada sociedade, em locais e tempos distintos, interpreta-o e o molda de acordo com os seus ideais. Durante esses períodos de mudanças, inicialmente a pessoa humana era vista como um organismo que compõe a sociedade, isto é, não como um fim em si mesmo, mas como uma parte constituinte da comunidade. Após o advento da Modernidade, o ser humano passa a ser reconhecido como um fim em si mesmo, porém não em virtude da sua pessoalidade, mas, sim, em razão da possibilidade de racionalizar e estabelecer leis morais. Na Pós-modernidade, surgem novas perspectivas sobre a dignidade da pessoa, que a analisam sob um viés social, afastando-se do individualismo antecedente, e reconhecendo o sujeito como uma pessoa concreta que, muito mais do que racional e partícipe de leis morais, vive em sociedade e se relaciona com outros indivíduos, sendo, então, identificadas suas necessidades materiais e espirituais, que compõe sua identidade. (SARMENTO, 2016, p. 50)

Sarmento (2016, p. 77) afirma que o princípio da dignidade humana possui diversas funções:

[...] fator de legitimação do Estado e do Direito, norte para a hermenêutica jurídica, diretrizes para ponderação entre interesses colidentes, fator de limitação de direitos fundamentais, parâmetro de controle e validade de atos estatais e particulares, critério para a identificação de direitos fundamentais e fonte de direitos não enumerados.

Além disso, o princípio da dignidade humana prescreve o valor intrínseco de cada indivíduo, que não pode ser instrumentalizado por quem quer que seja, Estado ou particulares. Prescreve também o respeito mútuo e a não hierarquização social e cultural entre as pessoas nas comunidades em que vivem. Determina, ainda, a salvaguarda da autonomia do sujeito, e visa a garantir um mínimo existencial quanto às condições essenciais à vida, bem como o reconhecimento do indivíduo como parte da sociedade, nas práticas sociais e intersubjetivas. (SARMENTO, 2016, p. 92)

Assim, o Conselho Federal de Medicina, buscando garantir o conteúdo e as funções do princípio da dignidade humana dentro das relações médico-paciente, tem-no como diretriz da Resolução n. 1805/06. Para sua elaboração, considerou-se, ainda, que “ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante.” (BOMTEMPO, 2013, p. 206)

Em seu artigo 1º, parágrafo 1º, referida Resolução dispõe que “o médico tem a obrigação de esclarecer ao doente terminal e a seu

representante legal as modalidades terapêuticas adequadas para cada situação.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006) O parágrafo 3º do artigo 1º da mesma Resolução dispõe que “é assegurado ao doente ou a seu representante legal o direito de solicitar uma segunda opinião.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006). Por meio desses dispositivos, a Resolução reconhece a importância do respeito pela autonomia do paciente terminal, cabendo ao médico prestar todas as informações necessárias para que aquele decida.

Nas palavras de Bomtempo (2013, p. 207):

Nos dispositivos da Resolução acima mencionados, pode-se antever o respeito à autonomia privada do paciente, assegurada com a informação prévia do seu estado de saúde e suas perspectivas ou não de cura. Assim, o paciente, poderá livremente escolher entre abreviar o seu estado de terminalidade ou prolongá-lo, sempre com o apoio médico e psicológico.

Ademais, o artigo 2º da Resolução n. 1805/2006 prevê que:

O doente continuará a receber todos os cuidados necessários para aliviar os sintomas que levam ao sofrimento, assegurada a assistência integral, o conforto físico, psíquico, social e espiritual, inclusive assegurando-lhe o direito da alta hospitalar. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2006).

Destarte, o artigo 2º da Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina, juntamente com as exposições de seus motivos, preconiza a busca pela melhor qualidade de vida dos pacientes terminais, possibilitando a presença dos familiares, que o acompanharão, a assistência integral por parte da equipe médica e o direito a alta hospitalar, caso o enfermo terminal deseje passar seus momentos finais no lugar em qual se sinta mais adaptado e feliz. Toda essa humanização no tratamento médico fundamenta-se na filosofia dos *hospices*. (BOMTEMPO, 2013, p. 208)

Não obstante a publicação dessa Resolução pelo Conselho Federal de Medicina e sua intenção benevolente, sua eficácia foi suspensa no ano de 2007 por uma decisão liminar proferida pela Justiça Federal em Brasília, na ação civil pública nº 2007.34.00.014809-3, proposta pelo Ministério Público Federal. A ação civil pública apontava, entre outros argumentos, que “A ortotanásia não passa de um artifício homicida; expediente desprovido de razões lógicas e violador da Constituição Federal, mero desejo de dar ao homem, pelo próprio homem, a possibilidade de uma decisão que nunca

lhe pertenceu.” O magistrado de primeiro grau entendeu que havia, em tese, um conflito entre a Resolução e o Código Penal. A decisão judicial demonstra o desacordo que existe entre o ordenamento jurídico e a Ética, na visão de Barroso e Martel (2012, p. 30).

A decisão liminar, que suspendia a eficácia da Resolução n. 1805/06, foi revogada em 2010, pela sentença do Juiz da 14ª Vara Federal do Distrito Federal, afirmando não ferir a Constituição Federal a permissão para interromper o tratamento do paciente terminal, quando há solicitação deste. (VASCONCELOS; IMAMURA; VILLAR, 2011, p. 504)

Barroso e Martel (2012, p. 33) afirmam que há um conflito entre um sistema paternalista e outro de deontologia médica.

Estão em choque, aqui, dois modelos. Um de índole paternalista, que desconsidera a vontade do paciente e de seus familiares, privados de fazerem escolhas morais próprias. O outro, fundado na deontologia médica, valoriza a autonomia e o diálogo, aceitando que a arte de curar se converta em cuidado e amparo. [...] O principal argumento contrário a qualquer hipótese de morte com intervenção decorre da compreensão do direito à vida como um direito fundamental absoluto.

Vale destacar que, há certo tempo, o que se via era uma relação médico-paciente construída sobre um modelo paternalista, no qual havia uma relação hierárquica, linear, em que a autoridade para as escolhas era única e exclusivamente do médico. (RIBEIRO, 2006, p. 274)

Como ensina Engelhardt Junior (2013, p. 393), há três modelos de paternalismo: o paternalismo para incapazes, “no caso de indivíduos que nunca foram competentes, como os bebês, as crianças e as pessoas retardadas desde o nascimento.” que, nesse caso, é incontornável.

O segundo modelo é o paternalismo fiduciário, no qual a pessoa faz a nomeação de um indivíduo para tomar decisões em seu nome, quando não se achar preparado ou quando não puder, por falta de informações ou de discernimento, decidir por si. Essa nomeação pode ser de um médico ou de outra pessoa, que assumirá as decisões quanto ao procedimento que envolva a pessoa. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 395-396)

Há ainda o paternalismo dos melhores interesses, ou paternalismo forte, em que não se respeita a recusa feita pelo indivíduo para defender os melhores interesses desses. Esse tipo de paternalismo é controverso, pois é difícil se dizer a partir de que momento a escolha do paciente deve

ser deixada de lado em nome de seu benefício, segundo o juízo de outra pessoa. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 399-400)

Nos dias de hoje, é possível evidenciar uma evolução na relação médico-paciente, adotando, assim, um sistema em que o que prevalece é a autonomia do paciente, representado pelo instituto do consentimento informado. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 286)

Nesse novo panorama de relação médico-paciente, entende-se que o direito à vida é efetivamente um direito de viver e não um dever de viver a qualquer custo (SARLET, 2013, p. 380), reconhecendo-se que a decisão deve ser do paciente.

O direito à vida, à dignidade e à liberdade “[...] são grandezas (valores, princípios, direitos) que não podem ser hierarquizadas em abstrato, respeitando-se, ademais, a sua pelo menos parcial autonomia no que diz com seus respectivos âmbitos de proteção.” (SARLET, 2013, p. 366)

Assim, pode-se dizer, apesar dos posicionamentos contrários, que a pessoa tem direito de decidir a maneira como quer viver o final de sua vida, sob pena de não ver respeitados sua dignidade, seu direito à liberdade e seu direito de viver sua vida, sem intromissão.

No âmbito do Direito Penal, o direito à vida é considerado como um direito indisponível por grande parte dos doutrinadores, interpretando-se que quase todas as formas de concretização do direito de morrer são proibidas, porque o artigo 121 do Código Penal Brasileiro prevê a ação de matar alguém como crime de homicídio, bem como tipifica como crime, a ação de auxiliar alguém a pôr fim a própria vida, de acordo com o artigo 122. (BRASIL, 1940)

Neste sentido, manifesta-se Masson (2014, p. 22-23): “A vida é um direito indisponível, razão pela qual não se admite a construção de causa suprallegal de exclusão da ilicitude fundada no consentimento do ofendido”.

Martel (2007, p. 210) expõe que se vê na prática da ortotanásia, mais especificamente a Limitação Consentida de Tratamento (negativa em iniciar ou em manter um ou alguns tratamentos médicos, ou seja, uma recusa em sentido estrito), uma forma de homicídio, podendo no máximo ser considerado na hipótese de homicídio privilegiado, acarretando uma diminuição de pena.

Masson (2014, p. 22-23) destaca a mesma ideia de que a interrupção ou a não aplicação de um procedimento médico com o consentimento do paciente, quando aquele não será capaz de reestabelecer a saúde do paciente estaria enquadrada no crime de homicídio, cabendo no

máximo a diminuição de pena decorrente do texto do parágrafo 1º do artigo 121 do Código Penal, considerando-o homicídio privilegiado. Assim, o médico estaria agindo por motivo de relevante valor moral ao suspender o tratamento com o consentimento desse, em razão do ato praticado ter natureza nobre ou altruística, neste caso, buscando a mitigação da dor e do sofrimento do paciente terminal.

Por outro lado, uma parte da doutrina não vê esse ato como tipificada no crime de homicídio. Sá (2001, p. 134) afirma que o médico, ao optar pela limitação do tratamento fútil, não incorre no crime de homicídio, previsto no artigo 121 do Código Penal Brasileiro, pelo fato de estar no exercício regular da medicina.

[...] entendendo o médico que a morte é iminente, o que poderá ser diagnosticada pela própria evolução da doença, ao profissional seria facultado, a pedido do paciente, suspender a medicação utilizada para não mais valer-se de recursos heróicos, que só tem o condão de prolongar sofrimentos (distanásia) [...]. (SÁ, 2001, p. 135)

O problema de criminalizar os meios pelos quais o indivíduo portador de doença terminal pode alcançar uma morte digna em razão da indisponibilidade da vida, esbarra em contradições lógicas. Sarlet ilustra tal argumento:

[...] verifica-se que, mesmo que não exista (melhor formulado, que não se reconheça!) um direito ao suicídio, quem estiver em condições de causar a sua própria morte, uma vez que assim o queira, não pode ser impedido, ao passo que alguém que, em virtude de seu sofrimento e desespero, queira pôr fim à sua vida, mas por estar enfermo e se encontrar na dependência de terceiros não pode, por sua própria força, chegar ao resultado, resta obrigado a se submeter, sem qualquer alternativa, ao que o Estado, a família e os médicos consideram seja mais adequado. (SARLET, 2013, p. 382)

O artigo 121 do Código Penal acima mencionado prevê o ato de tirar a vida de alguém como crime. O médico que interrompe ou deixa de aplicar um procedimento, que não melhora a condição de terminalidade do paciente, não mata o paciente, por conseguinte não se enquadra no tipo penal previsto, não se podendo falar em homicídio, ainda que qualificado.

Não é o caso de lhe aplicar uma redução na pena em razão de seu ato ter sido motivado por relevante valor moral, como prevê o parágrafo primeiro do artigo mencionado (BRASIL, 1940), há de se conscientizar

a sociedade de que é a doença grave e incurável que, neste caso, mata o paciente, e não o médico.

Injusto enquadrar esse ato do médico como homicídio, já que não é a suspensão nem a não aplicação do tratamento que causa a morte da pessoa nesses casos, mas a própria doença terminal, da qual esse sofre, é que o leva à morte.

Nesta linha argumentativa, o doente terminal terá seu direito à dignidade e seu direito à liberdade garantidos se se reconhecer a possibilidade de ele ter sua vontade respeitada, e de ter sua dor e seu sofrimento diminuídos.

O respeito pela pessoa inclui respeitar suas decisões tomadas de forma autônoma e refletida, sem coação ou induzimento, sobre aqueles assuntos que dizem respeito a si, e é o que garante a dignidade da pessoa no processo de morrer.

Igualmente, o direito à liberdade visa à possibilidade de o indivíduo escolher aquilo que acredita ser melhor para a sua vida, desde que respeitando as restrições legais, portanto também serve de fundamento para se defender a existência do direito de escolha sobre a forma como se quer morrer.

Percebe-se que a Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina está em consonância com as orientações da Associação Médica Mundial (AMM), da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e Cultura (UNESCO), as do Conselho Europeu e da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH). Além disso, acompanha o tratamento jurídico dado ao paciente terminal em países como Estados Unidos, Canadá, Espanha, Reino Unido, Suécia, Bélgica, Holanda, México, Uruguai, Itália e França. (BARROSO; MARTEL, 2012, p. 31)

Destaca-se a existência do Projeto de Lei 6.715/09, que visa alterar o Decreto Lei nº 2.848 de 1940, o Código Penal, para excluir a ilicitude da ortotanásia. Esse projeto já foi devidamente aprovado pelo Senado e foi encaminhado para Câmara dos Deputados, que já foi aprovado pela Comissão de Seguridade Social e Família, por unanimidade. Posteriormente, referido Projeto de Lei foi encaminhado para a Comissão de Constituição e Justiça, onde está desde 14 de maio de 2013, esperando parecer do relator da Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados que deverá se manifestar quanto à constitucionalidade, juridicidade, técnica legislativa e novamente quanto ao mérito do projeto de lei. (BRASIL, 2009)

A relevância de referido projeto de lei, portanto, é evidente para dar segurança jurídica ao médico para respeitar a vontade do paciente terminal e a esse, que decide limitar o esforço terapêutico, evitando o prolongamento da dor e do sofrimento, quando a morte for inevitável, e os procedimentos simplesmente retardarem sua ocorrência, sem lhe trazer qualquer benefício.

2 A RESOLUÇÃO 1995/2012 DO CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA E O RESPEITO À AUTONOMIA

A Resolução n. 1995, aprovada no dia 31 de agosto de 2012 pelo Conselho Federal de Medicina, trata das diretivas antecipadas de vontade, que é assunto importante para o tema deste artigo. De acordo com essa Resolução, a pessoa que desejar pode elaborar uma diretiva antecipada de vontade, esclarecendo os tratamentos e procedimentos que aceita ou recusa receber, se, em momento futuro, faltar-lhe o discernimento necessário para a autodeterminação.

As diretivas antecipadas de vontade, os testamentos vitais, os *living wills*, os testamentos biológicos ou os *testament de vie* não podem ser confundidos com o testamento, instituto do direito civil. (RIBEIRO, 2006, p. 281) Por este instrumento jurídico, a pessoa faz disposições patrimoniais e extrapatrimoniais que devem ser cumpridas após sua morte.

Muitas vezes tratados como expressões sinônimas as diretivas antecipadas de vontade e os testamentos vitais são genericamente definidos como indicações, feitas previamente pelo indivíduo, determinando como prefere ser tratado em caso de incapacidade. (RIBEIRO, 2006, p. 276)

Ribeiro apresenta a diferenciação conceitual entre diretivas antecipadas de vontade e testamentos vitais:

Os testamentos vitais são utilizados para dispor sobre a assistência médica a ser prestada ao paciente terminal, enquanto as diretivas antecipadas são utilizadas para dispor sobre tratamentos médicos em geral, dos quais o paciente pode se recuperar ou não. (RIBEIRO, 2006, p. 276)

Para o autor (RIBEIRO, 2006, p. 276), a diferença conceitual é mínima, logo não se justifica a preocupação com a distinção entre os conceitos.

Entretanto, segundo Dadalto, as diretivas antecipadas de vontade são gênero do qual são espécies o testamento vital e o mandato duradouro, e os conceitua como:

[...] os documentos serão utilizados quando o paciente não puder se expressar, livre e conscientemente – ainda que por uma situação transitória -, ou seja, as diretivas antecipadas, como gênero, não se referem exclusivamente a situação de terminalidade. Enquanto o testamento vital refere-se a instruções acerca de futuros cuidados médicos aos quais uma pessoa que esteja incapaz de expressar sua vontade será submetida, ante um diagnóstico de terminalidade da vida, o mandato duradouro refere-se a simples nomeação de um terceiro para tomar decisões em nome do paciente quando este estiver impossibilitado – definitiva ou temporariamente – de manifestar sua vontade. (DADALTO, 2013, p. 107)

Por ser a maneira como a pessoa pode manifestar sua vontade acerca dos tratamentos ou procedimentos na área da saúde que deseja ou não receber em caso de incapacidade mental, e por abranger a situação em que se aplica o testamento vital, adota-se a categoria diretiva antecipada de vontade.

Nas considerações acerca da Resolução n. 1995/2012, o Conselho Federal de Medicina aponta como relevantes a inexistência de legislação acerca das diretivas antecipadas de vontade no país, bem como o respeito à autonomia do doente terminal no âmbito da relação paciente-médico. Ainda nas exposições de motivos para a elaboração do documento, o Conselho Federal de Medicina afirma reconhecer a existência de uma enorme dificuldade de comunicação dos enfermos terminais. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

Em virtude dessas preocupações, foram regulamentadas, no âmbito das atividades médicas, as diretivas antecipadas de vontade, que se prestam a informar ao médico os desejos do paciente sobre como quer ser tratado em caso de incapacidade mental. Neste sentido, a Resolução estabelece, em seu artigo 2º, “nas decisões sobre cuidados e tratamentos de pacientes que se encontram incapazes de comunicar-se, ou de expressar de maneira livre e independente suas vontades, o médico levará em consideração suas diretivas antecipadas de vontade.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

O fundamento do direito à elaboração das diretivas antecipadas de vontade é o poder da pessoa de se autodeterminar. A autonomia significa regular-se pelas suas próprias escolhas e sem intervenções alheias de terceiros. Consiste no fato de que “cada indivíduo, enquanto não violar direitos alheios, é seu próprio soberano, é autônomo”, nas palavras de Ribeiro (2006, p. 274).

Apessoa pode exercer plenamente sua autonomia quanto às questões envolvendo sua vida e sua saúde, desde que esteja devidamente informada sobre o tratamento, os riscos, os benefícios, bem como as alternativas disponíveis sua doença. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 378)

A relação médico-paciente tem evoluído do modelo paternalista para o do consentimento informado, modelo esse que ainda não está consolidado no Brasil. (RIBEIRO, 2006, p. 274) No âmbito do consentimento informado, a relação paciente-médico se torna ainda mais importante, uma vez que o paciente não sabe o que lhe espera e nem quais são as expectativas para o futuro. Assim, Engelhardt Junior afirma que:

[...] o paciente é um estanho, um indivíduo que pisa em território desconhecido, que não sabe direito o que esperar ou como controlar o ambiente. Seus modos costumeiros de pensar precisam ser suspensos temporariamente ou alterados, para se acomodar às teorias e explicações daquele que ajuda na cura e às rotinas do ambiente em que trabalha. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 354)

O consentimento livre e informado tem como finalidade garantir o respeito à liberdade dos indivíduos, bem como as escolhas que representem seus melhores interesses. Isto posto, Engelhardt Junior aponta as justificativas para o consentimento informado:

1) é o modo de obter permissão ou autoridade para o uso de outra pessoa; 2) diz respeito a várias visões da dignidade individual; 3) aceita diversos valores associados com a liberdade ou independência dos indivíduos; 4) reconhece que os indivíduos muitas vezes são os melhores juízes de seus próprios interesses particulares; 5) mesmo que não sejam os melhores juízes, fica reconhecido que a satisfação de decidir livremente é quase sempre preferida à decisão correta imposta por outras pessoas; 6) reflete a circunstância em que o relacionamento médico-paciente pode levar a um relacionamento fiduciário especial, que cria uma obrigação de revelar informações. (ENGELHARDT JUNIOR, 2013, p. 362)

Para que seja considerada válida a manifestação de vontade do paciente em caso de incapacidade futura, as diretivas antecipadas de vontade devem ser feitas enquanto houver capacidade civil, que o permita se expressar e realizar este ato jurídico validamente. De acordo com Dadalto (2013, p. 109), é possível que tanto uma pessoa absolutamente

capaz como uma pessoa relativamente incapaz (maiores de 16 anos) possam estabelecer suas diretivas antecipadas de vontade.

Ribeiro afirma que as diretivas antecipadas de vontade podem ser feitas por meio de três alternativas:

[...] escritura pública feita em cartório, na qual o paciente declara não aceitar a obstinação terapêutica, nem ser mantido vivo por aparelhos, especificando, ainda, que tipo de tratamento tolerar; uma declaração escrita em documento particular, uma simples folha de papel assinada, de preferência com firma reconhecida; uma declaração feita a seu médico assistente – registrada em seu prontuário, com sua assinatura. (RIBEIRO, 2006, p. 281)

Apesar de preconizar a autonomia do paciente, o Conselho Federal de Medicina, no parágrafo segundo do artigo 2º da Resolução n. 1995/2012, proíbe os médicos a realizarem procedimentos solicitados pelos pacientes, quando estiverem em desacordo com a ética médica pela seguinte disposição: “O médico deixará de levar em consideração as diretivas antecipadas de vontade do paciente ou representante que, em sua análise, estiverem em desacordo com os preceitos ditados pelo Código de Ética Médica.” (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

A Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina dispõe, em seu artigo 2º, parágrafo 3º, que as diretivas antecipadas de vontade prevalecerão sobre qualquer posicionamento não médico, até mesmo os desejos familiares. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

Esta Resolução determina ainda que cabe ao médico registrar, no prontuário, as diretivas antecipadas de vontade que lhe forem apresentadas pelos pacientes quando lhes forem comunicadas direta e verbalmente (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012), permitindo à pessoa que ainda não elaborou suas diretivas antecipadas de vontade o faça quando informada pelo médico de sua condição de saúde, dos tratamentos disponíveis e da possibilidade de se tornar incapaz mentalmente no futuro.

A Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina estabelece, por fim, que:

Não sendo conhecidas as diretivas antecipadas de vontade do paciente, nem havendo representante designado, familiares disponíveis ou falta de consenso entre estes, o médico recorrerá ao Comitê de Bioética da instituição, caso exista, ou, na falta deste, à Comissão de Ética Médica do hospital ou ao Conselho Regional e Federal de Medicina

para fundamentar sua decisão sobre conflitos éticos, quando entender esta medida necessária e conveniente. (CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA, 2012)

Assim, em caso de incapacidade do paciente e não havendo diretivas antecipadas de vontade, nem consenso entre os familiares, nem mesmo a designação de um representante, o médico deverá levar o caso ao Comitê de Bioética da instituição hospitalar ou, na falta desse, aos Conselhos Regional e Federal de Medicina.

Dadalto (2013, p. 208) assinala que o Conselho Federal de Medicina cometeu um pequeno deslize ao usar na Resolução os termos “pacientes em estado terminal” e “pacientes em fim da vida”, porque:

[...] essas duas expressões não são sinônimas e podem gerar confusão na feitura e aplicação das diretivas antecipadas. Isto porque paciente terminal é aquele cuja condição é irreversível, independentemente de ser tratado ou não, e que apresenta uma alta probabilidade de morrer num período relativamente curto de tempo. Por sua vez, os pacientes em fim da vida podem ser entendidos como os terminais e, também, como aqueles que estão em estado de coma profundo e irreversível, ou ainda em estado vegetativo persistente (EVP). (DADALTO, 2013, p. 208)

Conforme menciona Dadalto (2013, p. 109), a Resolução busca igualmente legitimar o direito de um paciente a recusar tratamentos inúteis, pois somente prolongariam sua vida, sem lhe trazer qualquer benefício ou melhora na qualidade de sua vida.

No contexto das diretivas antecipadas de vontade, cabe destacar também a suspensão de esforço terapêutico, em que “pacientes em estado vegetativo persistente ou em fase terminal de doenças incuráveis autorizam a suspensão de tratamentos fúteis que visam apenas adiar a morte, em vez de manter a vida.” A suspensão do esforço terapêutico se destina a evitar a obstinação terapêutica, seja por despreparo de alguns médicos que insistem em tecnologias desnecessárias e inadequadas para a situação do paciente (RIBEIRO, 2006, p. 280), seja porque a família não aceita que a pessoa que está ali não está viva e não tem chances de retomar à lucidez e insiste na manutenção dos tratamentos.

A pessoa que não elaborou manifestação antecipada de vontade antes de perder a lucidez, pode também ter sua vontade respeitada quanto aos procedimentos médicos, se tiver expressado sua vontade a familiares ou amigos que atestem essa manifestação no momento de incapacidade.

[...] àquele paciente que não teve oportunidade de elaborar diretivas antecipadas, mas que declarou a amigos familiares etc, sua rejeição ao esforço terapêutico nos casos de estado vegetativo permanente ou de doença terminal: a justificação testemunhal dessa vontade. (RIBEIRO, 2006, p. 281)

Assim a forma como desejaria ser tratado o paciente é apresentada à equipe médica que está tratando a pessoa por meio do depoimento das pessoas que são próximas dele.

O reconhecimento do valor da manifestação da vontade expressa nas diretivas antecipadas de vontade é condizente com o respeito à autonomia da pessoa e à sua autodeterminação, ou seja, com o poder de decisão sobre as matérias que lhe dizem respeito a si próprio, fundamentado na liberdade, na vida privada e na dignidade do paciente terminal.

3 IRRADIAÇÃO DAS RESOLUÇÕES QUE FUNDAMENTAM DIRETO À LIBERDADE DE ESCOLHA DO PACIENTE BEM COMO SUAS DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO VIGENTE

As Resoluções analisadas foram criadas no âmbito e de acordo com as funções do Conselho Federal de Medicina e regulamentam a conduta do profissional médico, de maneira que fazem parte da Deontologia Médica, entretanto resta saber como se articulam com o Direito.

O Direito busca estabelecer controles sociais, contudo não somente ele é responsável por tal tarefa, o controle social pode ser feito por meio de normas de conduta morais, sociais ou pelos costumes. (GUSMÃO, 2004, p. 75) O Direito, ao contrário das outras normas de conduta, admite “a possibilidade de ser coativamente aplicado por órgãos especializados no controle social (judiciário, administração pública, polícia), pois [...] é norma social coercitiva, imposta aos seus destinatários mesmo contra sua resistência.” (GUSMÃO, 2004, p.75)

A norma jurídica difere-se das demais normas sociais e das normas morais por se tratar de norma coercível e bilateral, impondo uma obrigação para uma parte, e garantindo o direito da outra, enquanto as demais normas sociais, inclusive as normas morais, são unilaterais e não coercíveis, isto é, estabelecem obrigações, mas não se pode exigir que sejam cumpridas. (GUSMÃO, 2004, p. 75-76)

O Direito impõe obrigações e as exige dos indivíduos por meio da norma jurídica. Assim, por norma jurídica, segundo Gusmão (2004, p. 79)

entende-se a regra de conduta ou o ato de organização, de caráter geral e abstrato, tendo como objetivo manter a ordem e a paz social:

É a proposição normativa inserida em uma fórmula jurídica (lei, regulamento, tratado internacional etc.), garantida pelo poder público (direito interno) ou pelas organizações internacionais (direito internacional). Proposição que pode disciplinar ações ou atos (regras de conduta), como pode prescrever tipos de organizações, impostos, de forma coercitiva, provida de sanção. Tem por objetivo principal a ordem e a paz social e internacional. (GUSMÃO, 2004, p. 79)

Diz-se geral porque a norma se destina a várias pessoas, e abstrata uma vez que a norma prescreve uma ação ou um ato-típico. Por meio da generalidade, pode-se alcançar um número indeterminado de ações. Já na abstração, são tomadas as particularidades, circunstâncias e detalhes dos atos, ações e pessoas. (GUSMÃO, 2004, p. 81)

As normas jurídicas, mesmo que se estruturam corretamente, necessitam ser válidas também, para então, tornarem-se obrigatórias. Para que haja validade, é imprescindível que a norma seja emanada de um órgão competente para tal, além disso, a matéria a ser discutida deve estar abarcada pela competência do órgão, e, por fim, que o poder do órgão obedeça às exigências legais, ou seja, é preciso praticar esses atos, segundo os trâmites legais. (REALE, 1998, p.110)

Em relação à hierarquia, as normas são subordinadas umas às outras, ou seja, dentro de um ordenamento existe uma norma fundamental, aquela que não depende de nenhuma outra (normas constitucionais-originais ou decorrentes de emenda constitucional), as normas superiores que dependem da norma fundamental (normas complementares e ordinárias), e, por fim, as normas inferiores que dependem das outras duas (as regulamentares, contida nos decretos). (BOBBIO, 1990, p. 49)

Nessa hierarquia, há uma unidade, ou seja, um complexo de normas. Conforme explica Bobbio (1990, p. 49), usando da teoria da construção escalonada de Kelsen, que as normas constituintes de um ordenamento jurídico não estão no mesmo plano, existem normas superiores e inferiores, em que essas dependem daquelas, e todas estão vinculadas à norma suprema, que não depende de nenhuma norma superior. Bobbio escreve assim:

[...] as normas de um ordenamento não estão todas no mesmo plano. Há normas superiores e normas inferiores. As inferiores dependem das superiores. Subindo das normas

inferiores àquelas que se encontram mais acima, chegue-se a uma norma suprema, que não depende de nenhuma outra norma superior, e sobre a qual repousa a unidade do ordenamento. Essa norma suprema é a norma fundamental. (BOBBIO, 1990, p. 49) (grifos no original)

A norma fundamental “é o termo unificador das normas que compõem um ordenamento jurídico. Sem uma norma fundamental, as normas de que falamos até agora constituiriam um amontoado, não um ordenamento.” (BOBBIO, 1990, p. 49)

É oportuno apresentar quais seriam as fontes do Direito utilizadas para criação dessas normas. As fontes se dividem em fontes materiais e fontes formais do Direito, as primeiras são aquelas que dão origem ao Direito, de onde ele advém (fatos sociais, econômicos, pelos problemas emergentes etc.), ou seja, elas dão conteúdo à norma jurídica. (GUSMÃO, 2004, p.101-102) As fontes formais, por sua vez, são “expressão do Direito, as formas pelas quais as normas jurídicas se exteriorizam, tornam-se conhecidas.” (NADER, 2004, p.138)

A partir dessas definições e classificações, cabe definir o que seria então ordenamento jurídico. Para tanto, remete-se à Teoria do ordenamento jurídico de Bobbio, na qual o autor apresenta a definição de ordenamento como um conglomerado de normas jurídicas e suas funções. Não há ordenamento composto de somente uma norma jurídica, um só comando genérico e universal, isso porque a norma jurídica se divide em três vertentes, quais sejam, aquela onde tudo é permitido, ou onde tudo é proibido, ou onde tudo é obrigatório. Neste caso, se o ordenamento abrangesse somente uma vertente como, por exemplo, tudo é proibido, a sociedade não poderia realizar nenhuma ação, “senão as ações realmente necessárias, ou seja, as ações meramente naturais.” (BOBBIO, 1990, p. 32)

A sistemática do ordenamento significa que deve haver uma coerência entre as normas jurídicas e as condições pelas quais essa coerência é possível. Neste sentido, Kelsen (1984, p. 270-271) divide essa sistemática em duas espécies, quais sejam, o sistema estático, que é aquele no qual as normas se relacionam, entre si, tendo como referência o seu conteúdo, e o sistema dinâmico, em que a relação entre as normas está vinculada à hierarquia da autoridade que a instituiu.

Isto posto, visualiza-se que o ordenamento jurídico é formado por mais de uma norma jurídica, que são hierarquizadas, sistemáticas e, por fim, constituem um ordenamento completo. (BOBBIO, 1990, p. 34-35)

Apesar da intenção do Direito em regulamentar todos os acontecimentos sociais, ele não logra êxito nesta tarefa, pois a vida em sociedade é muito dinâmica sempre apresentando novas situações e estabelecendo novos rumos para a sociedade. Em virtude dessa dinâmica da vida em sociedade, aparecem lacunas dentro da legislação as quais precisam ser preenchidas. (NADER, 2004, p. 185) “A lacuna se caracteriza não só quando a lei é completamente omissa em relação ao caso, mas igualmente quando o legislador deixa o assunto a critério do julgador.” (NADER, 2004, p. 185)

Utilizam-se dois métodos de preenchimento de lacunas, a auto-integração, em que os próprios elementos do ordenamento são aproveitados, e a hétéro-integração, na qual se aplicam normas que não participam da legislação. A integração ocorre por meio da analogia e princípios gerais do Direito, por exemplo. (NADER, 2004 p. 185)

Consoante Gusmão (2004, p. 238), pelo método de hétéro-integração, o indivíduo poderá encontrar solução para o caso não previsto com o auxílio de elementos estranhos ao direito positivo (equidade, justiça, razões sociais, doutrinas nacionais e estrangeiras etc.), desde que respeitados os princípios gerais do Direito.

A integração não deve ser considerada fonte formal do Direito, conforme explica Nader:

A integração da lei não se confunde com as fontes formais, nem com os processos de interpretação do Direito. Os elementos de integração não constituem fontes formais porque não formulam diretamente a norma jurídica, apenas orientam o aplicador para localizá-las. (NADER, 2004, p. 186)

O Biodireito é a parte do Direito que regulamenta as práticas que incidem e repercutem sobre a vida de todos os seres vivos e a vida do ser humano. O Biodireito não se confunde com a Bioética, pois, essa consiste num ramo da Filosofia que reflete sobre a ação humana e suas consequências sobre a vida de todos os seres vivos, especialmente sobre a vida do próprio ser humano, ou seja, reflete sobre qual a boa conduta ou a conduta esperada em determinada situação.

É óbvio que, em sociedades pluralistas, como a brasileira, é muito difícil encontrar um consenso acerca de qual a melhor conduta em cada caso concreto, mas é por esta razão que a reflexão bioética é importante. A Bioética é uma área transdisciplinar, que envolve, em sua reflexão, profissionais de diversas áreas do conhecimento, além da Filosofia,

a Biologia, a Medicina, a Psicologia, a Antropologia, o Direito, entre outras. (DINIZ, 2017, p. 36). A análise das questões bioéticas se tornou imprescindível face ao grande desenvolvimento tecnicocientífico ocorrido a partir da segunda metade do século XX. As legislações nacionais encontram-se defasadas face a esses avanços e, para que sejam revistas, adaptadas e atualizadas, urge a reflexão bioética.

Após a reflexão bioética, a Bioética conjuga-se com o Biodireito, porque chega o momento de rever as normas jurídicas que tratam do tema em estudo, podendo-se propor a manutenção das normas jurídicas existentes, sua readequação, ou, verificando-se a falta de regulamentação específica, propor-se um novo conjunto de normas jurídicas que passariam a regulamentar as questões emergentes.

Assim, observa-se que as Resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012, expedidas pelo Conselho Federal de Medicina, apresentam-se como normas secundárias, ou seja, somente de caráter instrumental – visando o funcionamento do órgão de classe, com base na descrição de Reale (1998, p. 97). Para estarem aptas a serem possivelmente utilizadas como fonte do Direito, precisam estar em concordância com os princípios gerais dessa área.

4 A EFICÁCIA DAS REFERIDAS RESOLUÇÕES À LUZ DO ORDENAMENTO JURÍDICO

Como visto anteriormente, as normas jurídicas estabelecem obrigações e se pode exigir seu cumprimento, enquanto as normas não jurídicas somente estabelecem obrigações, sem poder exigí-las.

O Conselho Federal de Medicina, órgão representativo da classe médica, tem a função de normatizar e fiscalizar o exercício profissional do médico. De acordo com o artigo 1º da Lei n. 3.268/57 (BRASIL, 1957), é uma autarquia federal dotada de autonomia administrativa e financeira.

Portanto as resoluções aprovadas pelo Conselho Federal de Medicina são atos administrativos normativos que objetivam regulamentar assuntos de sua competência (ARAÚJO, 2010, p. 188), como a atuação médica no cuidado de pacientes em fim de vida.

O Conselho Federal de Medicina tem legitimação para criar normas que regulam a atividade profissional médica, mas não têm legitimidade para criar normas que regulamentam as relações entre particulares, por ser um órgão representante da classe médica e não de toda a sociedade brasileira, de modo que as normas que criam não constituem

regulamentação jurídica propriamente dita. Ademais, consoante Casonato (2006, p. 203), as regulamentações estabelecidas por órgãos de classes profissionais refletem os pontos de vista e os interesses particulares da categoria profissional que representam, que nem sempre coincidem com os interesses comuns da sociedade.

Essas normas deontológicas emitidas pelos órgãos de classe são vistas por Leite (1998, p. 117) como antidemocráticas, pois “não representariam o interesse do corpo social como um todo, não corresponderiam a propostas tiradas de um debate público”, porque são normas elaboradas por representantes da classe médica e com base em seus anseios e interesses.

Assim, pode-se concluir que se trata de normas deontológicas, ou seja, dizem respeito aos deveres dos profissionais e suas possíveis escolhas. (LEITE, 1998, p. 116)

Todavia percebe-se que as Resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina possuem amparo da Constituição Federal, uma vez que os Direitos Fundamentais são devidamente respeitados nos textos das Resoluções, como já visto nos subtítulos anteriores deste trabalho.

As Resoluções mencionadas buscam assegurar os princípios fundamentais da Constituição Federal, principalmente, o direito à liberdade (no sentido de autonomia), o direito à dignidade da pessoa humana (não ser submetido a tratamento desumano e torturante), o direito à integridade física e psíquica e o direito à saúde.

Uma norma é eficaz quando está apta a produzir efeitos no ordenamento jurídico. Porém, não se deve confundir essa aptidão para produção de efeitos com a forma como esses efeitos se irradiam e em quais relações isso ocorre. Este último caso é denominado de aplicabilidade das normas. (SILVA, 2007, p. 55)

As normas deontológicas, como o caso das Resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, vinculam toda a classe de profissionais que dela fazem parte. Em virtude disso, o seu campo de cogência fica restrito exclusivamente ao âmbito do órgão emissor da resolução. (LEITE, 1998, p. 116)

Não há legislação brasileira que trate dos temas abordados pelas Resoluções n. 1805/2006 e 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina em virtude de o Poder Legislativo não conseguir legislar contemporaneamente às mudanças de paradigmas ocorridas dentro da sociedade ou em razão do

receio do legislador em legislar sobre um tema ainda tão recente, no caso em estudo, um assunto polêmico, que diz ao prolongamento inútil da vida.

Ainda segundo Leite (1998, p. 116), essas Resoluções – normas não jurídicas - não são aptas a produzir efeitos no ordenamento jurídico, visto que “são destituídas de juridicidade e, pois, não abrem espaço a reais recursos frente à ordem jurídica.” funcionando, portanto, como fontes materiais do Direito.

Apesar disso, como já dito, as Resoluções do Conselho Federal de Medicina são fontes secundárias do Direito, pois estabelecem regras de conduta quanto ao agir do profissional médico, e podem servir como norte para o respeito à autonomia da vontade do paciente terminal na falta de legislação específica sobre o tema.

Assim, face à falta de norma jurídica específica sobre determinados assuntos, as resoluções do Conselho Federal de Medicina têm servido e podem servir como fonte secundária do Direito, suprimindo a ausência de normas jurídicas específicas sobre as questões relacionadas à atividade humana e à aplicação das biotecnologias sobre a vida em geral e a vida humana.

Desde que não contrariem disposição expressa em norma jurídica constitucional ou infraconstitucional, as normas deontológicas estabelecidas pelo Conselho Federal de Medicina orientam a conduta de profissionais e servem também de parâmetro de ação para as demais pessoas nos assuntos que lhe dizem respeito.

Neste sentido na falta de regulamentação jurídica acerca da possibilidade de a pessoa elaborar diretivas antecipadas de vontade, a Resolução n. 1.995/12 estabelece diretrizes para sua elaboração e sua aceitação por parte dos profissionais de saúde, mas também por parte da família e da sociedade.

De igual modo a Resolução n. 1.805/06 reconhece a possibilidade de a equipe médica e o paciente que se encontra nas fases finais da vida, e seus familiares decidirem pela interrupção do tratamento que não contribui para a melhora da condição do paciente e lhe causa mais sofrimentos do que benefícios.

Cabe ainda destacar que, no ordenamento jurídico, não há nenhuma norma jurídica que impeça a pessoa de elaborar uma manifestação de vontade, caso ela tenha capacidade para tal, dispondo acerca dos tratamentos e procedimentos médicos que gostaria e dos que não gostaria de receber em caso de incapacidade posterior, de forma que, se o ordenamento

jurídico é um sistema completo como analisado, a falta de regulamentação jurídica específica sobre o tema não proíbe a pessoa de, no exercício de sua autonomia, elaborar as diretivas antecipadas de vontade e decidir sobre a possibilidade de limitar ou suspender os tratamentos que não tragam uma melhora nas condições de sua vida, mas apenas adiem sua morte.

Ressalta-se que, apesar das referidas Resoluções não serem dotadas de coercibilidade, há que se atentar ao fato de poderem ser usadas como parâmetro pelas pessoas envolvidas, sejam os profissionais da saúde, o paciente ou os familiares. Deste modo, as Resoluções fornecem orientações relevantes para que todos, em conjunto, encontrem a solução que julgarem mais adequada.

CONCLUSÃO

A Resolução n. 1805/2006 do Conselho Federal de Medicina permite que o médico suspenda ou limite o tratamento que prolongue, sem expectativa de melhora, a vida do paciente afligido por doença terminal, com seu consentimento ou de seus familiares. O médico deve apresentar-lhes todos os tratamentos adequados para o caso. Ademais, o doente terminal pode solicitar a opinião de um segundo profissional médico. Após a suspensão ou a limitação da modalidade terapêutica, o enfermo deve continuar a receber os cuidados necessários para aliviar a dor e o sofrimento.

Verificou-se que não se trata de eutanásia, visto que não é a ação do médico que provoca a morte do paciente terminal, mas sim de ortotanásia, que consiste no reconhecimento de que a morte é inevitável e que, qualquer ato que se pratique, apenas se estará adiando a morte, sem perspectiva de cura. Por conseguinte se conclui que não é o ato médico que causa a morte do paciente, mas a própria doença terminal que o acomete.

Ao se reconhecer que determinado procedimento médico prolonga inutilmente o processo de morrer, causando mais sofrimentos do que benefícios ao paciente terminal, podem o médico e o paciente ou seus familiares, em caso de incapacidade desse, decidirem pela limitação consentida do tratamento.

O doente terminal pode também utilizar do instituto das diretivas antecipadas de vontade para esclarecer aos profissionais da saúde que lhe atendem como deseja ser tratado em seus momentos derradeiros e nomear um representante para que o faça em seu lugar em casos de

falta de discernimento posterior. Segundo a Resolução n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina, as diretivas antecipadas de vontade devem ser respeitadas pela equipe médica, ressalvados os impedimentos previstos no Código de Ética Médica, devendo inclusive prevalecer sobre a vontade dos familiares.

As diretivas antecipadas de vontade têm por objetivo deixar claro aos profissionais da saúde os tratamentos que o paciente terminal aceita receber e os que recusa, em caso de não poder manifestar mais sua vontade no futuro. Esse instrumento pode ser realizado por meio de escritura pública registrado em cartório, através de simples folha de papel assinada com ou sem firma reconhecida, ou mediante declaração verbal feita ao médico, devidamente assinada e registrada no prontuário médico.

A recusa de tratamento pode ser feita tanto de maneira antecipada, utilizando o instituto das diretivas antecipadas de vontade, bem como, se o paciente mantiver o discernimento, diretamente ao profissional da saúde no momento do procedimento médico, que lhe deve fornecer todas as informações necessárias e deverá fazer constar o pedido atual do enfermo no prontuário médico.

O paciente terminal pode ainda, uma vez devidamente informado sobre seu atual estado de saúde e suas perspectivas para o futuro em relação à doença, optar por não receber o tratamento médico quando esse não trouxer perspectiva de melhora, mas apenas prolongamento de seu sofrimento.

Observou-se que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina não são normas jurídicas, mas sim normas deontológicas, isto é, estabelecem deveres éticos dos profissionais médicos. Contudo, na falta de norma jurídica sobre o assunto, e pelo fato de essas regulamentações não se contraporem a nenhuma norma jurídica, podem os pacientes se orientar pelas normas nelas previstas para fazer valer seu direito à autodeterminação nas questões que dizem respeito a sua vida, uma vez que podem ser consideradas fontes secundárias do Direito.

Deste modo, é lícito que uma pessoa decida a que tratamentos quer ou não se submeter presencialmente, quando o médico os apresenta como possibilidade, ou, para o futuro, quando não puder mais se manifestar, por meio da declaração antecipada da vontade, e sua família e a equipe médica

devem respeitar essa decisão, de conformidade com as Resoluções n. 1805/2006 e n. 1995/2012 do Conselho Federal de Medicina.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Armando Otávio Vilar de. Resoluções normativas do Conselho Federal de Medicina. In: NEVES, Nedy Maria Branco Cerqueira (coord). **A medicina para além das normas**: reflexões sobre o novo Código de Ética Médica. Brasília: Conselho Federal de Medicina, 2010. p. 187-203.

BARROSO, Luiz Roberto; MARTEL, Letícia de Campos Velho. A morte como ela é: Dignidade e autonomia individual no final da vida. In: GOZZO, Débora; LIGIERA, Wilson Ricardo (org). **Bioética e direitos fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 21-62.

BOBBIO, Norberto. **Igualdade e Liberdade**. Tradução Carlos Nelson Coutinho. 3 ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1997.

BOMTEMPO, Tiago Vieira. Resolução n. 1.805/2006 do Conselho Federal de Medicina: efetivação do direito de morrer com dignidade. **Revista Síntese de Direito de Família**, v. 14, p. 204-221, 2013. Disponível em: <http://www.fmd.pucminas.br/Virtuajus/2_2010/discentes/RESOLUCAO%20N.%201.8052006%20DO%20CONSELHO%20FEDERAL%20DE%20MEDICINA.pdf>. Acesso em: 12 ago. 2018.

BRASIL. Decreto Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal, Brasília, Senado, 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 09 nov. 2017.

_____. Lei n. 3.268, de 30 de setembro de 1957. Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L3268.htm>. Acesso em: 30 set. 2018.

_____. Projeto de Lei nº 6.715, de 23 de dezembro de 2009. Visa alterar o Decreto Lei nº 2.848 de 1940 – Código Penal, para excluir a ilicitude da ortotanásia. **Câmara dos Deputados**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=465323>>. Acesso em: 30 set. 2018.

CASONATO, Carlo. **Introduzione al biodiritto**. La bioetica nel diritto costituzionale comparato. Trento: Università degli Studi di Trento, 2006.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. Resolução n. 1805/2006, de 9 de novembro de 2006. Diário Oficial da União. Brasília, Seção I, p. 169, 28 nov. 2006. **Portal médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/cfm/2006/1805_2006.htm>. Acesso em: 09 abr. 2017.

_____. Resolução n. 1995/2012, de 9 de agosto de 2012. Diário Oficial da União. Brasília, Seção I, p. 269-70, 31 ago. 2012. **Portal médico**. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2012/1995_2012.pdf>. Acesso em: 09 abr. 2017.

COUCEIRO VIDAL, A. ¿Es ético limitar el esfuerzo terapéutico?. **An Esp Pediatr**. 2002; 57(6): 505-7. Disponível em: <<https://sites.google.com/site/bioeticapreuc/mater>>. Acesso em: 30 mar. 2018.

DADALTO, Luciana. Reflexos jurídicos da Resolução CFM 1.995/12. **Revista Bioética**, 2013, Brasília, vol. 21, n. 1, p. 106-112. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/bioet/v21n1/a12v21n1>>. Acesso em: 30 set. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **O estado atual do Biodireito**. São Paulo: Saraiva, 2017.

ENGELHARDT JUNIOR, H. Tristam. **Fundamentos da bioética**. Tradução José A. Ceschin. 5. ed. São Paulo: Loyola, 2013.

FREIRE, Elga René. Futilidade médica, da teoria à prática. **Arq Med, Porto**, v. 29, n. 4, p. 98-102, ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0871-34132015000400003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 29 ago. 2018.

GHERARDI, Carlos R.. **Reflexiones sobre la futilidad médica**. 1998. Disponível em: <<http://www.toposytropos.com.ar/N6/bioetica/temas/bioetica14.htm>>. Acesso em: 28 ago. 2018.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **INTRODUÇÃO ao estudo do direito**. 34. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. Coimbra: Armério Amado, 1984.

LEITE, Eduardo de Oliveira. Da bioética ao biodireito: reflexões sobre a necessidade e emergência de uma legislação. In: SILVA, Reginaldo Pereira (org.). **Direitos humanos: como educação para a justiça**. São Paulo: LTR, 1998. p. 105-122.

ARTEL, Leticia de Campos Velho. Terminalidade da vida e limitação consentida de Tratamento: um olhar jurídico sobre a resolução 1805/2006 do conselho federal de medicina. In: **XVI CONPEDI**, 2007, Belo Horizonte. Anais do CONPEDI. Florianópolis: FUNJAB, 2007. p. 206-226. Disponível em: <http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/leticia_de_campos_velho_martel.pdf>. Acesso em: 24 jan. 2018.

MASSON, Cleber. **Direito Penal esquematizado**: Parte geral. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014. v. 2.

NADER, Paulo. **INTRODUÇÃO ao estudo do direito**. 24 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

PESSINI, Leo. **Distanásia**: até quando prolongar a vida? São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Loyola, 2007.

POHIER, Jacques. **A morte oportuna**: O direito de cada um decidir o fim da sua vida. Tradução: Gemeniano Cascais Franco. 1. ed. Lisboa: Notícias, 1999. Título original: La mort Opportune.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

RIBEIRO, Diaulas. Um novo testamento: testamentos vitais e diretivas antecipadas. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.). **Família e dignidade humana**. 2005. Belo Horizonte, Anais V Congresso Brasileiro de Direito de Família. Belo Horizonte: IBDFAM, 2006. p. 273-283.

SÁ, Maria de Fátima Freire. **Direito de morrer**: eutanásia, suicídio assistido. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos Fundamentais em espécie. In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SARMENTO, Daniel. **Dignidade da pessoa humana**: conteúdo, trajetória e metodologia. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **A constitucionalização do direito**. São Paulo: Malheiros, 2007.

VASCONCELOS, Thiago José Querino de; IMAMURA, Natália Ramos; VILLAR, Heloísa Cesar Esteves Cerqueira. Impacto da Resolução CFM 1.805/06 sobre os médicos que lidam com a morte. **Revista Bioética**, 2011, Brasília, vol. 19, n. 2, p. 501-521. Disponível em: <http://www.revistabioetica.cfm.org.br/index.php/revista_bioetica/article/view/602/669>. Acesso em: 30 set. 2018.

CIDADANIA DIGITAL: DIREITOS, DEVERES, LIDES CIBERNÉTICAS E RESPONSABILIDADE CIVIL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

DIGITAL CITIZENSHIP: RIGHTS, DUTIES, CYBERNETIC LIDES AND CIVIL LIABILITY IN BRAZILIAN LEGAL ORDINANCE

Danilo Henrique Nunes *

Lucas Souza Lehfeld **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Cidadania digital e o cidadão digital: caracterização. 1.1 Os nove elementos da cidadania digital. 2 Cidadania digital: direitos e deveres. 3 As lides cibernéticas e a cidadania digital: uma análise com ênfase nos crimes cibernéticos e exemplos práticos. 4 A responsabilidade civil e a cidadania digital. Conclusão. Referências.

RESUMO: A Internet é hoje a mais poderosa ferramenta de comunicação, pesquisa e entretenimento utilizada pela humanidade em uma escala global. Entretanto, o comportamento individual e coletivo das pessoas na internet em muito se difere da conduta social comum de tais pessoas, o que não significa necessariamente que a internet é tida como “terra de ninguém”, isentando as pessoas de uma conduta adequada nos espaços digitais. Dentro desse contexto emerge o conceito da Cidadania Digital, correspondente ao uso das inovações tecnológicas de modo adequado, estabelecendo uma série de quesitos condizentes com o comportamento dos usuários e o uso em caráter geral da internet e de outras plataformas digitais. O presente artigo científico aprofunda conhecimentos acerca da Cidadania Digital, passando por questões jurídicas como os Direitos e Deveres, as lides decorrentes da via digital e as questões envolvendo a responsabilidade civil dos usuários, correlacionando o ordenamento jurídico pátrio e o conceito da cidadania digital. A pesquisa orientou-se pelo método hipotético-dedutivo, lastreada em livros, artigos científicos e publicações em sites institucionais, bem como na legislação brasileira.

Palavras-chave: Cidadania Digital. Lides Cibernéticas. Responsabilidade.

ABSTRACT: *The Internet is today the most powerful communication, research and entertainment tool used by mankind on a global scale. However, the individual and collective behavior of people on the Internet is very different from the common social conduct of such people, which does not necessarily mean that the internet is considered as “no man’s land”, exempting people from proper conduct in digital spaces. Within this context emerges the concept of Digital Citizenship, corresponding to the use of technological innovations in an appropriate way, establishing a series of requirements that are consistent with the behavior of users and the general use of the Internet and other digital platforms. The present scientific article seeks to deepen knowledge about Digital Citizenship, passing through legal issues such as Rights and Duties, disputes arising from the digital path and issues involving civil liability of users, correlating the legal order of the country*

* Aluno bolsista da CAPES / MEC no programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Professor universitário do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos e do Centro Universitário Estácio - Campus Ribeirão Preto. Advogado.

** Professor-pós-doutor pela Universidade de Coimbra e doutor em direito pela PUC / SP. Professor-orientador do programa de Mestrado em Direitos Coletivos e Cidadania da Universidade de Ribeirão Preto. Advogado.

Artigo recebido em 25/05/2018 e aceito em 09/07/2018.

Como citar: NUNES, Danilo Henrique; LEHFELD, Lucas Souza. Cidadania digital: direitos, deveres, lides cibernéticas e responsabilidade civil no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 437 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

and the concept of digital citizenship. The research was guided by the hypothetical-deductive method, backed by books, scientific articles and publications in institutional sites, as well as in Brazilian legislation.

Keywords: *Digital Citizenship. Cybernetic Lids. Responsibility.*

INTRODUÇÃO

Inegavelmente, a tecnologia transformou de maneira significativa a percepção humana acerca das principais áreas de conhecimento da humanidade na atualidade. Alteraram-se preceitos fundamentais da economia, da política, da educação e até mesmo o modo como as pessoas se comunicam e obtêm e disseminam informações. Com o desenvolvimento tecnológico acelerado, a tecnologia passou a integrar no cotidiano humano de forma ímpar e notável, norteando inclusive os processos de compra e venda na contemporaneidade.

Essa integração tecnológica que se tornou emblemática através da popularização dos smartphones, do advento das redes sociais e do uso das mais variadas tecnologias no âmbito cotidiano da pessoa. A internet transformou-se em um mundo digital, que conta com um imenso fluxo de pessoas e informações. A possibilidade de anonimato decorrente do direito à privacidade e à liberdade e outros aspectos correlatos, entretanto, trazem à tona uma série de desafios.

A concepção de que a internet é uma “terra-de-ninguém”, onde não precisam ser respeitadas as leis, direitos e deveres que permeiam o dito ‘mundo real’ vem sendo aos poucos derrubadas. Mesmo com o anonimato, há diversas formas de identificar as pessoas e obriga-las a reparar um determinado dano que fora inferido no meio digital. Os comportamentos inadequados, assim, vêm sendo coibidos na internet, a exemplo do que acontece na vida que ocorre fora dela.

Dentro desse contexto, surge o instituto da cidadania digital, que visa a concretização e o exercício da cidadania nas sociedades digitais, contemplando uma série de normas que norteiam a conduta e o comportamento adequados para os utilizadores dos meios digitais, sobretudo da internet. Essa cidadania digital é um conceito relativamente recente e é abordada seguindo uma série de elementos que a caracterizam como um todo.

O presente artigo científico busca a realização de uma análise acerca da cidadania digital como um todo sob as perspectivas e óticas jurídicas. Para tanto, o artigo em questão será desenvolvido em quatro capítulos distintos, que contribuem para a produção de resultados e conclusões

correlacionados a tal fenômeno. O capítulo dois, busca a realização de uma apresentação conceitual acerca da cidadania e do cidadão digital, identificando e analisando os nove elementos norteadores idealizados por Ribble (2010); o capítulo três abrange a cidadania digital sob a perspectiva dos direitos e deveres, contemplando que inevitavelmente, um indivíduo que contrai direitos, irá contrair responsabilidades e deveres, sobretudo no mundo digital; no quarto capítulo parte de questões envolvendo os crimes cibernéticos para aprofundar as lides cibernéticas sob a ótica da cidadania digital; e, por fim, o quinto capítulo abrange a responsabilidade civil (ou seja, a obrigação de reparar dano causado a outrem) como um método de assegurar que a cidadania digital e a cidadania como um todo sejam exercidas de maneira plena.

A metodologia hipotético-dedutiva foi utilizada para a construção de possíveis cenários onde o ambiente virtual pode ser nefasto a ponto de desencadear conflitos sociais. Tais conflitos nascem da divergência de opiniões religiosas, econômicas, culturais e religiosas sem o comportamento ético adequado. De modo que, os usuários ficam vulneráveis a agressão e ao compartilhamento de informações a seu respeito, bem como ofensas que podem gerar eventual dano moral e material.

Para não se ater tão somente a aspectos teóricos, são elaborados ao longo do presente estudo exemplos práticos hipotéticos que contemplam um melhor entendimento das questões aqui expostas. Esses exemplos são fundamentos a partir da interpretação e da compreensão dos conhecimentos aqui exibidos.

1 CIDADANIA DIGITAL E O CIDADÃO DIGITAL: CARACTERIZAÇÃO

Uma vez que há um crescimento em ritmo estrondoso acerca do uso da Internet e de outras tecnologias como os smartphones e *tablets*, surgiram uma série de novos conceitos: o marketing digital, o ciberespaço, os crimes virtuais, dentre outros. Um tema que vem ganhando grande destaque na atualidade, entretanto, é o conceito de cidadania digital, o qual será aprofundado no presente capítulo.

Neves (2010) aponta que devido à globalização da internet e das tecnologias, uma das tendências sociais da sociedade contemporânea se encontra no individualismo em rede (comunidades dispersas na via digital que ligam os indivíduos, sem atender às limitações físicas do

espaço), estabelecendo um novo sistema de relações sociais cujo centro é o indivíduo, que escolhe as redes das quais almeja participar o que pretende com essa escolha. Cidadão digital é um conceito atrelado ao individualismo, segundo a autora, e corresponde vulgarmente a qualquer pessoa que utilize a internet, entretanto, há uma série de outras nuances a serem aprofundadas quando tratamos do cidadão digital.

Nos estudos de Patrocínio (2003) o cidadão digital é trabalhado como não tão somente um indivíduo que detém acesso à internet, mas sim como um ser que participa ativamente, agindo como um sujeito político dentro do ciberespaço. Isso implica que o ‘netcidadão’ é uma figura que forma um novo tipo de relação política, buscando soluções construtivas para os problemas e desafios que emergem e fazendo uso da internet para figurar como um indivíduo que atua em prol de questões importantes.

De acordo com essas concepções, o cidadão digital seria aquele que ‘produz’. Um exemplo claro de cidadão digital é o criador de conteúdo da *Wikipedia*: o mesmo se torna um colaborador diante da comunidade digital, concedendo informações precisas e conhecimentos necessários para outros indivíduos. Em contrapartida, há uma série de informações falsas e imprecisas na mesma *Wikipedia*, inseridas nesse portal com o intuito de promover a desinformação, o que não é feito por um cidadão digital.

Segundo Sebastião, Pacheco e Santos (2012) também conceituam a cidadania digital a partir da utilização de ferramentas digitais enquanto que potencializam a participação política na medida de sua valorização por parte dos cidadãos digitais. O exemplo trabalhado pelos autores questiona se, de fato, as ferramentas digitais podem ser dotadas de caráter político: trata-se da petição digital, que busca a assinatura digital dos cidadãos em prol de uma determinada causa ou evento. Para os autores, é indispensável considerar que a petição em caráter geral possui um caráter meramente simbólico, mas que a petição digital assume o mesmo caráter das petições tradicionais fazendo uso tão somente do acesso à internet. Com a atuação política dos usuários, os mesmos se tornam cidadãos digitais no sentido amplo do termo e contribuem para a produção da cidadania digital.

Assim, os usuários da internet e de outras tecnologias podem fazer o uso adequado ou inadequado desta. O conceito de cidadania digital está relacionado justamente ao modo de uso da internet e de ferramentas digitais por parte dos seus usuários, de modo que o conceito diz respeito

justamente às normas de comportamento adequado e responsável em face do uso de tecnologias.

1.1 Os nove elementos da cidadania digital

Para melhor compreensão acerca do conceito de cidadania digital e no que a existência dela implica, se faz de fundamental importância conhecer os ditos nove elementos da mesma. Esses nove elementos foram extraídos a partir do documento elaborado por Ribble (2010) e são a base fundamental para a devida compreensão acerca da cidadania digital em sentido estrito. Aprofundando o documento elaborado pelo autor, os nove elementos da cidadania digital serão aprofundados de modo sintetizado no presente subcapítulo, abaixo:

1. **Etiqueta Digital:** O primeiro elemento está relacionado aos padrões (ou procedimentos) de conduta na via eletrônica e é, de acordo com o autor, um dos problemas mais evidentes da Cidadania Digital. Os comportamentos inadequados em tal meio são percebidos quando observados, mas as pessoas ao entrarem no mundo digital não sabem no que consiste a etiqueta digital, que nada mais é do que o conjunto de normas e procedimentos de condutas adequados a tal meio. Trata-se de uma concepção que envolve o uso adequado e responsável dos usuários digitais e do ato de ensinar todos os que estão em tal meio em tornarem-se cidadãos digitais responsáveis na sociedade digital, quase como o padrão de um comportamento ético virtual;
2. **Comunicação Digital:** A revolução digital propiciou um contexto no qual as pessoas estão aptas a exercer uma comunicação muito mais dinâmica e célere com as outras pessoas, o que não ocorria em épocas anteriores, com a comunicação por cartas ou mesmo com a comunicação pelos telefones fixos, por exemplo. As novas opções de comunicação digital alteraram significativamente o modo como as pessoas se comunicam na atualidade. Uma vez que todos contemplam oportunidades de se comunicar e colaborar com qualquer pessoa, em qualquer momento e em qualquer lugar, é necessário versar sobre as decisões apropriadas para cada momento e opção advinda da comunicação digital;
3. **Literacia Digital:** *Literacia* digital basicamente consiste no processo de ensinar e aprender sobre a tecnologia e sobre seu

- uso. As novas tecnologias, segundo o autor do documento não vem sendo ensinadas de modo adequado na escola (como vídeo conferências ou comunidades digitais como as *wikis*), mas passam a ocupar um lugar importante no mundo do trabalho. A necessidade de obtenção de informação *just-in-time* (informação imediata) requer capacidades sofisticadas de pesquisa e do modo de processar a informação (literacia). Assim, os alunos devem ser ensinados a aprender dentro da sociedade digital. Sempre que surge uma nova tecnologia é necessário pensar sobre ela e sobre seu uso e a cidadania digital envolve ensinar as pessoas de uma nova maneira, dominando a *literacia* da informação;
4. **Acesso Digital:** Está relacionado à participação eletrônica plena em nossa sociedade. Quem faz uso da tecnologia deve estar consciente e apoiar o acesso eletrônico para todos promovendo a amplitude da Cidadania Digital, isto pelo motivo de que a exclusão digital é um conceito não abarcado pela Cidadania Digital dentro da sociedade eletrônica. Todos os indivíduos devem ter o acesso pleno e equitativo à tecnologia, de modo que os locais que contam com conectividade limitada também precisam ser contemplados por esse elemento, visando igualar as oportunidades de acesso digital em um novo patamar. O próprio Poder Público, pode e deve, por meio de ações de expansão de programa banda larga, estender o alcance de *Internet* para as camadas mais necessitadas da sociedade;
 5. **Comércio Digital:** Na atualidade, uma parcela significativa da economia de mercado se concretiza de modo eletrônico, de modo que é indispensável abordar a compra e troca eletrônica de bens na via digital. Deve-se aceitar que compras e trocas legítimas e legais estão ocorrendo na internet, mas tanto o vendedor quanto o consumidor devem ter ciência acerca dos problemas associados às transações. No mesmo sentido há uma série de serviços e bens ilegais ou imorais presentes na internet, como a pornografia e os jogos de azar. Esse elemento diz respeito à utilização adequada do comércio digital dentro da economia digital;
 6. **Lei Digital:** Trata da ética da tecnologia na sociedade, ou seja, da responsabilidade eletrônica sobre as obras e ações por parte do usuário. O uso não-ético das tecnologias se manifesta sob formas de roubo ou do cometimento de crimes, enquanto o uso

ético se manifesta respeitando as leis da sociedade. Os usuários das tecnologias devem compreender que roubar ou causar danos ao trabalho, à identidade ou à propriedade *online* é um crime. As regras da sociedade devem estar inseridas dentro de um contexto ético, de modo que as leis se aplicam a qualquer pessoa que está na internet. Fazer uso de informações de terceiros de modo ilegítimo, compartilhar conteúdos inverídicos, utilizar-se de dados pessoais sem observar os devidos cuidados em preservá-los, usurpar informações de terceiros, transferir ilegalmente músicas, plagiar, criar vírus e enviar spams são exemplos de condutas que vão contra a lei digital;

7. **Direitos e Responsabilidade Digital:** Parte da prerrogativa de que, assim como nas constituições, existe uma Declaração de Direitos Básicos que são estendidos a todos os cidadãos digitais, os quais tem direito à privacidade e à liberdade de expressão, por exemplo. Os direitos digitais básicos devem ser abordados, discutidos e compreendidos no mundo digital, sobretudo diante das responsabilidades advindas da concessão de tais direitos. Os utilizadores devem contribuir para definir como a tecnologia pode ser utilizada de forma adequada;
8. **Saúde e Bem-Estar Digital:** Trata do bem-estar físico e psicológico dos indivíduos dentro do contexto da sociedade tecnológica. A segurança da visão, de lesões por esforço repetitivo e de boas práticas ergonômicas devem ser abordadas de modo congruente em um novo mundo tecnológica. Além dos problemas físicos, outros problemas psicológicos (como a dependência ao uso da internet, ou o 'vício' em seu uso) devem ser abordados. Basicamente, esse elemento está condicionado ao ensino de que há perigos inerentes à tecnologia e a cidadania digital deve incluir uma cultura na qual os utilizadores devem ser ensinados a se protegerem através da educação e da formação;
9. **Segurança Digital (ou autoproteção):** O último e nono elemento trata das precauções para garantir a segurança em um mundo eletrônico. Em qualquer sociedade há indivíduos que cometem delitos e perturbam as pessoas e essa mesma prerrogativa é válida para a comunidade digital. Se em nossas casas fazemos uso de fechaduras e alarmes de incêndio para obter um certo nível de proteção, o mesmo deve ser feito para a

segurança digital, não bastando tão somente confiar nos outros utilizadores para assegurá-la. Trata-se das proteções contra vírus, das cópias de segurança de nossos dados e dos mecanismos de controle de nossos equipamentos. Como cidadãos digitais responsáveis, devemos proteger a nossa informação de terceiros que almejem provocar danos ou perturbações;

Esses são os nove elementos que norteiam a cidadania digital. Conforme exposto, a cidadania digital não é nada mais do que a consolidação da cidadania que detemos no mundo real dentro do contexto das novas tecnologias e da concretização e consolidação de um novo mundo tecnológico.

2 CIDADANIA DIGITAL: DIREITOS E DEVERES

Uma vez que já foram apresentados os principais pressupostos e fundamentos da cidadania digital, torna-se possível aprofundar questões envolvendo os direitos e deveres dos utilizadores no âmbito digital.

De acordo com Gentilli (2002) sempre que se fala em cidadania, é indispensável falar sobre o exercício de direitos por parte dos indivíduos. Em contrapartida, esses direitos culminam no fato de que são contraídos também deveres a serem cumpridos por parte dos mesmos indivíduos. Todo indivíduo que detém direitos em uma sociedade, deve também deter deveres.

Essa perspectiva é trabalhada por Ribble (2010) ao estruturar o sétimo elemento da cidadania digital (Direitos e Responsabilidades), prerrogativa que assimila a participação dos cidadãos que contraem direitos e deveres na sociedade dentro do mundo digital. Isso significa que o cidadão digital tem, por exemplo, Direito à Privacidade, mas o que o utilizador faz com sua privacidade é de sua responsabilidade, tendo o dever de cumprir às normas que vigoram na sociedade digital.

O mesmo exemplo pode ser abordado dentro do contexto da liberdade de expressão. O utilizador tem direito a manifestar suas ideias e pensamentos de maneira livre. Entretanto, o utópico sentimento de ‘anonimato’ que as pessoas têm na internet, não assegura que os utilizadores possam, por exemplo, destilar discursos de ódio na internet.

No rol da cidadania digital, os direitos virtuais podem-se localizar os deveres de eticidade e boa-fé objetiva tanto nas relações pessoais como nas relações virtuais, ou seja, os usuários devem colocar-se para um fim social, nesse sentido, orienta Teixeira e Lima (2013):

o termo cidadania digital aplica-se na utilização da tecnologia para fins de relevância social, levando em consideração os impactos da utilização das TICS no processo de democratização, onde converge suas formas representativas para as formas participativas através de sua utilização. O equilíbrio do processo de inclusão digital é de suma importância, pois as classes menos favorecidas são as que mais sofre com diversos tipos de problemas em sua comunidade.

Em meio a tantas transformações, surgem vários conceitos, como o do cidadão digital, global ou até local (que atua localmente, porém em um contexto global). O termo inglês é “*netizen*” (cidadão da Internet). Tal definição surgiu nas comunidades *online* e, mesmo que se refira a qualquer indivíduo que faz uso da *Internet*, alguns autores apresentam uma conceituação diversa.

Michael Hauben e Ronda Hauben (1996) estudaram profundamente a maneira como a internet era utilizada e concluíram que o termo *netizens* não era aplicado a todos os utilizadores da rede, mas apenas àqueles que discutiam os problemas de maneira construtiva. Sob essa perspectiva, são os indivíduos que têm participação ativa no desenvolvimento e aperfeiçoamento da *Internet*.

No Brasil, a privacidade tem tutela constitucional nos incisos X e XII do artigo 5º da Constituição Federal. Constituem-se como direitos dos cidadãos brasileiros a proteção da vida privada, da intimidade e a inviolabilidade dos sigilos de correspondência, das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, esta última passível de violação em casos de processos criminais. Contudo, para sua concretização, a referida proteção constitucional precisa de uma legislação específica que a ampare com normas claras de tutela da privacidade tendo em vista o “complexo ecossistema empresarial de coleta e tratamento de dados pessoais” (Antonially e Britto Cruz, 2017).

O ordenamento jurídico brasileiro então contempla a proteção da pessoa humana como seu valor máximo e a privacidade como um direito fundamental. Uma análise do instrumental disponível para possibilitar a concreta atuação de tais direitos, porém, deixa entrever uma proteção que, embora devesse corresponder a uma proteção integrada e dirigida pela tábua axiológica constitucional, atua de forma fracionada, em focos de atuação determinados – sejam estes a ação de *habeas data*, as previsões do Código de Defesa do Consumidor ou outras – que tendem a orientar-se mais

pela lógica de seus específicos campos do que por uma estratégia baseada na tutela integral da personalidade através da proteção dos dados pessoais.

No entendimento de Danilo César Mangonhoto Doneda (2011), no cenário do ordenamento brasileiro, o reconhecimento da proteção de dados enquanto direito autônomo e fundamental não é oriunda “de uma dicção explícita e literal”, mas sim de uma apreciação dos riscos que o tratamento automatizado acarreta à proteção da personalidade pela perspectiva das garantias constitucionais de igualdade substancial, liberdade e dignidade da pessoa humana, atrelada à proteção da intimidade e da vida privada.

Os Direitos e Deveres presentes nas sociedades digitais não deixam de existir fora dela. Uma pessoa que ataca a outra com dizeres racistas na internet, por exemplo, pode responder civil e criminalmente por suas ações. O mesmo vale para transações fraudulentas na internet, como ao comercializar um produto falso ou a criar golpes com o intuito de obter lucros dentro do mundo digital.

3 AS LIDES CIBERNÉTICAS E A CIDADANIA DIGITAL: UMA ANÁLISE COM ÊNFASE NOS CRIMES CIBERNÉTICOS E EXEMPLOS PRÁTICOS

A resolução de conflitos é outro aspecto intimamente atrelado à cidadania digital. Para que possamos abordar as lides cibernéticas, tomaremos como exemplo as prerrogativas dos crimes cibernéticos. Evidentemente, com o surgimento e expansão da internet, a plataforma virtual passou a se tornar cada vez mais abrangente, dinâmica e atrativa não tão somente aos usuários comuns, mas também para diversas empresas que encontraram na internet um meio de acumular e disseminar informações de maneira ágil e, em tese, mais segura.

A criminalidade, entretanto, também age dentro da grande rede de computadores. Vargas (1995) leciona que sempre que incide atividade criminosa dentro da informática, estamos tratando de um crime cibernético, isto é, um crime que ocorre dentro do universo cibernético. Tais crimes passam a ser cometidos em ampla escala na contemporaneidade. Cassanti (2014) leciona que os crimes cibernéticos são praticados de maneira intencional por indivíduos que fazem uso da plataforma virtual para obterem indevidamente informações e dados por parte de terceiros sem contarem com o devido acesso a tais informações. O autor contempla o roubo de tais dados ou informações como a característica fundamental para que seja estabelecido e caracterizado o crime cibernético, dando ênfase para

a utilização indevida de tais dados, violando os preceitos que norteiam a utilização da internet e obtendo vantagens indevidas ou causando prejuízo a terceiro mediante à exploração de tais informações.

O senso comum, aponta os hackers como as principais figuras criminosas dentro da internet, todavia, tal afirmação é incorreta, visto que ainda que segundo Lemos (2007) os hackers são figuras que possuem um grande domínio e conhecimento notável em relação ao trabalho virtual, empregando seus esforços e tal conhecimento notável para objetivarem melhorias nos sistemas de segurança e em softwares em caráter geral. De modo geral, os hackers utilizam técnicas especiais para procurarem por falhas e romperem barreiras de segurança dentro de um determinado sistema.

Cassanti (2014), entretanto, associa os crimes cibernéticos de maneira mais ampla com os crackers do que com os hackers, lecionando inclusive que ambas as figuras atuam no ambiente cibernético de maneira segregada. O autor leciona que, ao contrário da atuação dos hackers, a atuação dos crackers se dá no sentido de romper códigos e barreiras de segurança para que sejam alcançados objetivos criminosos, nos termos já apresentados no presente estudo.

Castells (2003), no mesmo sentido, leciona que o termo Cracker foi desenvolvido pelos próprios hackers na década de 1980, visto que os mesmos eram tidos como os criminosos cibernéticos, realizando a distinção entre os termos hacker e cracker. Partindo dessa premissa, colocam-se hackers e crackers em duas condições distintas: Os primeiros não visam causar danos e prejuízos a terceiros, enquanto os crackers voltam suas atividades para tais fins. De tal modo, os crackers são as principais figuras dentro do meio cibernético que fazem uso da internet para realizarem golpes e fraudes em todo o mundo, inclusive no Brasil. A popularização da internet, imediatamente trouxe para o meio virtual usuários e empresas que antes não faziam uso do mesmo e doravante passam a utilizá-lo com mais afinco. Os crackers, conhecendo tais sistemas de maneira abrangente, fazem uso de seus conhecimentos para realizarem atividades criminosas.

Dentro do contexto do cometimento de crimes cibernéticos (que vão contra a cidadania digital) é indispensável versar acerca do surgimento de conflitos que surgem a partir de tais ações criminosas.

Em um exemplo prático: supomos que um cracker faz uso de programas indevidos para roubar as informações de terceiros. Em posse dos dados do cartão de crédito da sua vítima, o mesmo efetua uma série de compras online. Esse criminoso pode ser identificado, por exemplo,

ao solicitar que a entrega dos produtos adquiridos seja realizada em seu domicílio. Diante disso, surge a Lide, pois, uma vez que o criminoso é identificado, a vítima almeja que tal conflito seja sanado, com uma determinada pretensão, desejando que o criminoso seja punido e que os valores adquiridos de maneira indevida sejam ressarcidos.

Sob as perspectivas dos crimes cibernéticos, entretanto, não nos atemos tão somente aos crimes que envolvem prejuízos financeiros. Vamos trabalhar o mesmo exemplo supramencionado, entretanto, nesse caso, a pessoa não identificou objetivamente o criminoso e deduziu que algum desafeto seria o responsável pelo roubo de suas informações de cartão de crédito.

Mesmo sem a confirmação do autor do crime, a vítima vai às redes sociais e expõe o ocorrido, acusando seu desafeto de se apropriar de modo ilegal de suas informações, proferindo xingamentos a um terceiro que não teve participação na atividade criminosa e, portanto, é inocente. Nesse caso, a pessoa que fora vítima do crime de roubo digital, passa a se tornar a autora do crime de injúria e difamação.

Surge, nesse momento, uma nova Lide. A pessoa que fora acusada e difamada injusta e publicamente pode almejar que o conflito seja resolvido judicialmente, tendo a pretensão, digamos, de uma retratação pública por parte da autora do crime ou do pagamento de uma indenização por danos morais. Destaca-se ainda que mesmo que a pessoa vá a público para exaltar ou elogiar o criminoso devidamente identificado ou o ato criminoso publicamente se configura o crime de apologia de crime ou de criminoso na internet, conforme enunciado por Santos, Martins e Tybush (2017).

Nesse sentido:

A existência do Direito está associado a jurisdição, e que sua função jurisdicional de resolução de conflitos entre pessoas e comunidades no espaço virtual, e de tutela jurisdicional do Poder público ou seja esteja conexas ao Estado. Ao que se trata dos crimes virtuais são os delitos praticados por meio da Internet que podem ser enquadrados no Código Penal brasileiro, e os infratores estão sujeitos às penas previstas na lei. O Brasil é um país que não tem uma legislação definida e que abranja, de forma objetiva e geral, os diversos tipos de crimes cibernéticos que ocorrem no dia a dia e que aparecem nos jornais, na televisão, no rádio e nas revistas. Na ausência de uma legislação específica, aquele que praticou algum crime informático deverá ser julgado dentro do próprio Código Penal, mantendo-se as devidas diferenças.

Se, por exemplo, um determinado indivíduo danificou ou foi pego em flagrante danificando dados, dados estes que estavam salvos em CDs de sua empresa, o indivíduo deverá responder por ter infringido o artigo 163 do Código Penal, que é “destruir, inutilizar ou deteriorar coisa alheia: pena – detenção, de um a seis meses, ou multa” (SANTOS; MARTINS; TYBUSCH, 2017, p. 7).

Ora, as lides existentes no mundo digital podem e devem ser sanadas, fazendo uso da justiça. Atrelando tal tópico à cidadania digital, conclui-se que as práticas imorais e delituosas acabam tendo o escopo legal para a resolução de conflitos com base no ordenamento jurídico pátrio.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL E A CIDADANIA DIGITAL

No presente capítulo será abordada a responsabilidade civil com enfoque na cidadania digital. Para tanto, se faz indispensável apresentar o instituto da responsabilidade civil, contextualizando-o com a cidadania. De acordo com Guerra (2010) nos tempos iniciais da raça humana, os danos não eram contemplados pelo direito, de modo que não se cogitava a culpa e o agredido se voltava diretamente contra a agressão de modo selvagem e impreciso, sem qualquer possibilidade de que a vítima reagisse contra o agente causador do prejuízo com qualquer formalidade, de modo que o dano provocava uma reação imediata, instintiva e brutal do indivíduo. Tal processo é denominado vingança privada.

De fato, o dano provoca naturalmente uma vontade de vê-lo ser reparado por parte da vítima. Entretanto, antes do advento ao Direito, não havia qualquer meio de reparação do dano sem que fosse instaurada a vingança privada. O autor supramencionado aponta que a reparação do mal através do mal por meio de pura vingança da vítima contra o ofensor pelo prejuízo ocasionado não cogita qualquer noção sobre culpa ou ressarcimento. A ‘vingança’, que antes era desregrada, passou ao domínio jurídico, sendo permitida ou proibida e executada de acordo com as condições estabelecidas por decisão proferida a partir de representantes do poder público.

E é justamente através de tal concepção que pode ser caracterizada a responsabilidade civil. De acordo com Sampaio (2003) a responsabilidade civil pode ser conceituada na reparação de dano que uma pessoa causa a outra, determinando em quais condições uma pessoa pode ser considerada responsável pelo dano que foi causado a outra pessoa e quais os termos e

medidas que retratam a obrigação de reparação do dano, a qual, no âmbito civil, é quase sempre pecuniária (pagamento em dinheiro), independente do dano ser de ordem física, à honra ou ao patrimônio de um indivíduo. Ora, trata-se de um tema amplamente relacionado ao exercício da cidadania e ao fato de que os indivíduos contraem direitos e deveres perante seus atos e ações na sociedade moderna.

De acordo com Mattos (2012) a cidadania é o pressuposto para que seja imputada a responsabilidade civil e o sustentáculo dos direitos humanos, decorrente do processo de relação entre indivíduos dentro da sociedade, buscando legitimar a satisfação de exigências ou prescrições a partir de efeitos legais. A autora apresenta alguns pontos que atrelam a responsabilidade civil à cidadania:

Uma vez que é ampliada a responsabilidade civil para as lesões morais, há o correspondente aumento da tutela de personalidade, fortalecendo a noção de cidadania como um bem juridicamente protegido;

O respeito à pessoa humana (não levando em conta o seu patrimônio) é reconhecer a sua legitimidade e o valor possuído pela própria pessoa, ou seja, como um fundamento da cidadania. A responsabilidade civil, de tal forma, permite reconhecer a pessoa humana como cidadã;

A possibilidade de reparação às violações da cidadania inaugurou um novo direito redimensionado pelos direitos fundamentais (direitos humanos que supera o ponto de vista meramente contratual das relações humanas), uma vez que o respeito à pessoa humana é um efeito decorrente dos valores que a pessoa humana possui simplesmente por existir;

Há uma importante conexão entre direitos humanos e responsabilidade civil, por meio do reconhecimento da cidadania para a atribuição de culpa ou dolo ao responsável, atuando como um instrumento de eficácia dos direitos fundamentais e um compromisso ético que reconfigura os clássicos institutos jurídicos que a acompanham;

Para contextualizar as questões envolvendo a cidadania e a responsabilidade civil sob a ótica do ordenamento jurídico brasileiro, será utilizado o exemplo do dano moral. Gagliano e Pamplona Filho (2006, p. 36) caracterizam o dano ou prejuízo como a “lesão a um interesse jurídico tutelado – patrimonial ou não – causado por ação ou omissão do sujeito infrator”, de modo que o dano pode ser estendido aos direitos personalíssimos, como é o caso do dano moral.

Por dano moral, compreendemos os danos ocasionados por fato violador subjetivo, atingindo os aspectos mais íntimos da personalidade humana, não sendo confundidos com meros dissabores da vida cotidiana e sim da própria valoração do indivíduo humano no ambiente sob o qual o mesmo está inserido (BITTAR, 1998). Quando o dano moral é comprovado, incide a compensação pecuniária em face da conduta ilícita do violador do direito personalíssimo.

Trentin e Trentin (2012) buscaram correlacionar a responsabilidade civil sob as perspectivas da cidadania digital e do dano moral. O estudo em questão deu-se em uma análise sobre publicações ofensivas nas redes sociais e o direito à indenização por danos morais. Os autores apontam que diante dos abusos praticados na internet, o usuário responsável por dizer, publicar ou compartilhar mensagens indevidas deve ser responsabilizado civilmente pelos danos causados. O mesmo vale para os casos que envolvem a criação de perfis falsos e pela veiculação de informações e imagens ofensivas nas redes sociais, objetivando além de demandas relacionadas à retirada de perfis e fotografias nos sites, indenizações por danos morais.

Nesse sentido:

No que tange a responsabilidade do usuário infrator, pode se observar, diante dos casos apresentados, que este sofrerá a responsabilização pelas informações ilícitas vinculadas no ambiente virtual, e o provedor do site de relacionamento será responsabilizado somente se deixar de excluir ou bloquear as imagens ou informações ofensivas, após transcorrido certo prazo desde a notificação feita pela vítima (TRENTIN; TRENTIN: 2012, p. 92).

Ora, as questões envolvendo a cidadania digital e a construção de um novo mundo digital não representam, de forma alguma, possibilidades de extinção da responsabilidade civil. Esse instituto considerado de demasiada importância para o pleno exercício da cidadania está presente na internet como um todo, de modo que sempre que um infrator promover danos em detrimento de outrem, esse infrator pode ser enquadrado nos dispositivos legais atacados e, assim, ser obrigado ao ressarcimento do dano causado.

É uma tendência cada vez mais observável que o Direito passe a acompanhar as sociedades digitais. A concepção de que a internet é uma “terra de ninguém” não tão somente é ultrapassada, como também é equivocada. O Direito sempre atua de modo a legitimar a cidadania dos indivíduos (pessoa humana) e essa prerrogativa também é válida para o exercício da cidadania digital. Assim, assegurando a responsabilidade civil

para a pessoa humana também na via digital, o Direito contribui para o pleno exercício da cidadania digital e para o desenvolvimento desta.

CONCLUSÃO

Conforme apresentado, a concepção de que a internet e o mundo propiciado pelas ferramentas tecnológicas é um mundo paralelo sob o qual não recaem as leis e normas que vigoram na sociedade vem sendo cada vez mais derrubada. O Direito vem sendo aprofundado, praticado e aplicado no mundo digital, buscando coibir que as pessoas façam uso de tais ferramentas para o cometimento de crimes e, nos casos em que os crimes acontecem, passa a punir aqueles que realizam condutas ilícitas na internet.

Não é mais possível pensar no mundo digital como um mundo alheio ao que conhecemos como a ‘vida real’. De fato, estamos tão imersos no mundo digital que ele passou a fazer parte de nosso cotidiano, o que reforça a importância do conceito de cidadania digital, que aborda as normas e procedimentos para que o exercício pleno da cidadania também ocorra na via digital.

O presente estudo buscou correlacionar a cidadania digital sob as perspectivas da doutrina jurídica e do ordenamento jurídico brasileiro, permitindo uma análise concisa acerca de elementos que legitimam as pessoas humanas enquanto cidadãos dentro do mundo digital. Conforme apontado, diversas questões passam pela cidadania digital, como as possibilidades de resolução de conflitos (lides) e as questões envolvendo a responsabilidade civil, que também se estende ao mundo digital.

Embora seja um tópico consolidado na atualidade, a cidadania digital é um tópico relativamente recente e o qual vem sendo abordado de modo congruente por pesquisadores de diferentes campos do conhecimento, possibilitando a criação de normas e leis que vigoram na internet sob a tutela e jurisdição do Direito.

Conforme descrito no capítulo dois do presente estudo, a cidadania digital envolve o esforço de diferentes agentes com o intuito de possibilitá-la e legitimá-las através de comportamentos e ações que buscam educar as pessoas quanto aos comportamentos e normas adequadas para o mundo digital. A cooperação mútua da sociedade civil, do Poder Público em todas suas esferas e dos usuários é de fundamental importância para evitar-se as lides em torno do tema. Não se pode extrair outro entendimento que não seja o da educação virtual e do da punição para os delitos cometidos em

âmbito virtual, assim como na esfera da vida física. As penalidades tanto no âmbito cível como penal no ordenamento pátrio são de fundamental importância para a adequação social à cidadania digital.

Diante disso, o presente estudo cumpre um papel importante para a concretização da cidadania digital, produzindo resultados que fomentam possibilidades de quem mais pessoas tomem conhecimentos acerca dos mesmos.

REFERÊNCIAS

BITTAR, Carlos Alberto. **Reparação civil por danos morais**. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

BRAGA, D.M; BRAGA, M.M; ROVER, A.J. **Responsabilidade Civil das Redes Sociais no Direito Brasileiro**. **SID**, 2011. Disponível em <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/aires_braga.pdf>. Acesso em: 25 maio 2018.

CASSANTI, M.D.O. **Crimes Virtuais, Vítimas Reais**. Rio de Janeiro: Brasport, 2014.

CASTELLS, M. **A galáxia da Internet**. Jorge Zahar Editor, 2003.

DONEDA, Danilo César Manganhoto. A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental. **Revista Espaço Jurídico**, Joaçaba, v. 12, n. 2, p. 91-108, jul./dez. 2011.

GAGLIANO, P.B; PAMPLONA FILHO, R. **Novo curso de direito civil**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

GENTILLI, V. **O conceito de cidadania, origens históricas e bases conceituais: os vínculos com a Comunicação**. Revista FAMECOS, Porto Alegre, n. 19, dezembro 2002.

GUERRA, A.D.M et al. (coords.) **Responsabilidade Civil**. São Paulo: Escola Paulista de Magistratura, 2015.

HAUBEN, Michael; HAUBEN, Ronda. **Netizens: On the History and Impact of Usenet and the Internet**, 1996.

LEMOS, A. **Cibercultura: tecnologia e vida social na vida contemporânea**. Editoria Sulina, 2007.

MATTOS, P.F. **Responsabilidade civil: dever jurídico fundamental**. São Paulo: Saraiva, 2012. DE PLÁCIDO E SILVA. Vocabulário Jurídico. RJ: Forense, 2008.

NEVES, B.B. Cidadania Digital? Das cidades digitais a Barack Obama. Uma abordagem crítica. **Rev. Cidadania Digital**, 143-188, jun. 2010.

PATROCÍNIO, T. Educação e Cidadania global. In: GOUVEIA, L. B. **Cidades e Regiões Digitais: Impacte nas cidades e nas pessoas**. Porto: Fundação Fernando Pessoa, 2003. p. 15- 40.

RIBBLE, M. **Digital Citizenship in Schools**. 2010. Disponível em: <<https://www.iste.org/docs/excerpts/DIGCI2-excerpt.pdf>>. Acesso em: 25 maio 2018.

SAMPAIO, R.M.C. **Direito Civil: responsabilidade civil**. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

SANTOS, L.R.; MARTINS, L.B.; TYBUSCH, F.B.A. **Os Crimes Cibernéticos E O Direito A Segurança Jurídica: Uma Análise da Legislação Vigente no Cenário Brasileiro Contemporâneo**. 4º Congresso Internacional de Direito e Contemporaneidade, 8 a 10 de novembro de 2017, Santa Maria/RS.

SEBASTIÃO, S; PACHECO, A; SANTOS, M. **Cidadania Digital e Participação Política: O Caso das Petições Online e do Orçamento Participativo**. Estudos em Comunicação nº 11, 31-51 Maio de 2012.

TEIXEIRA, Marcelo Mendonça; LIMA JUNIOR, José Alves. Cidadania Digital: Uma Proposta de Dispositivo Móvel para o Monitoramento das Cidades. **Temática**, João Pessoa (Online), v.1, p. 1-22, 2013.

TRENTIN, T.R.D; TRENTIN, S.S. Internet: Publicações Ofensivas Em Redes Sociais E O Direito À Indenização Por Danos Morais. **REDESG**: Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global, v. 1, n. 1, jan.jun/2012. Disponível em: <www.ufsm.br/redeg>. Acesso em: 25 maio 2018.

VARGAS, M. **História da técnica e da tecnologia no Brasil**. São Paulo, UNESP/CEETEPS, 1995.

POSSÍVEIS CONFLITOS ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS DECORRENTES DA AUTORIZAÇÃO ADMINISTRATIVA DO NOME E SEXO NO ASSENTO DE REGISTRO CIVIL DE TRANSGÊNEROS

CONFLICTS BETWEEN FUNDAMENTAL RIGHTS ARISING FROM THE ADMINISTRATIVE AUTHORIZATION OF NAME AND GENDER IN THE CIVIL REGISTRY OF TRANSGENERIES

Danilo Porfírio de Castro Vieira*

Marta Battaglia Custódio **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Registro Civil 1.1 Princípios, Finalidade e Fé Pública do Registro Civil das Pessoas Naturais 1.2 Averbação sigilosa no registro civil de transgêneros 1.3 ADI 4275 1.4 A decisão do STF 2 Transgenia e o problema da disposição dos direitos de personalidade 3 O direito ao esquecimento. Conclusão. Referências.

RESUMO: O STF entendeu ser possível alterar nome e sexo, mediante averbação no registro civil, independentemente de cirurgia de transgenitalização ou de ação judicial, em decisão proferida em março de 2018, na Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, que modificou a interpretação do artigo 58 da Lei 6.015/1973. Este artigo versa sobre o confronto entre diferentes direitos de personalidade e a insegurança jurídica gerada pela decisão do STF. O tema central é discutir como ficam os vínculos jurídicos com terceiros que produziam efeitos no momento da mudança de nome e sexo e como se resolverão os casos em que houver conflitos com direitos fundamentais de outras pessoas. Como objetivos específicos, serão abordadas as origens, finalidade e legislação dos registros públicos e o direito ao esquecimento, por meio de um trabalho descritivo e exploratório de caráter qualitativo, com base em fontes doutrinárias e documentais.

Palavras-chave: Registro Civil - Transgêneros - Adi 4275 - Identidade - Disponibilidade dos Direitos de Personalidade

ABSTRACT: *The Supreme Federal Court (STF), the Brazilian highest court, recognized the right to change the name and sex on a birth certificate, regardless of sex reassignment surgery or judicial process, at the judgment of the Direct Action of Unconstitutionality (ADI) n.4,275, in March 2018, which modified the interpretation of article 58 of the Civil Registration Law (Law n. 6,015/1973). The aim of this paper is the confrontation between different rights of personality, not only of the one who disposed of the birth gender, but of third parties related to it, and also is about the legal uncertainty generated by the STF decision. The central theme is to discuss the legal relationship with third parties rights after the recognition of the name and sex change and how to deal with conflicts of fundamental rights of different people. As specific goals, there is the origins, purpose*

* Doutorando em Ciências Sociais pela Universidade Estadual Paulista Júlio de Mesquita Filho (UNESP). Professor titular de Relações Internacionais e Direito no Centro Universitário de Brasília (Uniceub). Professor do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP).

** Doutora e mestre em Nutrição Humana Aplicada pela Universidade de São Paulo (USP). Coordenadora da Secretaria de Avaliação e Gestão da Informação (SAGI) no Ministério do Desenvolvimento Social.

Artigo recebido em 24/06/2018 e aceito em 24/10/2018.

Como citar: VIEIRA, Danilo Porfírio de Castro; CUSTÓDIO, Marta Battaglia. Possíveis conflitos entre direitos fundamentais decorrentes da autorização de se alterar administrativamente nome e sexo no assento de registro civil de transgêneros. **Revista de Estudos Jurídicos UNESP**, Franca, ano 22, n. 35, p. 455 jan/jun. Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

and legislation of the civil public registries and the right to be forgotten, through descriptive and exploratory work of a qualitative nature, based on doctrinal and documentary sources.

Keywords: *Civil Registry - Transgender - ADI 4275 - Identity - Availability - Personality*

INTRODUÇÃO

Não deve ser fácil viver em um conflito de identidade tão profundo e constante como aquele pelo qual passam as pessoas transgêneras. O sentimento de ter um corpo com um sexo biológico diferente do sexo psicológico é agravado pelo fato de que a sociedade estigmatiza, define, marca as pessoas, espera delas posturas e comportamentos muitas vezes contraditórios com a vontade livre e consciente, com a autodeterminação da pessoa.

Neste embate interno, a documentação pessoal do transgênero constrange, inibe, limita sua liberdade. Iniciando com a declaração de nascido vivo¹, seguindo com o registro civil e posterior emissão de documentos de identificação, como o registro geral de identidade, carteira de habilitação, passaporte, carteira de trabalho, todos eles ostentam um nome e um sexo que são diferentes do que a pessoa deseja.

Compreender essa situação e conseguir dar uma resposta no ordenamento jurídico para afirmar que há direitos de personalidade inerentes a essas pessoas que precisam ser tutelados é promissor e necessário.

A sociedade brasileira consignou em seu texto constitucional que a República Federativa do Brasil tem como fundamentos, dentre outros, a cidadania e a dignidade da pessoa humana e tem como alguns de seus objetivos fundamentais construir uma sociedade livre, justa e solidária e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. Portanto, a legislação infraconstitucional deve ser lida e interpretada considerando tais parâmetros.

A partir do problema vivenciado pelos transgêneros, que são pessoas que carregam consigo um sexo biológico diverso do que gostariam, e considerando a leitura da constituição, o Ministério Público Federal (MPF) ingressou com a Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, com o objetivo de modificar a interpretação do artigo 58 da Lei 6.015/1973

¹ Desde junho de 2012, a Lei nº 12.662 transformou a Declaração de Nascido Vivo (DN) em documento de identidade provisória, aceita em todo o território nacional. Ela deverá conter número de identificação nacionalmente unificado, a ser gerado exclusivamente pelo Ministério da Saúde, além do nome e prenome do indivíduo; dia, mês, ano, hora e Município de nascimento; sexo do indivíduo; informação sobre gestação múltipla, quando for o caso; nome e prenome, naturalidade, profissão, endereço de residência da mãe e sua idade na ocasião do parto; nome e prenome do pai; e outros dados a serem definidos em regulamento.

(Lei de Registros Públicos, LRP), que dispõe: “o prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios”.

Argumentou o MPF em sua petição inicial que os princípios constitucionais postulam-se entre si e que só se pode falar em dignidade da pessoa humana quando se permite que esta possa afirmar autonomamente as suas multifacetadas identidades, realizar as suas escolhas existenciais básicas e perseguir os seus próprios projetos de vida, desde que isso não implique em violação de direitos de terceiros. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Este artigo busca justamente identificar se a decisão do STF tratou sobre eventual violação de direitos de terceiros. Como objetivos específicos, serão abordadas as origens, finalidade e legislação dos registros públicos, o direito ao esquecimento e as complicações do “nascimento tardio” do transgênero que teve sua documentação alterada pela via administrativa. Trata-se de um trabalho descritivo e exploratório de caráter qualitativo, com base em fontes documentais.

1 REGISTRO CIVIL

Registro é o ato principal, lavrado em livro próprio, que documenta um ato ou fato, tornando o conhecimento deste ato ou fato perene, público (salvo exceções relativas à intimidade das pessoas) e verdadeiro (exceto quando desconstituído jurisdicionalmente). São atos de registro, no âmbito do registro civil das pessoas naturais, o nascimento, o casamento e o óbito, além de outros importantes como a emancipação, a interdição, a adoção, a união estável, a ausência, a morte presumida e a opção de nacionalidade (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

Como a vida das pessoas é dinâmica, o registro que a espelha também é, ele conta o estado atual da pessoa e parte de sua história. É por meio de averbações e anotações que o sistema de registro civil se mantém atualizado e íntegro, indicando os atos e fatos jurídicos relevantes referentes àquela pessoa (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

A averbação e a anotação são atos acessórios a um ato de registro, lavradas à margem direita. A anotação refere-se sempre a outro ato já escriturado em cartório de registro civil. O óbito, por exemplo, será lavrado em livro próprio e, posteriormente, será anotado à margem do registro de casamento. A averbação, por sua vez, é escriturada originariamente à margem do registro civil, não havendo outro registro prévio ao qual se refira.

A averbação altera juridicamente o registro e produz os efeitos declaratórios do fato a que se refere (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014). O Quadro 1 ilustra as diferenças entre os atos do registro civil.

Quadro 1 - Diferenças entre atos registrais.

	REGISTRO	AVERBAÇÃO	ANOTAÇÃO
ESCRITURAÇÃO	na coluna central do livro próprio	à margem direita do registro, se findo o espaço, no livro/registo de transporte	à margem direita do registro, se findo o espaço, no livro/registo de transporte
NATUREZA	ato principal	ato acessório de um registro, o qual modifica ou extingue	remissão (referência) a outro ato de registro ou averbação
FORÇA	faz prova plena e tem fé pública	faz prova plena e tem fé pública	início de prova que só se completa com a certidão do ato ao qual faz referência
OBJETO	os atos e fatos jurídicos previstos em lei	os atos e fatos jurídicos que alteram o conteúdo do registro	sempre um outro ato – registro ou averbação – do registro civil

1.1 Princípios, Finalidade e a Fé Pública do Registro Civil das Pessoas Naturais

Os princípios do Registro Civil das Pessoas Naturais, segundo Camargo Neto (2014)², são os seguintes. Como princípios finalísticos, encontram-se o princípio da segurança jurídica, que é a razão da existência do registro civil, o princípio da publicidade, isto é, os atos registrados devem ser públicos e acessíveis, tornando-se cognoscíveis e oponíveis, sendo as limitações a este princípio restritas às informações que por disposição constitucional ou por lei não podem constar das certidões, tais

² Ele se baseou na palestra de Juliana Follmer Bortolin Lisboa, na obra de Registro de Imóveis de João Pedro Lamana Paiva, no livro relativo a Direito Notarial de Brandelli (2011) e no artigo sobre protesto de títulos de Vicente de Abreu Amadei.

como aquelas que dizem respeito à intimidade e vida privada e o princípio da autenticidade, pelo qual o registrador somente deve permitir acesso às informações que tenham sido verificadas, em sua autoria e legalidade, de forma a serem revestidas, tanto quanto possível, de veracidade.

Outros princípios também permeiam os registros públicos. O princípio da legalidade prevê que deve-se cumprir a lei no exercício da atividade registral; o princípio da independência orienta que o desempenho da função por Notários e Registradores não está sujeito a qualquer tipo de condicionamento a não ser o ordenamento jurídico; o princípio da imparcialidade não permite que, no exercício de sua função, ao qualificar, lavrar e registrar os atos, o registrador sobreponha interesses pessoais, devendo atender com igualdade todos os envolvidos; o princípio da instância ou rogação impede que o registrador aja de ofício, salvo quando a lei assim o determinar, ou seja, os atos registrários devem ser solicitados para serem executados; o princípio da territorialidade atribui competência para que o registrador civil pratique os atos apenas em sua circunscrição; o princípio da conservação, de origem alemã, significa que o registrador tem o dever de guardar e zelar pelos documentos públicos relativos à sua função; e o princípio da continuidade, que é muito comum no registro de imóveis, significa que deve-se lançar no registro todos os atos ou fatos em sequência lógica e legal de ocorrências.

Os efeitos da publicidade no registro civil podem ser constitutivos – alguns autores como Nelson Rosenvald e Christiano Chaves de Farias defendem ser este o caso da aquisição do prenome – ou declarativos, como ocorre com o registro civil das pessoas naturais, que podem ser exigidos por lei para produção de efeitos (emancipação, por exemplo) ou para os quais a lei reconhece o registro como meio probatório (casamento ou óbito, por exemplo) (ROSENVALD; CHAVES *apud* CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

O exercício da cidadania depende do registro civil de nascimento e de outros documentos básicos. O registro de nascimento foi reconhecido pelo Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966, em seu Artigo 24, § 2, assim: “Toda criança deverá ser registrada imediatamente após seu nascimento e deverá receber um nome.”. Esse direito fundamental é reforçado pelo Artigo 7º da Convenção para os Direitos da Criança: “A criança será registrada imediatamente após seu nascimento.”. A Lei Federal brasileira nº 9.534/1997 garantiu a gratuidade universal ao registro de nascimento, ao assento de óbito e às primeiras vias de suas certidões, para

dar efetividade ao Artigo 5º, LXXVII, da constituição federal, segundo o qual são gratuitos, na forma da lei, os atos necessários ao exercício da cidadania (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

O nascimento é um fato jurídico em sentido estrito e antes mesmo do registro, o recém-nascido tem direitos inerentes à pessoa humana, tais como os cuidados médicos, o aleitamento materno, a proteção e todos os cuidados a ele devidos. Porém, para que o nascido ganhe aptidão para exercer a titularidade de direitos e deveres é preciso dar adequada publicidade ao nascimento, com todos os seus elementos – data, hora, local, filiação, sexo, nome do nascido – por meio do registro civil.

O registro civil das pessoas naturais é fonte de informações para a elaboração de políticas públicas nas áreas de saúde, economia, segurança pública e educação, para o desenvolvimento de programas sociais e para a melhor gestão dos recursos públicos. As informações do registro civil possibilitam a elaboração e a atualização de estatísticas vitais da população, inclusive a quantidade de nascimentos, a taxa de fecundidade, a média etária das gestantes, a quantidade de óbitos, a mortalidade infantil, a expectativa de vida, causas de mortes *etc.* (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

Os responsáveis pelos registros civis devem informar sobre nascimentos, casamentos e óbitos ao Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), de acordo com a LRP, artigo 49. Os óbitos também devem ser comunicados ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) até o dia 10 do mês subsequente, conforme disposto no artigo 68 da Lei Federal nº 8.212/1991 e à Justiça Eleitoral (Código Eleitoral, art. 71, § 3º).

Outros registros são igualmente alvo de legislação específica e comunicados aos respectivos órgãos de interesse, como, por exemplo, casamentos e os óbitos de estrangeiros ao Ministério da Justiça, (art. 46 da Lei Federal n. 6.815/1980), os óbitos de cidadãos do sexo masculino entre 17 e 45 anos de idade ao Ministério da Defesa, a fim de se atualizar o cadastro de reservistas das forças armadas (Lei n. 4.375/1964, art. 66, alínea “d”, e parágrafo único, alínea a) e os nascimentos de indígenas à Fundação Nacional do Índio (FUNAI), dentre outros.

As pessoas sem registro não têm direito à emissão da carteira de trabalho, não acessam bens ou serviços do Estado, como educação, saúde ou acesso à Justiça, não votam nem são votados, não podem contrair matrimônio. Dada a importância do registro para o exercício da cidadania,

é necessário reconhecer a relevância do registro civil na individualização e identificação da pessoa natural.

Jurídica e civilmente, a pessoa natural se individualiza por diversos elementos, tais como o nome, domicílio, cidadania, nacionalidade, naturalidade, idade, sexo, capacidade e elos familiares, como parentesco, filiação e situação conjugal.

O nome da pessoa natural está marcado por um duplo aspecto. Do ponto de vista público, o nome distingue uma pessoa das demais, sendo então obrigatório o seu uso e restritos os casos de alteração. No âmbito privado, o nome é um direito fundamental da pessoa humana, personalíssimo e intimamente relacionado com a sua dignidade e sua privacidade, na medida em que é o signo que a representa. O nome é o principal elemento de individualização da pessoa (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA, 2014).

Pode-se dizer, portanto, que o registro público referente às pessoas naturais tem três sentidos de destaque. Por um lado, individualiza a pessoa, dá a ela identidade e características únicas, permite-lhe se colocar no mundo jurídico e a torna apta a ser titular de direitos e deveres. Por outro, informa a sociedade que aquele indivíduo pertence ao corpo social, que ele é titular de direitos e de deveres e identifica a pessoa perante terceiros. Por fim, no campo estatístico, o conjunto de registros públicos de uma localidade dá aos órgãos públicos informações sobre natalidade, fecundidade, mortalidade (seja ela materno-infantil ou não), casamentos, divórcios etc. de modo que permitem ao poder público planejar e executar políticas públicas levando em consideração estas informações.

A idade, obtida pela diferença entre a data de referência e a data de nascimento registrada, coloca a pessoa na condição de criança, adolescente, adulto ou idoso, e pode repercutir nas esferas civil, penal, eleitoral, trabalhista. É um dado no registro que não deve ser alterado.

O sexo consta do registro e de sua certidão por força do artigo 54, 2º, da LRP e dos Provimentos 2 e 3 da Corregedoria Nacional de Justiça do Conselho Nacional de Justiça.

Os registros dão publicidade aos fatos jurídicos relevantes. Assim, mudanças no nome ou no estado da pessoa natural devem ser registrados para produzir efeitos. Tais modificações ocorrem por meio de averbações. Não há rol taxativo do que se pode averbar, mas alguns casos reconhecidamente necessitam da averbação, como, por exemplo, a averbação de mudança de sexo, haja vista alterar o conteúdo do registro.

De acordo com o Art. 13 da Lei de Registros Públicos (LRP), via de regra, os atos do registro serão praticados por ordem judicial, a requerimento verbal ou por escrito do interessado, ou a requerimento do Ministério Público, quando a lei autorizar. O artigo 97 da referida Lei estabelece que a averbação será mediante determinação judicial ou petição acompanhada de certidão ou documento legal e autêntico. Ainda de acordo com a LRP, após a realização da averbação, as certidões com todas as alterações averbadas nos campos próprios, deveria ser emitida com os seguintes dizeres: “a presente certidão envolve elementos de averbação à margem do termo”.

Entretanto, essa regra não é absoluta, pois há situações em que, para preservar a intimidade do interessado, nem as averbações constam das certidões.

1.2 Averbação sigilosa no registro civil de transgêneros

O pedido de retificação do registro de nascimento é procedimento de jurisdição voluntária, na prática é uma administração pública de interesses privados feita pelo Poder Judiciário (MUBARAK, 2010). Com relação ao sexo, ressalta-se a existência de regulamentação do Conselho Federal de Medicina para o tratamento e a cirurgia de transgenitalização, por meio das Resoluções nº 1.652/2002 e 1.955/2010. Feita a cirurgia, era reconhecido pelo Poder Judiciário o direito à sua mudança no registro, por meio de averbação³. Os panoramas doutrinário e jurisprudencial já eram favoráveis nas últimas décadas no sentido de facilitar a alteração do registro civil, modificando o assento de prenome e de sexo, inclusive em caso em que não era feita a cirurgia de redesignação sexual. Esse direito subjetivo da pessoa transgênera poder ostentar um registro que reflita sua personalidade já estava pacificado na doutrina e na jurisprudência, que majoritariamente entendia que a alteração é possível e o julgamento da ADI 4.275 pelo STF conclui esse capítulo. Resta saber quais serão as consequências da decisão, que extrapolou o pedido inicial elaborado pelo Ministério Público e, aparentemente, foi precipitada e irrefletida ao

³ Esse foi o teor da decisão paradigmática do Superior Tribunal de Justiça no Recurso Especial nº 1.008.398-SP – 2007/0273360-5, de relatoria da Ministra Fátima Nancy Andrighi, que sustentou que o “Direito não pode fechar os olhos para a realidade social estabelecida”. Em caso semelhante, o Juiz de Direito Guilherme Madeira Dezem, afirmou que “quando se analisa a veracidade registrária à luz da dignidade da pessoa humana é o documento que deve se adaptar à pessoa e não a pessoa que deve se adaptar ao documento” – decisão no processo 0036840-54.2010.8.26.0100 (809/10R).

permitir que ocorra diretamente em cartório. Esta discussão será deixada para a parte final do artigo.

Há situações protegidas por sigilo que não podem constar das certidões, como ocorre na mudança de sexo. Em tais casos, não se deve constar a frase “a presente certidão envolve elementos de averbação à margem do termo”, deve tão somente constar a expressão “Nada mais me cumpria certificar” (CASSETTARI; CAMARGO NETO; OLIVEIRA., 2014). O Enunciado 27 da Comissão de Enunciados da ARPEN-SP explicita essa situação:

Enunciado 27: O campo das observações/averbações das certidões em breve relatório deverá ser preenchido com a expressão “Nada mais me cumpria certificar”, tanto nos casos de registros em que nada consta na coluna de averbações, quanto nos casos de registros em que consta averbação cuja publicidade é vedada.

Cite-se como exemplo o REsp 737.993/MG, que trata particularmente da averbação das alterações do prenome e do status sexual no livro cartorário. Em que pese o ministro relator ressaltar “que os documentos públicos devem ser fiéis aos fatos da vida, além do que deve haver segurança nos registros públicos”, devendo consignar à margem do registro as retificações de prenome e de sexo do requerente, inclusive averbando que as modificações decorreram de sentença judicial, visando com isso salvaguardar os atos jurídicos já praticados e solucionar eventuais questões que sobrevierem no âmbito do direito de família (casamento), no direito previdenciário e até mesmo no âmbito esportivo, por outro lado estabeleceu em seu voto que:

[...] tal averbação deve constar apenas do livro de registros, não devendo constar nas certidões do registro público competente nenhuma referência de que a aludida alteração é oriunda de decisão judicial, tampouco que ocorreu por motivo de cirurgia de mudança de sexo, sob pena de manter a exposição do indivíduo a situações constrangedoras e discriminatórias. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 737.993/MG, DJe 18/12/2009.)

Assim, o Ministro determinou a averbação apenas no livro cartorário e à margem do registro civil, de que as alterações são oriundas de decisão judicial, porém vedou qualquer menção nas certidões do registro público, sob pena de manter a situação constrangedora e discriminatória.

Após a averbação, o registrador deve expedir a certidão com a devida alteração e entregá-la ao interessado (ou remetê-la ao juízo que prolatou a decisão), no prazo máximo de cinco dias úteis, conforme os artigos 19 e 106 da LRP.

1.3 A ADI 4275

A Procuradoria Geral da República (PGR) propôs a ADI 4.275/2009 visando a que fosse proferida decisão de interpretação conforme a Constituição do art. 58 da LRP, na redação que lhe foi conferida pela Lei 9.708/1998, reconhecendo o direito dos transexuais, que assim o desejarem, à substituição de prenome e sexo no registro civil, independentemente da cirurgia de transgenitalização. A redação atual do referido artigo é a seguinte: “O prenome será definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos notórios.”

Na Ação, a PGR citou o reconhecimento dos direitos gerais e específicos aos transexuais expressos em acórdão da Terceira Turma do TRF da 4ª Região. No acórdão, foram feitas duas abordagens da transexualidade, não excludentes entre si: a biomédica e a social. Do ponto de vista biomédico, define-se a transexualidade como distúrbio de identidade de gênero, enquanto que pela ótica social ela está fundada no direito à autodeterminação da pessoa, de afirmar livremente e sem coerção a sua identidade, como consequência dos direitos fundamentais à liberdade, à privacidade, à igualdade e à proteção da dignidade humana. A PGR argumentou que a impossibilidade de se alterar o nome e o sexo no registro civil ofende os princípios da dignidade da pessoa humana, da liberdade e da privacidade e traz exemplos de cortes constitucionais de países europeus autorizando a alteração.

Segundo a PGR, o prenome dos transexuais já poderia ser alterado no registro pois eles possuem um “apelido público notório, o nome social, com o qual são identificados pela família e amigos”, o que autorizaria a mudança no registro civil, conforme redação vigente do art. 58 da Lei dos Registros Públicos. Para reforçar seu argumento, cita como hipótese reconhecida pela jurisprudência para a alteração do prenome, os casos em que ele é ridículo ou vexatório. E conclui argumentando que se o nome é alterado para refletir a identidade social da pessoa, o sexo também deveria ser alterado no registro civil. Em suas palavras:

Se a finalidade da norma referida é proteger o indivíduo contra humilhações, constrangimentos e discriminações em razão do uso de um nome, essa mesma finalidade deve alcançar a possibilidade de troca de prenome e sexo dos transexuais (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Aprofundando na argumentação, a PGR citou, em relação à ausência de cirurgia de transgenitalização, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão, que fixou os seguintes parâmetros para alteração de prenome e sexo no registro civil: “pessoas a partir de 18 anos de idade, que se encontram a pelo menos três anos sob a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico e seja presumível, com alta probabilidade, que não mais modificarão sua identidade de gênero, requisitos que devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem seus aspectos psicológicos, médicos e sociais”. Tais parâmetros poderiam balizar a decisão brasileira.

Em síntese, para a PRG, o não reconhecimento do direito dos transexuais à troca de prenome e de sexo no registro civil, correspondente à sua identidade de gênero, acarreta lesão a preceitos fundamentais e, por esse motivo, é cabível uma interpretação ao art. 58 da LRP de que se é possível alterar o nome no registro civil para substituir pelo nome social, então essa norma deve ser aplicável também aos transexuais e, em consequência, deve haver também a mudança do registro relativo ao sexo, independentemente de cirurgia de transgenitalização, para adequar o registro à identidade social da pessoa transgênera que assim o desejar.

Solicitado a se manifestar, o Presidente da República manifestou-se pela procedência do pedido formulado na inicial, “desde que a retificação do registro público não implique na eliminação do registro originário que consigna o gênero e o prenome anteriores”.

O Advogado Geral da União, por sua vez, seguiu o mesmo entendimento e manifestou-se, no mérito:

[...] pela procedência parcial do pedido, para que o reconhecimento do direito à substituição do prenome e do sexo civil pelos transexuais reste condicionado à manutenção no registro civil de seus dados anteriores, devendo estender-se aos transexuais que assim se qualifiquem de acordo com os critérios previstos pelo 3º da Portaria nº 1.652/02 do Conselho Federal de Medicina. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Por sua vez, no final do ano de 2017, o Grupo Dignidade – Pela Cidadania de Gays, Lésbicas e Transgêneros, admitido no processo como *amicus curiae*, manifestou-se pela parcial procedência dos pedidos feitos na exordial da presente ação, com improcedência tão somente das seguintes exigências:

[...] idade igual ou superior a 18 anos, que se encontram há pelo menos três anos sob a convicção de pertencer ao gênero oposto ao biológico, seja presumível, com alta probabilidade, que não mais modificarão a sua identidade de gênero, requisitos que devem ser atestados por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Isso porque, segundo manifestação da referida associação nos autos do processo, ao se impor que condição transgênera “deve ser atestada em função de lapso temporal taxativo (por, no mínimo, três anos) e ‘por um grupo de especialistas que avaliem aspectos psicológicos, médicos e sociais, baseiam-se em concepção patologizante das transidentidades, não devendo prevalecer diante da leitura atenta ao princípio da dignidade da pessoa humana e à liberdade pessoal de autoidentificação”. O *amicus curiae* citou também a existência de um Projeto de Lei nº 5.002 apresentado em 2013 pelos Deputados Erika Kokay e Jean Wyllys, para possibilitar a alteração administrativa do registro civil de pessoas trans, sem intervenção judiciária e sem necessidade de laudos médicos, contudo, segundo o “Grupo Dignidade”, o Poder Legislativo conservador tem colocado entraves na tramitação do projeto.

Assim, o “Grupo Dignidade” pediu que o STF conheça da ADI (ou subsidiariamente que a receba como ADPF) e julgue parcialmente procedente o pedido inicial para, dando interpretação conforme ao artigo 58 da LRP, permitir a retificação de prenome das pessoas trans, independentemente da realização de cirurgia de transgenitalização, com consequente e obrigatória alteração do designativo de sexo para aquele com o qual a pessoa interessada se autoidentifica, rejeitando-se as condições propostas pela Procuradoria Geral da República, extraídos da decisão do Tribunal Alemão. Solicitou ainda que o STF declare que o reconhecimento deste direito independe de demonstração da existência de patologia por meio de laudos médicos ou psiquiátricos ou de certo padrão de feminilidade ou de masculinidade, fazendo prevalecer a simples declaração da pessoa interessada.

Posteriormente, no início de 2018, devido ao advento da publicação de uma Opinião Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), o *amicus curiae* prestou novos esclarecimentos ao STF, reforçando seu entendimento de que seria “inconstitucional e inconvenção” exigir ação judicial para retificar o registro civil, citando o que segue:

[...] a Corte IDH entende que a identidade de gênero é um direito soberano de ‘autodeterminação e escolha livre de opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência’, para adequar sua documentação civil à ‘identidade sexual e de gênero assumida e vivida pela pessoa’, no qual ‘Estado e sociedade devem se limitar a reconhecer a respeitar essa autodeterminação identitária, sem que a intervenção das autoridades estatais tenha um caráter constitutivo sobre ela’ (item 158), razão pela qual “É CERTO QUE O PROCEDIMENTO QUE MELHOR SE AJUSTA AOS REQUISITOS ESTABELECIDOS NESTA OPINIÃO É O DE NATUREZA MATERIALMENTE ADMINISTRATIVA OU NOTARIAL” (item 159). (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Assim, sugeriu como parte dispositiva da ADI n.º 4.275 que a tese figure da seguinte forma:

A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer, por autoidentificação firmada em declaração escrita desta sua vontade, dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil, pela via administrativa (art. 110 da Lei 6.015/73) ou judicial, independente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade”, podendo substituir o termo “transgênero” por “pessoa transexual ou travesti”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

Na ótica da associação, o interessado deve ser livre para escolher a “via administrativa ou judicial”, aplicando-se a “mesma lógica” utilizada em “divórcios e inventários judiciais quando podem ser feitos extrajudicialmente”. Solicitou ainda que, subsidiariamente, caso o STF entendesse que o tema da via administrativa não estivesse “maduro” para ser decidido, já que não era objeto da ADI 4275, que o tema não fosse mencionado e ficasse “em aberto” para futura decisão.

Entretanto, o mesmo documento citado pela associação, considera que, de acordo com os princípios da igualdade e da não discriminação, não é razoável estabelecer tratamentos diferenciados entre pessoas cisgênero e transgênero que pretendam corrigir seus registros civis.

Ora, a LRP indica em seu artigo 57 que a alteração posterior de nome, somente se dará por exceção e motivadamente, após audiência do Ministério Público, por sentença judicial, independentemente de quem faça o pedido. Então não faria sentido dar tratamento privilegiado a uma parcela da população em detrimento de outra, que se vê obrigada a percorrer caminhos mais onerosos para a mesma finalidade (alteração de nome no registro civil).

1.4 A decisão do STF

O Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu por unanimidade ser possível a alteração de nome e gênero no assento de registro civil mesmo sem a realização de procedimento cirúrgico de redesignação de sexo.

Porém, o entendimento de que a alteração poderia ser realizada pela via administrativa teve divergências, mesmo assim foi aprovado por maioria. Vale lembrar que na petição inicial do Ministério Público, havia uma série de condicionantes para permitir a alteração no registro e, em nenhum momento se falou em dispensar a via judicial para se obter tal finalidade. Essa proposta, de se permitir a alteração de sexo e nome por mera declaração em cartório, foi elaborada pelo *amicus curiae* no início de 2018, em 10 de fevereiro, devido à publicação da Opinião Consultiva da CIDH sobre o tema. Isso se deu cerca de um mês e meio antes da decisão do STF, sendo que a ação foi inicialmente proposta em 2009 e tramitou por nove anos, sem que se tivesse maturado tal proposta.

Votaram pela dispensa da via judicial os ministros Edson Fachin, Luiz Roberto Barroso, Rosa Weber, Luiz Fux, Celso de Mello e a presidente, Cármen Lúcia. Ficaram vencidos, nesse ponto, o ministro Marco Aurélio (relator) e os ministros Alexandre de Moraes, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes, que exigiam autorização judicial para a alteração. O ministro Dias Toffoli estava impedido de julgar. Os argumentos

apresentados pelos ministros durante a sessão de votação, ocorrida nos dias 28 de fevereiro e 1º de março de 2018, são apresentados a seguir⁴.

O ministro Marco Aurélio Mello, relator, votou pela constitucionalidade do pedido de alteração do nome e sexo no registro civil de nascimento, condicionando a alteração ao preenchimento de alguns requisitos, destacando que esses pressupostos devem ser aferidos em procedimento de jurisdição voluntária, com a participação do Ministério Público, observados os artigos 98 e 99 da LRP.

Na sequência, o ministro Alexandre de Moraes acompanhou o voto do ministro relator, julgando procedente a ADI, reconhecendo o direito da substituição do prenome e do gênero nos assentos do registro civil das pessoas naturais, independentemente da cirurgia de transgenitalização, mantendo-se a linha histórica da pessoa no registro civil, que ficaria sob sigilo, e a alteração seria determinada pela autoridade judicial. Em relação aos requisitos, bastam aqueles já fixados pela LRP.

O ministro Edson Fachin abriu a divergência para permitir que a alteração seja feita pela via administrativa, sob o argumento de que a opinião consultiva da CIDH, de 24.11.2017, sobre identidade de gênero, impôs a necessidade de se compatibilizar a interpretação da LRP ao Pacto de São José da Costa Rica. Para o ministro, a alteração dos assentos no registro público depende apenas da livre manifestação de vontade da pessoa que visa expressar sua identidade de gênero, a qual não se prova e, assim, julgou procedente a ADI para reconhecer aos transgêneros, que assim o desejarem, independentemente da cirurgia de transgenitalização, ou da realização de tratamentos hormonais ou patologizantes, o direito à substituição de prenome e sexo diretamente no registro civil. Para ele, não há a necessidade de um procedimento judicial porque “de modo geral os assentos de nascimento são feitos diretamente ao registro civil” e, em casos de eventuais controvérsias, o Oficial do Registro Civil poderá suscitar a dúvida e submeter a matéria ao juiz da vara de registros públicos.

O ministro Luis Roberto Barroso acompanhou o ministro Fachin e, citando um trecho da “decisão” (*sic*) da CIDH, que recomenda que o

⁴ A sessão foi documentada em dois vídeos disponíveis no Youtube. O primeiro “Pleno - Retomado julgamento de ADI sobre alteração de registro civil sem mudança de sexo”, disponível em <https://youtu.be/sRhdrUUaYMg> e o segundo “Pleno - Possibilidade de alteração de registro civil sem mudança de sexo”, disponível em <https://youtu.be/-jMt7fOoYg0>. Optou-se por não ser restringir a análise aos votos apresentados por escrito pelos ministros porque muitos mudaram de posicionamento entre o voto escrito e de fato apresentado na sessão, sobretudo com relação à questão da alteração de nome e sexo poder ser realizada pela via administrativa.

processo de reconhecimento não deve impor aos solicitantes a apresentação de certidões médicas ou provas de estado civil, tampouco submeter os solicitantes a perícias, prevalecendo a mera expressão de vontade do solicitante, o ministro se manifestou “no sentido da desnecessidade de decisão judicial, porque se nós entendemos que o procedimento é por autodeclaração, qual é o sentido de uma decisão judicial?”. Acrescentou ainda que para pessoas humildes e às vezes em lugares distantes, a necessidade de ir ao poder judiciário pode ser um obstáculo insuperável, ou pode ser um constrangimento a mais para essas pessoas.

A ministra Rosa Weber endossou a proposta apresentada pelo ministro Edson Fachin sobre a possibilidade de se fazer a alteração somente pela via administrativa. Para ela, o STF não precisaria ficar com as teses minimalistas dos casos concretos no controle abstrato de constitucionalidade, ou mesmo de convencionalidade.

O ministro Luiz Fux argumentou que o direito à retificação do registro civil, de modo a adequá-lo à identidade de gênero, concretiza a dignidade da pessoa humana na tríplice concepção: da busca da felicidade, do princípio da igualdade e do direito ao reconhecimento. Afirmou que a opinião consultiva da CIDH, de novembro de 2017, tem um trecho muito significativo:

[...] além de não se exigir intervenções cirúrgicas para o fim de mudar o gênero, a própria decisão (*sic*) da Corte Interamericana assenta que não deve haver nenhum tipo de obstáculo e que tudo deve (*sic*) se passar no campo notarial, ela usa essa expressão explicitamente”.⁵ (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4.275/2009. DJe 06/03/2018).

⁵ Cite-se o parágrafo 159 da Consulta, que não determina que seja feita pela via administrativa: “Com base no exposto, pode-se argumentar que, enquanto os Estados têm, em princípio, a possibilidade de determinar, de acordo com a realidade jurídica e social nacional, o mais adequado para atender às exigências para procedimentos de retificação do nome, e se for o caso, a referência ao sexo/gênero e imagem fotográfica em documentos de identidade e registros correspondentes, também é verdade que o procedimento que melhor se adapta aos requisitos deste ponto de vista é que é da natureza materialmente administrativo ou notarial, dado que o processo jurisdicional pode eventualmente incorrer, em alguns Estados, em formalidades e atrasos excessivos que são observados em procedimentos dessa natureza. [...]”. Cabe também trazer o conteúdo do parágrafo 142 do documento da CIDH. “142. A este propósito, deve recordar-se que este Tribunal indicou em diversas ocasiões que a duração razoável de um procedimento, tanto judicial como administrativo, é determinada, entre outros elementos, pelo impacto gerado pela duração do processo em causa. o status legal da pessoa envolvida nela. [...]” O documento original encontra-se disponível em: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf.

O ministro Ricardo Lewandowski cabe ao julgador, à luz do caso concreto, e vedada qualquer forma de abordagem patologizante da questão, verificar se estão preenchidos os requisitos para a mudança. Para ele, o registro civil é um ato jurídico perfeito e somente pela via judicial ele poderia ser desconstituído. Assim, ele concorda com a exigência uma manifestação do poder judiciário para fazer a alteração nos assentos cartorários, pois, segundo ele, há um assento anterior, trata-se de um ato jurídico perfeito e acabado, esta mudança de nome pode afetar terceiros.

O ministro Celso de Mello considera que o Poder Judiciário atua como poder contramajoritário, para proteger as minorias contra imposições desarrazoadas ou indignas das maiorias. Segundo ele é necessário assegurar às minorias a plenitude de meios que lhes permitam exercer, de modo efetivo, os direitos, liberdades e garantias fundamentais. Assim, acompanhou a manifestação do ministro Edson Fachin quanto à parte dispositiva de seu voto.

O ministro Gilmar Mendes votou pela necessidade da via judicial, pois essa proposta, a um só tempo, atende ao direito fundamental subjetivo, mas também respeita os imperativos de veracidade e de publicidade dos registros públicos. Para ele, o conflito entre a autodeterminação do cidadão e proteção da higidez dos registros públicos é bastante sensível, notadamente porque o STF não pode antever todas as consequências que uma tal alteração no registro civil é capaz de implicar, como nas relações de direito patrimonial entre particulares, por exemplo. Ademais, salvo situações excepcionalíssimas dispostas no art. 110 da LRP, a alteração de nome no registro civil já exige autorização judicial para todos (art. 13), independentemente do motivo.

Por fim, a ministra Carmen Lúcia, presidente do STF, considerou os princípios constitucionais da dignidade e da igualdade material, o princípio do respeito à honra e à imagem, o princípio da liberdade, o direito à intimidade, o direito à vida privada, para votar procedente a ação, para reconhecer aos transgêneros que assim o desejarem, independente da cirurgia, da realização de tratamentos, sem a necessidade de se ir a juízo e sem a necessidade de requisitos.

2 TRANSGENIA E O PROBLEMA DA DISPOSIÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE

Segundo Rubens Limongi França (ano), os direitos de personalidade são “faculdades jurídicas cujo objeto são os diversos aspectos da própria pessoa do sujeito, bem assim as suas emanções e prolongamentos”. Para Maria Helena Diniz (ano), os direitos da personalidade são direitos subjetivos de defender o que lhe é próprio, ou seja, a sua integridade física, intelectual e sua moral. Para Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho (ano), são aqueles que têm por objeto os atributos físicos, psíquicos e morais da pessoa em si e em suas projeções sociais (TARTUCE, 2014).

Para Goffredo Telles Júnior., a personalidade consiste no conjunto de caracteres próprios da pessoa (TELLES JÚNIOR *apud* SILVA, 2012). Os direitos da personalidade são os direitos subjetivos da pessoa de defender o que lhe é próprio, ou seja, a vida, a integridade, a liberdade, a sociabilidade, a reputação ou honra, a imagem, a privacidade, a autoria etc.

Apesar da grande importância dos direitos da personalidade, o Capítulo II do Código Civil de 2002 (CC), que trata desse assunto, é bastante enxuto. Conforme o disposto no artigo 11, com exceção dos casos previstos em lei, os direitos da personalidade são intransmissíveis e irrenunciáveis, não podendo sofrer limitação voluntária. Em que pese o CC ter feito referência a essas características, a doutrina afirma que elas são mais amplas, os direitos da personalidade são inalienáveis, inatos, ilimitados, imprescritíveis, impenhoráveis, inexpropriáveis. Dentre os direitos de personalidade, encontram-se o direito ao nome, à integridade física, à imagem, à honra, à intimidade e a vida privada (SILVA, 2012).

Entretanto, nem mesmo os direitos fundamentais são absolutos, há a possibilidade de se admitir sua disponibilidade quanto, por exemplo, ocorrem conflitos entre direitos fundamentais, e.g, o direito à imagem em relação ao interesse social.

O caráter indisponível dos direitos da personalidade realça a natureza cogente, de ordem pública, das normas relacionadas com tal proteção, particularmente as que constam desse capítulo específico do código. Há casos, porém, em que eles podem ser limitados (TARTUCE, 2014). O Enunciado n. 4 do Conselho da Justiça Federal (CJF/STJ), aprovado na I Jornada de Direito Civil, prevê que “o exercício dos direitos da personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja

permanente nem geral”. Outro enunciado doutrinário, de número 139, da III Jornada de Direito Civil, afirma que:

Os direitos da personalidade podem sofrer limitações, ainda que não especificamente previstas em lei, não podendo ser exercidos com abuso de direito de seu titular, contrariando a boa-fé objetiva e os bons costumes. (BRASIL. Conselho Federal de Justiça. Enunciado n. 139)

Por outro lado, a tutela dos direitos da personalidade pode reverter decisões em que a pessoa dispôs voluntariamente desse direito, porém contrariamente à ordem pública. Flávio Tartuce (2014) cita um caso em que a justiça⁶ afastou os efeitos do chamado contrato de namoro, pois, segundo o magistrado, “Esses abortos jurídicos que andam surgindo por aí, que são nada mais que o receio de que um namoro espontâneo, simples e singelo, resultante de um afeto puro, acaba se transformando em uma união com todos os efeitos patrimoniais indesejados ao início”. Concordando com a decisão, Tartuce (2014) elencou três razões básicas para tanto: a primeira é que a união estável envolve direitos existenciais de personalidade que não podem ser renunciados, tais como os alimentos, a segunda está relacionada com o fato de que são normas de ordem pública, cabe ao magistrado dizer se foi constituída ou não a entidade familiar, portanto o contrato de namoro seria uma fraude à lei, causa de nulidade absoluta e a terceira é porque a autonomia privada (ou autonomia da vontade) manifestada em um contrato encontra limitações nas normas de ordem pública e nos preceitos relacionados com a dignidade da pessoa humana. A mesma linha de raciocínio vale para contratos assinados entre participantes de *reality shows*, em que é comum cláusulas em que o participante renuncia ao direito a qualquer indenização a título de dano moral, em decorrência da edição de imagens. Esse tipo de cláusula é nulo, pela aplicação direta dos artigos 11 e 166, VI, do CC.

Para esclarecer e ampliar o entendimento sobre as implicações dos direitos da personalidade, a comunidade jurídica tem emitido enunciados a respeito da matéria. Dentre os Enunciados do CJF/STJ, tem-se os seguintes, além do já citado enunciado n. 4:

Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da

⁶ Em decisão da 7.ª Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em que foi relator o Des. Luiz Felipe Brasil Santos (Proc. 70006235287, data de julgamento: 16.06.2004)

Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação (BRASIL. Conselho Federal de Justiça. Enunciado n. 274)

Adotando a tese de Pietro Perlingieri e de Gustavo Tepedino, a IV Jornada de Direito Civil, em 2006, aprovou o Enunciado n. 274 do CJF/STJ. A primeira parte da ementa prevê que “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1.º, III, da Constituição Federal”. Na sua segunda parte, dispõe que, em caso de colisão entre os direitos da personalidade, deve-se adotar a técnica de ponderação, por meio da qual os casos de difícil solução são analisados pelo magistrado sopesando princípios e direitos fundamentais para produzir a melhor solução. Assim, a livre disposição do próprio corpo é vetada, porém o art. 13 do Código Civil permite sua disposição por exigência médica, autorizando inclusive as cirurgias de transgenitalização, em conformidade com os procedimentos estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina, pois há casos em que a redesignação de sexo pode ser uma necessidade para que a pessoa viva com dignidade.

O nome é um dos mais importantes direitos da personalidade. A LRP estabelece no art. 58 que “o prenome é definitivo, admitindo-se, todavia, a sua substituição por apelidos públicos e notórios”. A experiência demonstra, na verdade, que é mais fácil a alteração do prenome do que do sobrenome, sendo certo que o nome, com todos os seus elementos, envolve tanto preceitos de ordem pública como de ordem privada. Antes da ADI 4.275, a alteração do nome, somente podia ser feita mediante ação judicial específica, cuja sentença deveria ser registrada no cartório de registro das pessoas naturais.

Em sua Opinião Consultiva de novembro de 2017, a CDHI considera que no marco dos procedimentos do reconhecimento do direito à identidade de gênero, não é razoável requerer das pessoas o cumprimento de requisitos que desvirtuem sua natureza meramente declarativa para a alteração do nome e gênero nos registros públicos. Também não entende ser adequado que tais exigências ultrapassem os limites da intimidade, pois terminaria obrigando as pessoas a submeterem suas decisões mais íntimas e assuntos mais privados a um escrutínio público por parte dos atores que direta ou indiretamente intervenham nessa questão. Já a aquisição do sobrenome pode decorrer não só do registro do nascimento,

mas também da adoção, da socioafetividade, do casamento, da união estável, ou ato de interessado. Nestes casos, é necessário o requerimento ao magistrado (SILVA, 2012).

3 O DIREITO AO ESQUECIMENTO

Considerando que o rol dos direitos da personalidade previsto no CC é meramente exemplificativo, mesmo sem norma jurídica expressa o direito ao esquecimento vem sendo debatido na doutrina e jurisprudência como um direito fundamental. O Enunciado n. 531, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013, contém o seguinte teor: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. A apresentação da proposta foi justificada assim: “Os danos provocados pelas novas tecnologias de informação vêm-se acumulando nos dias atuais. O direito ao esquecimento tem sua origem histórica no campo das condenações criminais. Surge como parcela importante do direito do ex-detento à ressocialização. Não atribui a ninguém o direito de apagar fatos ou reescrever a própria história, mas apenas assegura a possibilidade de discutir o uso que é dado aos fatos pretéritos, mais especificamente o modo e a finalidade com que são lembrados”.

No âmbito das discussões acerca do direito ao esquecimento, Rulli Júnior e Rulli Neto (2012) afirmam que o patamar de informação disponível na atualidade ao mesmo tempo em que amplia de modo positivo as relações em diversas áreas, também levanta questionamentos sobre se o seu uso respeita os princípios e direitos fundamentais.

Quanto tempo uma informação pode ou deve ficar disponível? E, além disso, qual informação deve ou não ser disponibilizada publicamente, sem que se caracterize censura? Quais são os limites entre a liberdade das pessoas de informar, de serem informadas, de não serem informadas e de não terem suas informações divulgadas?

A discussão trazida pelos autores com relação ao direito ao esquecimento não trata apenas do alcance da dignidade, mas do *right to be alone*, ou seja, o direito a não ser importunado. Em um mundo onde a velocidade das informações é praticamente instantânea e as novas tecnologias permitem disseminação e armazenamento de um volume gigantesco de relatos, dados, notícias, fotos, vídeos, como evitar os abusos, como impedir que fatos negativos referentes a alguém gerem prejuízos continuados ou mais gravosos, perpetuem uma situação desfavorável?

Para os autores, seria como um *bis in idem* em afronta à dignidade da pessoa, conforme citação a seguir. Mesmo que a pessoa tenha feito algo de errado, ela não pode ser condenada mais de uma vez pelo mesmo fato, e muito menos de modo perpétuo, em suas palavras, “todas as penas, por uma questão de dignidade, não podem existir para sempre” (RULLI JÚNIOR; RULLI NETO, 2012).

Canotilho; Machado e Gaio Júnior (2017) trazem uma taxonomia para buscar identificar quais pessoas poderiam ter sua vida privada devassada por biografias não autorizadas, sem que com isso se caracterize uma violação a princípios constitucionais. Os autores trazem o conceito de “figuras privadas”, pessoas que não buscaram visibilidade pública, não participaram ativamente de discussões de temas de relevante interesse público e que devem ter uma proteção mais acentuada no que diz respeito à inviolabilidade de sua vida privada e, em contraposição a elas, as “figuras públicas”, pessoas que marcaram (e ainda marcam) a sociedade, sobre as quais há um interesse público relevante.

Em que pese a relativização de certos direitos individuais, sobretudo em contraposição aos coletivos, existem certos elementos substantivos centrais no rol dos direitos de personalidade que merecem tratamento especial, estão no campo altamente pessoal da vida. Ultrapassar tais limites eventualmente pode fazer nascer o direito à reparação, no campo da responsabilidade civil. Pode-se dizer que a proteção da esfera privada vai diminuindo à medida que a vida vai saindo do campo familiar e cercado contra olhares externos e vai ganhando exposição em espaços públicos.

No âmbito jurídico, o texto constitucional garante no artigo 220 a livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, sendo vedadas quaisquer restrições. Ainda, dispõe que não haverá lei que embarace a plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social. Entende-se por “informação” aquilo que é verdadeiro e seja de interesse público, abrangendo eventuais erros que não decorram de negligência ou má-fé, mas sem abarcar informações íntimas e pessoais, protegidas pela inviolabilidade à vida privada (MORAES, 2003).

Pode-se dizer, portanto, que o direito de uma pessoa de ser “esquecida” deve prevalecer apenas se o seu exercício não mitiga direito fundamental de outrem.

CONCLUSÃO

Quais são as diferenças jurídicas entre homem e mulher, por que elas existem e em quais circunstâncias elas poderiam ser superadas? Considerando que o ordenamento jurídico confere distinções entre homens e mulheres, visando manter a isonomia entre eles, como ficam as situações em que o sexo biológico e o gênero (ou sexo psicológico) são distintos entre si? Não se pode ignorar que, em certos casos, o transgênero necessitará de um olhar específico, não bastando simplesmente enquadrá-lo como do gênero masculino ou feminino, quando a diferença biológica não foi superada, pois seus cromossomos não foram alterados e algumas características do sexo negado permanecem com a pessoa.

Segundo já levantado por Mubarak (2010), diversos doutrinadores têm argumentado contrariamente à alteração do *status* jurídico do sexo de transgêneros alegando a prevalência do aspecto cromossomial e que a alteração geraria insegurança jurídica (por exemplo, no caso de casamento, em que a pessoa poderia não saber que o cônjuge Maria antes se chamava João), afrontaria o princípio da isonomia em olimpíadas ou testes físicos de concursos públicos, em que o transexual masculino apresentaria uma estrutura genética mais favorável em relação às outras mulheres. Para a pesquisadora, “tais argumentos não são desprovidos de validade, entretanto, a solução do referido conflito não se dará pela aplicação ou não da lei, mas sim pela técnica da ponderação dos princípios em jogo no caso concreto” (MUBARAK, 2010).

Apesar da validade dessa visão, é majoritário o posicionamento de que manter um registro civil incompatível com a *psiqué* humana seria equivalente a apenar os transgêneros por sua própria personalidade, o que violaria direitos humanos fundamentais. Assim, não está aqui a se discutir se o ordenamento jurídico deve permitir que os transgêneros possam ter sua documentação condizente com sua dignidade ou não, mas sim, de que forma deve-se permitir que a alteração registral ocorra.

A averbação sigilosa no registro civil com a alteração do nome e sexo do transgênero e posterior emissão de documentos novos sem nenhuma sentença judicial encerra a questão sobre a disponibilidade de que direitos da personalidade extrapatrimoniais. Além disso, o fato do procedimento dispensar a via judicial e não ensejar nenhum tipo de anotação na documentação pessoal sobre a condição anterior do transgênero produz como efeito “apagar” do ordenamento jurídico a pessoa que existia antes

das modificações, haja vista que há casos em que a identificação ocorre apenas pelo nome. Essa situação suscita a pergunta sobre como ficam as relações jurídicas anteriormente estabelecidas e cujo vínculo ainda persiste e produz efeitos. Em sede jurisdicional, tais relações poderiam ser averiguadas e os efeitos da alteração de nome e sexo no assento civil poderiam ser determinados pelo magistrado.

Com a mudança simplesmente em nível administrativo, apagam-se os vínculos jurídicos manifestos com terceiros, inclusive com eventuais filhos havidos anteriormente à mudança e que terão em seus registros civis o nome de um pai ou de uma mãe que “deixou de existir” no mundo jurídico, não deixou certidão de óbito, nem testamento. Essas pessoas, os filhos havidos antes da alteração registral, em tese, estariam em situação de falsidade ideológica, afinal, teriam em seus documentos como ascendentes nomes de pessoas doravante inexistentes. Considerando que não há uma enumeração taxativa quanto aos direitos inerentes ao ser humano, pode-se considerar que o direito a ter o nome da mãe e/ou do pai no registro civil, condizente os fatos à data do nascimento, é um direito de personalidade, pois permite à pessoa conhecer sua trajetória familiar, sua origem.

Ademais, o filho do transgênero que teve seu registro alterado tem um histórico, uma trajetória no mundo dos homens, cópias de seus documentos estão em secretarias escolares, em planos de saúde, em locais de trabalho. Alterar o registro civil a partir de determinada data poderia criar incompatibilidades e transtornos com os registros anteriores. Para o transgênero, é fácil mais fazer a solicitação de retificação em nome próprio, para alterar a documentação em tais estabelecimentos, e ver garantidos seus direitos, como o de ter um diploma retificado, onde consta o novo nome, ter computados seus anos de trabalho realizado antes da mudança de nome e sexo para fins de aposentadoria e outros. Mas, e os terceiros envolvidos na relação jurídica com o transgênero antes da modificação de seus documentos, de quais recursos eles dispõem, uma vez que a alteração feita pela outra parte é sigilosa? E o filho do transgênero nascido antes da mudança registral? Como ele deve proceder? E se ele não quiser alterar toda sua documentação? Ficará em situação de falsidade ideológica? Ele precisa ingressar no poder judiciário para manter sua documentação original, caso não queira fazer a alteração?

Nesse sentido, os argumentos apresentados pelo STF a favor da alteração de dados na documentação civil do transgênero apenas pela via administrativa foram extremamente frágeis e voláteis, uma

vez que todos eles foram estabelecidos com base principiológica, sem nenhuma referência ao ordenamento jurídico vigente ou à segurança jurídica. Cumpre, portanto, contra-argumentar os motivos elencados pelos ministros que se posicionaram de modo favorável ao procedimento meramente administrativo.

Com relação à ideia de que o registro original e o de retificação são similares, esse entendimento é incompatível com os princípios do direito registral, pois o registro é ato principal e a averbação é ato acessório. Além disso, o registro de nascimento é um documento original que inaugura uma pessoa no ordenamento jurídico, enquanto que a averbação altera o registro de uma pessoa que já estabeleceu diversos vínculos jurídicos, os quais precisam ser eventualmente analisados no caso concreto. Ademais, ao transferir ao oficial do registro civil a decisão de levar ao juízo eventuais controvérsias, o STF desvirtua um dos fundamentos do direito processual, que é o interesse de agir e a legitimidade ativa para a propositura da ação.

Quando afirma que não estaria sendo alterada a linha da descendência genealógica, isso não é verídico, pois quando o transgênero altera seu registro de modo sigiloso em cartório, rompe a linha registral de seu descendente. Quanto à “decisão” da CIDH, é preciso dizer que uma “opinião consultiva” não pode ser comparada a uma decisão cogente, portanto não têm amparo os argumentos com base nesse documento, ainda que ele represente uma importante diretriz nessa matéria.

Outrossim, em pelo menos duas passagens (parágrafos 142 e 159), o documento indica que a via judicial é um dos caminhos possíveis para a alteração registral, o que não pode ser confundido com uma imposição de uma corte internacional. Sobre o princípio segundo o qual a identidade de gênero não se prova, então a decisão do STF é intrinsecamente contraditória, ao permitir “aos transexuais” (e apenas a eles) a alteração registral baseada na mera expressão de vontade do solicitante, ela deveria ser expandida a todo e qualquer sujeito, haja vista a impossibilidade de se comprovar a condição de transgênero, segundo o STF. No que concerne a ideia de que recorrer ao poder judiciário poderia ser um obstáculo insuperável ou um constrangimento às pessoas humildes, o mesmo raciocínio vale para todo e qualquer exercício de direito que necessita da via judicial e, aparentemente, a decisão não estendeu esse entendimento para outras demandas.

A respeito do argumento que o STF não pode ficar com teses minimalistas, enxutas e atentas ao caso concreto do controle difuso, ele pode eliminar tais contingências na ADI, aqui tem-se outra contradição

interna, os argumentos são opostos por sua própria natureza, pois se é no caso concreto que o judiciário verifica que não se pode ampliar o leque para qualquer decisão, como pode no caso abstrato dizer que então não há limite algum? Sobre o argumento de que o direito à retificação do registro civil concretiza a dignidade da pessoa humana, o direito à felicidade, à igualdade e ao reconhecimento, isso não impõe dizer que a melhor alternativa é a via administrativa, uma vez que o procedimento judicial não prejudicará nenhum desses preceitos.

Quanto ao entendimento de que a “decisão” da CIDH assenta que não deve haver nenhum tipo de obstáculo e que tudo “deve” se passar no campo notarial, desnecessário dizer que basta uma leitura um pouco mais atenta do documento original para verificar que não há nada mencionado nesse sentido. No que tange ao sopesamento em abstrato, dos princípios da dignidade da pessoa humana com o da segurança jurídica e o da publicidade, é incompreensível como se pode fazer isso, sendo que toda a doutrina a respeito dos *hard cases* indicam justamente que é no caso concreto, e não no abstrato, que tal ponderação deve ser feita. Por fim, dizer que para proteger os direitos das minorias e dos grupos vulneráveis você precisa remover todas as amarras legais, a todos impostas, isso sim é desarrazoado e desproporcional, pois o Brasil conta com assistências jurídicas, defensorias públicas e o ministério público para defender direitos difusos e coletivos.

Outro ponto que não foi abordado na decisão do STF é quanto à disponibilidade dos direitos de personalidade. O nome e a identidade de gênero são direitos de personalidade, em tese, indisponíveis. Se há a intenção de alterá-los, incumbe ao poder judiciário avaliar essa possibilidade.

No sentido contrário, dos votos a favor de se exigir procedimento judicial para alteração de tão elevada envergadura, o STF elencou que o registro civil é um ato jurídico perfeito, portanto não poderia ser desconstituído sem uma ordem judicial, que a necessidade da decisão judicial de jurisdição voluntária não decorre de nenhuma espécie de discriminação, pois a LRP prevê para todos esse procedimento, que o procedimento judicial permite uma melhor decisão em casos envolvendo menores de idade, que a segurança jurídica deve ser preservada, cabe ao julgador, à luz do caso concreto verificar se estão preenchidos os requisitos para a mudança, que a mudança registral pode afetar terceiros, inclusive na área criminal, que a via judicial atende ao direito fundamental subjetivo, mas ao mesmo tempo respeita os imperativos de veracidade

e de publicidade dos registros públicos, que deve-se buscar a proteção da higidez dos registros públicos, que o STF não pode antever todas as consequências que uma tal alteração no registro civil é capaz de implicar.

Ademais, o Art. 2º da Constituição da República Federativa do Brasil dispõe que os Poderes da União devem ser independentes e harmônicos entre si. Neste sentido, quando o STF simplesmente ignorou que havia no Congresso Nacional diversos Projetos de Lei (PL) em tramitação que buscavam legislar sobre essa matéria (DANTAS, 2013), acabou afrontado uma das bases do Estado brasileiro, que é a separação de poderes. O fato de todos eles estarem pendentes de apreciação pelo Plenário demonstra que a matéria é controversa e que não há consenso social quanto às mudanças propostas. Mais uma vez, o que se observa, é que o STF extrapolou de suas competências e passou a legislar sobre matéria que caberia ao Congresso Nacional decidir.

Também é preciso verificar em que *locus* estão colocados no ordenamento jurídico os princípios do direito registral, que se forem relativizados em nome da “dignidade da pessoa humana”, podem produzir insegurança jurídica. Os registros públicos remontam do direito romano, têm uma razão de existir e devem cumprir seu papel de dar publicidade a atos e fatos da vida que são relevantes para o direito. A alteração pela via administrativa de um dado tão fundamental quanto a identidade de uma pessoa pode gerar insegurança e afrontar direitos fundamentais de terceiros e eventualmente poderá produzir tratamentos diferenciados aos requerentes, em função dos diferentes entendimentos que cada oficial de cartório terá sobre a matéria. Ademais, fica a pergunta do porquê uma pessoa não transgênera necessita passar pela via judicial para ver seu nome social nos registros públicos e a transgênera não. Por que tamanha distinção?

Ideal seria que a legislação acompanhasse a dinâmica social e permitisse que se fizesse o registro do sexo biológico ao nascer e também o do gênero, que poderia ser alterado na idade adulta, se a parte interessada requerer. No mesmo sentido, fica evidente que o IBGE também não acompanha algumas mudanças sociais. Por exemplo, até hoje, na realização do Censo Demográfico, há pergunta sobre “quem é o responsável familiar”, devendo o respondente escolher apenas um dos cônjuges, jamais os dois, ou sobre identidade étnica, cujas opções de resposta são “preto”, “pardo”, “amarelo”, “indígena” e “branco”. Verifica-se que há forte resistência desse órgão a mudanças, sob a alegada tese de que é preciso permitir a comparabilidade entre um levantamento de dados e outro. Porém, assim

como a pessoa não deve se adequar ao registro, a sociedade não deve estar submetida à pesquisa social, e sim o contrário.

Outros problemas, que não foram deliberadamente abordados neste artigo, mas também merecem uma atenção por parte da academia, da doutrina e da jurisprudência, dizem respeito ao que fazer em situações fáticas a serem enfrentadas pelas pessoas transgêneras que tiverem seus registros civis alterados, e que envolvem o sistema prisional (tanto sobre o tipo de estabelecimento onde eventualmente ficará preso, como quais são os sexos biológicos das pessoas que podem fazer e das que são submetidas a revista íntima), de saúde (cuidadores de homens e mulheres), previdenciário (qual é a idade para um transgênero se aposentar?), o serviço militar, o uso de banheiros públicos, os direitos trabalhistas, as apólices de seguros, a participação em concursos e em competições desportivas.

Ainda no campo das fragilidades observadas, tem-se que o STF não abordou a existência ou não preclusão lógica. Quantas vezes poderão ser alterados o prenome e o sexo no registro civil? Se uma pessoa tem transtornos psicológicos e alterna periodicamente seu sentimento sobre identidade de gênero, pode repetidas vezes fazer a alteração registral? Em tese, considerando os argumentos apresentados pelos ministros do Supremo, poderia, pois o que foi afirmado na decisão é que deve prevalecer a dignidade da pessoa e o respeito a sua autoidentidade, não a segurança jurídica. Se esta é fluida, seu registro também deveria ser.

São perguntas que o STF deveria ter enfrentado antes de proferir tão precipitada decisão. Em síntese, confrontando os argumentos favoráveis e contrários à via judicial, não restam dúvidas de que a escolha do STF foi infeliz, pois nenhum dos argumentos apresentados passa pelo crivo de uma análise sumária. A decisão se deu de maneira açodada quando autorizou que a mudança de nome e sexo possa ser realizada extrajudicialmente sem trazer nenhuma luz para a regulamentação dos vínculos jurídicos pré-existentes e para os confrontos que surgirão na colisão com direitos fundamentais de terceiros.

A decisão do STF de permitir que um transgênero possa alterar no seu registro civil o prenome e o sexo repousa nos fundamentos dos direitos humanos. Porém a forma como os direitos humanos, sobretudo a dignidade da pessoa humana, vêm sendo tratados pelo poder judiciário para permitir decisões que são contrárias ao que está positivado nas leis traz insegurança jurídica e acaba por enfraquecer o próprio ordenamento jurídico e, em decorrência, a sociedade.

Acertou o STF ao permitir a alteração do registro civil para que pessoas transgêneras possam ter dignidade. Errou ao autorizar que esse procedimento se dê pela via administrativa, pois o direito e a liberdade de uns vai na medida e no limite em que não colide com o de outros, e não é nos cartórios que tal confronto de direitos deve ser discutido, nem cabe ao oficial de registro dizer a quem cabe qual parcela de direito em caso de colisão, e sim ao juiz.

REFERÊNCIAS

BRANDELLI, L. **Teoria Geral do Direito Notarial**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BRASIL. Conselho Federal de Justiça. IV Jornada de Direito Civil. **Enunciado 139**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/222>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. **Enunciado 274**. Brasília, 2012. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/219>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. **Enunciado 531**. Brasília, 2013. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/142>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial 737.993/MG**. Relator Ministro João Otávio de Noronha, Quarta Turma, julgado em 10/11/2009, DJe 18/12/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=6511771&num_registro=200500486064&data=20091218&tipo=91&formato=PDF>. Acesso em: 27 nov. 2018.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4275/DF**. Relator Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 1º/03/2018, DJe 06/06/2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em 27 nov. 2018.

CANOTILHO, J. J. G.; MACHADO, J. E. M.; GAIO JÚNIOR., A.P., **Biografia não autorizada versus liberdade de expressão**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

CASSETTARI, C.; CAMARGO NETO, M. C.; OLIVEIRA, M. S.. **Registro civil das pessoas naturais: parte geral e registro de nascimento**. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2014.

DANTAS, N. M. **Transexualidade e as implicações jurídicas decorrentes do reconhecimento do direito à identidade sexual.** Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito. Salvador, 2013. Disponível em: <http://portal.faculdadebaianadedireito.com.br/portal/monografias/Nathalia%20Martins%20Dantas.pdf> >. Acesso em: 01 maio 2018.

MORAES, A. **Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional.** São Paulo: Atlas, 2003.

MUBARAK, D. M. **Retificação de registro civil de transexuais.** 2010. __ f. Monografia (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito) – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

RULLI JÚNIOR., A.; RULLI NETO, A. **Direito ao esquecimento e o superinformacionismo: apontamentos no direito brasileiro dentro do contexto de sociedade da informação.** RIDB, Ano 1, nº 1, pp. 419-434. Instituto de Direito Brasileiro, Universidade de Lisboa, 2012.

SÃO PAULO. Comissão de enunciados da ARPEN-SP. **Enunciado 27.** Disponível em: <<http://www.arpensp.org.br/?pG=X19wYWdpbmFz&idPagina=528>>. Acesso em: 27 nov. 2018.

SILVA, R. B. T. (Coord.). **Código Civil comentado.** 8. ed. de acordo com a Emenda Constitucional n. 66/2010 e as Leis n. 12.344/2010, n. 12.375/2010, n. 12.376/2010, n. 12.398/2011, n. 12.399/2011, n. 12.424/2011, n. 12.441/2011 e n. 12.470/2011 – São Paulo: Saraiva, 2012.

TARTUCE, F., **Direito Civil: Lei de introdução e parte geral.** v. 1. 10. ed. rev., atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

DANO AMBIENTAL TRABALHISTA E A FORÇA PROBATÓRIA DOS ESTUDOS EPIDEMIOLÓGICOS SOBRE CÂNCER OCUPACIONAL

ENVIRONMENTAL LABOR DAMAGE AND THE PROBATIVE VALUE OF EPIDEMIOLOGICAL STUDIES ABOUT OCCUPATIONAL CANCER

Júlio César de Aguiar *

André Magalhães Pessoa **

SUMÁRIO: Introdução. 1 Referencial teórico, estudos epidemiológicos e identificação de agentes cancerígenos. 1.1 Provas diretas e presunções: um breve referencial teórico. 1.2 Estudos epidemiológicos e seus delineamentos. 1.2.1 Estudos ecológicos ou agregados. 1.2.2 Estudos transversais ou seccionais. 1.2.3 Estudos de coorte. 1.2.4 Estudos de caso-controle. 1.2.5 Estudos de intervenção (Ensaio clínico). 1.2.6 Metanálise. 1.3 Estudos epidemiológicos que relacionam exposições ocupacionais e risco de câncer. 1.4 Identificação de substâncias cancerígenas: International Agency for Research on Cancer (IARC), Carcinogen Exposure (CAREX), Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos (LINACH) e Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP). 2 A força probatória dos resultados de estudos epidemiológicos que relacionam exposições ocupacionais e risco de câncer. Conclusão. Referências.

RESUMO: O propósito deste artigo é analisar a força probatória dos estudos epidemiológicos que relacionam câncer a exposições ocupacionais específicas, em especial para a demonstração do nexo de causalidade entre a atividade laboral e o adoecimento. Para alcançar essa finalidade, utilizou-se como fonte de pesquisa a teoria geral da prova e estudos epidemiológicos sobre o câncer ocupacional. Foi necessário examinar o sistema de provas diretas e por indícios, à luz do explanacionismo, valendo-se do método da inferência para melhor explicação. Ao final, foi analisado o potencial probatório dos estudos epidemiológicos nas ações judiciais para tutela de direitos decorrentes das relações de trabalho.

Palavras-chave: Câncer ocupacional. Estudos epidemiológicos. Força probatória.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e PhD in Law pela University of Aberdeen, UK. Bacharel em Direito e mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Professor da Graduação e do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília, atuando na linha de pesquisa Direito, Ciências, Instituições e Desenvolvimento. Procurador da Fazenda Nacional, atuando na Consultoria de Assuntos Financeiros do Ministério da Fazenda. Seus interesses acadêmicos atuais concentram-se nos seguintes temas: Direito como Sistema de Práticas Culturais, Análise Comportamental do Direito, Análise Econômica do Direito, Direito como Sistema Complexo Evolutivo, Sociologia da Ciência do Direito, Filosofia do Direito, Hermenêutica e Argumentação Jurídica, Direito como Comportamento Verbal, Direito como Sistema Social Autopoietico, Sistemas Sociais, Pensamento Social de Niklas Luhmann.

** Procurador do Ministério Público do Trabalho. Mestrando em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade Federal da Bahia e em Direito Administrativo Disciplinar pela Universidade de Fortaleza. Foi Procurador da Fazenda Nacional e Auditor-Fiscal do Trabalho.

Artigo recebido em 25/06/2018 e aceito em 09/07/2018.

Como citar: AGUIAR, Júlio César de; PESSOA, André Magalhães. Dano ambiental trabalhista e a força probatória dos estudos epidemiológicos sobre câncer ocupacional.

Revista de Estudos Jurídicos UNESP, Franca, ano 22, n. 35, p. 485 jan/jun.

Disponível em: <<https://ojs.franca.unesp.br/index.php/estudosjuridicosunesp/issue/archive>>.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyze the probative value of epidemiological studies that relate cancer to specific occupational exposures, especially for demonstrating the causal relation between work activity and illness. To achieve this goal, the general theory of evidence and epidemiological studies about occupational cancer were used as the research source. It was necessary to examine the system of direct evidence and circumstantial evidence, based on the explanationism, using the method of the inference to the best explanation. At the end, it was analyzed the probative potential of epidemiological studies in the actions to protect labour rights.*

Keywords: *Cancer occupational. Epidemiological studies. Probative value.*

INTRODUÇÃO

O trabalho tem por objetivo analisar a força probatória dos estudos epidemiológicos que relacionam certos tipos de câncer a atividades ocupacionais ou condições ambientais específicas, identificando formas possíveis de utilização dos achados dessas pesquisas como elementos probatórios para a demonstrar a relação entre a atividade laboral e o adoecimento.

Para essa finalidade, faz-se uma busca de subsídios para, diante da multiplicidade de fontes de informações e estudos científicos na área de saúde hoje existentes, e considerando o desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial acerca da teoria da prova, analisar a força probatória desses achados, identificando formas possíveis de utilização dessas evidências para a demonstração do nexó de causalidade entre a atividade ocupacional e a doença que acarreta o dano ambiental trabalhista suposto.

1 REFERENCIAL TEÓRICO, ESTUDOS EPIDEMIOLÓGICOS E IDENTIFICAÇÃO DE AGENTES CANCERÍGENOS

Para atingir o escopo deste trabalho, exposto nas notas introdutórias, é necessário iniciar a avaliação dos estudos epidemiológicos com base em referencial teórico básico de epidemiologia, para a mínima compreensão da relevância e metodologia utilizadas na pesquisa, bem como um arcabouço teórico acerca da teoria da prova, de forma a identificar o valor probatório que pode ser conferido aos estudos científicos em questão.

Partindo-se da premissa de que o Direito tem como seu objeto de conhecimento não a norma em si, mas a conduta humana sob o enfoque da norma, ou seja, a conduta humana em interferência intersubjetiva, interpretada sob o conceito da norma jurídica (COSSIO, 1954), este trabalho buscará identificar qual o adequado comportamento do operador do direito na utilização de estudos epidemiológicos para a prova da existência

de nexos de causalidade entre determinadas atividades ocupacionais e o desenvolvimento de câncer.

1.1 Provas diretas e presunções: um breve referencial teórico

A prova é a atividade de comparação entre uma afirmação sobre certos fatos e a realidade, visando a formar a convicção de uma pessoa, como assinala Domínguez (1969). No caso da prova em juízo, o julgador é o destinatário da prova. Tendo o juiz a incumbência de dar resposta à controvérsia de forma motivada, e formando sua convicção com sujeição à lógica e à razão, a parte tem a oportunidade de convencê-lo que a sua versão corresponde à realidade. Se a parte tem razão, mas não demonstra, não alcançará um resultado processualmente favorável (MARTÍN, 2015)

Conquanto seja comumente afirmado que o juiz é o destinatário da prova, há muitas outras hipóteses em que o destinatário da prova é outra pessoa ou grupo. A título ilustrativo, podemos citar: o membro do Ministério Público na coleta de provas em um inquérito civil, para formação de sua convicção e análise das providências pertinentes; o Delegado de Polícia na condução do inquérito policial; a comissão disciplinar e a autoridade administrativa julgadora em um processo administrativo disciplinar; a parte adversa à que produziu a prova, em uma composição extrajudicial, diante dos elementos probatórios que chegou ao conhecimento dos envolvidos em um impasse; membros do legislativo, para demonstração da viabilidade ou inviabilidade de um anteprojeto ou projeto de lei. Outros tantos casos poderiam ser citados, tanto em fases que precedem ao ajuizamento de uma ação, como em situações que sequer são levadas a juízo.

Não obstante, ainda que em procedimentos extrajudiciais, são costumeiramente seguidos, para conferir idoneidade a uma prova ou conjunto probatório, os parâmetros extraídos das regras processuais, pois eventualmente serão utilizados em juízo, além de fornecer parâmetros conceituais relevantes diante de insuficiência ou inexistência de regramentos sobre procedimentos extrajudiciais. Valendo-se de uma das hipóteses exemplificativas anteriores, ao conduzir um inquérito civil, o membro do Ministério Público tende a construir sua convicção e formação do conjunto probatório visando à construção de um conjunto probatório apto a demonstrar a veracidade de eventual afirmação de fatos em juízo, pois, diante da sua convicção da presença de um ato ilícito, para eventual aproveitamento desse arcabouço em um processo judicial, será

necessário o convencimento do magistrado que o conduzirá a respeito da aptidão da prova para confirmar a afirmação que se faz em juízo.

Neste ponto, cumpre realçar a importância da análise do sistema de presunções e desmistificar o entendimento algumas vezes erroneamente propagado de que a prova direta tem valor probatório superior às provas indiretas.

Provas indiretas são aquelas em que a representação do fato a provar é obtida mediante construção lógica: a análise mental parte de um fato conhecido e provado que indica a existência de outro, desconhecido e que se pretende provar; processada logicamente essa informação pode-se chegar, com a certeza necessária ao deslinde da questão, à conclusão da ocorrência ou não do fato probando.

A propósito, Mirabete (2004) destaca a diferença entre a prova direta e a indireta: na prova direta (confissão, testemunho, perícia etc.) o fato é revelado sem a necessidade de qualquer processo lógico construtivo; na prova indireta, a representação do fato se faz por meio de construção lógica: esta é que revela o fato ou circunstância.

O próprio Código de Processo Penal (bem mais garantista que o processo civil), no corpo do qual, por força da adoção do princípio da verdade real, se contempla a livre investigação da prova e o livre convencimento do magistrado (artigo 157¹), prevê expressamente a validade e a idoneidade, como elemento de convicção, da prova indireta. Por sua vez, o art. 239² do referido Código, prevê expressamente a validade do indício, prova tipicamente indireta. Assim, ainda na seara da processualística penal, pode-se afirmar que não há qualquer hierarquia das provas indiciárias em relação às provas diretas, o que não só se extrai dos dispositivos aqui mencionados como está expresso na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, que, em seu item VII, estabelece, em abstrato, o mesmo valor probatório entre as provas diretas e indiretas, não havendo um critério apriorístico para a valoração da prova, que deve ser feita com base no livre convencimento motivado. Noutro falar, a aferição da prova é feita à luz do caso concreto e devidamente motivada, e não com base em hierarquia abstrata dos meios de prova.

¹ “Art. 157. O Juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova.”

² “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

A jurisprudência na seara penal, inclusive em julgados do Superior Tribunal de Justiça³ e do Supremo Tribunal Federal⁴, por seu turno, desde há muito reconhece, em face dessa inexistência de hierarquia entre os meios probatórios em sistemas que se orientam pela busca da verdade real, a possibilidade de se prolatar uma condenação com fundamento em prova indiciária.

Se assim é no Direito Processual Penal, com maior razão – parece intuitivo - deve ser no Processo Civil, tendo em vista que o ramo penal é o mais garantista dentre os ramos jurídicos. Não é à toa que o Código de Processo Civil consagra o princípio da atipicidade das provas e o princípio da persuasão racional na apreciação da prova pelo juiz, não havendo hierarquia entre os meios de prova.

Nesse ponto, quando se estuda a relevância dos indícios na demonstração da veracidade dos fatos afirmados, importante compreender o sistema de presunções na teoria da prova.

Presunção, nas palavras de Dinamarco (2005, p. 113), “é um processo racional do intelecto, pelo qual do conhecimento de um fato infere-se com razoável probabilidade a existência de outro ou o estado de uma pessoa ou coisa”.

A presunção pode ser legal ou simples. Presunção legal é a resultante da atividade do legislador, consagrada em textos legais. A lei estabelece que, a partir de um fato ocorrido, outro fato é presumido. A presunção simples, também denominada presunção judicial ou *hominis*, por sua vez, é uma técnica processual na análise de elementos probatórios, resultante do raciocínio do julgador: conhecido o indício, desenvolve-se o raciocínio e consolida-se a presunção.

³ Confira-se, como ilustração, no Superior Tribunal de Justiça: “1. Se a sentença, bem articulando os fatos postos no processo e atendendo aos requisitos do art. 381, do CPP, conclui pela condenação do réu, não há falar em falta de fundamentação e, muito menos, violação ao art. 93, IX, da CF/88. 2. Vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, segundo o qual o magistrado, desde que, fundamentadamente, pode decidir pela condenação, ainda que calcada em indícios veementes de prática delituosa. 3. Nos moldes em que delineada a controvérsia, está-se, na verdade, pretendendo revolver material fático-probatório, intento não condizente com a via angusta do habeas corpus. Ordem denegada.”(STJ, HC 15736, 6a Turma, Rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ em 23.04.2001, p. 189).

⁴ No Supremo Tribunal Federal, v.g.: “Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Arts. 157 e 239 do CPP. Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexa com o fato a ser provado seja lógico e próximo. (...)” (STF, HC 70.344/RJ, 2a Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ em 22.10.1993).

A respeito, assevera Xavier Leonardo (2004) que as presunções simples são provenientes da experiência humana, ou seja, da apreensão daquilo que ordinariamente acontece. Por meio dessa experiência, estabelece-se uma relação de pertinência entre um fato conhecido, denominado fato indiciário (indício), e outro fato, ao qual se intitula presumido. Desse modo, o magistrado, com base em regras de experiência, avalia que, em face da conclusiva prova a respeito de um determinado fato indiciário, presume-se a ocorrência do fato conjecturado.

Nesse mesmo sentido, Rosito (2007) esclarece que as presunções simples concernem ao direito probatório, pois atuam no procedimento indutivo e na prova indireta. Por sua natureza, as presunções simples, diversamente do que ocorre com as presunções legais (taxativas, pois expressas em lei), são potencialmente ilimitadas, eis que vinculadas aos fatos humanos.

Depreende-se da leitura dos arts. 373, 374, IV e 375 do Código de Processo Civil de 2015 (reproduzindo, em essência, regras já estabelecidas no Código de 1973), que não há espaço para discussão acerca da possibilidade de utilizar ou não as presunções como política processual para o alcance da verdade nos autos. Trata-se de técnica processual válida, com indubitável previsão normativa. Não obstante, o tema ainda não alcançou o devido desenvolvimento doutrinário que permita não apenas sua melhor compreensão, mas também sua adequada aplicação no cotidiano forense, especialmente em processos de grande impacto e elevada complexidade, como é o caso dos que versam sobre direitos metaindividuais.

É certo que o encargo de provar, pela regra do art. 373 do CPC de 2015, reproduzindo similar disposição do código anterior, é atribuído a quem tem o interesse de ver reconhecida a veracidade da alegação apresentada, ou seja, incumbe ao autor a prova da alegação do fato constitutivo de seu direito e ao réu a prova da afirmação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. É possível, contudo, em situações específicas, a distribuição diversa do ônus da prova, mediante decisão fundamentada, com esteio no art. 373, §1º, do novo CPC (regra esta não prevista na codificação processual anterior, embora amplamente debatida na doutrina⁵).

Para a utilização da presunção como técnica processual para a prova da afirmação de um fato, não é necessário que haja essa redistribuição do ônus da prova indicada no art. 373, §1º, do CPC. Cuida-se de método

⁵ Morello (2001), Carpes (2008) e Cambi (2014), para ficar em alguns exemplos.

perfeitamente aplicável para que a parte detentora do ônus probatório ordinário cumpra a sua incumbência, sendo inclusive vasta sua aplicação nos diversos ramos do direito, incluindo, como enfatizado alhures, o mais garantista deles, qual seja, o penal⁶.

Não há qualquer hierarquia entre as provas denominadas diretas e os meios indiretos de produção probatória, circunstância consecutória do princípio da verdade material, que pressupõe, para a sua inteira realização, a livre investigação e valoração da prova. A diferença reside no fato, realçado por Nardi (2016), de que na prova por indício é necessário um raciocínio inferencial para seguir do fato provado para o fato que se pretende provar, enquanto na prova direta esse raciocínio é dispensável.

Não será apenas uma prova isolada, dentre as existentes, que será analisada para autorizar a conclusão. Todo o conjunto probatório será relevante para se chegar à melhor hipótese (conclusão) pelo julgador, e esse processo entre as evidências e a hipótese é a inferência. Segundo Tabak et al. (2017), a inferência pode ser compreendida como o processo que conduz o julgador das evidências e do conhecimento de mundo (que atuam como o suporte para o conhecimento da verdade) até a determinação dos fatos no ato de julgamento.

A inferência para melhor explicação, que dentre os autores que a desenvolveram ganha destaque Lipton (2004), tem se apresentado como a mais adequada para a formação da presunção simples, ou mesmo para o cotejo de todo o arcabouço probatório (incluindo provas diretas e indiretas).

A inferência para melhor explicação é assim sintetizada por Nardi (2016, p. 10-11):

[...] um método lógico no qual, em primeiro lugar, diante das evidências disponíveis, são criadas as hipóteses que, em tese, explicam essas evidências. Uma vez criadas essas hipóteses, observados determinados critérios, extrai-se a melhor hipótese que explica as evidências disponíveis. Essas

⁶ Na seara penal, releva conferir a redação do artigo 239 do Código de Processo Penal: “Art. 239. Considera-se indício a circunstância conhecida e provada que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”. Comumente admite-se nos julgados a utilização de fatos indiciários (secundários) para presumir o fato principal. Cite-se, a título ilustrativo: “Tráfico de entorpecente. Indícios. Inexistência de causa para condenação. Arts. 157 e 239 do CPP. [...] Os indícios, dado ao livre convencimento do Juiz, são equivalentes a qualquer outro meio de prova, pois a certeza pode provir deles. Entretanto, seu uso requer cautela e exige que o nexa com o fato a ser provado seja lógico e próximo. [...]” (STF, HC 70.344/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ em 22 out. 1993).

evidências, por sua vez, justificam a hipótese explanatória. Há uma circularidade que, entretanto, é benigna.

Independentemente de haver caracterização de prova direta ou evidência que configure elemento indiciário, em verdade, prevalece a ideia de que o valor probatório de uma prova, isoladamente, pode ser reduzido. Como assinala Nardi (2016), para mensurar uma determinada prova em relação a uma hipótese, deve ser considerado o conjunto de evidências, ou seja, a hipótese como um todo deve ser pesada com todas as evidências que ela explica e que a sustentam. E assim, arremata o autor (2016, p. 96), é possível “afastar a dicotomia entre prova direta e prova indireta por indícios, conferindo a ambas um valor probatório aferível em conjunto com as demais evidências disponíveis”.

A propósito, acentuam Tabak et al. (2017, p. 187-188), que “a inferência para melhor explicação é a base para o explanacionismo, uma das mais modernas teorias probatórias atualmente existente. Segundo ela, se ‘E é evidência para a hipótese H’, então H explica E.”

Desse modo, a relação explanatória permite uma forma de pensar o binômio evidência-hipótese. Se é comum partir da evidência para a hipótese (ou seja, tem-se comumente a ideia de que a prova justifica a conclusão), o modelo explanatório inverte esse processo, com ênfase não na análise de certa prova isolada, mas da hipótese à luz do conjunto de evidências (arcabouço probatório). Na relação explanatória, a hipótese explica a evidência ou o conjunto de evidências trazidas ao conhecimento do julgador e, com isso, permite-se uma simbiose entre a relação probatória (a evidência justifica a hipótese) e a relação explanatória (a hipótese explica a evidência). “No linguajar de Lipton, há uma circularidade benigna” (TABAK et al., 2017, p. 187-188).

Para se chegar à mais adequada explicação para o conjunto de evidências, Amaya (2007) propõe a interpretação coerentista em relação à inferência para melhor explicação. Defende a autora que a melhor explicação é extraída por meio de um processo de coerência, que deve ser maximizada seguindo-se uma série de etapas: a) especificação de uma base de coerência, que consiste em um conjunto de hipóteses e evidências sobre o qual a análise da coerência deve prosseguir; b) a construção de um conjunto de contraste, contendo diversas hipóteses alternativas para o caso; c) revisão do conjunto de contraste, seguindo-se a avaliação da coerência de suas hipóteses alternativas; e d) após, seleciona-se a hipótese que melhor satisfaz os critérios de coerência factual.

Salienta Amaya (2007) que essa base de coerência não permanece imutável durante esse processo de maximização da coerência, mas, ao revés, essa base de coerência é transitória, podendo ser alterada no decorrer da tomada de decisão. Aliás, a busca de hipóteses alternativas para o caso leva a modificar a base de coerência de diversas formas, adicionando novos elementos, eliminando outros ou mudando sua interpretação, o que se enquadra bem na dinâmica processual, pois tipicamente evidências e hipóteses tornam-se disponíveis sequencialmente no curso do processo.

Como observa Nardi (2016), a inferência para explicação mais coerente permite compreender que a prova, direta ou indireta, não tem valor apriorístico; o que é sopesado é o conjunto probatório como um todo, e não a prova por si só. Busca-se a hipótese que melhor explica esse conjunto probatório.

Independentemente de haver caracterização de evidência que consista em prova direta ou configure elemento indiciário, em verdade, prevalece a ideia de que o valor probatório de uma prova, isoladamente, pode ser reduzido. Assinala Nardi (2016) que para mensurar uma determinada prova em relação a uma hipótese, deve ser considerado o conjunto de evidências, ou seja, a hipótese como um todo deve ser pesada com todas as evidências que ela explica e que a sustentam. E assim, arremata o autor (2016, p. 96), é possível “afastar a dicotomia entre prova direta e prova indireta por indícios, conferindo a ambas um valor probatório aferível em conjunto com as demais evidências disponíveis”.

Diante desse panorama, o objetivo do trabalho é identificar quando um estudo epidemiológico pode ter uma dessas diferentes características para manuseio como elemento probatório para a demonstração do nexo de causalidade entre a atividade ocupacional e a doença que acarreta o dano ambiental trabalhista suposto.

Para isso, é importante considerar algumas noções de epidemiologia, para compreensão da metodologia e importância dos achados nos estudos epidemiológicos sobre câncer ocupacional.

Quando são reiterados em vários estudos epidemiológicos, esses achados podem ser integrados a bases consolidadas de informações, o que facilita a associação entre a doença e o ambiente laboral. Cite-se, com esse propósito, o sistema internacional de informação sobre exposições ocupacionais a agentes cancerígenos, denominado “Carcinogen Exposure”, resumido pelo acrônimo CAREX, de uso fomentado pela Organização Pan-Americana de Saúde, e os dados consolidados pela

Agência Internacional de Pesquisa sobre o Câncer (*International Agency for Research on Cancer - IARC*), que integra a Organização Mundial de Saúde. No Brasil, tem-se ainda de relevante a Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos (Portaria Interministerial MTE/MS/MPS nº 9, de 7 de outubro de 2014) e o nexó técnico epidemiológico (art. 21-A da Lei n. 8.213/1991), que abrange o nexó técnico profissional ou do trabalho fundamentado nas associações entre patologias e fatores de exposição físicos, químicos e biológicos relacionados a cada doença.

1.2 Estudos epidemiológico e seus delineamentos

De um modo geral, a oportunidade de prevenir doença exige que se tenha conhecimento de sua etiologia ou causa, “para que a exposição a um fator causal ambiental de risco ou para que a cadeia patogênica de um fator causal para o desenvolvimento da doença seja interrompida” (GORDIS, 2010, p. 165). Para essa finalidade, realça-se a importância dos estudos epidemiológicos, cuja finalidade é descrever ou caracterizar o processo saúde-doença, objetivando conhecer o que ocorreu em um certo lapso temporal em que um indivíduo saudável tornou-se um indivíduo doente.

Salienta Gordis (2010) que os profissionais de saúde, nos meios acadêmicos, clínicos e de departamentos de saúde, têm oportunidades de conduzir estudos para identificar a etiologia e riscos atinentes a doenças, para confirmar ou refutar impressões clínicas a respeito da origem das doenças. Enfatiza o aludido autor que os achados decorrentes desses estudos podem ter significativa relevância no fornecimento de informações sobre medidas preventivas, melhor compreensão de suas patogenias e sugerir direções para novas pesquisas. Assim, arremata que o entendimento acerca dos tipos de delineamentos dos estudos usados para investigação epidemiológica, associado à apreciação dos métodos envolvidos, é de fundamental importância para as práticas clínicas e de saúde pública.

Na condução dessas pesquisas, como medida prévia, o pesquisador define se estudará cada indivíduo, particularizado um a um (estudo individuado), geralmente a partir de formulários ou questionários individualizados ou se fará um estudo de uma população (estudo ecológico), como, por exemplo, a partir de uma determinada base de dados. O investigador pode optar por um estudo de caráter instantâneo (denominado transversal ou seccional), no qual a população-alvo é observada em uma única oportunidade, ou um estudo serial, denominado

longitudinal, que impõe um prolongamento temporal na observação ou na experimentação⁷. Também delimita que tipo de interação haverá em relação ao objeto de análise, ou seja, se apenas observará o processo saúde-doença, sem intervir (estudos observacionais), ou se, na condição de investigador, intervirá, como, por exemplo, ao estudar dois grupos, expor um deles a determinado agente ou fator, como uma droga específica, e o outro não (estudos experimentais ou de intervenção). Por fim, o pesquisador poderá fazer um estudo descritivo, cujo objetivo é descrever a doença (comum em doenças ainda pouco conhecidas⁸), ou analítico, que visa a cotejar dois grupos distintos e fazer uma diagnose diferencial entre eles, método comumente adotado para estudos sobre relações causais entre câncer e ambiente de trabalho⁹.

Neste ponto, releva fazer uma breve exposição acerca dos principais delineamentos ou desenhos¹⁰ de pesquisa em epidemiologia.

1.2.1 Estudos ecológicos ou agregados

Os estudos ecológicos ou agregados têm como foco as comunidades ou populações, abordando, nos dizeres de Almeida Filho e Rouquayrol (2006, p.172), “áreas geográficas ou blocos de população bem delimitados, analisando comparativamente variáveis globais, quase sempre por meio da correlação entre indicadores de condições de vida e indicadores de situação de saúde”.

Os estudos ecológicos são bem distintos dos individuados, pois não abordam estudos de particularizados, um a um, mas considera como unidade de informações uma comunidade ou população, sendo, portanto,

⁷ Apontam Almeida Filho e Rouquayrol (2006) que os estudos de intervenção são sempre longitudinais, tendo em conta que, por definição, impõem um seguimento temporal (*follow-up*) dos resultados da intervenção.

⁸ O relato de casos é um típico estudo descritivo: a partir de um caso específico ou de uma série de casos, faz-se a descrição de toda a evolução da situação do paciente, abrangendo, v.g., a sintomatologia, os exames realizados, o tratamento eleito e a evolução do paciente.

⁹ Tendo em vista o escopo desse trabalho, para maior aprofundamento do exposto no parágrafo em referência, faz-se remissão a Gordis (2010), Almeida Filho e Rouquayrol (2006) e Fletcher et al. (2014).

¹⁰ Almeida Filho e Rouquayrol (2006, p.168) preferem a utilização da terminologia “desenho” ao invés da expressão “delineamento” (também muito utilizado na literatura epidemiológica), entendendo que “delineamento” remete à ideia de “esboço”, algo ainda em desenvolvimento, que não corresponderia à estruturação das estratégias investigatórias em Epidemiologia. Contudo, neste trabalho, os termos em referência serão utilizados indistintamente.

fundamental o acesso a um banco de dados (por exemplo, DATASUS¹¹, SINAN¹² e IBGE).

A título ilustrativo, pode-se citar estudo epidemiológico realizado por Pignati et al. (2017), no qual foi realizada, em relação aos municípios do Estado de Mato Grosso, a distribuição espacial de indicadores ambientais (área plantada e consumo de agrotóxicos) e a correlação com indicadores de saúde (intoxicação aguda, subaguda e crônica), apontando como provável causa a toxicidade dos agrotóxicos oriundos das exposições humanas e contaminações ocupacionais, ambientais e alimentares.

¹¹ O Departamento de Informática do Sistema Único de Saúde (DATASUS), dentre outras atribuições de promoção da modernização, por meio da tecnologia da informação para apoio ao Sistema Único de Saúde, administra informações relacionadas a área de saúde, incluindo indicadores, informações epidemiológicas e de morbidade, estatísticas e informações demográficas e informações financeiras (referentes aos recursos do Fundo Nacional de Saúde transferidos aos municípios, aos créditos aos prestadores de serviços de saúde, aos orçamentos públicos de saúde declarados pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios). Essas bases de dados podem ser consultadas no portal do Datasus. MINISTÉRIO DA SAÚDE. Portal do Datasus. Disponível em: <<http://datasus.saude.gov.br/datasus>>, acesso em 12 jun. 2018.

¹² Sistema de Informação de Agravos de Notificação.

Os estudos ecológicos¹³ podem ser (i) investigações de base territorial ou (ii) estudos de agregados institucionais. As investigações de base territorial tomam uma referência geográfica para definir sua unidade de informação (um bairro, um município, uma região, um país etc.). Por sua vez, os estudos de agregados institucionais consideram como sua unidade de informação organizações coletivas, como polos industriais, estabelecimentos comerciais, escolas, penitenciárias etc. (ALMEIDA FILHO e ROUQUAYROL, 2006).

Na análise da correlação entre câncer e atividade ocupacional, os estudos de agregados institucionais podem ter acentuada relevância, em especial o estudo sobre comunidade de trabalhadores de uma indústria ou de segmentos que utilizam métodos ou agentes reputados cancerígenos.

¹³ Aqui considerados os estudos ecológicos em sentido estrito, abrangendo os desenhos agregados observacionais transversais (cf. Almeida Filho e Rouquayrol, 2006, p. 171-172). Almeida Filho e Rouquayrol (2006, p. 175-181) referem-se a estudos ecológicos em um sentido mais amplo (desenhos ecológicos ou agregados). Salientam que os estudos agregados-observacionais podem ser longitudinais. Cita dentre os estudos agregados observacionais longitudinais os estudos de tendências ou séries temporais (uma mesma área ou população é investigada em momentos distintos do tempo) e os comumente denominados “experimentos naturais”, que são os estudos lastreados na observação de um determinado processo de massa (ex.: uma seca ou uma inundação) ou melhoria de condições de vida (como o advento de alguma política social em certa localidade), atingindo certos grupos, mas não afetando outros segmentos da população. No caso, para a correlação entre os grupos, o grupo afetado seria o grupo experimental, enquanto o outro seria o controle. Almeida Filho e Rouquayrol (2006, p. 177), porém, não concordam com a denominação “experimentos naturais”, pois não haveria uma mudança de condições em um dos grupos que não obedeceu a um planejamento prévio, com intervenção do pesquisador (preferem os autores classificar esses estudos como de coorte de agregados ou de caso-controle de agregados, a depender do método eleito para a pesquisa). Salientam, contudo, que quando houver alguma intervenção do investigador, ainda que com reduzido grau de controle (como a implantação de um sistema de saneamento ou um programa de suplementação alimentar), haverá, de fato, um experimento, conquanto não seja laboratorial e seja dirigido a agregados., quando então caracterizará um desenho do tipo “agregado-intervenção-longitudinal”, os chamados ensaios comunitários.

Exemplo clássico de “experimento natural”, comumente citados nos manuais de epidemiologia, é a pesquisa de John Snow em 1850 sobre a epidemia de cólera em Londres, concluindo pela contaminação da água como fator desencadeador da epidemia, após cotejar a prevalência em pessoas que residiam em zonas onde a água consumida era advinda de poços contaminados por coliformes fecais e em indivíduos residentes em áreas cujos poços não eram abastecidos com água contaminada. Os testes da hipótese do flúor como protetor do esmalte, estudando populações que moram em áreas que recebem água advinda de rio com maior concentração de flúor é outro tradicional exemplo (a propósito dos testes com flúor, v. Dean; Arnold; Elvove, 1942, *apud* TEIXEIRA, 2009).

1.2.2 Estudos transversais ou seccionais

Os estudos transversais ou seccionais são investigações epidemiológicas que consistem na observação direta da população-alvo em um mesmo momento. Conforme Almeida Filho e Rouquayrol (2006, p. 180), são “investigações que produzem ‘instantâneos’ da situação de saúde de uma população ou comunidade, com base na avaliação individual do estado de saúde de cada um dos membros do grupo, daí produzindo indicadores globais de saúde para o grupo investigado”. A análise dos dados desses estudos objetiva comparar as proporções de indivíduos acometidos de uma determinada doença entre os expostos e os não-expostos. Segundo Fletcher et al. (2014), é um estudo de prevalência, ou seja, as pessoas de uma população são examinadas para que se verifique a presença da condição de interesse. A fração da população que apresenta a condição constitui a prevalência da doença.

Dessa forma, em uma única oportunidade, coletam-se os dados atinentes ao fator causal suspeito (variável independente) e a doença (variável dependente) da população em análise, buscando-se encontrar a condição de interesse.

Almeida Filho e Rouquayrol (2006, p. 181) identificam cinco subtipos de estudos transversais: “a) estudos de grupos em tratamento; b) inquéritos na atenção primária; c) estudos em populações especiais (escolares, idosos etc.); d) inquéritos domiciliares com identificação direta de caso; e) estudos multifásicos”. São denominados inquéritos quando a principal forma de aferição é um questionário (FLETCHER et al., 2014).

Enfatizam Almeida Filho e Rouquayrol (2006, p. 186) que “salvo exceções muito específicas, as únicas conclusões legítimas derivadas da análise de estudos de prevalência restringem-se a relações de associação, e não de causalidade”. E arrematam (2006, p. 186):

Em termos estatísticos, pode-se, no máximo, estabelecer que a causa suspeita e o efeito encontram-se associados dentro de um certo nível de significância. Caso vinculados à ocorrência de doenças nessa etapa de análise, os fatores de exposição suspeitos passam a ser reconhecidos como fatores de risco em potencial, podendo então tornar-se objeto de estudos com maior potencialidade de produção de conhecimento causal

individual, como os estudos de coorte e de caso-controle, detalhados a seguir.

1.2.3 Estudos de coorte

No estudo de coorte reúne-se um grupo de pessoas que tem algo em comum, que são acompanhadas durante um período de tempo, para que seja verificado se ocorrerá uma determinada condição final. Conforme Gordis (2010), nesse tipo de estudo o investigador seleciona um grupo de indivíduos expostos e um grupo de não expostos, acompanhando-os para comparar a incidência da doença (ou da taxa de morte) nos grupos indicados. Salienta que é possível incluir mais de dois grupos¹⁴. “Se existir associação positiva entre a exposição e a doença, esperaríamos que a proporção de doença entre o grupo exposto (incidência no grupo exposto) seja maior que a proporção de doença entre os não expostos (incidência no grupo não exposto)” (GORDIS, 2010, p. 167). Como sublinham Almeida Filho e Rouquayrol (2006), o estudo de coorte põe em foco uma variável cuja contribuição como fator de risco para determinada doença precisa ser conhecida, avaliada ou confirmada.

Noutro falar, no estudo de coorte, escolhe-se a população-alvo (a coorte) com base na variável independente (o fator de exposição), faz-se o acompanhamento desse grupo ao longo de certo tempo, até chegar ao desfecho (doença, por exemplo).

Os estudos de coorte podem ter como alvo um grupo de membros sadios, para acompanhamento quanto ao surgimento da doença. Por exemplo, diante de um específico fator de exposição, verificar a ocorrência, ou não, de câncer de pulmão até o término do período estudado. Alternativamente, os alvos podem ser membros com doença já diagnosticada, para acompanhamento quanto ao desenvolvimento do desfecho, como a ausência de retorno de sintomas, recidiva, morte etc.

¹⁴ Cuida-se de um estudo de incidência. Incidência é a proporção de um grupo de indivíduos inicialmente livres de uma condição final específica (doença, por ex.) e que a desenvolvem após um certo lapso temporal. “A incidência se refere, então, a novos casos da doença que ocorrem em uma população a princípio livre da doença, ou novos desfechos, como sintomas ou complicações, em pacientes com a doença e que inicialmente não tinham esses problemas” (Fletcher et al., 2014, p. 20). Difere-se do estudo de prevalência (transversal ou seccional), pois avalia todos os casos em um único momento (ponto ou período de tempo), não havendo o acompanhamento dos indivíduos no tempo, para aferição do surgimento, ou não, do desfecho de interesse.

O estudo de coorte, como visto, tem um caráter prospectivo, acompanhando a população-alvo no tempo, para aferição do surgimento, ou não, do desfecho de interesse. É possível, contudo, uma modalidade de estudo de coorte denominada retrospectivo ou histórico. A diferença apontada nessa modalidade é a utilização de dados históricos do passado para que o estudo consiga obter resultados de forma mais célere. Acentuam Almeida Filho e Rouquayrol (2006, p. 192) que a principal circunstância favorável para realizar o estudo de coorte retrospectivo é a “disponibilidade de registros médicos confiáveis que, com o advento da computação eletrônica, podem ser resgatados e analisados sob a forma de grandes coortes”.

É possível, ainda, a condução de um estudo combinando os delineamentos de coorte prospectivo e coorte retrospectivo, quando a exposição a um determinado fator é avaliada em dados do passado (como ocorre na coorte retrospectiva) e o acompanhamento e a aferição dos desfechos prosseguem no futuro (GORDIS, 2010).

1.2.4 Estudos de caso-controle

O delineamento de estudo de caso-controle é caracterizado pela escolha da população a ser estudada, sendo eleita com base no desfecho final (variável dependente). Escolhe-se a população à vista da condição final, separando-se os grupos acometidos e não acometidos (exemplo: um grupo de pessoas com certo tipo de câncer e um grupo de pessoas sem a doença). Assim explicam Fletcher et al. (2014, p. 87) o delineamento de um estudo caso-controle:

Duas amostras são selecionadas: pacientes que desenvolveram a doença em questão e pessoas semelhantes, mas que não desenvolveram a doença. Os pesquisadores olham, então, para o passado, para medir a frequência de exposição a um possível fator de risco nos dois grupos. Os dados resultantes podem ser utilizados para estimar o risco relativo de doença relacionado a um fator de risco.

1.2.5 Estudos de intervenção (ensaio clínico)

Os estudos de intervenção diferem dos estudos observacionais, pois o investigador não tem o papel de observador, mas intervém, de alguma forma, na transformação do estado de saúde dos indivíduos que integram a

população estudada. Cuida-se de um estudo tipicamente experimental, em que o investigador escolhe, dentre os indivíduos da população, quem será afetado por um certo comportamento, determinando quem será e quem não será exposto, a fim de fazer um cotejo dos resultados obtidos. Conquanto importantíssimos para o progresso da ciência, esses estudos estão sujeitos a diversas limitações de ordem moral, ética e jurídica, quando envolve seres vivos, enfatizando-se a bioética e suas implicações no agir dos cientistas.

Segundo Almeida Filho e Rouquayrol (2006), nesse tipo de desenho, que pode ser individuado ou agregado, o investigador introduz algum elemento que é fundamental para a transformação do estado de saúde dos indivíduos ou grupos participantes do estudo, objetivando testar hipóteses causais ou avaliar a eficácia ou efetividade de procedimentos diagnósticos, preventivos ou terapêuticos.

1.2.6 Metanálise

A metanálise, conforme Fletcher et al. (2014, p. 232), é “a prática de combinar os resultados de estudos individuais, desde que sejam suficientemente semelhantes para justificar uma estimativa quantitativa da magnitude de efeito sumária”.

Na metanálise, busca-se na literatura científica estudos que já foram feitos sobre determinadas matérias, analisando-se esses estudos em uma visão panorâmica, de forma lógico-sistemática, e, a partir da análise dessas pesquisas, chega-se a uma conclusão que pode não ter sido alcançada em cada um desses estudos isoladamente. A metanálise, por exemplo, pode abranger estudos pretéritos dos mais diversos desenhos, como, por exemplo, analisar vários estudos distintos de caso-controle ou de coorte que associam determinado fator de exposição a um determinado tipo de câncer. Ressaltam Fletcher et al. (2014) que, quando bem conduzidas, as metanálises fornecem estimativas mais precisas do que as disponíveis em qualquer dos estudos isolados que foram objeto da pesquisa.

1.3. Estudos epidemiológicos que relacionam exposições ocupacionais e risco de câncer

Os estudos epidemiológicos são de fundamental importância para responder a questões atinentes a etiologia ou causa da doença, e, no caso específico em exame, do câncer ocupacional. Os achados desses estudos podem ser utilizados para estimar o risco da doença associada a exposições

específicas no ambiente laboral, o que tem uma série de implicações na responsabilidade (incluindo atuação preventiva) dos que exploram atividades relacionadas a essas exposições, bem como nas políticas de saúde pública adotadas pelo poder público.

É elevadíssima a quantidade de estudos que relacionam exposições ambientais laborais específicas ao câncer, tanto no Brasil como no resto do mundo. Em relevante trabalho de revisão sistemática, Chagas et al. (2013) sintetizaram o “estado da arte” sobre as principais exposições ocupacionais e o risco para o desenvolvimento de câncer, selecionando 75 artigos, para revisão sistemática, publicados em uma dentre 4 línguas pré-selecionadas (português, inglês, francês ou espanhol). O estudo abrangeu 24 estudos de coorte, 18 caso-controles, 1 transversal, 5 híbridos, 10 descritivos, 1 ecológico, 7 metanálises e 9 revisões.

No referido trabalho de revisão sistemática (CHAGAS et al., 2013), enfatizou-se o risco atribuível à mortalidade por câncer e as principais exposições carcinogênicas no ambiente laboral, com apresentação de diversos achados nos estudos analisados, associando a exposição ocupacional com o aumento do risco de câncer. Eis elenco de associações identificadas: a) câncer de bexiga e exposição ocupacional a tintas na indústria têxtil, em trabalho na indústria de alumínio e a hidrocarbonetos aromáticos policíclicos e diesel proveniente de emissões de motores; b) câncer de cérebro e aplicação de agrotóxicos, exposição a tintas de cabelo e labor na fabricação de computadores e semicondutores; c) câncer de cólon em trabalhadores na indústria têxtil expostos por longos períodos (mais de 20 anos) a corantes, em trabalhadores aeroespaciais expostos à hidrazina e em aplicadores de agrotóxicos expostos ao herbicida dicamba; d) câncer de esôfago em trabalhadores da indústria têxtil e em trabalhadores de tinturarias e em expostos a tetracloroetileno em procedimentos de limpeza a seco; e) câncer de fígado e exposição a bifenilas policloradas (PCBs) na fabricação de capacitores elétricos e ao cloreto de vinila (empregado na produção de tubos plásticos) e ao arsênico; f) câncer de laringe e exposição ao pó de madeira (carpintarias e fabricação de móveis) e ao arbesto; g) câncer de pulmão em aplicadores de agrotóxicos expostos a organoclorados, a dieldrin e a carbamatos, e associado à exposição a metais pesados (como níquel, cádmio, cromo hexavalente e berílio), ao arbesto, a solventes (como o tolueno), a óleos minerais, ao radômio, à fumaça produzida pelo forno de coque, ao cloreto de vinila, à combustão de diesel e à sílica cristalina respirável (entre trabalhadores da indústria

da construção civil e metalúrgicos); h) cânceres hematológicos (leucemia, linfoma e mieloma múltiplo) e exposição a agrotóxicos organoclorados, principalmente aldrin, clordane, dieldrin e toxafeno (leucemia) e a benzeno na indústria de petróleo (leucemia e mieloma múltiplo), e aumento do risco para desenvolvimento de linfoma não-Hodgkin e mieloma múltiplo em aplicadores de agrotóxicos (principalmente fungicidas e herbicidas) e risco aumentado de desenvolvimento de linfoma não-Hodgkin em trabalhadores expostos a solventes como o tolueno e o tricloroetileno; i) câncer de pele e longa exposição a radiação ultravioleta e a óleos minerais; j) câncer de estômago e exposição a diversas substâncias, como as bifenilas policloradas (PCBs); k) câncer de cavidade nasal e exposição ocupacional ao formoldeído, ao pó de madeira, ao pó de couro e ao óleo mineral; l) câncer de ovário entre mulheres aplicadoras de agrotóxicos; m) câncer de próstata e exposição a agrotóxicos, a bifenilas policloradas (PCBs) na fabricação de capacitores elétricos e ao cádmio.

Sem pretender abordar cada uma dessas associações, o que fugiria ao escopo deste trabalho, é possível extrair um padrão confirmatório da associação entre algumas substâncias e o desenvolvimento de câncer.

A título ilustrativo, vários estudos que confirmam a carcinogenicidade das bifenilas policloradas (PCBs), associando-as a diversos tipos de cânceres, incluindo estômago, próstata e fígado (PRINCE et al., 2006; FRITSCHI et al., 2005).

Na mesma linha, com multiplicidade de estudos corroborando a relação entre atividade de aplicação de agrotóxicos e desenvolvimento de câncer, enfatizando-se a associação entre câncer de cólon e expostos ao herbicida dicamba (SAMANIC et al., 2006), câncer de pulmão e exposição a organoclorados, a dieldrin (PURDUE et al., 2006) e a carbamatos (BONNER et al., 2005), cânceres hematológicos e aplicação de agrotóxicos organoclorados, principalmente aldrin, clordane, dieldrin e toxafeno (PURDUE et al., 2006) e câncer de cérebro, de ovário e de próstata associados à atividade de aplicação de agrotóxicos (ALAVANJA et al., 2005; MAHAJAN et al., 2006; BASSIL, et al., 2007)¹⁵.

Buja et al. (2006), em pesquisa com o delineamento da metanálise, observaram que os comissários de bordo estão expostos à radiação ionizante cósmica e a outros potenciais fatores de risco para o câncer, e, nessa senda, sistematizou os recentes estudos epidemiológicos para avaliar o risco de câncer entre esses trabalhadores, com o escopo de avaliar a

¹⁵ No Brasil, de uma forma ampla, abrangendo a toxicidade da exposição e consumo de produtos com agrotóxicos, incluindo seu potencial cancerígeno, cite-se Pignati et al. (2017).

incidência de vários tipos de câncer entre atendentes de cabine do sexo feminino, combinando as estimativas de incidência de câncer relatadas em estudos publicados. De sete estudos epidemiológicos analisados, a metanálise mostrou um excesso de incidência significativo de melanoma e carcinoma de mama e um ligeiro, mas não significativo, excesso de incidência de outros tipos de câncer. A partir dos achados, concluíram que as companhias aéreas devem estimar a dose de radiação, organizar os horários dos tripulantes para reduzir a exposição em comissários de bordo altamente expostos, informar os membros da tripulação sobre riscos à saúde e dar proteção especial a mulheres grávidas.

Oportuno, também, enfatizar outra relevante metanálise, realizada por Tokumaru et al. (2006), que, de similar forma, analisa, com fulcro em estudos preexistentes, a incidência de câncer em comissárias de voo. No Brasil, Vidotti et al. (2016), em revisão sistemática de literatura acerca de agravos à saúde de comissários de bordo em decorrência da atividade laboral, incluindo associação com o desenvolvimento de câncer, também analisa o tema.

Khalade et al. (2010), em estudo de metanálise, identificou aumento significativo do risco de ocorrência de leucemia mielóide aguda pela exposição ao benzeno no ambiente de trabalho. Os estudos indicaram evidência suficiente de que a exposição ao benzeno aumenta o risco de leucemia mielóide aguda, com evidente padrão dose-dependente (a dose está diretamente relacionada aos seus efeitos, ou seja, quanto maior a dose, maior o risco)¹⁶.

Conquanto haja inúmeros estudos com foco no câncer ocupacional, nos mais diversos modelos, incluindo estudos de caso-controle, de coorte e metanálise abrangendo diversas pesquisas anteriores, com estabelecimento seguro da relação entre determinados fatores ambientais do trabalho e o aumento do risco de câncer, há ainda outras associações que precisam de estudos mais aprofundados.

¹⁶ Da análise de diversos estudos científicos, Khalade et al. (2010) chegou-se a um efeito-resumido estimado em 1,38 (IC 95%, 1.15-1.64). Os efeitos para doses específicas foram indicativos do padrão dose-dependente: para doses baixas foi de 1,94 (IC 95% 0,95- 3,95); para doses medias, 2,32 (IC 95% 0,91-5,94); e para doses altas, 3,2 (IC 95% 1,09-9,45).

1.4 Identificação de substâncias cancerígenas: *International Agency for Research on Cancer (IARC)*, *Carcinogen Exposure (CAREX)*, *Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos (LINACH)* e *Nexo Técnico Epidemiológico (NTEP)*

Os achados em estudos epidemiológicos podem ser integrados a bases consolidadas de informações, o que facilita a associação entre a doença e o ambiente laboral. No plano internacional, como exemplos, tem-se os dados consolidados pela Agência Internacional de Pesquisa sobre o Câncer (*International Agency for Research on Cancer - IARC*), que integra a Organização Mundial de Saúde, e o sistema internacional de informação sobre exposições ocupacionais a agentes cancerígenos, denominado “Carcinogen Exposure” (CAREX), de uso recomendado pela Organização Pan-Americana de Saúde. No Brasil, podem ser destacadas a Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos (Portaria Interministerial MTE/MS/MPS nº 9, de 7 de outubro de 2014, e o nexo técnico epidemiológico (art. 21-A da Lei n. 8.213/1991).

A Agência Internacional de Pesquisa sobre o Câncer (*International Agency for Research on Cancer - IARC*) é uma agência intergovernamental que integra a Organização Mundial de Saúde (OMS) das Nações Unidas, de caráter interdisciplinar, reunindo habilidades em epidemiologia, ciências laboratoriais e bioestatística, para identificar as causas do câncer, para que medidas preventivas possam ser adotadas e a carga de doenças e sofrimento associado seja reduzida. Foi criada no ano de 1965, tendo como membros fundadores a então República Federal da Alemanha, a França, a Itália, o Reino Unido e os Estados Unidos da América. Atualmente conta com vinte e cinco países membros: Estados fundadores mais Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, Finlândia, Índia, Irlanda, Japão, Marrocos, Noruega, Holanda, Catar, República da Coreia, Federação Russa, Espanha, Suécia, Suíça e Turquia (IARC, 2018a; IARC, 2018b).

A IARC tem como objetivo promover a colaboração internacional na pesquisa do câncer para, reunindo habilidades em epidemiologia, ciências laboratoriais e bioestatística, identificar as causas do câncer, propiciando a adoção de medidas preventivas. Para essa finalidade, coordena a investigação sobre as causas do câncer, coleta e publica dados de vigilância em relação à ocorrência da doença em todo o mundo, e tem em seu programa de monografias um elemento fundamental de suas atividades, com grupos de especialistas avaliando as evidências da carcinogenicidade de exposições específicas, a partir do entendimento de

que a maioria dos cânceres está, direta ou indiretamente, ligada a fatores ambientais, podendo, então, ser prevenidos (IARC, 2018b).

O Programa de Monografias do IARC é um elemento central do seu portfólio de atividades, com grupos de trabalho de especialistas, com a finalidade de examinar as evidências da carcinogenicidade de exposições específicas e, assim, produzir conhecimento científico lastreado em evidências para políticas globais de controle do câncer (IARC, 2018b). A IARC revisa permanentemente a literatura científica e realiza inúmeros estudos coordenados acerca da carcinogenicidade de substâncias químicas e de processos industriais, classificando-os em quatro categorias no que se refere ao potencial cancerígeno, quais sejam: Grupo 1, quando a substância ou mistura é carcinogênica para humanos; Grupo 2a, quando a substância ou mistura é provavelmente carcinogênica; Grupo 2b, quando a substância ou mistura é possivelmente carcinogênica para o ser humano; Grupo 3, quando a substância não é classificável como carcinogênica para humanos; e Grupo 4, quando a substância ou mistura provavelmente não é carcinogênica para humanos (Chagas et al., 2013; IARC, 2018c).

A partir da lista de agentes cancerígenos da IARC, o Ministério da Saúde e o então Ministério da Previdência Social editaram a Portaria Interministerial MTE/MS/MPS nº 9, de 7 de outubro de 2014, estabelecendo a Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos (LINACH), como referência para formulação de políticas públicas, classificando os agentes cancerígenos nos seguintes grupos: Grupo 1 - carcinogênicos para humanos; Grupo 2A - provavelmente carcinogênicos para humanos; e Grupo 2B - possivelmente carcinogênicos para humanos. Para aprofundamento acerca dos agentes que integram esses grupos, faz-se remissão ao extenso elenco de agentes carcinogênicos ao Anexo dessa Portaria. Essa lista, conforme previsão do art. 3º da Portaria, deve ser atualizado semestralmente.

Cumprindo observar que a IARC não caminha sozinha no cenário internacional de mapeamento de evidências na prevenção ao Câncer. A Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS)¹⁷ fomenta o uso de um sistema internacional de informações específico para prevenção do câncer ocupacional, denominado “Carcinogen Exposure” (CAREX).

Quando estão bem consolidados, os achados em pesquisas científicas passam a integrar um sistema internacional de informação sobre exposições ocupacionais a agentes cancerígenos e sua prevalência nos ambientes de trabalho, denominado “Carcinogen Exposure” (CAREX),

¹⁷ Escritório Regional para as Américas da Organização Mundial da Saúde (OMS).

que está vinculado ao Plano de Ação sobre a Saúde dos Trabalhadores para os países das Américas, 2015-2025, da OPAS. O objetivo do CAREX é monitorar a população exposta a agentes cancerígenos nos ambientes de trabalho, com a finalidade de realizar a vigilância, prevenção e controle, subsidiando políticas públicas em saúde e segurança do trabalhador.

O CAREX teve recente adesão do Brasil, considerando a meta fixada pela OPAS, no Plano de Ação sobre a Saúde dos Trabalhadores para os países das Américas, 2015-2025, de avanço dos seus países-membros com estabelecimento de programas para prevenir as doenças profissionais, incluindo “programas de prevenção do câncer ocupacional e matrizes de exposição ocupacional a cancerígeno (CAREX) desenvolvidos” (OPAS, 2015, p. 12-13).

Assim, nos países da América, o CAREX é visto como modelo para ações de vigilância a substâncias cancerígenas, sendo que o modelo mais desenvolvido no momento é o do Canadá que incorporou o maior repertório de informações, com significativa disponibilidade em seu sítio eletrônico (CAREX-Canadá, 2018).

No plano nacional, como reforço significativo para o estabelecimento de correlação entre exposição ocupacional e o adoecimento, foram previstas hipóteses em que há presunção legal desse nexos causal. Com a inserção do art. 21-A à Lei n. 8.213/1991, pela Lei 11.430/2006 (conversão da MP n. 316/2006), houve relevante alteração no sistema de produção de prova do acidente do trabalho, mediante a criação do Nexos Técnico Epidemiológico – NTEP, posteriormente objeto de nova alteração redacional pela Lei Complementar n. 150/2015. Eis o disposto na redação consolidada do art. 21-A à Lei n. 8.213/1991:

Art. 21-A. A perícia médica do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) considerará caracterizada a natureza acidentária da incapacidade quando constatar ocorrência de nexos técnico epidemiológico entre o trabalho e o agravo, decorrente da relação entre a atividade da empresa ou do empregado doméstico e a entidade mórbida motivadora da incapacidade elencada na Classificação Internacional de Doenças (CID), em conformidade com o que dispuser o regulamento.

§ 1º A perícia médica do INSS deixará de aplicar o disposto neste artigo quando demonstrada a inexistência do nexos de que trata o caput deste artigo.

§ 2º A empresa poderá requerer a não aplicação do nexos técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso com

efeito suspensivo, da empresa ou do segurado, ao Conselho de Recursos da Previdência Social.

§ 3º A empresa ou o empregador doméstico poderão requerer a não aplicação do nexo técnico epidemiológico, de cuja decisão caberá recurso, com efeito suspensivo, da empresa, do empregador doméstico ou do segurado ao Conselho de Recursos da Previdência Social.

Segundo Dallegrave Neto (2007), com o NTEP passou-se de um viés individual para uma abordagem coletiva, pois o critério para definir o nexo causal da doença ocupacional passa a considerar dados estatísticos epidemiológicos.

Conforme Oliveira (2005), em matéria de saúde do trabalhador, a abordagem coletiva da epidemiologia clínica é mais importante do que a abordagem individual da clínica médica, pois erra menos, diante de sua tendência a anular os vieses, identificando, em uma visão panorâmica, ao invés de um, todos os casos registrados no INSS de milhões de trabalhadores e empresas e milhares de médicos.

O NTEP pressupõe como decorrente da atividade laboral a doença que enseja o benefício por incapacidade concedido pelo INSS cujo atestado médico tenha um código da doença (CID) relacionado ao Código Nacional da Atividade Econômica (CNAE), sendo de significativa relevância no combate às subnotificações de acidentes do trabalho (em sentido amplo), em especial a corriqueira ausência de emissão de comunicação de acidente de trabalho (CAT) no caso de doenças ocupacionais.

A Instrução Normativa nº 31, de 10 de setembro de 2008, dentre outras categorias, prevê o nexo técnico profissional ou do trabalho fundamentado nas associações entre patologias e exposições constantes das listas A e B do Anexo II do Decreto 3.048/99, que elencam fatores de exposição físicos, químicos e biológicos relacionados a cada doença. Cite-se, apenas a título exemplificativo, a relação entre atividade laboral exposição a determinados agentes e câncer nas referidas listas do Decreto 3.048/99: arsênio e neoplasia maligna dos brônquios e do pulmão; amianto e neoplasia maligna do estômago, da laringe, dos brônquios e do pulmão; benzeno e leucemias; hidrocarbonetos alifáticos ou aromáticos e neoplasia maligna do pâncreas, dos brônquios e do pulmão; aminas aromáticas e seus derivados e neoplasia maligna de bexiga; radiações ionizantes e neoplasia maligna da cavidade nasal, dos seios paranasais, dos brônquios, do pulmão, dos ossos, da pele e leucemias; agentes agrotóxicos

clorados (Clordane e Heptaclor) e leucemia; e radiações ultravioletas e neoplasias malignas da pele.

2 EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS RESULTADOS DE ESTUDOS EPIDEMIOLÓGICOS QUE RELACIONAM EXPOSIÇÕES OCUPACIONAIS E RISCO DE CÂNCER

Conquanto seja o câncer uma doença multifatorial, na literatura científica está consolidado o entendimento de que a maioria dos cânceres está, direta ou indiretamente, ligada a fatores ambientais, como apontam as evidências colhidas pela IARC (2018b). Essa vinculação a fatores ambientais evidencia que, em grande parte, a maioria desses adoecimentos pode ser prevenida.

Quando há evidências da carcinogenicidade de determinado agente, além da busca por medidas legislativas para regular a exposição a agentes cancerígenos e adoção de políticas públicas eficazes na conscientização e controle dos riscos, um caminho a ser trilhado é a tutela jurisdicional para compelir o cumprimento de obrigações de fazer e não fazer, com a finalidade de cessar ou reduzir os níveis de exposição ocupacional a agentes cancerígenos, concretizando direitos atinentes a segurança e saúde no trabalho assegurados na Constituição e na legislação infraconstitucional¹⁸.

Não obstante, são grandes as dificuldades da produção de prova para demonstração donexo causal entre exposição ocupacional e desenvolvimento de câncer, considerando que é multifatorial a sua

¹⁸ Para algumas exposições específicas a agentes cancerígenos, há um elevado quantitativo de normas (incluindo-se normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho) regulando os mecanismos de controle a serem adotados pelo empregador, como em relação a atividades laborais em ambientes com radiação ionizante, exposição ao benzeno, pó de sílica, exposição ao sol (trabalho a céu aberto) ou ao calor, com manuseio de quimioterápicos antineoplásicos, dentre outras. Quando em relação ao agente cancerígeno ainda não há um arcabouço normativo próprio, devem ser adotados os mecanismos gerais de controle dos fatores de risco (químicos, físicos ou biológicos), com adoção de medidas de gestão de segurança e saúde para identificação, monitoramento, controle e providências para eliminação dos riscos que podem afetar a saúde dos trabalhadores, o que inclui adequada elaboração e implementação do Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e do Programa de Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA), capacitação do trabalhador e divulgação de informações necessárias à sua conscientização acerca dos riscos, adoção de medidas administrativas e de engenharia para eliminação do risco e equipamentos de proteção coletiva e individual. O foco deve ser sempre a eliminação da situação de risco e exposição dos trabalhadores. Em certas situações, a eliminação da exposição ou sua redução a níveis minimamente seguros não é possível, sendo o caso do banimento da utilização ou submissão ao agente insalubre, como é um exemplo emblemático o amianto.

etiologia, podendo ter sua origem na combinação de diversos fatores, como ambientais, genéticos, comportamentais (sedentarismo, alimentação inadequada, tabagismo, excessivo consumo de álcool etc.) e determinados agentes infecciosos. Diante dessa etiologia multifatorial, surge espaço para indagação cuja resposta é fundamental para o escopo deste trabalho: os estudos epidemiológicos têm aptidão para a prova do nexo causal entre determinada exposição ocupacional a determinados agentes ou condições e o desenvolvimento de câncer?

Partindo-se do referencial teórico exposto no item 2.1, pode-se afirmar que não há qualquer hierarquia entre as provas denominadas diretas e os meios indiretos de produção probatória. Prevalece a livre investigação e valoração da prova, à vista da atipicidade dos meios de prova assegurada no sistema processual pátrio, desde que lícitos. A diferença existente é que na prova por indício é necessário um raciocínio inferencial para seguir do fato provado para o fato que se pretende provar, enquanto na prova direta esse raciocínio é dispensável (NARDI, 2016).

Diante dos elementos probatórios trazidos ao conhecimento do julgador, haverá um processo que o norteará das evidências e do conhecimento de mundo (que atuam como o suporte para o conhecimento da verdade) até a determinação dos fatos no ato de julgamento. Em mais detalhadas palavras, diante das evidências disponíveis, serão formuladas hipóteses e, dentre essas hipóteses, extrair-se-á a que melhor explica as evidências, em uma interação entre a relação probatória - as evidências justificam a hipótese - e a relação explanatória - a hipótese explica as evidências (TABAK et al., 2017; NARDI, 2016). Essa simbiose assegura a circularidade defendida por Lipton (2004), consistente em identificar a hipótese justificada pelas evidências e, em seguida, para fins de confirmação de que a hipótese eleita é a melhor, averiguar a aptidão dessa hipótese para explicar as evidências. Assim, é evitado o viés da confirmação¹⁹ no ato de julgamento, que consiste na tendência de considerar para sua conclusão não as evidências que suportam a verdade, mas as que o julgador acredita ou quer acreditar.

Como exposto, a ocorrência do câncer é de etiologia multifatorial, podendo ter sua origem na concorrência de diversos fatores (ambientais e de modo de vida, genéticos e decorrentes de certos agentes infecciosos). Contudo, a ocorrência do câncer está preponderantemente vinculada, direta ou indiretamente, a fatores ambientais (IARC, 2018b).

¹⁹ Sobre o viés da confirmação no argumento probatório, v. Tabak et al. (2017).

Face à multifatorialidade da etiologia da doença, torna-se especialmente complexa a produção de provas para a demonstração do nexo causal entre exposição ocupacional e desenvolvimento de câncer em ações individuais, quando o litígio gira em torno da responsabilização civil do empregador ou em demanda contra o órgão previdenciário para reconhecimento da doença relacionada ao trabalho para fins de percepção de auxílio-doença acidentário.

No plano fático, é comum a ocorrência de infortúnios, adoecimentos ou agravamento de doenças em virtude de fatores ligados ao meio ambiente laboral em que resta patente a culpa empresarial, como a ausência de medidas administrativas e/ou de engenharia para eliminação ou redução dos riscos e a falta de fornecimento de equipamentos de proteção individual. Essa realidade não é constatável apenas em ações individuais ajuizadas pelas vítimas, mas corriqueiramente verificada em fiscalizações a cargo das Superintendências Regionais do Trabalho e expedientes no âmbito do Ministério Público do Trabalho (PESSOA, 2017).

Em tese, diante da degradação do meio ambiente laboral, seria possível o ajuizamento de demanda individual para buscar a tutela jurisdicional para implementação de medidas de proteção em defesa da saúde do próprio reclamante durante a vigência da relação de trabalho, como exigir o fornecimento de equipamentos de segurança adequados, realização de exames periódicos e reconhecer a rescisão indireta do contrato de trabalho em razão de sua submissão a perigo manifesto de mal considerável (art. 483, *c*, da CLT).

Sem embargo, na realidade brasileira, normalmente o autor só ajuíza ação trabalhista quando não mais existe vínculo laboral²⁰ e, no tangente aos efeitos, em sua saúde, das más condições ambientais de trabalho, como não persiste sua relação com o antigo empregador, o interesse defendido em juízo não é a correção das condições de trabalho, mas a reparação ou compensação pelos danos materiais e morais sofridos, por meio de indenização ressarcitória ou compensatória.

²⁰ Isso ocorre em virtude do temor do trabalhador de que a propositura de demanda contra o empregador, no curso do contrato de trabalho, gere represálias, dentre as quais a perda do emprego e a sua inclusão nas repudiáveis “listas sujas”. Embora seja um comportamento ilícito, há casos, nos ramos empresariais, de compartilhamento de informações acerca do ajuizamento de ações trabalhistas pelos trabalhadores. Nesse contexto, eleva a importância das ações coletivas, a cargo do Ministério Público do Trabalho e das entidades sindicais, que não será objeto de aprofundamento em razão do restrito escopo deste trabalho.

Há situações em que a exposição é causa eficiente para, pela sua própria natureza, desencadear certas doenças, típicas de determinadas atividades profissionais (doenças profissionais) ou em razão do exercício de atividades em condições agressivas, degenerativas ou insalubres (doenças do trabalho), constantes da Lista A do anexo II do Regulamento da Previdência Social – Decreto n. 3.048/99, como, por exemplo, exposição ao amianto e neoplasia maligna dos brônquios e do pulmão ou mesotelioma da pleura, exposição ao benzeno e leucemias, exposição à sílica livre e neoplasia maligna dos brônquios e do pulmão e radiações ionizantes e neoplasia maligna dos ossos e cartilagens articulares dos membros.

Nessas doenças, o nexó técnico epidemiológico é apto para equipará-las a acidente de trabalho, gerando uma presunção legal de nexó causal. Não obstante, nas demandas individuais, é possível o afastamento do nexó por outros elementos probatórios, como pela demonstração do escasso tempo de labor e de exposição, associado ao cotejo dos exames admissionais com os atuais, a eventualmente justificar a inadequação, no caso concreto, de se considerar a atividade laboral como fator desencadeador da moléstia, ou sua influência no resultado como concausa²¹.

Se em ações coletivas os dados epidemiológicos têm substancial relevância, com evidências muitas vezes irrefutáveis, para a demonstração do nexó causal entre a exposição e o dano²², em ações individuais os estudos epidemiológicos podem, isoladamente, não ser suficientes para caracterizar o nexó causal entre a exposição ocupacional e o câncer no caso concreto, diante do seu caráter multifatorial e dos vieses que uma análise individualizada em torno do autor pode gerar. Afinal, quando lidamos com o nexó de causalidade sobre o aspecto coletivo, considerando dados estatísticos epidemiológicos, tende-se a expurgar vieses que a análise clínica médica, sob o aspecto individual, pode proporcionar. Cite-se, para fins de mera exemplificação, a complexa situação de um trabalhador que tenha sido diagnosticado com câncer de pulmão após um ou dois anos de trabalho com exposição a sílica livre, mas que é fumante há mais de vinte anos.

Assim, em sede de tutela de direitos individuais, tem-se uma presunção de causalidade entre a doença e a exposição quando previstas

²¹ O que demanda análise criteriosa, incluindo perícia técnica, por afastar ou mitigar uma presunção legalmente estabelecida.

²² No tocante ao nexó de causalidade sobre o aspecto coletivo, considerando dados estatísticos epidemiológicos, tende-se a expurgar vieses que a análise clínica médica, sob o aspecto individual, pode proporcionar.

em listas oficiais que, com esteio em reiterados estudos científicos, vinculam a exposição ocupacional à doença (como, por exemplo, a Lista Nacional de Agentes Cancerígenos para Humanos e as Listas que lastreiam o Nexo Técnico Epidemiológico). E pode ser formada também essa presunção com base em estudos epidemiológicos, destacando-se com maior força as metanálises e estudos direcionados à população na qual o trabalhador está inserido (por exemplo, pesquisa realizada entre trabalhadores de determinada empresa ou atividade laboral que lida com o agente cancerígeno). Cabe, porém, contraprova a afastar a presunção em relação ao nexo entre a exposição e a doença, na esfera individual, ou justificar uma concausa que permita mitigação da responsabilidade do empregador, diante do aspecto multifatorial da sua ocorrência. Não obstante, inegável que os estudos epidemiológicos e presunções normativas (como as previstas na LINACH e o NTEP) tem força substancial no conjunto probatório a ser considerado pelo julgador no processo de inferência para melhor explicação.

CONCLUSÃO

Neste trabalho foi analisada a força probatória dos achados em estudos epidemiológicos que relacionam certos tipos de câncer a atividades ocupacionais ou condições ambientais específicas, bem como identificar formas possíveis de utilização dessas evidências para a demonstração do nexo de causalidade entre a atividade ocupacional e a doença que acarreta o dano ambiental trabalhista suposto.

Embora seja o câncer uma doença multifatorial, na literatura científica está consolidado o entendimento de que a maioria dos cânceres está, direta ou indiretamente, ligada a fatores ambientais, como apontam as evidências colhidas pela IARC (2018b). Essa vinculação a fatores ambientais evidencia que, em grande parte, a maioria desses adoecimentos pode ser prevenida.

Há grande dificuldade na produção de provas para demonstração do nexo causal entre exposição ocupacional e desenvolvimento de câncer, considerando que é multifatorial a sua etiologia, podendo ter sua origem na combinação de diversos fatores, como ambientais, genéticos, comportamentais e determinados agentes infecciosos.

Com esteio no referencial teórico exposto no item 2.1 deste trabalho, pode-se afirmar que não há qualquer hierarquia entre as provas

denominadas diretas e os meios indiretos de produção probatória. Prevalece a livre investigação e valoração da prova, à vista da atipicidade dos meios de prova assegurada no sistema processual pátrio, desde que lícitos. O julgador deve considerar o conjunto probatório, valendo-se do método de inferência para melhor explicação, seguindo-se critérios específicos de coerência factual (LIPTON, 2004; AMAYA, 2007)

Diante da necessidade de considerar o conjunto de evidências para sustentação de uma hipótese que se afirma verdadeira, realça-se a importância das presunções normativas (como as previstas na LINACH e o NTEP), de bases consolidadas de informações, como as mantidas pela IARC e pelo CAREX (precedidas de diversos achados em estudos científicos). Enfatize-se, também, a relevância da revisão de literatura e da metanálise, que podem proceder a uma análise sistemática de estudos precedentes e, portanto, trazer significativas evidências a demonstrar a relação entre a atividade ou agente químico, físico ou biológico e o câncer ocupacional. Por outro lado, caso indique diversidade muito grande de achados, o estudo epidemiológico pode ter reduzido ou inexistente valor probatório, embora estudos em localidades específicas ou em face de unidades produtivas individualizadas possa ensejar adoção de medidas com base no princípio da precaução.

Como efeito, os achados em estudos epidemiológicos que relacionam determinados tipos de câncer a atividades ocupacionais específicas podem ter forças probatórias distintas, a depender do delineamento do estudo, da definição da população definida como objeto de análise e das próprias conclusões da pesquisa. Os achados são evidências, e podem ostentar a condição de prova direta ou por indícios, com idoneidade para demonstração do nexo causal entre a atividade laboral e o câncer, isoladamente ou em conjunto com outros elementos probatórios.

Quando o estudo aponta para achados que configuram meros elementos sugestivos, podem dirigir a produção de provas que venham a corroborar a evidência apresentada, não permitindo, isoladamente, a presunção de associação entre a exposição ocupacional e o adoecimento, sendo necessária a busca de outros estudos epidemiológicos que corroborem esses achados e/ou de elementos probatórios diversos que também confirmem a hipótese.

Se em ações coletivas os dados epidemiológicos têm substancial relevância, com evidências muitas vezes irrefutáveis, para a demonstração do nexo causal entre a exposição e o dano, em ações individuais os

estudos epidemiológicos podem, isoladamente, não ser suficientes para caracterizar o nexos causal entre a exposição ocupacional e o câncer no caso concreto, diante do seu caráter multifatorial e dos vieses que uma análise individualizada em torno do autor pode gerar. Afinal, quando lidamos com o nexos de causalidade sobre o aspecto coletivo, considerando dados estatísticos epidemiológicos, tende-se a expurgar vieses que a análise clínica médica, sob o aspecto individual, pode proporcionar.

REFERÊNCIAS

ALAVANJA, MCR; SANDLER, DP; LYNCH, CF; KNOTT C; LUBIN, JH; TARONE, R. Cancer incidence in the Agricultural Health Study. **Scand J Work Environ Health**. 2005;31(Suppl 1):39-45.

ALMEIDA FILHO, Naomar; *ROUQUAYROL*, Maria Zélia. **INTRODUÇÃO à Epidemiologia**. 4. ed. Rio de Janeiro: Guanabara- Koogan, 2006.

AMAYA, Amália. Justification, Coherence, and Epistemic Responsibility in Legal Fact-Finding. *Episteme: Journal of Social Epistemology*, vol. 5, n. 3, 306-319.

_____. **Inference to the Best Legal Explanation**. April 22, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2044136>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

ANTUNES, Paulo de Bessa. **Direito Ambiental**. 17 ed. São Paulo: Atlas, 2015.

BASSIL KL, Vakil C, Sanborn M, Cole DC, Kaur JS, Kerr KJ. Cancer health effects of pesticides: systematic review. **Can Fam Physician**. 2007; 53(10): 1704-11.

BONNER MR, Lee WJ, Sandler DP, Hoppin JA, Dosemeci M, Alavanja MCR. Occupational exposure to carbofuran and the incidence of cancer in the Agricultural Health Study. **Environ Health Perspect**. 2005; 113(3): 285-9.

BRASIL. MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Portal do Datasus**. Disponível em: <<http://datasus.saude.gov.br/datasus>>. Acesso em: 12 jun. 2018.

BUJA, A; MASTRANGELO, G; PERISSINOTTO, E; GRIGOLETTO, F; FRIGO AC; RAUSA, G. Cancer incidence among female flight attendants: a meta-analysis of published data. **J Womens Health**. 2006;15(1):98- 105.

CAMBI, Eduardo. **Curso de direito probatório** . Curitiba: Juruá, 2014

CARPES, Artur Thompsen. **Prova e Participação no Processo Civil: A Dinamização dos Ônus Probatórios na Perspectiva dos Direitos Fundamentais**. Dissertação (Mestrado em direito) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, 2008.

CHAGAS, Carolina Costa; GUIMARÃES, Raphael Mendonça; BOCCOLINI, Patrícia Moraes. Câncer relacionado ao trabalho: uma revisão sistemática. In: **Caderno de Saúde Coletiva**, 2013, Rio de Janeiro, 21 (2): 209-23. Rio de Janeiro: Instituto de Estudos de Saúde Coletiva da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ), 2013.

COSSIO, Carlos. **Teoría de la verdad jurídica**. Buenos Aires: El Foro, 2007.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Nexo técnico epidemiológico e seus efeitos sobre a ação trabalhista indenizatória. In: **Revista do Trib. Regional do Trabalho 3ª Região**. Belo Horizonte, v.46, n.76, p.143-153, jul./dez. 2007.

DINAMARCO, Cândido Ragel. **Instituições de direito processual civil**. 5.ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2005.

DOMÍNGUEZ, Manuel Serra. Contribución al estudio de la prueba. In: **Estudios de direito procesal**. Ariel: Barcelona, 1969.

FLETCHER, Robert; FLETCHER, Suzanne; FLETCHER, Grant. **Epidemiologia clínica: elementos essenciais**. 5.ed. Porto Alegre: ArtMed, 2014.

FRITSCHI, L; Benke G, Hues AM, Kricker A, Turner J, Vajdic CM, et al. Risk of non-Hodgkin's lymphoma associated with occupational exposure to solvents, metals, organic dusts and PCBs (Australia). **Cancer Cause Control**. 2005; 16:599-607.

GORDIS, Leon. **Epidemiologia**. 4 ed. Rio de Janeiro: Revinter, 2010.

INTERNATIONAL AGENCY FOR RESEARCH ON CANCER (IARC). **Sítio eletrônico da IARC**. <<https://www.iarc.fr/en/about/membership.php>>, 2018a. Acesso em: 30 mai. 2018.

_____. **Sítio eletrônico da IARC**. In: <<https://www.iarc.fr/en/about/index.php>>, 2018b. Acesso em: 30 maio 2018.

INSTITUTO NACIONAL DE CÂNCER JOSÉ ALENCAR GOMES DA SILVA (INCA). **Sítio eletrônico do INCA**. In : <<http://www2.inca.gov.br/wps/wcm/connect/cancer/site/prevencao-fatores-de-risco/fatores-ocupacionais>>. Acesso em 19 mai. 2018.

_____. **Endereço eletrônico do Integrador RHC – Registro Hospitalar de Câncer**. In: <<https://irhc.inca.gov.br/RHCNet>>. Acesso em: 18 jun. 2018.

CARCINOGEN EXPOSURE CANADÁ (CAREX Canadá). **Sítio eletrônico do CAREX-Canadá**. Disponível em: <<https://www.carexcanada.ca/en/>>. Acesso em: 19 maio 2018.

KHALADE Abdul; JAAKKOLA, Maritta; PUKKALA, Eero; JAAKKOLA, Jouni. Exposure to benzene at work and the risk of leukemia: a systematic review and meta-analysis. **Environ Health**, 2010, 9:31.

LEITE, José Rubens Morato. **Manual de direito ambiental**. São Paulo: Saraiva, 2015.

LEONARDO, Rodrigo Xavier. **Imposição e inversão do ônus da prova**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

LEGUISAMÓN, Héctor Eduardo. **Las presunciones judiciales y los indícios**. 2. ed. Buenos Aires: RUB, 2006.

LIPTON, Peter. **Inference to the Best Explanation**. 2. ed. London: International library of philosophy, 2004.

_____. Is the best good enough?. In: **Proceedings of the Aristotelian Society**, XCIII, 1993, 89-104.

MARINONI, Luiz Guilherme. *O direito ambiental e as ações inibitórias e de remoção do ilícito*. **Interesse Público**. Belo Horizonte, v. 13, n. 67, maio/jul. 2011.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria geral do processo**. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.

MAHAJAN R, Blair A, Lynch CF, Schroeder P, Hoppin JA, Sandler DP, et al. Fonofos exposure and cancer incidence in the Agricultural Health Study. **Environ Health Perspect**. 2006;114(12):1838-42.

MARTÍN, José Maria Lombardero. **Prueba civil**: teoria general. Lisboa: Juruá, 2015.

MEDEIROS NETO, Xisto, Tiago de. A prova na ação civil pública trabalhista. In: SANTOS, Élisson Miessa dos; CORREIA, Henrique (Coords.). **Estudos aprofundados**: Ministério Público do Trabalho. Salvador: JusPodivm, 2012.

MELO, Raimundo Simão. **Ação civil pública na justiça do trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2004.

MIRABETE, Júlio F. **Processo Penal**. 16. Ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MORAES, Elisane; MELLO, Marcia; NOGUEIRA, Fernanda; OTERO, Ubirani; CARVALHO, Flávia. Análise de indivíduos com leucemia: limitações do sistema de vigilância de câncer. **Ciência e saúde coletiva**, vol. 22, n.10, Rio de Janeiro, out. 2017.

MORELLO, Augusto M. **La prueba: tendencias modernas**. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2001.

MUZI, Camila Drumond. **Ocupações e neoplasias intracranianas: estudo caso-controlado na região metropolitana do Rio de Janeiro**. Dissertação de Mestrado apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública Sergio Arouca. Rio de Janeiro: Fundação Oswaldo Cruz – Fiocruz, 2009.

NARDI, Ricardo Perin. **Prova por indícios: uma análise à luz da inferência para a explicação mais coerente**. 2016. 104p. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Católica de Brasília, Brasília, 2016.

OLIVEIRA, Paulo Rogério Albuquerque de. Nexo Técnico Epidemiológico Previdenciário - NTEP. **Nota Técnica n. 12/2005/MPS/SPS/CGEP**. Brasília, 2005.

ORGANIZAÇÃO PAN-AMERICANA DA SAÚDE (OPAS). **Plano de ação sobre a saúde dos trabalhadores 2015-2025**. Washington, D.C.: 2015. Disponível em: <http://iris.paho.org/xmlui/bitstream/handle/123456789/33985/CD54_10Rev.1-por.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 8 maio 2018.

PESSOA, André Magalhães. A nova disciplina do dano extrapatrimonial na CLT: considerações sobre a responsabilidade civil do empregador diante das mudanças inseridas pela Lei n. 13.467, de 2017. In: NETO, Silvio Beltramelli; COSTA, Ângelo Fabiano Farias da; MONTEIRO, Ana Cláudia Rodrigues Bandeira. (Orgs.). **Reforma Trabalhista na Visão de Procuradores do Trabalho**. Salvador: Juspodivm, 2017, v. 1, p. 325-350.

_____; SOUZA, Ilan Fonseca de. Tutelas de urgência no direito ambiental do trabalho: preservação da vida dos trabalhadores. In: FILGUEIRAS, Vitor Araújo (Org.). **Saúde e segurança do trabalho no Brasil**. Ministério Público do Trabalho: Brasília, 2017, p. 205-238.

PIGNATI, Wanderlei Antonio; SOUZA E LIMA, Francco Antonio; DE LARA, Stephanie; CORREA, Marcia Leopoldina; BARBOSA, Jackson; LEÃO, Luís Henrique da Costa; PIGNATTI, Marta Gislene. Distribuição espacial do uso de agrotóxicos no Brasil: uma ferramenta para a Vigilância em Saúde. **Ciência & Saúde Coletiva**, vol. 22, n. 10, p. 3281-3293, out. 2017.

PRINCE, M.M.; Hein MJ, Ruder AM, et al. Update: cohort mortality study of workers highly exposed to polychlorinated by-phenyls (PCBs) during the manufacture of electrical capacitors, 1940-1998. **Environ Health Perspect**. 2006;5:13-22.

_____. _____. _____. Waters MA, Laber PA, et al. Mortality and exposure response among 14,458 electrical capacitor manufacturing workers exposed to polychlorinated biphenyls (PCBs). **Environ Health Perspect**. 2006;114(10):1508-14.

PURDUE, M.P.; Jarvholm B, Bergdahl, IA, Hayes RB, Baris D. Occupational exposures and head and neck cancers among Swedish construction workers. *Scand J Work Environ Health Perspect*. 2006;32(4):270-5.

_____; Bakke B, Stewart P, De Roos AJ, Schenk M, Lynch CF, et al. A case-control study of occupational exposure to trichloroethylene and non-Hodgkin lymphoma. **Environ Health Persp**. 2011;119(2).

ROSITO, Francisco. **Direito Probatório. As máximas de experiência em juízo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SAMANIC, D; Rusiecki J, Dosemeci M, Lubin J, Hoppin JA, et al. Cancer incidence among pesticide applicators exposed to dicamba in the Agricultural Health Study. **Environ Health Perspect.** 2006;114(10):1521-6.

STELLMAN, J.M.; DAUM. S.M. **Trabalho e Saúde na Indústria II: Riscos Físicos e Químicos e Prevenção de Acidentes.** E.P.U. e EDUSP: São Paulo, 1975. 148p.

TABAK, Benjamin Miranda; AGUIAR, Julio Cesar; NARDI, Ricardo Perin. O viés confirmatório no argumento probatório e sua análise através da inferência para melhor explicação: o afastamento do decisionismo no processo penal. **Rev. Fac. Direito UFMG.** Belo Horizonte, n. 70, pp. 177 - 196, jan./jun. 2017.

TEIXEIRA, Ana Karine Macedo. **Fluorose dentária em crianças de seis a oito anos residentes na área de abrangência de uma unidade básica de saúde, Fortaleza-CE:** estudo de caso-controle. Dissertação (Mestrado). Fortaleza: Universidade Federal do Ceará, 2009.

TOKUMARU, Osamu; HARUKI, Kosule; BACAL, Kira; KATAGIRI, Tomomi; YAMAMOTO, Taisuke; SAKURAI, Yutaka. Incidence of cancer among female flight attendants: a metaanalysis. **Journal of Travel Medicine**, Volume 13, Issue 3, 1 May 2006, Pages 127–132, <<https://doi.org/10.1111/j.1708-8305.2006.00029.x>>, 2006.

VIDOTTI, Heloisa; STICCA, Marina; SILVA, Talita; MENEGON, Nilton Luiz. Trabalho e saúde dos comissários de bordo: uma revisão. **Revista Brasileira de Saúde Ocupacional**, 2016. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/2317-6369000116015>>. Acesso em: 25 jun. 2018.